

الجامعة اللبنانية

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية
العمادة

الوسائل البديلة للقضاء الإداري في حل المنازعات الإدارية

-رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام-

إعداد

جيسيكا عزيز سلام

لجنة المناقشة

رئيساً

الأستاذ المشرف

الدكتور فوزات فرحات

عضواً

أستاذ مساعد

الدكتور عقل عقل

عضواً

أستاذ

الدكتور عصام إسماعيل

انّ الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبر
عن رأي صاحبها فقط

الى كلّ من مهّد لي طريق العلم و المعرفة.....شكراً

كلّ الامتنان و التقدير للذين عاونوني لإنجاز هذا العمل المتواضع . و اخصّ بالشكر الأستاذ الدكتور فوزات فرحات الذي فضّل علي بوقته و خبرته الواسعة في هذا المجال .

إهداء:

الى ملاكي على الأرض و في السّماء.....الى الرّوح الطّاهرة التي فارقنتني
و هي توصيني "صيري محامية و تدرّجي عند خيّك"...اقول لك اليوم بأنني
أعلم أن دعائك لم يتوقّف يوماً أينما كنت، و أن هذا الدعاء هو سرّ كلّ
"نجاح".... رحمك الله يا أغلى من الرّوح....أمّي.

الى من لعب دور الأب و الأم.... الى "العزیز" الذي أحمل إسمه بكلّ
إفتخار...أرجو من الله أن يمدّ في عمرك لتمدّني بالرّضى....أبي.

إلى الذين أجابه بهم الحياة...الى سندي و بسمتي و قوّتي في هذه
الدنيا....إخوتي ريمون ، دارين و ميراي....

إلى من سكن الرّوح و سرق القلب.....

مقدمة عامة:

يعتبر قضاء الدولة الطريق الطبيعي لحلّ المنازعات بين الأفراد ، والوسيلة الأمثل لتحقيق العدل و العدالة في المجتمعات. فالعدالة تعد الهدف الأسمى الذي تنشده جميع الانظمة القانونية على اختلاف أنواعها واشكالها وبها يقوى الاقتصاد ويشيع الرخاء والطمأنينة داخل المجتمع. وهذه العدالة لا تتحقق بين الافراد في المجتمع باعتراف الدولة بحق المواطن في اللجوء الى القضاء او النص على هذا الحق في قوانينها ودستورها، بل لابد للدولة من تفعيل هذا الحق وتمكين الفرد من استعماله.

وقد اعتبر احد واضعي دستور الثورة الفرنسية ان: " إقامة العدل بين الناس ليس الا الدين الثاني على المجتمع، ومنع القضايا يعد الدين الاوّل عليها، فيجب ان تقول الدولة للمتخاصمين انه حتى يتمكنوا من الوصول الى معبد العدالة يلزم المرور بمعبد الصلح ونأمل انه بهذا المرور تتم المصالحة وتنتهي منازعتكم".
الا ان الوقت الطويل الذي تتطلبه إجراءات القضاء المعقّدة و التكاليف التي يتكبّدها الفرد امام المحاكم العادية ادّوا الى ازدياد كبير و تضخم غير مسبوق *croissance exceptionnelle*، في عدد القضايا المعروضة امام القضاء ممّا أعاد الوسائل البديلة في حلّ المنازعات الى الواجهة لتساند القضاء في أداء دوره، حيث ان هذا الأخير لم يعد بمفرده قادراً على حلّ الاعداد الهائلة من القضايا التي تعرض امامه ولان العدالة البطيئة تعتبر ظلم يورث أصحاب الحقوق احساساً بالعجز.

فتكسد القضايا وبطء الفصل في المنازعات لا يقتصر على دولة دون الأخرى، فعلى سبيل المثال تمكث الدعوى امام القضاء الإداري الفرنسي أكثر من ١٠ سنوات بينما متوسط مدة الفصل في النزاع عن طريق التحكيم مثلاً لا تتعدى الشهرين عادةً. هذا الواقع ادّى الى شيوع المثل الفرنسي:

« UNE MAUVAISE TRANSACTION VAUT MIEUX BON PROCÈS »

وكذلك نموّ العلاقات الاقتصادية الداخلية و الدولية بين الافراد و الدول و بروز مفهوم العولمة الذي يتّسم بالانفتاح الاقتصادي و السرعة و المرونة، عزّز بدوره اهمية الوسائل البديلة للقضاء.

وهذه الوسائل ليست وليدة اليوم، ولم يتم اكتشافها او اللجوء اليها لاوّل مرة عقب التطوّرات الاقتصادية و التجارية التي صرخت في العالم. أي ان هذه الوسائل ليست آليّة جديدة، بل هي قديمة قدم الانسانية وكانت موجودة و فعالة. لكن ضرورتها في العصر الحالي اعادت بها الى الواجهة . فهي كانت موجودة في العصور القديمة وكانت الحلّ البديل عن القوّة واللجوء الى الحرب قبل وضع الانظمة القانونية و تنظيم المحاكم. فقد عرفوها اسلافنا من العرب و عملوا بها و احتلت مكانة هامة في الشرائع السماوية . ففي التشريع الإسلامي قال النبي محمد (صلى الله عليه و سلم) لابن ابيوب: "الا ادلك على صدقة يحبها الله ورسوله. اصلح بين الناس اذا تفسدوا و قرب بينهم اذا تباعدوا..." وقد عمل به الخلفاء اذ قال الفاروق عمر: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن." وكذلك عند المسيحيين في انجيل متى ١٥: ١٨-١٦ "وإن أخطأ إليك أخوك فأذهب و عاتبه بيّنك و بينه و حدكّما. إن سمع منك فقد ربحت أخاك. وإن لم يسمع، فخذ معك أيضا و اجدا أو اثنين، لكي تقوم كل كلمة على فم شاهدين أو ثلاثة. وإن لم يسمع منهم فقل للكيسة." وكذلك في سفر التثنية ،اصحاح ٢٠ : "...حين تقرب من مدينة لكي تحاربها استدعها الى الصلح....".

ولكن ما هو مفهوم هذه الوسائل؟ تُعرف الطرق والوسائل البديلة لفض النزاعات أو المنازعات أو كما تسمى علمياً **Alternative Dispute Resolution**، وتُختصر في **ADR**، بأنها مجموعة الآليات التي تستعين بها الأطراف المتنازعة والمختلفة مع بعضها البعض، بدلاً من اللجوء للعنف أو للقضاء، وذلك بهدف التوصل إلى حلول عملية ومنطقية وحضارية للتخلص من الخلاف وحله. فالوسائل البديلة لحل المنازعات هي طرق أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية. وتستفيد لذلك من مزاياها في سرعة حسم النزاع والحفاظ على السرية وانخفاض التكاليف في الكثير من الأحيان، إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه.

ومن الوسائل البديلة الشائعة هو التحكيم الذي تتطور مع التطور الاقتصادي و المتطلبات الحياتية و الاستثمارية. و اصبح باجراءاته وشكلياته قريب جدا من مفهوم المحاكمة القضائية ، ممّا حدا بالكثير من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية الى تحصيله ،فاصبح بالامكان القول ان التحكيم لم يعد وسيلة بديلة بل هو اليوم قد اصبح او سيصبح الوسيلة الأساسية لحلّ المنازعات.فالتحكيم يعد الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملاءمة لحل منازعات العقود بصفة عامة و عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، لأن المحاكم لم تعد قادرة على التصدي لمختلف هذه المنازعات بشكل منفرد، إلى جانب ظهور الحاجة الماسة للتخصصية من قبل من ينظر في هذه المنازعات.

من الوسائل البديلة الأخرى نذكر الصلح و الوساطة . فالوساطة كبديل عن العنف هي أحد الأساليب التي تلتقي من خلالها الأطراف المتخاصمة مع بعضها البعض في ظل وجود طرف ثالث وسيط بينهما بهدف حل الخلاف سلمياً، والتوصل إلى حل يرضى بشكل نسبي لجميع الأطراف، ويسمى هذا الطرف باسم "الوسيط" ويجب أن يكون حسن النوايا وموضوعياً أو حيادياً غير متحيز، للتمكن من الوصول إلى نتائج عادلة قدر الإمكان.

أما نظام الصلح بين الأطراف المتنازعة كحل سلمي وعملي للمشكلات، يُعرف على أنه كل محاولة في سبيل إيجاد طرق وسبل للحوار بين تلك الأطراف، والتقليل من حدة النزاع بهدف التوصل إلى حلول جذرية للمشكلة ويكون هناك مصلح حياديّ يشكل أساساً للصلح والتفاهم على أساس الصدق والموضوعية.

و هذه الوسائل هي اشكال قديمة من العدالة كما ذكرنا و كانت تطبق بشكل بسيط قائم على الإصلاح المبني على العادات و التقاليد التي كانت سائدة وقتها. ولم يقتصر استعمالها قديما على الشعوب العربية، بل كانت مطبقة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة و كذلك استخدمت عقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩. وقد ظهرت في الولايات المتحدة خلال الأعوام ١٩٦٥-١٩٧٠. ووضعت اتفاقيات كثيرة تبرز الوساطة و الصلح كوسائل بديلة عن قضاء الدولة مثل اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار و اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي فتحت باب التوفيق قبل التحكيم وحددت إجراءات الوساطة لاعتبارها وسيلة أخرى من وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية. وكذلك نص نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية على نظام المصالحة الاختيارية ووضع له إجراءات. وكذلك وضعت اليونسترال (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية) قواعد للتوفيق ذات أهمية كبيرة في المنازعات الدولية. لكنّ الصلح و الوساطة بقينا وسيلتين نظريتين بحيث بقى القضاء هو الوسيلة الأساسية لحل الخلافات و التحكيم هو الوسيلة البديلة حتى العام ١٩٧٧ حيث كان هناك في الولايات المتحدة قضية عالقة امام القضاء منذ ثلاث سنوات و لم تصل فيها المحكمة لحل. فكان هناك محامون و إجراءات و جلسات و تكبد أموال مما حدا باحدهم

بعرض فكرة محكمة مصغرة يختار فيها كل طرف ممثل عنه و يختار الطرفين بالتوافق رئيسا لها.و بالفعل تم ذلك و اوقفت الاجراءات القضائية و عقدت المحكمة المصغرة جلسة لها لم تكن ملزمة للطرفين باي من القرارات التي تصدر عنها، إلا انها توصلت فعلا لحلّ النزاع وفض الخلاف بما يرضي الطرفين.

ومنذ ذلك الوقت يتسارع تتطور هذه الوسائل ويكثر اللجوء اليها خاصة في الدول التي لا تعترف بازدواجية قضائية، فهناك دول تعتبر ان الإدارة تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الفرد و هذه الوجة نراها في البلاد الانجلوسكسونية التي نظرت للقانون نظرة جامعة و اعتبرت ان القانون واحد لا يتغير بالنظر لطبيعة الشخص. فهذه الدول تعتبر عكس الأخرى التي نادى بالازدواجية القضائية وكرستها في دساتيرها . هذه الازدواجية تجعل الفصل في المنازعات المدنية من اختصاص القضاء العدلي، أما المنازعات الادارية التي تكون الدولة طرفا فيها فتكون من اختصاص القضاء الإداري سواء اكان موضوع النزاع عمل منفرد او عقد.

وقد تعددت التعريفات المعطاة للمنازعة الإدارية ، إلا ان جميعها يصب في الخانة نفسها. وقد عرفها الفقه الفرنسي بانها تلك النزاعات التي يعود الفصل فيها إلى قاضي إداري حسب قواعد قانون المنازعات الإدارية، المتشكل من قواعد إجرائية و موضوعية، مصدرها القانون الإداري و الاجتهاد القضائي الإداري¹ . أما الفقه المصري فقد اعتبر أننا نكون بصدد منازعة إدارية " ... في الأحوال التي يدخل فيها أحد الأشخاص الإدارية العامة، بما له من سلطات و حصانات سيادية لصيقة و نابعة عن تلك الصفة الإدارية العامة، و كان موضوعها يتعلق بممارسة جانب أو آخر من جوانب الوظيفة الإدارية"² كما عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر المنازعة الإدارية أنها:"إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة، ويشترط لتحقيقها أن ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة، التي تدار وفقا للقانون العام و أساليبه، و أن يتضح فيها وجه السلطة العامة، و أن يكون القانون العام هو الواجب التطبيق.³

فالمنازعة الإدارية هي المنازعة التي تنشأ بين شخص من اشخاص القانون العام – كالدولة او البلديات او المصالح العامة المستقلة – و أحد اشخاص القانون الخاص ، او بين اشخاص القانون العام انفسهم، و تستهدف عادة الطعن بعمل صادر من الشخص العام بقصد ابطاله او المطالبة بتعويض ناشئ عنه.⁴ وهناك بعض الاعمال التي تصدر عن السلطة العامة لكن تكون خارج اطار رقابة القضاء ،كاعمال السيادة او الاعمال الحكومية واعمال السلطة الصادرة في الظروف الاستثنائية والاعمال التي تصدر عن الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية او الاستثنائية.

¹ MORANT-DEVILLER Jacqueline, Cour de droit administratif, 6^{ème} éd., Montchrestien, Paris, France, 1999, p.662

² عفيفي مصطفى ، "مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية"، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1758، ص 57 و ما بعدها . ذكرها الباحث خلاف فاتح في رسالة دكتوراه بعنوان "مكانة الوساطة اتسوية النزاع الإداري في الجزائر". ص ٨٥ ،

³ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 0277 السنة 82 قضائية، مج س 81، ص 878، مبدأ رقم 55 . ذكره الطالب رمزي زيد، في رسالته "التحكيم في العقود الإدارية ٢٠١٤-٢٠١٥"، جامعة محمد خيصر بكرة ص ٤٨

⁴ عيد أدوارد، القضاء الإداري، ج١ أصول المحاكمات الإدارية، مكتبة زين الحقوقية، ١٩٧٤، ص١٤ .

وامام هذه الازدواجية نرى ان الدول تعترف بالوسائل البديلة لحل المنازعات و تنص عليها في قوانينها المدنية و حتى الجزائية وتنظم إجراءاتها. إلا ان الصعوبة والغموض يتبلوران عندما نكون امام نزاع الدولة طرف فيه حيث ان للقانون الإداري خصوصية و مبادئ عامة ، عدم الالتزام بها يضع سيادة الدولة بخطر .

وفي الحقيقة ان هذه الإشكالية في منازعات القانون الإداري لا تثار في الانظمة القانونية الاشتراكية التي تجعل التحكيم الداخلي الزامياً ما بين المشاريع او بين المؤسسات العامة او بين الوزارات، وبالتالي، فان الدولة لا تواجه أي مشكلة في التحكيم ، فلجوء المصالح الحكومية و الوزارات و المؤسسات العامة الى التحكيم ليس اختيارياً بل هو على العكس الزامي للأشخاص المعنوية العامة. وكذلك في الانظمة القانونية التي لا تفرق بين القضاء العدلي و القضاء الإداري. فهذه الدول تطبق اعراف القوانين الانكليزية « common law » ولا يطرح تحكيم الدولة اية مشكلة في هذه الانظمة اذ ان التحكيم فيها يجري تحت وصاية مشددة من المحاكم القضائية، فلا تكون الدولة فيه قد ابتعدت عن محاكمها الخاصة. إلا ان لجوء الدولة للتحكيم ، الوساطة و الصلح يطرح مشكلة في الانظمة التي تفصل المحاكم الإدارية عن المحاكم العدلية.

وللوهلة الاولى عندما نذكر عبارة " وسائل بديلة في منازعة إدارية" نرى اننا امام تناقض كبير حيث انه من المستحيل "خلط الزيت بالماء." فالمقاربة بين الاثنين تؤدي الى القول باستحالة اللجوء الى أي وسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية اذ ان الاختصاص في هذا المجال معطى حصرياً للقضاء الإداري. وعليه ينتهي البحث هنا قبل حتى ان يبدأ، ولكن ما يسمح لنا بمتابعة البحث هي التشريعات القانونية التي بدأت بالظهور حديثاً في مختلف الدول و كذلك الآراء الفقهية. فقد اعتبر CHAPUS انه يوجد اليوم اتجاه فقهي و تشريعي بنسبة كبيرة يسعى نحو زيادة إمكانية اختيار اشخاص القانون العام للتحكيم.¹ وكذلك اعتبر FOUSSARD ان قارئ الاحكام التي تصدرها المحاكم لا يستطيع الوقوف تحديداً على وجود قاعدة تفرض الحظر اصلاً.²

من هنا كان اختيارنا لموضوع: "الوسائل البديلة للقضاء الإداري في حل المنازعات الإدارية" لما يثيره هذا الموضوع من تساؤلات كثيرة خاصة ان الدولة بدأت تتخلى عن فكرة الدولة-الشرطي وتفرض نفسها في مجال التجارة و الاستثمار مما يضعها في راي البعض في دائرة القانون الخاص. أما في راي البعض الآخر ، فان للإدارة امتيازات على الفرد الذي تتعاقد معه و لا يجوز لها التخلي عنها. وراي آخر اعتبر ان ازدهار التحكيم و اتساع آفاقه و تربعه في مجال القانون الإداري ، قد اقترن بنمو العلاقات لاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدول، حيث أدى تطور دور الدولة و تدخلها في الحياة الاقتصادية و رغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية و إشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بين الدول و أشخاص القانون الخاص الوطني أو الأجنبي مما يرتب عليها قبول فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية .

فاهمية الموضوع تمكن في الصراع بين رأي مؤيد لاستخدام الوسائل البديلة في المنازعات الإدارية ورأي يرفض اللجوء الى التحكيم، الصلح او الوساطة في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها. و من هنا تطرح

¹ OPPETIT Bruno, Justice étatique et justice arbitrale, Etudes offertes à Pierre BALLET, 1991,p415. « On constate actuellement une tendance doctrinale surtout législative ,dans certaine mesure, à accroître les possibilités pour les personnes publiques de choisir l'arbitrage »

² FOUSSARD Dominique, L'arbitrage en droit administratif, Revue de l'arbitrage ,1990,p9 . « On a pu hésiter à une époque quant au point de savoir d'ou la règle était venue.Certains arrêts la rattachaient en effet à des règles juridique.... »

إشكالية كبيرة ، فمع انتشار عقود الدولة و الاستثمارات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها ، ومع تطوّر الوسائل البديلة لحلّ المنازعات واحتلالها مكانة مهمة الى جانب قضاء الدولة، الى أي مدى يمكن استخدام هذه الوسائل في حلّ المنازعات الإدارية الداخلية و الدولية في ظلّ المبادئ القانونية العامة التي تتمتع بها الإدارة؟؟ فما هي الصعوبات التي تواجه استخدام هذه الوسائل في المنازعات الإدارية؟ هل هذه الصعوبات هي نفسها على الصعيد الداخلي و الدولي؟ وكيف تطوّرت بعض التشريعات العربية و الأجنبية وادخلت هذه الوسائل في قوانينها؟

سنسعى من خلال هذا البحث المتواضع للإجابة على هذه الإشكالية مع ان هناك عدد كبير من المؤلفات القانونية و المراجع التي تتناول التحكيم في المنازعات الإدارية إلا ان هناك ندرة في المراجع التي تتناول الصلح و الوساطة كوسائل بديلة لحلّ هذه المنازعات. و سنعتمد في دراستنا مقارنة منهجية تتمثّل بالمنهج التحليلي في جميع فصول الدراسة وسيرتكز التحليل غالباً على محتوى القاعدة القانونية محاولين فهم ما قصده المشرّع بوضعه لهذه المواد. كما و اننا سنعتمد المنهج المقارن في القسمين الاول و الثاني حيث سنقارن تطور الوضع في عدة بلدان لناحية استخدام الوسائل البديلة في المنازعات الإدارية و سنتركز المقارنة غالباً بين البلدان التالية: لبنان، فرنسا، مصر و الجزائر. وكذلك سيصار الى استخدام المنهج الاستقرائي عند عرضنا للمبادئ العامة التي تؤدي للمنع و ذلك بدراستنا لهذه المبادئ مستنتجين لماذا لا تسمح بالجوء للوسائل البديلة.

خطة البحث:

الفصل الاول: التحكيم كوسيلة بديلة في المنازعات الإدارية

الفصل الثاني: الصلح والوساطة في المنازعات الاداريّة

الفصل الاول : التحكيم كوسيلة بديلة في المنازعات الادارية.

فكرة التحكيم ليست بالجديدة، إلا ان مفهوم التحكيم في المنازعات الإدارية هو مفهوم جديد اثار الجدل و تضاربت بخصوصه الآراء. في هذا الفصل سنسعى الى تبيان مفهوم التحكيم في المنازعات الإدارية (مبحث أول) لننتقل بعدها لدراسة مدى إمكانية اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الادارية (مبحث ثاني)

مبحث اول : مفهوم التحكيم في المنازعات الادارية

سنحاول في هذا المبحث وضع الاطار المفاهيمي للتحكيم (مطلب أول) لننتقل الى نشأته و مشروعيته في النزاع الإداري (مطلب ثاني).

مطلب أول :الاطار المفاهيمي للتحكيم

تشير في البداية الى ان التحكيم هو قضاء من نوع خاص بعيدا عن المحاكم الوطنية ولكن ليس مستقلا عنها تماماً حيث انه على من استحصل على القرار التحكيمي ان يتوجه الى المحاكم المختصة لأخذ الصيغة التنفيذية. الا اننا نرى ان التحكيم اخف وطأة لناحية حدة الخصومة حيث ان التحكيم يسعى فقط الى العدالة والتوفيق بين وجهات نظر الافرقاء على عكس القضاء الذي يسعى فقط الى تطبيق القانون اي انه في التحكيم يتعادل شر الخصومة بخير الصلح. وفي ما يلي سنعرض لماهية التحكيم (فقرة اولى) ونشأته (فقرة ثانية).

فقرة اولى: ماهية التحكيم

نبذة اولى:تعريف التحكيم فقها واصطلاحاً :

اذا ما عدنا الى اصل كلمة تحكيم نجد ان مصدرها "حَكَمَ" والكاف والحاء والميم اصلهم واحد و هو المنع. ويقال حَكَمَ فلان اي جعل امره اليه وقال ابن منظور "حكموه بينهم اي امره ان يحكم بينهم ويقال حكمتنا فلان فيما بيننا اي اجزنا حكمه بيننا" ويقال حكمته في مالي تحكيما اي فوضت اليه الحكم فيه واطلقت يده فيما يشاء¹. ويقال حَكَمَ،مصدر قولك حكم بينهم اي قضى له وحكم له و حكم عليه.² وقد عرفه قاموس اكسفورد انه تسوية النزاع عن طريق شخص أو اشخاص يتفق الاطراف المتنازعة على عرض نزاعهم عليه بغية الوصول الى قرار في هذا النزاع .

¹- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: " مختار الصحاح "، بيروت، دار القلم، المكتبة الاموية 1978 ص 198.
²مقاييس اللغة لابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا، ذكره السيد محمد السيد بدوي، مرجع سابق، ص ٩٢.

وقد اعتبر الخليل بن احمد الفراهيدي ان التحكيم في قول الحروري (لا حكم الا ل الله) وحكما فلانا امرنا اي يحكم بيننا وحاكمناه الى الله اي دعوانه الى حكم الله.¹ اي يمكننا القول ان التحكيم اصله المنع لان هدفه هو فض الخلاف ومنع الظلم وبالتالي اصل الكلمة هو المنع ويعتبر لغويا تفويضا لشخص ما ليضع حدا للنزاع القائم.

اما اصطلاحا، فلناحية الفقه الاسلامي يعتبر التحكيم هو اتخاذ الخصمين حاكما برضاها للفصل في خصومتها ودعواها ويقال له مُحَكَّم.²

وقد عرفه علماء الحنفية بانه " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"³ كما عرفه علماء المالكية بانه "توليه الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما"⁴ اما علماء الشافعية فقد عرفوه بانه " تولية الخصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما" وبذات المعنى عرفه مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي بأنه اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية، وهو مشروع سواء اكان بين الافراد ام كان في مجال المنازعات الدولية.⁵

من التعريفات المعطاة في الفقه الاسلامي نرى ان للخصوم الارادة الكاملة والحررة في اللجوء او عدم اللجوء الى التحكيم اي انه لا يمكن الزامهم باختيار التحكيم لفض نزاعاتهم. واذا ما قرروا اللجوء الى التحكيم فنكون امام عقد ينطبق عليه ما ينطبق على العقود كافة بشكل عام ويكون المحكم شخص غير الاطراف ويكون حكمه ملزم لهم، اي يكون لحكمه ذات القوة التي تكون لحكم القضاء صاحب الولاية العامة.

وقد ذكر التحكيم في القرآن الكريم حيث جاء مثلا في سورة النساء "وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"⁶

اما لناحية تعريف التحكيم لدى فقهاء القانون الوضعي فلا نرى تعريفا واحدا موحد والسبب في ذلك ان لكل شخص منظوره الخاص ورؤيته الخاصة به ووجهة نظره من التحكيم. فقد اعتبرها جانب من الفقه الفرنسي انها "هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء"⁷ وقد اهمل هذا التعريف الجانب الاتفاقي للتحكيم اذ انه لم يات على ذكر الدور التي تلعبه ارادة الاطراف لناحية اختيار التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم. اما الاستاذ **Matthieu Boissésou** اعتبره هيئة تتالف من محكمين يعهد لها الاطراف مهمة حل نزاعاتهم، على ان تتخذ هذه الهيئة قراراتها بحرية تامة.⁸

¹ - منديل أسعد فاضل ، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية، ط 2011 ص 14.

² - مذكومحمد سلام ر: المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1972، ص 131 ذكره السيد محمد السيد بدري في رسالته الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات الإدارية ص 91.

³ - ابن نجيم ذكره خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الصغير في رسالته التحكيم في العقود الإدارية ص 50.

⁴ - خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الصغير م.س. ص 50-51.

⁵ -مشار الى هذا التعريف في: عبدالله عيسى علي الربح،"حكم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية و التجارية و قانون التحكيم القضائي"، منشأة المعارف، 2009، ص 41

⁶ القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 35

⁷ - MOREAU Bertrand et BERNARD Thierry, Droit Interne et Droit international de L'arbitrage, 2^{ème} édition, Paris 1985 p15.

⁸ - DE BOISSESON Matthieu, le droit français de l'arbitrage, Paris, 1983, p15.

اما الفقه المصري فمنهم من اعتبر ان التحكيم "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".¹ وفقه اخر اعتبر ان التحكيم هو " عقد من عقود القانون المدني يتفق الاطراف بمقتضاه على عدم طرح النزاع الخاص بهم على قضاء الدولة ،وطرحه على هيئة تحكيم يتم اختيارها باجماع رايهم".² وهذه الرؤية اهللت الجانب الالزامي لقرار المحكم و جعلته اقرب الى كونه مجرد راي غير ملزم.

ومع تعدد الآراء الفقهية نرى أن جميع التعريفات المعطاة تصب في معنى واحد اذ جميعها تعتبر أن التحكيم اتفاق واسلوب لفض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بين جميع اطراف الاتفاق، عن طريق افراد عاديين يتم اختيارهم برادة الاطراف للفصل في النزاع بدلاً من فصلها عن طريق القضاء على أن يكون قرار المحكم ملزم .

والنصوص القانونية ايضا لعبت دور أساسي في تعريف التحكيم، فقد عرف القانون الفرنسي التحكيم في قانون المرافعات في المادة 1442 بأنه : اتفاق يتعهد بمقتضاه الاطراف في عقد معين من العقود باخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم وجاء في المادة 1447 على انه اتفاق الاطراف على اخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر . كما عرّفته المادة الاولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشأن التحكيم بأنه "اجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد اليها الأطراف بمهمة القضاء فغيها بمقتضى اتفاق تحكيم".

كما جاء في المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 في 1994/4/21م نصت على أن التحكيم :

1-....اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .2- ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين. اما القانون اللبناني فقد عرف التحكيم في المادة 765 من قانون اصول المحاكمات المدنية واعتبره "عقد يتفق الاطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص او عدة اشخاص. "

ولم تخلو القرارات القضائية ايضا من تعريفات التحكيم، فقد عرف القضاء الفرنسي التحكيم في بعض احكامه على انه "اللجوء الى اطراف محكمين ليسوا قضاة لفض نزاع ما بعيدا عن سلطة القضاء بحيث لا يلجأ اليه الا فيما يراه المحكمون لازما لذلك".³

وقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم : ماهيته طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وعدم التقيد باجراءات المرافعات أمام المحاكم بالاصول الاساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم.

وذهبت المحكمة في حكم آخر الى أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات فهو يكون مقصورا حتما على ما تتصرف اليه ارادة المحكمين الى عرضه على هيئة التحكيم.

1- ابو الوفا احمد ،التحكيم الاختياري والاجباري منشأة المعارف 2001 م ص 14 . ومليجي أحمد قواعد التحكيم في القانون الكويتي مؤسسة دار الكتب الطبعة الاولى 1966 م.ص. 13

2 عمر نبيل إسماعيل ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1، 1986، ص 648.

3- مهند حسن محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، 2004 ،ص 26.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فذهبت الى ان التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما او بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها ليفصل المحكم بالنزاع بقرار نهائي..... بعد ان يدلي كلاً منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية¹.

ويختلف مفهوم التحكيم مع الاختلاف الانظمة. فمفهوم النظام الليبرالي ليس نفسه النظام الاشتراكي. ففي النظام الانجلو امريكي مثلاً تتدخل المحاكم في عمل المحكمين وليس للمحكم اي صلاحية في الفصل في مسألة قانونية، وليسوا ملزمين بتبيان اسباب قرار اتهم التحكيمية الا اذا طالبتهم المحكمة العليا بذلك. وذلك على عكس النظام اللاتيني الذي يوجب تعليل القرار التحكيمي، وفي هذا النظام لا يتدخل القضاء باعمال التحكيم الا من الناحية الاجرائية².

هذه الاختلافات في النظرة الى التحكيم ومفهومه تؤدي بنا الى طرح التساؤل حول طبيعته القانونية.

نبذة ثانية: الطبيعة القانونية للتحكيم :

هناك ثلاث نظريات تحكم الطبيعة القانونية ، نعرضها تباعاً.

1- النظرية العقيدية :

ان الاتجاه القائل بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يرتكز على مبدأ سلطان الارادة حيث أن لا تحكيم الا بارادة الطرفين باللجوء الى هذه الوسيلة. كما وان هذه الارادة هي التي تحدد الاجراءات والحدود والنقاط التي يجب على المحكم التقيد أو الفصل فيها. فالمحكم في عقد التحكيم يستمد سلطته أو ولايته في اتفاق الخصوم أي من تلاقي ارادتهما .

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في 27 تموز 1937 وقالت بأن "قرارات التحكم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتنسحب عليها صفتها التعاقدية"³. وكذلك ذهب جانب من الفقه الى تبني هذه الفكرة فاعتبروا ان الاحكام التي يصدرها المحكم ليس لها اي قوة بحد ذاتها بل تستمد هذه القوة من ارادة الخصوم الذين قرروا الاحتكام الى المحكم وهذا الرأي الفقهي اكده القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة 52 منه على انه "لا تقبل احكام التحكيم التي تصدر طبقاً لاحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها قانون المرافعات المدنية والتعاقدية"⁴.

والقول بأن التحكيم عقد لا يعني انه يطبق عليه ما يطبق على جميع العقود الاخرى اذ ان عقد التحكيم له طبيعة ذاتية خاصة، حيث انه على خلاف العقود الاخرى لا يمكن فيه الدفع بعدم التنفيذ مثلاً . وعلى اي حال ، فإن الاتجاه انتقد لكونه بالغ في ابراز مبدأ سلطان الارادة مع تجاهل دور المشرع والذي بدونه لا يكون لارادة الأطراف تأثير في العملية التحكيمية لانه هو الذي يقرر هذه الارادة. فلو لم يسمح المشرع بالتحكيم ما كان لارادة الفرقاء اي قيمة. وكذلك فالمشرع يلعب دوراً كبيراً اذ انه هو من يحدد المرجع الصالح

1- علوه محمد نعيم ،التحكيم الدولي ، ج 12 من موسوعة القانون الدولي العام، منشورات زين الحقوقية، ط 1، ص 26-27.

2- الاحدب عبد الحميد ،التحكيم احكامه ومصادره، ج 1، مؤسسة نوفل، ص 22 وما يليها.

3- مندبل أسعد فاضل ، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية، ط 2011، ص 53.

4- مندبل أسعد فاضل ، مرجع سابق ص 54.

لاعطاء الصيغة التنفيذية. فقرار المحكم نتج عن ارادة الافرقاء باللجوء الى التحكيم ولكن قوته التنفيذية يستمدّها من الجهات القضائية المختصة .

2- الطبيعة القضائية للتحكيم :

صحيح ان ارادة الافرقاء مهمة فهي من تختار حل النزاع بواسطة التحكيم بعيدا عن قضاء الدولة. ولكن هذا الاتفاق لا يكون ذات معنى الا اذا اجازه المشرع. فاصحاب هذه النظرية يعتبرون ان ما يصدر عن المحكمين يعد احكاما قضائية لها حجية الشيء المقضى به ويجوز تنفيذها جبريا بعد حصول امر التنفيذ.¹ فصحيح ان المحكم ليس قاضيا الا ان الاحكام التي يصدرها تعتبر احكاما قضائية تتمتع بحجية الشيء المقضى به . وقد دعم اصحاب هذه النظرية رايهم بالقول بأن القرارات التحكيمية قابلة للطعن في معظم التشريعات هذا بالاضافة الى ان المحكم يرد لنفس الاسباب التي يرد بها القاضي.²

وقد تبنى هنا الاتجاه القضاء الفرنسي في بعض احكامه حيث اعتبر التحكيم وما يصدر عنه هما ذات طبيعة قضائية وقد اكدت محكمة استئناف باريس على ان: "القرار التحكيمي ليس عملاً عادياً، ولكن يجب مقابله بالحكم القضائي الحقيقي و الذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل للصفة التنفيذية التي لا يتخذها الا من خلال الامر بالتنفيذ.³ وتبنت هذا الرأي محكمة النقض المصرية بأن اعتبرت ان "ولاية الفصل في المنازعات تنعقد اصلا للمحاكم والاستثناء هو جواز اتفاق الخصوم على احالة ما بينهما من نزاع الى محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة احكام المحاكم..."⁴

الا ان هذه النظرية ايضا تعرضت للنقد. فكيف يكون التحكيم ذات طبيعة قضائية وطبيعة المحكم والشروط المتطلبة فيه تختلف عن تلك المطلوبة في القاضي؟ كما علل رافضو هذه النظرية رايهم بالقول بان هناك اختلاف وفروق في طرق الطعن بين حكم التحكيم و الحكم القضائي.

3- الطبيعة المختلطة للتحكيم.

إضافة الى النظريتين السابقتين ظهرت نظرية ثالثة قامت على الجمع بين النظريات السابقة. فهذه النظرية تجمع خصائص الاثنين معاً، و توازن بين فكرة العقد وفكرة القضاء . فوفق منظور هذه النظرية هناك تعاقب للتأثيرات المختلفة لفكرتي العقد والقضاء، فاذا ما نظرنا الى المصدر نرى ان الطبيعة تعاقدية و اذا ما نظرنا الى الهدف من التحكيم تكون الطبيعة قضائية. ولكن هذه النظرية ايضا تعرضت للنقد فاعتبرت انها جمعت نظريتين دون أي زيادة او نقصان،⁵ عدى عن ان اصحاب هذه النظرية غفلوا عن وجود ما يسمى بالتحكيم الاجباري (سيصار الى شرحه لاحقاً) الذي لا تلعب فيه الإرادة أي دور ، فالمشرع هو أساس وجود التحكيم و ليس إرادة الأطراف و بالتالي في التحكيم الاجباري تنتفي الطبيعة التعاقدية.

1- عمر محمد عبد الخالق، النظام القضائي المدني، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، ص ١٠٨.

2- مندبل أسعد فاضل ، م.س ص ٥٦.

3 « la sentence arbitrale n'est pas un acte ordinaire, mais doit etre assimilée à un véritable jugement dont elle comporte les effets, toutefois le caractère exécutoire, qu'elle ne prend qu'avec l'ordonner d'exécution. »

ذكرها المحامي محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الثاني عشر، التحكيم الدولي، منشورات زين الحقوقية، ص ٥٩.

4- ذكره الباحث السيد محمد سعيد بدري، م.س ص ١٢٧.

5 راشد سامية ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ص ٧١.

نبذة ثالثة: انواع التحكيم.

تتعد انواع التحكيم وتتنوع من الناحية العملية. وستناول اهم انواع التحكيم :

١-التحكيم المؤسساتي و الحر:

التحكيم الحرّ او ما يعرف بتحكيم الحالات الخاصة هو نوع من التحكيم يبدأ بارادة الافرقاء اللتين التقتا على اختيار التحكيم كوسيلة لفض نزاعهم. وهذا النوع يعرف باسم adhoc. وفي هذا النوع من التحكيم يقع عناء تنظيم التحكيم على الافرقاء ، فهذه مسؤوليتهم . فكلّ من الاطراف يسمي محكماً بارادته المنفردة وبعدها يسمي الافرقاء المحكّم الثالث بارادة مشتركة . اما اذا اختار الافرقاء ان تكون الهيئة التحكيمية مألّفة من محكّم واحد فيجب عليهم اختياره بارادة مشتركة. كما عليهم ان يعلموا على تعيين الاجراءات التي سيتقيد بها المحكّم. من هنا، فان هذا التحكيم ليس فعل لقاء ارادتين، بل هو فعل استمرار لقاء هاتين الادارتين وبقاء "زواجهما" على التحكيم مستمراً¹.

والتحكيم الحرّ كان أوّل نوع من أنواع التحكيم ، و ما زال مستمراً و ما زالت مكانته هامّة جداً خاصّة في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها ، اذ ان الدولة هي ذات سيادة و اذا ما ارادت الذهاب الى التحكيم ، فسنتفضّل ذلك الذي تفصّله حسب ارادتها و مصلحتها².

اما التحكيم المؤسساتي او ما يعرف بـ **arbitrage institutionnel** فهو ذلك التحكيم الذي تلجأ فيه الاطراف المتنازعة الى مركز او مؤسسة دائمة للتكيم لتتولى انهاء النزاع بينهم طبقاً للوائح وقواعد وانظمة هذه المؤسسة. واكثر هيئات التحكيم الدائمة المعروفة في العالم هي غرفة التجارة الدولية ICC التي مركزها باريس، و هيئة التحكيم الأمريكي AAA ، و محكمة لندن التحكيمية، محكمة تحكيم غرفة التجارة في الاتحاد السوفياتي و مركز تحكيم البنك الدولي العائد لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى ICSID و كثير غيرها...

٢-التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري:

الاصل باللجوء الى التحكيم هو ان يكون اختيارياً. فتكون ارادة الاطراف هي الاساس في اختيار التحكيم كطريق لفض النزاع او اختيار التوجه الى قضاء الدولة العادي. وبالرغم من الدور الذي تلعبه ارادة الاطراف في اختيار التحكيم الا انه لا يخفى ان اقرار المشرع بهذه الارادة عنصر مهم وضروري لايجاد مثل هذا النظام. و احياناً يفرض المشرع عرض النزاع على هيئة تحكيمية قبل عرضه على قضاء الدولة المختص، ففي هذه الحالة نكون امام ما يعرف بالتحكيم الاجباري. وغالباً ما يكون التحكيم اجبارياً في الحالات التي يكون فيها اطراف النزاع من الشركات او الهيئات العامة التابعة للدولة. ففي فرنسا مثلاً حدد المشرع الفرنسي بعض الحالات التي يكون فيها اللجوء الى التحكيم اجبارياً وهي تلك المنازعات التي تقوم بين المؤسسات التابعة للدولة³، ولعلّ فرض التحكيم في هذه المنازعات يعود الى ان هذه الاخيرة تتميز بعدم وجود لد في الخصومة بين الطرفين وذلك لعدم تعارض المصالح، فالقرار التحكيمي مهماً كان، سيكون لصالح جهة

1- الاحدب عبد الحميد ، التحكيم احكامه ومصادره ، مؤسسة نوفل، ح 1، ص 42.

2- الاحدب عبد الحميد ، المرجع السابق، ص 44.

3- منديل اسعد فاضل ، م.س.، ص 96

واحدة وهي الدولة . كما وان المشرع يهدف من خلال التحكيم الاجباري، الى تخفيف العبء عن القضاء العادي في بعض المنازعات او حتى رفع الحرج عنه في بعض المسائل المختلف عليها عرفاً.

وقد اعتبر جزء من الفقه ومنهم الفقيه الفرنسي CHARLES JARROSSON ان التحكيم الاختياري الذي يقوم على سلطان الإرادة هو الأساس و التحكيم الاجباري يعتبر بمثابة قضاء اساسي وليس تحكيم بالمعنى الدقيق.

٣- التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

مع تطور العلاقات التجارية ونموها وتكافئ المشاريع الانمائية والاقتصادية ظهرت انواع تحكيم جديدة كالتحكيم الداخلي ARBITRAGE INTERNE والتحكيم الدولي arbitrage international . ويترتب على التفرقة بين النوعين امور غاية من الاهمية، مثلاً ذهب الاجتهاد والفقه احياناً الى قبول التحكيم في مواضيع متعلقة بالنظام العام ولكن لها طابع دولي. فاعتبر ان هناك نظام عام دولي اوسع نطاقاً من النظام العام الداخلي وهذا ما سنراه بالنسبة للتحكيم في العقود الادارية الذي لاقى انشراحاً وقبولاً اوسع على الصعيد الدولي منه على الصعيد الداخلي . وقد اعتبر القانون اللبناني في المادة 809 منه انه: " يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وكذلك اعتبر نص المادة 3 من قانون التحكيم المصري ان "التحكيم يكون دولياً اذا كان موضوعه يتمثل في نزاع يتعلق بالتجارة الدولية : " اي ان هناك توافق في وجهات النظر لناحية التعريف ولكن يتبقى لنا ان نعرف ما المقصود بالتجارة الدولية.

فقد افرد قانون التجارة اللبناني في المواد ٦ و ٧ الاعمال التي تعدّ تجارية¹ . وكذلك اعتبر المشرع الفرنسي في المادة ٦٣٢ من القانون التجاري ان العمل التجاري هو العمل المبني على تداول الثروات و الهدف منه تحقيق ربحاً مادياً.²

¹ المادة 6- ان الاعمال المبيّنة فيما يلي تعد بحكم ماهيتها الذاتية اعمالاً تجارية برية وكذلك جميع الاعمال التي يمكن اعتبارها مجانية لها لتشابه صفاتها وغاياتها: شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية لاجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها ام بعد شغلها او تحويلها، شراء تلك الاشياء المنقولة نفسها لاجل تأجيرها، او استئجارها لاجل تأجيرها ثانية، البيع او الاستئجار او التأجير ثانية للاشياء المشتركة او المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم، اعمال الصرافة والبنكا، مشروع تقديم المواد، مشروع المصانع وان يكن مقترنا باستثمار زراعي الا اذا كان تحويل المواد يتم بعمل يدوي بسيط، مشروع النقل برا او جوا او على سطح الماء، مشروع العمالة والسمسرة ، مشروع الضمان ذي الاقساط المحددة، مشروع المشاهد العامة، مشروع التزام الطبع، مشروع المخازن العمومية، مشروع المناجم والبترو، مشروع الاشغال العقارية، مشروع شراء العقارات لبيعها بربح ومشروع وكالة اشغال.

المادة 7- تعد ايضا اعمالاً تجارية بحرية: كل مشروع لانشاء او شراء بواخر معدة للملاحة الداخلية او الخارجية بقصد استثمارها تجارياً او بيعها، وكل بيع للبواخر المشتركة على هذا الوجه، جميع الارساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كسواء او بيع لوازمها من حبال و اشرة ومؤن، اجارة السفن او التزام النقل عليها والاقراض او الاستقراض الجزافي. وسائر العقود المختصة بالتجارة البحرية كالاتفاقات والمقاولات على اجور البحارة وبذل خدمتهم واستخدامهم للعمل على بواخر تجارية.

² « L'acte de commerce est l'acte qui réalise une entremise dans la circulation des richesses, effectuée avec l'intention de réaliser un profit pécuniaire »

لكن مفهوم التجارة الدولية مفهوم أوسع ، و هذا ما أكدته الدكتور ادوارد عيد بقوله أنه: " فيما يتعلق بلفظة التجارة فيجب ان تفهم بصورة واسعة ، فهي لا تقتصر فقط على النطاق التجاري كما يعرفه قانون التجارة في لبنان ، بل يشمل بالإضافة الى اعمال البناء و الاستثمار ومختلف الخدمات، باختصار كل عمل ذي طبيعة اقتصادية، فكثير من الأشخاص الذين لا يملكون صفة التاجر في القانون التجاري، يسهمون مع ذلك في الحياة الاقتصادية الدولية ، فالوكيل التجاري، الاجبر بالمعنى المقرر في قانون العمل، والمزارع والمؤلف والمخترع او أي فنان آخر و المحامي او أي عضو آخر في مهنة حرّة، يمكنه بصفته المهنية اجراء عمليات ذات صفة دولية..."¹

و نعلم التعريف الذي اعتمده القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI ، الذي يتلخص بانه: " تعتبر تجارية كل عمليات تبادل الاموال ، الخدمات او القيم، أي كل العلاقات الاقتصادية التي يكون موضوعها الإنتاج، التحويل، مرور البضائع، و تادية الخدمات المتعلقة بها و كذلك كل النشاطات المالية و المصرفية . و كل ذلك دون الاخذ بعين الاعتبار صفة الفرقاء."

نستنتج فيما يختص أنواع التحكيم ان الدولة اذا ما وجدت في تحكيم ما ستفضل ان تفصل التحكيم على الشكل والقياس الذي يخدم سلطتها وسيادتها. وبالتالي تتجه نحو التحكيم المؤسسي. وكذلك رأينا ان في التحكيم الالزامي او الاجباري ضمانات اكبر للدولة على ما اوردها سابقاً. واخيراً فان الحقل الدولي هو الاخصب لاجراء التحكيم في المنازعات الادارية. ومع كل هذه الاختلافات في انواع التحكيم وتفضيل الدولة لنوع على آخر الا ان صفات المحكم تبقى معايير ثابتة مهما كان نوع التحكيم.

نبذة رابعة: الصفات الواجب توافرها في المحكم:

١- الاهلية:

لا بد للمحكم من ان يتمتع بالاهلية الكاملة وذلك للحصول على عملية تحكيمية صحيحة ، ناجحة واقرب ما يمكن من العدالة. وهذا ما ذهبت اليه معظم تشريعات العالم فالمشرع المصري اعتبر انه لا يصح ان يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية او مفلساً لم يرد اعتباره. وهذه القاعدة متعلقة بالنظام العام . وكذلك اعتبر القانون الجزائري ان القاصر لا يمكن ان يلعب دور المحكم ولو كان مأذوناً ان توكل اليه مهام التحكيم. اما في قطر فلم ينص مشروع قانون التحكيم على شروط خاصة لأهلية المحكم الا انه نص على جواز ابطال حكم المحكم الذي ثبت انه " فاسد او سيء السلوك". هذا ما نصت عليه المادة 203 مرافعات مدنية، فقرة اولى². فلا بد من اهلية كاملة تمكّن المحكم من فهم الموقف والالمام بجميع جوانبه ليكون حكمه الاقرب الى العدالة.

¹ عيد ادوارد ، أصول المحاكمات المدنية، ج ١٢، ص ٣٦.

² الاحدب عبد الحميد ، م.س. ، ج 20، التحكيم في البدان العربية، الانسانية.

٢- الحياد impartialité:

ان المحكم في مكان ما يلعب دور القاضي الذي سيفصل في النزاع المعروض امامه، ولا بد اذاً ان يكون متمعاً بالنزاهة والحياد وان يكون على مسافة واحدة من جميع الافرقاء كي يحكم بعدل. فلا يمكن ان يكون المحكم مثلاً وكياً ل احد الافرقاء ولا يمكن ان تربط المحكم اي قرابة باي من الاخصام، ولا يمكن ان يكون مستشاراً ل احد الاطراف او ممثلاً له او تابع له بمعنى ان يتلقى او امره من هذا الطرف لان كل هذا يؤدي الى اعتبار المحكم تابع ل احد الاطراف اكان عاطفياً او عملياً مما يخلق عدم ثقة لدى الطرف الاخر في العملية التحميكية ويثير الشكوك حول نزاهتها. وقد اعتبر الفقه المصري بان مسألة النزاهة مسألة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها¹. لكن لا نستطيع ان نعتبر ان المسألة تتعلق بالنظام العام اذ انها مسألة تنظيمية يعود امر تقديرها الى الافرقاء. فطالما ان الافرقاء على علم بهذه العلة وارتضوها، ليس هناك ما يمنع من تعيين المحكم. الا انه في هذه الحالة نرى ان المسألة تتوقف على المحكم نفسه، فهو من عليه رفض لعب هذا الدور لانه على الاغلب لن يتمكن من المحافظة على حياده، والحياد هو المعيار الوحيد الذي سيمكنه من ممارسة مهامه باستقلالية بعيداً عن اي تأثيرات خارجية.

اضافة الى هذه الشروط يمكننا ان نضيف شرطاً يعتبر من المسلمات وهو ان يكون المحكم شخصاً طبيعياً، اذ ان الصفات التي اشتراطها سابقاً لا تتحقق او تطبق الا على شخص طبيعي. وهذا ما نص عليه القانون المغربي في المادة 1451 من قانون الاجراءات حيث اعتبر ان "مهمة المحكم لا يمكن ان تفوض الا لشخص طبيعي". ويجب ان لا تختلظ الامور عنا بين وجوب كون المحكم شخصاً طبيعياً وبين التحكيم المؤسسي، اذ ان في التحكيم المؤسسي تكون مهمة الشخص المعنوي هي تنظيم عملية التحكيم عن طريق تعيين المحكم، وهذا الاخير هو من يفصل في النزاع.

بعد التعرف على الاطار المفاهيمي للتحكيم، لا ضرر في ان نعرض باسهاب كيف تتطورت هذه الوسيلة و مدى مشروعية الاتفاق عليها في المنازعات الإدارية بشكل عام.

مطلب ثانى: نشأة التحكيم و مشروعيته في النزاع الإداري:

في هذا المطلب سنعرض باسهاب لتطور مفهوم التحكيم (في فقرة أولى) و ننتقل بعدها لنرى مجملاً مدى مشروعية هذه الوسيلة في المنازعات الإدارية (في فقرة ثانية).

الفقرة الاولى: نشأة التحكيم

في المجتمعات البدائية كان مفهوم "العين بالعين والسن بالسن" سائداً. فكان كل فرد يسعى الى اخذ حقه بيده حتى تطورت البشرية وظهرت اسباب عديدة ادت الى مفهوم التحكيم وتطورّه.

¹بدوي السيد محمد السيد، مرجع سابق، ص ١٠٥.

نبذة أولى: التطور التاريخي للتحكيم:

في المجتمعات البشرية القديمة كانت القوة هي الأساس في حسم المنازعات . إذ ان الحق كان للقوة . وكانت تلك المجتمعات تقوم على الانتقام الشخصي. او اقامة مبارزات بين المختصين والفائز يكون على حق. او كانت ايضاً تعتمد على عامل الصدفة مثلاً اطلاق طير في السماء والجهة التي يعلم بها تقرر الحكم لاحد الأطراف¹.

وفيما بعد بدأ الافراد ينصهرون ضمن جماعات فكان هناك تضامن في الواجبات والحقوق داخل كل عشيرة و كان يحق لأي شخص من عشيرة المجني عليه ان يأخذ بثأره من عشيرة الجاني . فهذه كانت فكرة تعدي العقوبة الى غير شخص الجاني². ومع انتقال الافراد من حياة البدو الى الحياة الزراعية بدأ مفهوم القوة يتراجع قليلاً ليحل مكانه طريق الصلح مع العشيرة الاخرى او دفع داية بدل من اخذ الثأر.

ومن هنا بدأت تنشأ التعليم القضائية والتي تعرف باسم القضاء الخاص. فكانت الجماعات تحتكم لشخص ثالث لفض النزاعات. فالقوة في تلك المرحلة بدأت تتضاءل لمصلحة احلال العقل. الا ان الاحتكام الى شخص ثالث لم يكن مبني على قواعد قانونية ثابتة تتيح للمحكم ان يبني حكمه عليها بل كانت آراءه تتأثر بالظروف والعادات والقاليد ولم يكن لقراره أي الزامية . فقد بقيت القوة هي الخيار الاخير لمن لا يناسبه حكم المحكم وكأنها كانت وسيلة لاستئناف ما يؤول اليه التحكيم في حالة عدم رضا احد الشخصين على نتيجة التحكيم³.

وقد عرفت الكثير من الجماعات هذا النظام، ولعلّ أولها بلاد وادي الرافدين. وكذلك عرفت الحضارة اليونانية على الصعيد الداخلي والخارجي ، فقد كان التحكيم معروفاً لديهم على شكل مجلس دائم للتحكيم لحدّ المنازعات التي كانت تحدث بين دويلات المدن اليونانية. وبقي هذا النظام يتطور عبر الزمن ومع الحضارات وشاع في عصر الجاهلية بان يكون المحكم هو صاحب الرأي لحدّ النزاعات التي تنشأ . وكان المحكم في معظم الأحيان هو شيخ القبيلة .

ولا شك في ان تطور التحكيم مستمر ولم يتوقف يوماً. ومع الايام اصبح للتحكيم النظام القانوني الذي يعرفه اليوم. علماً ان هذا النظام ليس ثابتاً بل هو متحرك حسب المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية ويتأثر بالاطار المكاني الزماني.

لذلك نحن اليوم بصدد دراسة مدى امكانية التحكيم في النزاعات الادارية. فهل ان التطور الاقتصادي والفكري والمتطلبات الحياتية سمحوا بتخطي بعض الحواجز المانعة للتحكيم في المادة الادارية على ما سنرى لاحقاً؟ ام ان للمنازعات الإدارية خصائص تتنافى و التحكيم؟

نرى اذاً ان التطور الاجتماعي وانتقال الافراد من حياة البدو الى حياة الاستقرار والزراعة كانت عوامل اساسية ادت الى تطور فكرة التحكيم. فوجود التحكيم يسبق زمنياً فكرة القضاء. ولكن هل هذه العوامل هي الوحيدة التي ادت الى التمسك بالتحكيم وانتشاره الواسع في زمننا الحالي، ام ان هناك مبررات أخرى تؤدي الى اعتناق طريق التحكيم.

¹ <http://www.aifa.eg.com /arbitration-. History.hbm>.

² - مندبل اسعد فاضل ، م.س. ص 29-30.

³ <http://www.aifa.eg.com /arbitration-. History.hbm>.

نبذة ثانية: مبررات اللجوء الى التحكيم :

لا شك ان التحكيم اضحى اليوم مظهراً حضارياً ومعياراً مهماً لتحديد مدى تطور الدولة. فالتحكيم يعتبر علاجاً لعدة اشياء يسعى المتقاضون لتفاديها امام قضاء الدولة، ونذكر اهمّها:

١- السرعة:

مع التطورات الحياتية وازدياد اعداد المراجعات القضائية في مختلف المجالات، بدأت القضايا المعروضة على القضاء تتزايد وذلك بسبب الاجراءات الشكلية الطويلة والمعقدة التي يفرضها القانون للسير في الدعوى. هذا التراكم للقضايا امام القضاء جعل مسألة البت في النزاع مسألة صعبة تحتاج الى الكثير من الوقت، فاصبح من النادر جداً ان نرى حسم في قضية مهما كانت صغيرة قبل مضي بضعة سنوات.

ولكن لا بد من القول ان اللوم لا يقع فقط على القضاء او الاجراءات القضائية، فهناك جزء من المسؤولية يقع على اطراف النزاع بحيث ان ارادة الاطراف لحسم النزاع بسرعة تساهم في تقصير الاجراءات القضائية. وغالباً اذا ما اراد الاطراف حلاً سريعاً للنزاع يتّجه خيارهم للتحكيم، اذ ان سرعة البت في القضايا المنظورة في التحكيم تعتبر من اهم دوافع اعتماده كبديل عن قضاء الدولة. فقد قيل ان "العدالة المتأخرة هي عدالة منقوصة وان السير ببطء نحو تحقيق العدالة هو شكل من اشكال الظلم الذي يجرح العدالة"¹. والمميز في التحكيم ان للافرقاء تحديد مهلة معينة يتوجب على المحكم خلالها فضّ النزاع كما ان هناك بعض القوانين التي حددت مدة قصوى لوضع حد للنزاع عن طريق التحكيم، مثلاً القانون السوري رقم 4 لعام 2008 الزم في المادة 37 منه هيئة التحكيم بالبت في النزاع ضمن زمن معين هو 180 يوماً اذا لم يكن الاطراف قد حدّدوا مدة خلاف ذلك، واعطى لهيئة التحكيم صلاحية مد المعيار لمدة لا تزيد عن 90 يوماً ولمرة واحدة فقط.²

٢- الخصوصية او السرية:

بالرغم من ان العلنية تعتبر من اهم ضمانات العدالة امام المحالم العادية، الا انها لم تعد مقبولة كثيراً خاصة في الوسط التجاري حيث ان سمعة التاجر تسبق رأسماله ولا يخفى ان اي قضية ترفع ضد التاجر تؤثر على سمعته واسمه في السوق. والتحكيم لهذه الناحية يقدم ميزة تناول النزاع بشكل يحفظ السرية وذلك من خلال الخصوصية في الجلسات وايضاً عند صدور الحكم. لكننا نرى ان هذه السرية تثير الشكوك خاصة اذا كانت الدولة طرفاً في النزاع بحيث انه يحق للمواطنين ان يواكبوا اعمال دولتهم ومواقفها وحتى نزاعاتها، خاصة وان الدولة تسعى عبر تسييرها للمرافق العامة الى تحقيق المصلحة العامة اي مصلحة المواطنين.

¹ -<https://www.aman-palestine.org/ar/media-centes/5895.html>

² -<http://eleslam.e'qanon.yoo6.com / + 1600-topic>

٣- اختيار الافرقاء للمحكّمين:

ومن اهم ميزات التحكيم انه يخلق الطمأنينة في نفس الافرقاء اذ انه يعود للافرقاء انفسهم اختيار المحكم ومواصفاته لو مهما كانت مثلاً (جنسية، عمر، خبرة، اللغة المتقنة..) والا هم انه يحق لهم ان يختاروا محكم من خارج الجسم القضائي. فالمحكم لا يجب ان يكون حائز على شهادة حقوق او ان يكون قاضياً. فاذا كنا امام نزاع على سيارة مثلاً، ممكن ان يختار الافرقاء ميكانيكياً يلعب دور المحكم. فهذه الميزة تضيي الكثير من الايجابية على التحكيم وتضمن عدالة اكبر اذ ان المحكم المختار لديه خبرة ومعرفة معمقة في موضوع النزاع على عكس القاضي الذي تقتصر خبرته عامة على المعرفة القانونية. ولا نتكبر لاهمية المعرفة القانونية ابدأ، فهي مهمة جداً لناحية صياغة القرار التحكيمي. ونلفت النظر الى ميزة غاية في الاهمية وهي ان التحكيم يتفادى مشكلة "تنازع القوانين" وذلك لانه يعود للفرقاء اختيار القانون الواجب التطبيق¹.

وهناك من يضيف ان ما يميز التحكيم ايضاً هو قلة التكلفة لكن هذا ليس صحيحاً. فهذا الموضوع نسبي ويختلف باختلاف الموضوع والمحكم. ولكن يمكننا القول ان في التحكيم يعين الافرقاء منذ البداية التكلفة النهائية على عكس القضاء حيث ان المصاريف تزيد او تنقص حسب تبادل اللوائح، تعاب المحامي، واذا ما اضطر هذا الاخير للفصل في نقطة معينة تخرج عن اطار القضية، الانذارات، التبليغات...

و لكن ها مبررات اللجوء الى التحكيم هذه تكفي لولوج التحكيم باب المنازعات الإدارية ام ان هناك مبادئ قانونية تمنع ذلك؟

الفقرة الثانية: مشروعية الاتفاق على التحكيم:

مشروعية اللجوء الى التحكيم تختلف في المواد المدنية عنها في المواد الإدارية. فلهذه الأخيرة مبادئ عامة تتناقض مع التحكيم (نبذة اولى) ، إلا ان الاتجاه القانوني العالمي اليوم يسعى الى التخفيف من حدة هذه المبادئ (نبذة ثانية) سعياً منه للاستفادة من حسنات التحكيم.

نبذة اولى: المنع الناتج عن المبادئ القانونية العامة:

١- امتيازات السلطة العامة:

تمارس السلطة العامة مهامها الادارية من خلال الوسائل التي منحها اياها القانون. فالمشروع منح الادارة الكثير من الامتيازات التي تساعد على تحقيق هدفها الاساسي الا وهو تأمين المصلحة العامة. فقد اولى المشروع الادارة امتيازات عديدة تبرز اهميتها في العقود الادارية، اذ ان القرارات الادارية تؤخذ بارادة الادارة المنفردة و هذا بحد ذاته امتياز، بينما في العقد الذي يعطى الصفة الادارية نكون امام امتيازات ضمنية للادارة حتى لو لم ينص عليها العقد صراحة. فقد منحت الادارة حق انزال الجزاءات بالطرف الاخر في حال ارتكابه الاخطاء.

¹ - <https://bndralmjad.wordpress.com/2012/09/18>

كما و ان للادارة سلطة كبيرة في مراقبة تنفيذ العقد، و قد تكون هذه المراقبة ذات طابع مادي اي ان الادارة تراقب العمل على ارض الواقع و تصدر تعليماتها. اضافة لما سبق، للادارة الحق بتعديل بنود العقد بارادتها المنفردة اذا ما كان هذا التعديل ضروري و اساسي لتحقيق المصلحة العامة و تسيير المرفق العام . و اخيراً، للادارة الحق بفسخ العقد بارادتها المنفردة. ولا يخفى ان هذا الامتياز يعدّ الاهم و الأخطر في يد الادارة الا ان له حدود. فالفسخ في عقود الامتياز يحتاج لحكم قضائي. و في جميع الاحوال ،يبقى للمتعاقد ان يطالب بالتعويض عن الاضرار التي يخلفها استخدام هذه الامتيازات.

فالممنوع اذاً جاء يكرّس هذه الامتيازات الممنوحة للادارة. فلو سلّمنا بإمكانية التحكيم ، لا يبقى مكان لتطبيق هذه الامتيازات. فامام اي خلل في بنود العقد او اي خطأ من احد الاطراف، لا بد حينها من العودة الى بنود التحكيم و اللجوء الى المحكم للمطالبة بالفسخ و التعويض ممّا يفقد الادارة الضمانة التي منحها اياها المشرع و يجرد الامتيازات من جوهرها .

٢- سيادة و حصانة الدولة:

للسيادة اهمية كبيرة في بناء الدولة، حتى انها جعلت احد اركانها الاساسية . فعندما يقال ان لقيام دولة نحن بحاجة الى 3 اركان شعب، اقليم و سلطة سياسية. فالمقصود بالسلطة السياسية تلك التي تتمتع بالسيادة. وقد عرّفت السيادة اصطلاحاً بانها: "وصف للدولة الحديثة يعني ان يكون لها الكلمة العليا على اقليمها وعلى ما يوجد فوقه او فيه".

و غالباً ما يرتبط مفهوم السيادة بالاستقلال . فالدولة المستقلة تعتبر ذات سيادة تخولها اتّخاذ القرارات بمنأى عن اي تدخلات خارجية، كما تخولها سن القوانين و تطبيقها على اقليمها.

اذاً السيادة تتبلور على الصعيد الداخلي بان تكون الدولة قادرة على فرض سلطتها على اقليمها و تطبيق قوانينها و انظمتها على مواطنيها حيث لا تعلق عليها سلطة اخرى او تنافسها في فرض ارادتها.

اما السيادة على الصعيد الخارجي فتكون باستقلال الدولة و عدم وقوعها تحت احتلال دولة اجنبية او اكثر. اي ان سيادتها تبرز على الصعيد الخارجي بحرية تقرير علاقاتها مع الدول الاخرى و تنفيذ قوانينها الخاصة و تقرير الحرب و السلم.

ومن هنا فان القبول بالتحكيم في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها ، يضع سيادة هذه الاخيرة بخطر اذ انه من الممكن جداً ان لا تطبق قوانين هذه الدولة . ممّا يؤدي بها الى تنفيذ قرار تحكيمي مبني على قوانين دولة اخرى او اعرف اخرى ممّا يهزّ سيادتها امام مواطنيها. فاذا كانت الدولة نفسها على استعداد ان تتخلى عن قوانينها فهل من عيب على المواطن اذا ما لم يحترم قوانين دولته؟

اما مبدأ حصانة الدولة فهو مبدأ قريب من سابقه. فحصانة الدولة القضائية مبدأ معروف و متفق عليه في القانون الدولي. و تؤمّن هذه الحصانة للدولة من خلال محاكمها الخاصة التي انشأتها بنفسها، حيث أنّها لا تمثل الا امام محاكمها. هذا المبدأ يضمن اذاً عدم خضوع الدولة للقضاء الاجنبي ، اي اذا حدث و رفعت دعوى امام محاكم دولة اجنبية ضدّ دولة اخرى، على محكمة الدولة الاجنبية المرفوعة امامها الدعوى ان ترفض السير فيها عملاً بهذا المبدأ. و هذه الحصانة عادةً ما تكون مطلقة اي تطبق على جميع الاعمال التي تقوم بها الدولة. اذا نرى ان قبول الدولة بالتحكيم و خروجها عن اطار محاكمها الخاصة يضع حصانتها القضائية بخطر و يزعزع صورتها كدولة امام مواطنيها.

٣- الانتظام العام:

مفهوم الانتظام العام مفهوم واسع لم يضع له الفقه تعريف معين . الا انه يمكننا القول ان اهمية هذا المفهوم تكمن بتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.اي يمكن ان يصار الى الحد من الحريات و الحقوق بغية تأمين المصلحة العامة.ومن المعلوم ان المصلحة العامة هي هدف الادارة و مسعاها الاساسي. و من هذا المنطلق تطرح فكرة الانتظام العام في المنازعات الادارية اذ انه يعود للاطراف ان يحدّدوا المحكم و حدود صلاحياته و واجباته. فلا بد من التأكد ان هذه البنود التحكيمية لا تمس بالمصلحة العامة و الانتظام العام ، و الالم هو التأكد من مدى امكانية اللجوء الى التحكيم في النزاع المعروض لانّ هذا الامر يتعلق بالانتظام العام.مما يعيدنا الى النقطة الاساسية و هي مدى امكانية التحكيم في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها. ونحن نعلم ان اختصاص المحاكم هو امر متعلّق بالانتظام العام و لا يجوز مخالفته. كما نعلم ان في الدول الازدواجية هناك فصل بين المحاكم الادارية و العدلية و هو امر يتعلق بالانتظام العام و لا يجوز مخالفته باللجوء الى القضاء العدلي لحلّ ما هو من اختصاص القضاء الاداري، فكيف يمكن اذا ان نلجا الى محكمين لوضع حل لنزاع هو في الاساس من صلاحية القضاء الاداري؟ هذا امر يخلّ بالانتظام العام.

٤- اهلية التقاضي:

الاهلية شرط اساسي في التحكيم حيث ان الاتفاق على التحكيم لا يكون الا من شخص ذو اهلية يحق له التصرف بحقوقه.وقد اعتبر ان الدولة ليس لها اهلية للتقاضي و قد شذّبت اهليتها باهلية القاصر. لذلك هي ممنوعة من اللجوء الى التحكيم.¹ فففي العادة للشخص حق التعاقد على حقوقه الشخصية ، الا ان الدولة لا تملك الحقوق التي ترعاها . فأصحاب هذه الحقوق هم الافراد الذين يدفعون الضرائب . و صحيح ان للدولة الحق بابرام عقود صلح اذ انه في الصلح يعرف كل طرف التنازلات التي يقدمها، بينما في التحكيم لا يعرف أي طرف ما سيؤول اليه التحكيم.²

و القول بان التحكيم يصبح جائزاً في المنازعات الإدارية بعد ان يوافق عليه الوزير المختص او من يتولّى اختصاصه ليس بالامر الكافي لانه بالرجوع لبعض للأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص ، نجد بأنها تقضي بصحة اتفاق التحكيم على الرغم من عدم الحصول على الترخيص الذي يشترطه القانون الوطني للدولة: كقضية المشروع العام السوري ضد الشركة الألمانية، وكذلك قضية Framatome ضد الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية وكذلك قضية الهيئة العامة التونسية ضد شركة من جزر الأنتيل الهولندية، وقد رأى جانب من الفقه بأن اتجاه أحكام التحكيم منطقي وصحيح لأننا هنا امام احكام تحكيمية دولية و ليس داخلية، وبالتالي تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة عليه في تشريعه الداخلي لا يعد بالحجة المقنعة.³

¹PATRIKIOS A. , 'L'arbitrage en matière administrative , L.G.D.J 1997 ,p.35 et Robert J. L'arbitrage, Dalloz 5ème édition.1983 ,p.28.

² الاحدب عبد الحميد ، التحكيم، جزء اول "احكامه و مصادره"، مؤسسة نوفل ش.م.م ، ص ٣٢٣.
³ عباسي منير ، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماستير، جامعة خميس مليانة، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٤٨

٥- الحماية الدبلوماسية:

هذا المبدأ مطبق على الصعيد الدولي ، فالقانون الدولي يعترف بحق الدولة بالتدخل الدبلوماسي وذلك بهدف حماية أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة اجنبية من الاضرار التي تلحق بها جراء إجراءات اتخذتها حكومة دولة اجنبية.

فالفرد غير مخول ان يدعي مباشرة امام المحاكم الدولية ، لذلك اقر حق الدولة بان تكون وسيط يحتضن دعوى مواطنه امام المحكمة الدولية. وقد عبّرت عن ذلك محكمة العدل الدولية في قضية MAVROMMATIS حين اعتبرت انه " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي ان يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرراً نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة اخرى و يكونون غير قادرين على ان يحصلوا منها على تعويض عندما يسلكون الطرق العادية".¹ وهذا المبدأ شكّل خطورة على لجوء الدولة للتحكيم الدولي حيث ان للدولة التي يحمل جنسيتها المتعاقد الأجنبي ان تتدخل حمايةً لمصلحة مواطنها ممّا يضعف مركز الدولة.

ما تقدّم يُلخّص أسباب المنع التي كرسّت مبدأ عدم إمكانية اللجوء للوسائل البديلة (خاصة التحكيم) لحلّ المنازعات الإدارية. إلا ان هذه المبادئ بدأت تأخذ منحاً آخر ومنظور مختلف.

نبذة ثانية: التخفيف من حدة المبادئ العامة:

الدولة اليوم بدأت تبتعد شيئاً فشيئاً عن صفة الدولة – الشرطي التي تكفي بتحقيق العدالة والامن و الاستقرار، حيث ان الدولة تريد ايضاً ان تلعب دوراً في اقتصاديات البلاد، فبدأت تخرج عن نشاطها التقليدي لتصبح مستثمراً و تاجراً... و من هنا لم يعد مبدأ الحصانة مطلقاً اذ ان معظم الدول بدأت تأخذ بمفهوم الحصانة النسبية.

ومع التطورات الاقتصادية العالمية و غزو عقود الاستثمار كان لابد للدولة من التخلي عن حصانتها لتضمن مكان لها على الصعيد العالمي اقتصادياً. فعدم التنازل سيؤدي الى عدم دخول الاجانب في أي علاقة تجارية متخوفين من اثاره الدولة لهذا المبدأ امام أي نزاع ينشأ. علماً ان اثاره الدولة لمبدأ السيادة بعد نشوء النزاع هو فعل يتنافى مع مبدأ حسن النية و مع المبدأ القائل بأنه يحظر على المرء ان يناقض نفسه ملحقاً الضرر بالطرف الآخر (estoppel). اضعف الى ذلك ان عدم قدرة الدولة على ابرام بند تحكيمي او عقد تحكيمي ينفي سيادتها و لا يؤكدها.²

وإذا ما سلّمنا بضرورة تخلي الدولة عن سيادتها فمن الطبيعي القول انها تستطيع التنازل عن امتيازاتها المعطاة لها من المشرع حيث ان هذه الامتيازات جاءت تؤكد على حصانة الدولة و سيادتها.

فالقول بقدرة الدولة على ابرام الصلح او اللجوء الى الوساطة او التحكيم لا ينفي سيادتها و حصانتها. اذ يصعب اعتبارها متنازلة عن سيادتها، لان الدولة لا تتنازل عن سيادتها الا للقضاة الذين يمارسون السلطة القضائية، حين تمثل امام قضاء اجنبي، اما اذا مثلت في التحكيم، فهي لا تتخلى عن سيادتها، لان المحكم لا يصدر حكماً باسم الدولة. وانما هو ينفذ مهمة عهد بها اليه اطراف النزاع.. " ، لكن الدولة وهي قابلة بالتحكيم الدولي، قد تجد نفسها منساقاة امام قضاء اجنبي، كأن يجيز نظام تحكيم البلد الذي يجري فيه التحكيم، تدخل

¹ الاحدب، عبد الحميد م.س، ص ٣٣٥

² الشبخاني الياس ، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٨، ص ٤٣

القضاء في التحكيم، هكذا اعتبر حكم الارامكو ان الحصانة القضائية للدولة تحول دون تطبيق قانون مكان التحكيم (اي سويسرا). وهكذا استقر الفقه والاجتهاد على ان الدولة الاجنبية، حين تذهب للتحكيم الدولي، فان سيادتها لا تمس الا اذا فقد التحكيم طابعه الدولي.¹

وقد اعتبرت بعض التشريعات ان الشرط التحكيمي لا يعتبر تنازلاً عن الحصانة القضائية. فالمعاهدة الاوروبية المبرمة سنة 1973، نصت على انه اذا قبلت دولة متعاقدة احالة نزاع تجاري او مدني الى التحكيم، فلا يمكنها ان تثير الحصانة القضائية امام محكمة دولة اخرى يجري التحكيم على اراضيها.

في فرنسا، الاجتهاد والفقه منقسمان. فتيار يعتبر قبول التحكيم تنازلاً من الدولة عن حصانتها القضائية. وتيار يعتبر ان العقد التحكيمي او الشرط التحكيمي يحمل قبولاً باختصاص المحكمين. وهو تنازل عن الحصانة وعن اثارها امام المحكمين. ولكنه لا يعني تنازلاً عن الحصانة امام المحاكم القضائية. كما وهناك من يعول على الارادة الحقيقية التي يتضمنها العقد التحكيمي، ويرفض الخروج بمبدأ عام، بل يعود الى العقد التحكيمي لمعرفة ما اذا كان هناك تنازل عن الحصانة، من خلال نصه وظروف ابرامه.²

اما بالنسبة للقول بان الحماية الدبلوماسية تشكل حاجزا يعيق الدولة من اللجوء الى التحكيم، فهناك مبداء اخر يمنع دولة المستثمر الأجنبي من التدخل وهو مبدأ "كالفو"³ و عملاً بهذا المبدأ يمكن ان يستبعد حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية، بمقتضى نص في معاهدة او في عقد. فهو يقضي بخضوع المشروعات الاجنبية للقوانين والمحاكم الداخلية في الدولة المضيفة. بالاضافة الى تنازل هذه المشروعات الاجنبية عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية من دولتها، بالنسبة لجميع الدعاوى ضد الدولة المضيفة. ووفقاً لهذه النظرية، لا يجوز للاجانب ان يتمتعوا بحقوق امتيازات اكثر من تلك التي يعترف بها للمواطنين. وهم يخضعون في كل المنازعات التي تتعلق بهم للقضاء الوطني.

اما لناحية القول بعدم أهلية الدولة للتعاقد، فلا بد من التمييز بين الاهلية المدنية و الاهلية الإدارية. الوصاية المدنية تهدف الى حماية عديم الاهلية، اما الوصاية الإدارية فتهدف الى حماية المصلحة العامة اكثر من حمايتها للهيئات المركزية. و عليه فالادارة تتمتع بالاهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم، فالدولة تقوم بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام فإذا كانت تفنقر إلى الأهلية لما كانت لها القدرة على إدارتها، فالواقع يثبت تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارتها لأموالها العامة والخاصة، وهو ما يعطيها الحرية التعاقدية في إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال.

ولابد من لفت النظر الى ان تشبيه الدولة بالقاصر المميز يجعل البطلان بطلاناً نسبياً وبالتالي لا يستطيع أي طرف غير الدولة اثاره موضوع عدم الاهلية خاصة و ان الدولة توقع على عقد التحكيم بملء ارادتها دون ان يكون هناك أي عيب من عيوب الرضا. كما و ان اعتبار الدولة غير ذات أهلية لتوقيع بند او عقد تحكيمي هي نظرية خاطئة، فكيف للمشرع الذي أجاز للدولة ذلك في العقود الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الخارجية ان يقول بعدم اهليتها. والقول بعدم الاهلية على الصعيد الداخلي ايضاً مرفوض اذ لا يعقل ان تكون الدولة في

¹ الاحدب عبدالحميد، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

² الاحدب عبدالحميد، المرجع السابق ص ٣٤١.

³ وقصتها تعود الى الفقيه الارجنتيني "كالفو" وقد برزت في القرن التاسع عشر، لمواجهة التدخلات العسكرية التي كانت تقوم بها كل من الولايات المتحدة الاميركية والدول الأوروبية. في بلدان القارة اللاتينية. تحت ستار الحماية الدبلوماسية لرعاياها. ولكن النظرية تحولت مع مرور الزمن. الى مظهر من مظاهر السيادة التي تتمتع به الدولة في حدودها الإقليمية. وقد ظهر ذلك جلياً. بعد مصادقة البلدان الموقعة على ميثاق قركاجنة سنة 1970، بوليفيا، كولومبيا، الشيلي، الاكوادور، فنزويلا، والبيرو. وقد رد فيه ما نصه: " في جميع الوثائق الخاصة بالاستثمار او بنقل التكنولوجيا. يمتنع ادراج شروط من شأنها ان تبعد النزاعات او الاختلافات المحتملة. عن انظار المحكمة الوطنية. او تخرجها من اختصاص البلد المضيف. او تجيز حلول محل رعاياها من المستثمرين في حقوقهم او دعاويهم.

نفس الوقت ذات أهلية و غير ذات أهلية لاجراء عمل قانوني واحد.¹

نرى اذاً ان الحروب و الثورات و المشاكل الاقتصادية التي عصفت في دول العالم خاصة بعد الحروب العالمية، أدت الى وجوب تدخّل الدولة لادارة الوضع عبر المؤسسات العامة التي لها طابع تجاري و صناعي . فاضطرت الدولة للنزول الى الأسواق و لعب دور التاجر، مما اضطر الدولة للخضوع الى القواعد التجارية المرنة. هذا الامر خفف من حدة مبدا عدم إمكانية اللجوء الى التحكيم و الوسائل الأخرى لفض النزاعات و أدّى بالدولة الى رؤية الامور من منظار آخر و العمل على تطوير قوانينها و قواعدها.

فهل هذا التطور الحاصل على الصعيد السياسي للدول و على صعيدها التشريعي خاصة يؤدي بالقول الى تغيير النظرة من الوسائل البديلة و قبول التحكيم في المنازعات الإدارية؟

مبحث ثاني: مدى قابلية التحكيم في المنازعات الإدارية:

بعدما بيّنا المراحل الأساسية للتطوّر التحكيم و عرّفناه بمبنيين اهم انواعه، لا بد الآن من معالجة مدى قابلية اللجوء الى هذه الوسيلة في المنازعات الإدارية على الصعيد الداخلي (مطلب أول) و على الصعيد الدولي (مطلب ثاني).

مطلب أول: الدولة في التحكيم الداخلي.

سبق و راينا ان المنازعات الإدارية تنشأ اما عن قرارات تصدرها الإدارة اما عن عقود إدارية تكون الدولة احد أطرافها. لذلك سنعالج إمكانية اللجوء التحكيم في القرارات الإدارية (فقرة أولى) و في العقود الإدارية الداخلية (فقرة ثانية)

فقرة أولى: مدى ملاءمة القرارات الإدارية للتحكيم:

نبذة أولى: وضع المنازعات المتعلقة بمشروعية القرار الإداري من التحكيم:

لا بد لنا في البداية ان نشير الى ان قابلية آية منازعة للتحكيم تفيد ان هذه المسألة تعد شرطاً لصحة الاتفاق التحكيمي بحيث وجب على الهيئة التحكيمية ان تقرر عدم اختصاصها للفصل في النزاع اذا كان من المواضيع التي لا تقبل التحكيم .

و هناك معايير عدّة تحدد مدى قابلية النزاع للتحكيم و أهمها معيار الحق المالي و النظام العام. فالحق المالي هو: "عبارة عن الاستئثار بقيمة مالية معينة وذلك في مواجهة شخص آخر أو شيء من الأشياء."² ويستوي ان يكون محل هذا الحق حقاً عينياً كالملكية مثلاً او حقاً شخصياً مصدره العقد او واقعة قانونية. ونرى ان الحق المالي معياراً أساسياً في الكثير من الدول، ففرنسا مثلاً اعتبرت في قانونها ان المنازعات

¹ الشبخاني الياس ، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٨، ص ٤٣-٤٢ .

² بدوي السيد محمد السيد ، مرجع سابق، ص ٢٢١ و ما يلي.

المالية هي التي يمكن ان تخضع للتحكيم وتستبعد المنازعات الغير مالية. وايد الكثير من الفقهاء هذا المنظار فاعتبروا ان: "Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage"

ومن ناحية اخرى فانه لا يكفي ان يكون الحق المالي قابلاً للتحكيم فقط بل يجب ان يكون لصاحبه سلطة التصرف في الحق والتنازل عنه وهذه السلطة تعتبر من اقوى السلطات التي يعطيها الحق العيني على الشيء² لصاحبه بالإضافة الى سلطة الاستعمال و الاستغلال.

« Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition »

اما النظام العام فهو أيضا معيار مهم يحدد مدى قابلية النزاع للتحكيم. اذ ان الاثار القانونية المهمة التي تنتج عن حكم التحكيم، أدت بالدول لتقييد إرادة الأطراف وذلك عبر النص بوجود عدم تعارض العملية التحكيمية مع النظام العام.

ففكرة النظام العام في القانون الداخلي تشير الى القواعد الأمرة التي لا يمكن للأفراد مخالفة حكمها باتفاق خاص، فالنظام العام يعد قيودا على سلطان إرادة الأطراف . وهذه الفكرة او هذا المفهوم يختلف من دولة الى دولة مما يثير الصعوبة عند تنفيذ حكم تحكيم في دولة يرفض قانونها حلّ النزاع محلّ الحكم بطريقة التحكيم و ذلك لتعارضها مع مفهومها للنظام العام. وحلاً لهذا اتجهت التشريعات المعاصرة الى إيجاد قواعد مادية لتحديد المنازعات القابلة للتحكيم وذلك بالاعتماد على النظام العام الدولي.³

ونلخص للقول بان المنازعات القابلة للتحكيم هي تلك التي تتعلق بحق مالي لاطراف النزاع سلطة التصرف فيه.و النزاع يكون غير قابل للتحكيم اذا ما شكّل اتفاق التحكيم مساساً بالنظام العام .

فهل انّ طبيعة دعوى الإلغاء تلتقي مع المعايير التي تحدد قابلية النزاع لتحكيم ؟ ان دعوى الغاء القرارات الإدارية هي في الأساس تقوم على "مخاصمة عينية" للقرار الإداري نفسه، طالما ان هذا القرار اصبح نهائياً وأثر سلبياً على المركز القانوني لصاحب العلاقة . أي ان اطراف الخصومة هنا هما المتضرر من ناحية و القرار المطلوب ابطاله او الغائه من ناحية أخرى.

ومن ثم لا يتوافر في هذه المنازعة المعيار العام للقابلية للتحكيم وهو الحق المالي الذي يقبل الصلح والتصرف. فيمكننا القول انه في مسائل المشروعية ينحصر دور قاضي المشروعية بالقول بمطابقة القرار الإداري للقوانين او عدمه فيدرس مثلاً مدى صلاحية السلطة الإدارية الصادر عنها القرار باتّخاذها، وينظر لوجود عيب شكلي او عيب في الأصول ؛أي اذا كان القرار اتّخذ مع مراعاة الاجراءات و الأصول المفروضة قانونا على الإدارة،ومن ثم يقضي بشرعية القرار او عدم شرعيّته.

¹ Gaillard: Arbitrage commercial international (arbitrabilité) J.CI.Dr Int. Fasc 586-3 no27.

² راجع في ذلك اشرف عبد العليم الرفاعي: "النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية " ص ٦٩، ذكره الباحث السيد محمد السيد ، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

³ عبدالوهاب محمد صلاح الدين، "تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

و بالتالي الطبيعة القانونية للقرار الإداري لا تخوله ان يكون محلاً للصالح أو التنازل أو حتى التفاوض لآتها تتناقض وتتناظر مع طبيعة التحكيم. فالخصومة محل هذا الاخير تكون بين طرفين و ليس بين طرف و قرار وفي رأينا اذا كان هناك صاحب مصلحة (مدع) في دعوى الالغاء فإنه لا يوجد بالمعنى الدقيق للكلمة مدعى عليه.¹ كما وان الحكم الصادر عن المحكمين حجيته نسبية أي تكون في مواجهة أطرافه فقط على عكس قرار القاضي الإداري في دعوى الابطال فحجيته تطبق على الجميع.

فاتفاق التحكيم له أثر نسبي أي ان نتائجه لا تتعدى أطرافه فإذا فرضنا أنه تم عرض نزاع متعلق بمشروعية قرار اداري أمام التحكيم وجاء الحكم التحكيمي لاغيا اياه ولجأ أحد من غير أطراف هذا التحكيم الى القضاء بشأن مشروعية هذا القرار وقضى بمشروعيته فعند اذن يكون هناك حكمين متعارضين بصدد مشروعية قرار اداري واحد وهذا لا يستقيم قانوناً أو عملاً .

ومن ثم لا يتوافر في هذه المنازعة المعيار العام للقابلية للتحكيم وهو الحق المالي الذي يقبل الصلح والتصرف.اي ان القرار الاداري لا يستطيع ان يكون محلاً للتحكيم.

و قد اكد الأستاذ Patrikios على عدم إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية معتبراً انه:
"Il est difficile d'imaginer les raisons pour lesquelles serait recommandé l'arbitrage pour le contentieux de la légalité" .²
و اذا كانت القضايا التي بنظر بها قضاء الابطال بمنأى عن أي محاولة تحكيم، فالوضع ليس كذلك بالنسبة للمنازعات الإدارية التي يعود امر النظر فيها للقضاء الشامل.

نبذة ثانية: المنازعات المتعلقة بالمطالبة بالتعويض:

منازعة القرار الاداري إما أن تكون منازعة مشروعية وهو ما تناولناه سابقاً وأما أن تكون منازعة تعويض وتكون كذلك عندما يقوم صاحب المصلحة بطلب التعويض عن أضرار ناتجة عن صدور قرار اداري غير مشروع وطبقاً للمعيار العام فلا ضير من أن تكون هذه المسألة محلاً للتحكيم لتعلق الأمر بحق مالي قابل للتصرف.

فلجوء الأشخاص الى القضاء الشامل بهدف المطالبة بالتعويض عن اضرار لحقت بهم بسبب اعمال الادارة القانونية والمادية ، يهدف في حد ذاته حماية حق شخصي .لذلك من الممكن التنازل عنه والتصالح بشأنه فعندما يصدر حكم بالتعويض فهو واجب النفاذ أي أن قيمة هذا التعويض قابلة للتصرف أيضاً . ومن ثم فهذه المنازعة يتوافر بها المعيار العام للقابلية للتحكيم .

ونشير الى انّ الامر لا يختلف اذا كان الضرر الذي لحق بالشخص مصدره هو عمل قانوني اصدرته الجهة الادارية كالقرار الاداري أو أن يكون مصدره عمل مادي صادر عنها ايضا ويستوي الامر كذلك أن يكون

¹فرحات فوزات ، مرجع سابق، كتاب ثاني، ٢٠٠٤ص ١٢٢

²PATRIKIOS Apostolos , l' arbitrage en matière administrative ,1997, .p.66.

هناك خطأ من قبل الجهة الادارية تسبب عنه هذا الضرر أو يوجد خطأ من جانبها.¹ فكل هذا يدور في فلك الدفاع عن حق شخصي يقبل الصلح والتفاوض والتنازل مما يستتبع قبول التحكيم بشأنه .

وقد أثير التساؤل حول مدى إمكانية اخضاع "منازعات التسوية المالية للتحكيم". و اختلف الفقه حول هذه المسألة، فمنهم من اعتبر ان منازعات التسوية المالية لحقوق الموظفين تقبل التحكيم، هذا ما اكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة من جواز التنازل عن تنفيذ حكم القضاء بالتسوية واستندت بدورها في ذلك الى أن المشرع قد أجاز في قانون المرافعات تنازل الخصم .

اذا بالنسبة لمؤيدي هذا الاتجاه، يجوز للعامل التنازل عن الحكم الصادر ضد الجهة الادارية باعتباره حق شخصي وله أن يتنازل عن حقه اما الاحكام الصادرة في دعاوي الالغاء فيحظر التنازل عن تنفيذها لتعلق الامر فيها بالنظام العام الذي تقوم على اساسه الرقابة على مشروعية القرارات الادارية .

وجانب آخر من الفقه اعتبر ان الحقوق المالية محل دعوى التسوية برغم طابعها المالي ليست محلاً للتحكيم. فالقرارات المتعلقة بحق مالي تتخذ تنفيذاً لنصوص القوانين واللوائح المستمدة مباشرة منها ولكنها غير قابلة للتصرف وبالتالي لا يمكن التنازل المسبق بشأنها .

فضلاً عن أن ما قرره الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع بجواز تنازل العامل عن الحكم الصادر لصالحه في دعوى التسوية لا محل له حيث التنازل عن الحكم يتجاوز مرحلة النزاع الى حق ثبت فعلاً واصبح جزءاً من الذمة المالية للعامل فلا ضير أن يتنازل عنه في هذه الحالة.²

الجدير بالاشارة أن القضاء الكويتي رفض أن تكون المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الضرر الناتج عن أنشطة الادارة موضوعاً للتحكيم ليس هذا فقط بل كان أكثر تشدداً حيث رفض ذلك ايضاً بالنسبة لجميع المنازعات الادارية عموماً وجاء هذا الرفض على لسان محكمة التمييز بحكمها الصادر في عام 1997 ولاهيمته نوجز الوقائع به وما انتهت اليه المحكمة على النحو التالي :

تتلخص الوقائع في أن مجلس الوزراء اصدر قراراً في 1995/3/5 بوقف صدور جريدة الأنباء خمسة أيام جزاء لها على نشر اخبار قدر انها تتعارض مع المصلحة العامة .. فتقدمت ادارة هذه الجريدة بطلب تحكيم الى هيئة التحكيم القضائي لإلزام الحكومة بتعويضها عن الضرر الذي لحق بها جراء هذا الجزاء والذي اعتبرته عملاً منعداً . ولكن هيئة التحكيم القضائي قررت عدم اختصاصها بنظر طلب التحكيم وذلك في 1996/2/17م واستندت في ذلك على أن الفصل في موضوع التعويض يستلزم أولاً الفصل في مشروعية القرار الصادر من مجلس الوزراء ، ولما لم ترضى ادارة الجريدة بهذا الحكم طعنتم أمام محكمة التمييز فقضت الأخيرة بتأييد حكم هيئة التحكيم استناداً الى خروج جميع المنازعات الادارية من مجال اختصاص هيئات التحكيم .

وقد أثيرت إشكالية ثانية مفادها انه بحال عرض امام هيئة التحكيم منازعة تتعلق بتعويض ناتج عن قرار اداري غير مشروع و اثير في الوقت عينه موضوع مشروعية هذا القرار ، ما الحل في هذه الحالة؟

اجابت مختلف التشريعات على هذا الموضوع فقد اعتبر المشرع السوري في قانون التحكيم الجديد رقم 4 لسنة 2008 (40 م) من انه لهيئة التحكيم بالنسبة للمسائل الأولية التي تعرض خلال اجراءات التحكيم

¹ اضرب مثلاً في ذلك و هو مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ حكم قضائي امتنعت عن تنفيذه لاعتبارات الامن و النظام العام. وفي هذا المثل لا يوجد خطأ من قبل الإدارة ولكن ترتي ضرر يستوجب جبره.

² بدوي السيد محمد السيد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧

والتي تخرج عن ولاية المحكمين وكذلك في حالة الطعن بالتزوير في أي من الوثائق المقدمة لهم، الحق بوقف الإجراءات في حال كان الفصل في النزاع يتوقف على البت في هذه المسائل .
أما المشرع المصري فنجد انه جعل هذا الأمر وجوبيا في حالة ما اذا كانت المسألة المعروضة على هيئة التحكيم يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع (م 46 من قانون التحكيم) . إلا ان الماخذ على المشرع المصري أنه جعل اقرار ما اذا كانت المسألة الأولية يتوقف عليها الفصل في النزاع من عدمه امر استثنائي يعود تقريره للهيئة التحكيمية.¹
نخلص اذاً للقول بان المنازعات التي تتعلق بابطال او الغاء قرارات إدارية هي غير قابلة للتحكيم أما النزاعات التي يكون موضوعها المطالبة باضرار انتجتها القرارات الادارية فهي قابلة للتحكيم. وننتقل لنبحث مدى قابلية التحكيم في العقود الإدارية.

الفقرة الثاية: التحكيم في العقود الإدارية الداخلية:

الاستجابة للتطورات الاقتصادية و التجارية في العالم لم تكن واحدة، و بالتالي اختلفت نظرة الدول الى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية . في هذه الفقرة سنحاول توضيح تطوّر التحكيم الحاصل في فرنسا(نبذة أولى)، لبنان (نبذة ثانية)، مصر (نبذة ثالثة) و الجزائر (نبذة رابعة).

نبذة أولى:تطوّر الوضع القانوني في فرنسا:

١-الأساس هو المنع:

بعد تعزيز التحكيم في فترة الثورة الفرنسية كوسيلة بديلة لحلّ نزاعات الافراد بعيداً عن المحاكم الوطنية، كان لابد من وضع حدّ لهذا الموضوع خاصّة و ان البلاد تعمل على إعادة بناء نفسها و سيادتها عقب انتهاء الثورة. ونتيجة لذلك نشر قانون المراجعات الفرنسي في ١٨٠٦ و افرد فصلاً خاصاً بالتحكيم الاختياري. و اهم المواد التي نص عليها هذا القانون كانت المواد ١٠٠٤ و ٨٣. فقد اعتبرت المادة ١٠٠٤ بان لا مجال للتحكيم في القضايا التي ينبغي تبليغ النيابة العامة فيها « on ne peut compromettre sur... aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministre public » و اذا ما عطفنا هذه المادة على المادة ٨٣ التي تعدد المواضيع الواجب ابلاغها للنيابة العامة و ضمنها " المواضيع الخاصة بالدولة" ، يمكننا ان نستنتج اننا امام عرّابيّ منع الدولة من اللجوء الي التحكيم.
وابدى مجلس الشورى تأييده لهذا المبدأ حيث كان من أول قراراته في ذلك الشأن ذلك القرار الذي اصدره في قضية HÉRITIERS GUÉRAND/LE TRÉSOR في ١٩-٢-١٨٢٣ ثم جاء بعد ذلك حكمه في قضية ouvrard وذلك في 1824. ففي الاخيرة قرر عدم جواز شرط التحكيم الوارد بعقد توريد ابرمته الدولة فجاء قراره بأن الشرط الذي ينص على الاتفاق على التحكيم يعتبر كأنه شرط غير موجود واستند في ذلك الى نص المادتين ١٠٠٤ و ٨٣. و تتابعت القرارات الراضة للتحكيم في المنازعات الإدارية المبينة على هذه المواد نذكر منها القرار الصادر في قضية ال S.N.V.S مع ان هذه المؤسسة لم ينص عليها التعداد الوارد في المواد ١٠٠٤ و ٨٣.²

¹ المادة ٤٦ من قانون التحكيم المصري:"اذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيمجاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع اذا رأت ان الفصل في هذه المسألة او في تزوير الورقة او..... ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع و الا أوقفت الإجراءات حتلى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على ذلك وقف يان الميعاد المحدد لاصدار حكم التحكيم."
²حيثيات هذه القضية أن هذه الشركة الاخيرة في عام 1947 تعاقدت على البيع لنوع معين من من الأنابيب الى الشركة العامة للعبور والنقل وفي ذات الوقت حيث لم ينفذ العقد قامت الشركة الاولى ببيع ذات الكمية من الأنابيب الى شركة أمريكية وبثمن أعلى من المنفق

ولعلّ المنع اساساً ناتج عن المبادئ القانونية العامة . وقد اعتبر LAFERRIERE انه لا مكان للتحكيم في العقود التي تجريها الدولة ،فهذه الأخيرة ليست مخوّلة ان تخضع دعاويها لسلطة المحكّمين سواء بسبب النتائج الجزافية للتحكيم و سواء لاعتبارات النظام العام التي تقضي بان لا تخضع الدولة سوى للمحاكم المنشأة بقانون.¹ وقد تساءل LAFERRIERE "كيف يمكننا ان نقبل لجوء الدولة للمحكّمين في القضايا التي لم يسمح حتى للقضاة المدنيين في النظر فيها."²

وقد ايّد الكثير من الفقهاء أفكار لافيريير ، فقد اعتبر Gazier ان المواد ٨٣ و ١٠٠٤ هما واجهة تشريعية لمبدا اعتمده الاجتهاد . أي ان بالنسبة للأستاذ "جازيي" ، المنع فرض من خلال القواعد الاجتهادية بمعزل عن وجود المواد ٨٣ و ١٠٠٤ .³ وجاء Fernand Collavet ليؤكد على وجهة النظر السابقة حين اعتبر ان القضاء الإداري هو الجهة المختصة و التي يمكنها ممارسة الرقابة على اعمال الإدارة بشكل اكبر و ادق من تلك الممارسة من قبل المحكّمين، و ان قبول التحكيم في المنازعات الإدارية ينتج عنه مسّ واضح بمبدا فصل السلطات.⁴

وعلل rivero عدم جواز لجوء الدولة الى التحكيم من انها لا تستطيع أن تتخلص بذاتها من اللجوء الى القضاة التي اوجدتهم لمواطنيها. كما عللها بفكرة علو مكانة الشخص العام الذي لا يمكن أن يتواضع ليقف أمام هيئة تحكيم خاصة .⁵

وعلى اي حال فمن وجهة نظر البعض ان حظر التحكيم في القانون العام يستند الى الرغبة في استئثار حل المنازعات العامة على قضاء الدولة الرسمي فقط.⁶ فمنذ صدور الدستور الفرنسي (1958) اعطى المجلس

عليه مع الشركة العامة للعبور والنقل فقامت الشركة العامة للعبور والنقل بنجميد البضاعة المباعة للشركة الامريكية في ميناء anvers ونتيجة لذلك تضررت الشركة الامريكية فتم الاتفاق بين الشركة الوطنية لبيع مخلفات والشركة العامة للعبور والنقل في اللجوء الى التحكيم وانتهت هيئة التحكيم في حكمها بأن تدفع للشركة الوطنية لبيع المخلفات العامة للعبور تعويضاً مالياً يبلغ ستمائة وخمسون ألف دولار فدفعت الشركة المحكوم ضدها أمام محكمة السين المدنية أثناء طلب تنفيذ هذا الحكم بعدم اهليتها في اللجوء الى التحكيم مستندة في ذلك الى نص المادتين المشار اليهما سالفاً فقضت المحكمة المذكورة بقبول الدفع المنوه عنه وقررت بطلان اتفاق التحكيم ولما لم ترضى الشركة بهذا القضاء تم الطعن عليه استئنافياً أما محكمة استئناف باريس فقضت الاخيرة في 1952/2/4م بعدم اختصاصها واختصاص القضاء الإداري بذلك على اساس أن صحة اللجوء للتحكيم بالنسبة للشركة المشار اليها سالفاً فقضت المحكمة المذكورة بقبول الدفع المنوه عنه وقررت بطلان اتفاق التحكيم ولما لم ترضى الشركة بهذا القضاء تم الطعن عليه استئنافياً أمام محكمة الاستئناف باريس فقضت الاخيرة في 1952/2/4م بعدم اختصاصها واختصاص القضاء الإداري بذلك على اساس أن صحة اللجوء للتحكيم بالنسبة للشركة المشار اليها يتوقف على شرعية المادة 10 من مرسوم 15/اكتوبر 1946م والذي كان بموجبه يعطي لرئيس مجلس ادارة الشركة الوطنية لبيع المخلفات الحق في عقد اتفاق تحكيم باسم الشركة وأثر ذلك عرضت هذه القضية على مجلس الدولة والذي اصدر قضاؤه فيها في تاريخ 13 ديسمبر 1957م وذلك بجمعيته العمومية مجتمعة بكامل هيئتها بقوله : هذا ولما كانت الشركة الوطنية لبيع المخلفات تم انشاؤها بموجب القانون في صورة المؤسسات العامة وبالتالي فطبقاً لنص المادتين 83 ، 1004 من قانون الاجراءات المدنية فعليه لا يمكن لها اللجوء الى التحكيم الا اذا وجد نص قانوني يجيز ذلك ... ومن ثم يسري على هذه الشركة الحظر الوارد بالنسبة للمؤسسات العامة

¹ LAFERRIÈRE Edouard, Traité de la juridiction administrative ,1^{ère} édition, tome 1,1887, tome 2 1888, p146 (réimpression L.G.D.J 1989).

« L'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi ».

² القيسي محي الدين، العقود الإدارية خصائصها و امكانية التحكيم فيها في لبنان في ضوء القانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٩-٧-٢٠٠٢ ، مجلة العدل الحقوقية "مجلة نقابة المحامين ببيروت"، العدد الأول لسنة ٢٠٠٧ ، ص ٣٩.

LAFERRIÈRE Edouard, déjà cité, p146 .

³ د شيخاني الياس، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، ٢٠٠٨، ص١٣ .

⁴ مجلة العدل، مرجع سابق، ص ٣٩.

⁵ RIVERO Jean, Personnes morales de droit public et arbitrage, Revue de l'arbitrage, 1973, p 268

⁶ Charles Jarrosson, L'arbitrage en droit public, A .J.D.A. janvier 1997, dossier p19 .

الدستوري قيمة دستورية لاختصاص القضاء الاداري بنظر المنازعات المتعلقة بالقرارات الادارية وذلك في قراره الصادر في 1987/1/23 م بقوله : باستثناء القضايا التي تكون بطبيعتها من اختصاص القضاء العادي فإن عملية الغاء أو تعديل قرارات الجهة الادارية يختص بنظرها القضاء الاداري دون منازع . مؤدي ذلك أن يد المشرع العادي مغולה من حيث امكانية اخراج هذه المنازعات من اختصاص القضاء الاداري وادخالها في ولاية جهات قضائية اخرى ومن جانبنا نتفق مع الرأي بأن هذا الأمر لا يمكن تطبيقه بشأن العقود الادارية لأن اختصاص القضاء الاداري بشأنها ذات قيمة تشريعية وليست دستورية وبالتالي في مقدور المشرع العادي أن يخرج المنازعات المتعلقة بشأنها من ولاية القضاء الاداري الى ولاية أي جهة قضائية أخرى أو هيئات التحكيم اذا اتجهت ناصية المشرع نحو ذلك.¹

ومن الفقهاء الذين رفضوا أيضا التحكيم في المنازعات الإدارية كان مفوض الحكومة الأستاذ ROMIEU الذي اعتبر في تقرير قدمه امام مجلس الدولة الفرنسي في قضية سكك حديد المنطقة الشمالية الشرقية ضد وزارة الحربية، ان الإدارة لا تستطيع ان تتفق على عرض النزاع على هيئات تحكيمية الا بوجود استثناء خاص ، لانها لا تستطيع التهرب من الخضوع للقضاء المختص.

وقد اعتمد مجلس شوري الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من قراراته² اذ اعتبر ان الإدارة لا تستطيع ان تلجا الى التحكيم فحكم ببطلان القرار التحكيمي ، ما استوقف بعد الفقهاء الذين اعتبروا ان هناك سوء نية تظهر بعدم اثاره هذه النقطة الا بعد صدور قرار تحكيمي يتعارض ومصلحة الإدارة.³

لكن الظروف تبدلت و متطلبات الدورة الاقتصادية أجبرت الدولة على الانخراط في الحياة التجارية مما غير النظرة الى التحكيم.

٢-تطور الرأي الفقهي و الاجتهادي:

نادى كثير من الفقهاء بضرورة النظر الى مسألة التحكيم نظرة موضوعية لعدم وجود تنافر بينه وبين القانون العام فاعتبر JARROSSON ان العدالة التحكيمية شريك مع عدالة الدولة في الاخلاقيات والغايات ورغم تعدد الطرق والوسائل التي تتبعها كل منهما وان التحكيم يقدم ضمانات ومبادئ تمكنه من الفصل في الحق تتشابه ان لم تكن تتماثل مع المبادئ المتبعة في سير الدعوى.⁴

فعدّل المشرع الفرنسي القانون و ابقى على عدم إمكانية التحكيم في المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني التي اعتبرت انه لا يمكن ابرام عقد تحكيم في المواضيع التي تتعلق بالدولة او الاهلية...و لا بالمواضيع التي تتعلق بالمؤسسات العامة وبشكل عام كل المواضيع التي تتعلق بالنظام العام. الا ان المشرع خفف من وطأة المنع الذي كان قد انزله في المواد ٨٣، ١٠٠٤، و ٢٠٦٠ وذلك بإضافة فقرة ثانية على المادة ٢٠٦٠ تجيز للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية ابرام هذه العقود و لكن بعد الاستحصال على ترخيص بموجب مرسوم من الجهة المختصة. اما المادة ٢٠٦١ من القانون المدني فقد اعتبرت ان شرط التحكيم يعد باطلاً اذا جاء

¹ GAUDMET Y,L'arbitrage ;aspect de droit public. Etat de la question, Revue de larbitrage,1992,p250 : « Il n'y a donc aucun obstacle constitutionnel dans le domaine des contrats administratifs... »,,

² C.E. ,23 décembre 1887 ,Mgr de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Rec,p842.

³ RENDERS David, DÉLVOLVÉ Pierre et TANQUEREL Thierry, L'arbitrage en droit public, BRUXELLES,2010,P 191.

⁴« L a justice arbitrale est aujourd'hui considérée comme partageant la meme éthique et la mee finque la justice éthatique, au-delà de la diversité des voies et des moyens qu'elles emploient. »

خلافاً لاحكام القانون.و قد اعتمد مجلس الدولة على المواد ٢٠٦٠،٢٠٦١ لتبرير رفضه للتحكيم في قضية شركة الطرق السريعة لإقليم rhone-alpes والتي كانت قد منحتها الدولة الفرنسية حق انشاء و استغلال ثلاث طرق سريعة سنة ١٩٧١. يعترض الفقه على هذا القرار فاعتبر الأستاذ جاروسون انه كان على المجلس تطبيق المادة ٦٣١ من القانون التجاري على أساس ان الشركة و المؤسسات المشار اليها تعتبر من التجار و من ثم يمكنها اللجوء الى التحكيم.¹

فالمحرّم اصبح محظوراً و المحظور اصبح يقبل الاستثناء. ولكن هذه الفقرة لم تلق أي تطبيق قبل ال ٢٠٠٢ حيث انه لم يعط أي ترخيص بموجب أي مرسوم. فقانون ٩٧٥-٧-٩ سمح للحكومة ان تحدد في مرسوم من هي الهيئات العامة الصناعية و التجارية التي يحق لها اللجوء الى التحكيم . وعمل بالمرسوم في ١-٨-١٩٨٢ وقد حدد هذا الأخير الهيئات التالية:

Electricite de France, Gaz de France,charbonnages de France et les Huilleres de bassin

الا ان هذا المرسوم لم يعد له أي قيمة بعد ان تحولت كهرباء فرنسا و غاز فرنسا الى شركات بموجب قانون ٢٠٠٤-٨-٩ أي انها لم تعد تعتبر من اشخاص القانون العام و بالتالي لم تعد اصلاً ممنوعة من اللجوء الى التحكيم. و كذلك بالنسبة ل Charbonnages de France et Houillères de bassin التي حلت نهائياً بموجب مرسوم صدر في ٢٩-٧-٢٠٠٩.و كذلك الامر بالنسبة ل France Télécom et La Poste اللتان اصبحتا شركات بموجب قانون ٢٦-٧-١٩٩٦ و ٢٩-٧-٢٠٠٩.

الا ان بعض القوانين تبقى نافعة و ذات أهمية مثلا قوانين ٣٠-١٢-١٩٨٢ و ١٣-٢-١٩٩٧ التي تعطي الامكانية ل Société nationale des chemins de fer francais et Réseau ferré de France ان يلجأوا الى التحكيم.²

وبعيداً عن الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦٠ فقد عمد المشرّع على وضع قوانين خاصة تخفف من وطأة المنع. فقد وضع المشرع قانون ١٩-٨-١٩٨٦ كقانون استثنائي و يسمى بقانون "ميكي". وجاء هذا القانون دعماً لمشروع Disneyland Paris حيث تم امضاء عقود تهدف لبناء ملاهي للأطفال . اطراف العقد هم "والت ديزني" الاميركي و هيئة عامة فرنسية. وخلال المفاوضات تنبّه الفريق الاميركي الى النزاعات التي ممكن ان تنشأ اثناء تنفيذ العقد و طالب بادراج بند تحكيمي في العقد ألا ان الفريق الفرنسي اعلم المتعاقد الاخر بعدم إمكانية ادراج هكذا بند لانها كهيئة عامة يمنع عليها اللجوء الى التحكيم. الا انه نظراً لأهمية هذا المشروع ومردوده المادي الكبير و تأثيره الايجابي اقتصادياً عمد مجلس الشورى في قرار أصدره في ٦-٣-١٩٨٦ لاعتبار ان الدولة او المؤسسات العامة يمكن لها ان تضع بنداً تحكيميا في العقود التي تبرمها مع شركات اجنبية بهدف المصلحة العامة.

فنستنتج مما سبق ان في البداية كان المنع هو سيد الموقف و رفض المشرع الفرنسي اللجوء الى التحكيم. لكن سرعان ما اصبح المنع يقبل الاستثناء فاضاف المشرع فقرة تحدد بعض المؤسسات التي يحق لها اللجوء الى التحكيم شرط الاستحصال على موافقة الجهة المختصة. و بعدها اصدر المشرع بعض القوانين الخاصة التي تجيز التحكيم و لعل أهمها كان قانون ميكي.

¹ JARROSSON, reference précitée,p270

² David RENDERS, Pierre DÉLVOLVÉ et Thierry TANQUEREL, l'arbitrage en droit public,BRUYLANT BRUXELLES,2010,P 197.

نبذة ثانية: تطوّر الوضع في لبنان:

يختلف الوضع في لبنان قبل قانون رقم 2002/440 وما بعده . لذلك سنقسم دراستنا الى فقرتين الأولى الوضع القانوني في لبنان قبل قانون 2002 والثانية الوضع القانوني بعد وضع المشرع للقانون 2002/440 .

١- الوضع قبل قانون 2002/440 :

انقسم الفقه حول مدى امكانية التحكيم في المنازعات الإدارية من خلال قانون اصول المحاكمات المدنية القديم. فقد جاء في المادة 762 منه انه يجوز للمتعاقدين ان يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص بأن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه .

فقد اعتمد رأي من الفقه على هذه المادة واعتبرا انها دليل واضح على عدم امكانية التحكيم في المادة الإدارية حيث ان نصّ المادة اقتصر على العقود التجارية والمدنية دون ذكر العقود الإدارية . فتكون هذه العقود اذاً استثناءً ولا تطبق عليها المادة 762¹. كما وان انصار هذا الاتجاه اعتمدوا ايضاً على عبارة " جميع المنازعات القابلة للصلح" الواردة في المادة 762 لدعم وجهة نظرهم حيث ان هذه العبارة معطوفة على المادة 1037 من قانون الموجبات والعقود والتي تنص على انه: "لا يجوز المصالحة على الامور المختصة بالنظام العام"، وبما ان العقود التي تبرمها الدولة تتعلّق بالنظام العام، وبما انه لا مجال للصلح في هذه العقود، بالتالي لا يجوز ادراج اي بند تحكيمي لحل المنازعات الادارية .

اضافة الى ذلك علل هذا الفريق رأيه مستندا الى المواد 60 و61 من القانون المتعلق بنظام مجلس شوري الدولة تاريخ 1975/6/14 اللتان تعتبران ان مجلس شوري الدولة هو المحكمة العادية لمختلف العقود التي تجريها الدولة بهدف تأمين عمل مرفق عام. اي ان المشرع اعتبر ان منازعات للعقود الادارية يعود أمر النظر فيها الى شوري الدولة².

كما اعتمد انصار هذا الرأي على المادة ٨٢٨ معطوفة على المادة ٤٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية القديم التي كانت تنص على عدم جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالدولة لكونها من المنازعات التي تطلب فيها مطالعة النيابة العامة³.

كما انهم اشاروا الى المادة 77 من قانون اصول المحاكم المدنية اذ ان نص المادة يولي الاختصاص الى المحاكم اللبنانية فقط رافضاً اي محكمة اجنبية أو قضاء تحكيمي⁴.

وقد تبنى الإجتهد أنذاك الوجهة نفسها حين اعتبر⁵ أنه لا يحق مبدئياً للأشخاص المعنويين من الحق العام ان يلجأوا إلى التحكيم ما لم ينصّ القانون خلاف ذلك، لأن التحكيم يفترض بحد ذاته تنازلاً مسبقاً من الإدارة عن

¹- د. شبخاني الياس ، البنود التحكيمية في العقود التي تكون التي تكون الإدارة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2008 ص 16-17.

²- د. شبخاني الياس، م.س. ص 8.

³- القاضي المنفرد في بيروت رقم 2013 تاريخ 1950/12/27 النشرة القضائية 1950، ص 339.

⁴- المادة 77 أصول مدنية: " الدعوى المتعلقة بجنحة أو بمخالفة امتياز ممنوح أو معترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام لدى المحاكم اللبنانية.

⁵- قرار مجلس شوري الدولة اللبناني رقم 23 الصادر في 1-2-1988 الدولة/ شركة ماديتيرانيان كومباني (مديكو) أشار إليه محي الدين القيسي في مجلة القضاء الإداري في لبنان 1990-1991 العدد 5 ص 37.

بعض حقوقها أو التسليم مقدماً للخصم بحقوق قد لا يكون لها نصيب من الصحة. وأضاف القرار أنه لا يسمح بالتحكيم للأشخاص المعنويين من الحق العام إلا في حالتين: الحالة الأولى عند وجود نصّ تشريعي يسمح بإجراء التحكيم لا يمكن أن يصدر عن بند تحكيمي بل عن عقد تحكيمي.

ولا بد من القول بأن إعتبار القرار المذكور أنه يحق للشخص العام أن يلجأ إلى التحكيم في المنازعات الإدارية إذا صدر ذلك عن عقد تحكيمي وليس عن بند تحكيمي فهو أمر مستغرب وغير مبرر ولا أساس قانوني له. ونشير الى قرار مهم لمجلس الشورى و هو القرار رقم 278 الذي أثار اللغط¹ حيث أعتبر المجلس أن المرجع الذي يجب أن يرفع لديه النزاع لولا التحكيم، هو المرجع الصالح لإعطاء قرار المحكمين الصيغة التنفيذية. و"اعتبر أن الصيغة التنفيذية ليس أمراً داخلاً في التحكيم بل هو عمل قضائي يجري في حال عدم التنفيذ الرضائي للقرار. وأضاف بما أنه والحالة ما ذكر، يكون موضوع الطلب من اختصاصنا. وبما انه ليس في القرار التحكيمي ما يخالف النظام العام او الإخلاق العامة فلا مانع من أعطائه الصيغة التنفيذية". لكن المجلس اللاحق وبعد تقديم مصرف لبنان إعتراض على هذا القرار، خالف القرار القديم وقضى المجلس: "بان قرارات إعطاء الصيغة التنفيذية هي من القرارات القضائية التي تقبل جميع طرق المراجعة العادية بما في ذلك الاعتراض امام القاضي الذي اصدر القرار المطعون فيه . وفي تعيين المرجع الصالح لاعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية، لا مجال للترفة في النزاعات المدنية و التجارية و الإدارية ، اذ ان رئيس محكمة الدرجة الاولى يبقى وحده بحكم القانون صاحب الصلاحية المطلقة و بمعزل عن صلاحية المحكمة الصالحة للنظر في أساس النزاع لولا وجود التحكيم. و اذا ما اعطى قاض غير صالح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي ، فان قراره يكون عرضة للابطال بسبب عدم الصلاحية المطلقة وتعلق المسألة بالنظام العام . و بما ان القرار المعترض عليه ، صادر عن مرجع غير صالح ، فيقتضي الرجوع عنه،لهذه الأسباب نقرر الرجوع عن القرار المعترض عليه ، و اعلان عدم اختصاصنا لاعطار الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية."²

ولعلّ الإشكالية التي عالجها هذا القرار ليست مدى إمكانية التحكيم في المنازعات الإدارية إذ ان هناك نصوصاً قانونية خاصة سمحت لمصرف لبنان وللمؤسسات العامة بالجوء إلى التحكيم مثلاً المادة 13 من قانون النقد والتسليف والفقرة التاسعة من المادة 22 من المرسوم رقم 4517 في 121. بل الإشكالية تكمن في الجهة المختصة لاعطاء الصيغة التنفيذية. وبالفعل فقد حسم المشرع هذه الإشكالية في المادة 795³ ا.م.م. إذ نصّت على انه "إذا كان موضوع التحكيم من إختصاص القضاء الإداري، تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضايا".

ولعلّ الفقه المؤيد لفكرة التحكيم في المواد الادارية اعتمد على المادة ٧٩٥ السابقة الذكر، معتبراً انه لو كان التحكيم ممنوع في العقود الادارية فما تبرير وجود هذه المادة. اذ ان مجلس الشورى مختص فقط بالنظر في المنازعات الناتجة عن القانون الاداري وعند القول انه:"اذا كان موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري"، فهنا تلقائياً يكون الكلام عن العقود الادارية وبما ان المادة اعطت مجلس شورى الدولة صلاحية اعطاء الصيغة التنفيذية اذا التحكيم ليس ممنوعاً.⁴

¹ - قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم 278 الصادر في 1966-3-29 رداً على طلب بنك سوريا ولبنان إعطاء الهيئة التنفيذية للقرار التحكيمي الصادر في 1965-9-21 ضد مصرف لبنان شخص معنوي في القانون العام. أشار إليه علي عبد الأمير قبلان في كتابه أقر القانون الخاص على العقد الإداري، ج2، ، مكتبة زين الحقوقية، ط1، 2011، ص 31

² قرار رئيس مجلس شورى الدولة رقم 107 تاريخ 1969-6-3، مصرف لبنان/بنك سوريا ولبنان م.أ 1969، ص 184.

³ أضيفت هذه المادة بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 20 تاريخ 1985-3-23

⁴ -QUILLERE-MAJZOUB Fabienne. L'arbitrage international en matière administrative au Liban. In: Revue juridique de l'Ouest, 2002-3. pp. 293-334; loi : 10.3406/juro.2002.2680

وقد اعتبروا ان المادة 762 لا تنفي امكانية التحكيم من قبل الشخص المعنوي العام فعبارة "العقد التجاري أو المدني" لا تنفي امكانية التحكيم اذ ان الادارة ممكن ان ترتبط بعقد تصبغ عليه الصفة المدنية. هذا التحليل للمادة 762 يربط المنع من اللجوء الى التحكيم بطبيعة المنازعة اي انه اذا كنا امام عقد اداري يعتبر ان اللجوء الى التحكيم ممنوع. اما الفقه الرفض للتحكيم في المادة الادارية و الذي بنى رفضه على المادة 795، فقط اعتمد معيار عضوي (organique) يشمل كل اشخاص القانون العام ومعيارا ماديا يمنع التحكيم في كل عقد يتعلق بالقانون الاداري حتى لو كان النزاع قائم بين اشخاص من القانون الخاص.

اما عن المواد 60 و 61 من نظام م.ش. الدولة فقد اعتبر انصار فكرة التحكيم في العقود الادارية ان نص المادة يشير الى المحكمة العادية صاحبة الاختصاص للنظر في المنازعات الادارية الا انها لم تحصر مسألة النظر بهذه المحكمة والا كانت ذكرت عبارة "حصرا" أو "المحكمة الوحيدة". مؤيدين بذلك الاجتهاد الفرنسي.¹

وكذلك هناك اجتهادات لبنانية دعمت فكرة التحكيم الاداري حين اعتبر مجلس شوري الدولة في قرار له يعود لسنة 1938 ان الادارة حين تتعاقد بصفتها شخصية معنوية من القانون الخاص تكون خاضعة لاحكامه وبالتالي ليس هناك ما يمنعها من اللجوء الى التحكيم.²

وحصّن الفقه نظريته الاجابية لامكانية التحكيم في المواد الإدارية بنصّ الفقرة 9 من المادة 28 من المرسوم رقم 4517 تاريخ 1972/12/13 النظام العام للمؤسسات العامة، الذي جاء فيه: "على أن يخضع لتحديث سلطة الوصاية مقررات مجالس إدارة المؤسسات العامة المتعلقة بالتحكيم على دعاوى وخلافات" وبالتالي هذه المادة تكون دليل على إمكانية التحكيم في النزاعات الإدارية.³

فقبل عام 2001 نرى تشتت فقهي واجتهادي فمنهم من اعتمد على ان المنع هو مبدأ ثابتاً ترسخه القواعد العامة وحتى القواعد القانونية كما سبق وبيننا، ومنهم من كان له قراءة مغايرة للقواعد القانونية ادت به الى القول بامكانية التحكم في العقود الادارية الداخلية مخففين بذلك من وطأة القواعد العامة وذلك لصالح التطور الاقتصادي والتجاري، بغية استقطاب رؤوس الاموال. فالامور لم تحسم وبقي التباين سيد الموقف وذلك حتى صدور قانون عام 2002.

٢-الوضع بعد قانون ٤٤٠-٢٠٠٢:

كان لا بد للمشرع أن يتدخل لوضع حد لهذا التشتت وبالفعل فقد نشر في تاريخ 2002/8/1 القانون رقم 440 تاريخ 2002/7/29 في الجريدة الرسمية وقد تضمن بعض التعديلات على احكام قانون أ.م.م . واهم ما ورد في هذه التعديلات هو جواز التحكيم في العقود الادارية فقد جاء في الفقرة 2 من المادة 762 الجديدة من قانون اصول المحاكمات المدنية ما يلي: "يجوز للدولة والاشخاص القانون العام ايا كانت طبيعة العقد

http://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2002_num_15_3_2680

¹ -T.C 8/7/1963 stepeyrot G.A loed 1993 P.P 606

² -م.ش.د 1938/3/31 مجموعة قرارات مجلس شوري الدولة 1938 ص 159 ذكرها إلياس الشبخاني م.س. ص 17.

³ -د. قبيلان علي عبد الأمير ، م.س.ص 113

موضوع النزاع اللجوء الى التحكيم." و " اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون لا يكون البند التحكيمي او اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الادارية الا بعد اجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة او سلطة الوصاية بالنسبة للاشخاص المعنويين من القانون العام ."

وفعلا يكون المشرع باضافته لهذه الفقرة من المادة 762 ازال كل الاستفهام وتبنى علنا وبوضوح امكانية التحكيم. فعبارة: " ايا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع"، تشمل العقد الادري والعقد المدني الذي تيرمه الدولة او اي شخص من اشخاص القانون العام. الا ان الامكانية المعطاة لم ترد دون قيود بل اعتبر المشرع ان امكانية التحكيم تكون بعد اجازة تمنح بمرسوم على انه يمكن ان يكون التحكيم ناتج عن بند تحكيمي او اتفاق تحكيمي معدلاً بذلك ما جاء في احد القرارات المذكور آنفاً حيث اعتبر المجلس ان التحكيم جائزاً اذا صدر عن اتفاق تحكيمي و لا عن بند تحكيمي¹.

الا ان " عبارة مهما كانت طبيعة العقد "فتت انتباه الفقه الراض للتحكيم واثارت بعض الاشكاليات اذ اعتبر هذا الفقه ان العبارة تشمل دون شك عقود الامتياز التي تعدها الدولة وان المادة 77 من قانون اصول المحاكمات المدنية اعتبرت ان: "الدعوى المتعلقة بصحة او بمخالفة امتياز ممنوح او معترف به مم قبل الدولة اللبنانية تقام لدى المحاكم اللبنانية..." لكن هذا الفقه سهى عن ان المادة لم تنتهي هنا بل جاء فيها: "...مع مراعاة احكام المادتين ٧٦٢ الجديدة و ٨٠٩".

وقد طرحت هذه التعديلات اشكاليات اخرى فاذا عدنا للمادة 762 الفقرة الاخيرة حيث جاء فيها: " اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي لا يكون البند أو العقد التحكيمي جائزاً الا بعد اجازته بمرسوم" فهل يمكننا القول ان القانون ذات مفعول رجعي بمعنى انه اذا كان قد تم توقيع عقد فيه بند تحكيمي او اتفاق تحكيمي يعود تاريخهم الا ما قبل العمل بهذا القانون هل يمكن طلب اجازته بمرسوم ليصبح نافذاً ام انه باطل تلقائياً. لعل الاجابة على هذا الموضوع تكون سهلة فما على الافرقاء سوى حذف البند التحكيمي وتحويله لاتفاق تحكيمي بتاريخ جديد وطلب اجازته بمرسوم .

الا ان السؤال الفعلي في حال حصل النزاع فعلاً وبدأت عملية التحكيم ،هل يمكن توقيفها لحين الاستحصال على اذن ام انه وجب ابطال جميع الاجراءات التحكيمية المتخذة و الانتظار لحين الاستحصال على اذن قبل مباشرة العملية التحكيمية من جديد؟

وصحيح ان القانون الجديد حسم مسألة إمكانية التحكيم الا انه سهى عن إشكالية مهمة الا و هي تحديد المرجع المختص للطعن في القرارات التحكيمية المتعلقة بنزاع يتناول موضوعه عقداً ادارياً. فهل هو محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها القرار التحكيمي؟ او مجلس شوري الدولة؟ انقسمت الآراء ، فمنهم من اعتبر ان الاختصاص يعود لمحكمة الاستئناف واسوا رايهم على المادة ٨٠٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تعبر عن قاعدة عامة الا و هي ان الاستئناف والطعن بطريق الابطال يقدمان الى المحكمة الاستئنافية الصادر في نطاقها القرار التحكيمي.

الا ان فقها آخر اعتبر ان المحكمة التي سيقدم الطعن امامها لا بد ان تكون مختصة وظيفياً للنظر في النزاع. وعليه فاذا كنا امام نزاع اداري ، يقتضي ان يحفظ الاختصاص للقضاء الإداري و بالتالي يكون مجلس القضايا هو المختص. واعتبر هذا الفريق انه لا مجال للاخذ بمحتوى المادة ٨٠٢ لان المادة جاءت شاملة بمعنى ان القانون المذكور ، عندما يحدد المحكمة المختصة للنظر في الطعن و الاجراءات الواجب اتباعها، فهو يقصد

¹ ناصيف الياس، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد ال BOT ٦، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٦، ص ٣٧٠-٣٧١-٣٧٢.

النزاعات الداخلة ضمن اختصاص القضاء العدلي فقط دون غيره. و قد دعم أصحاب هذا التوجه رايهم باعتبار ان الفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ التي تنص على انه تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس الشورى الدولة اذا كان موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري وفي حال رفض إعطاء الصيغة، يعترض على هذا القرار امام مجلس القضايا. فاعتبروا ان قياسا على هذه المادة وجب تقديم الطعن امام مجلس القضايا اذا كان موضوع النزاع ادارياً.¹

ففي قضية شركة المرافق اللبنانية (ش.م.م)، رفض مجلس شورى الدولة إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي. و الوقائع تلخص بما يلي: اجرت المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات (ايدال) عقداً في ١٩٩٧ من نظام ال BOT مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة و المقاولات العامة و المنشآت الصناعية بهدف انشاء وتشغيل موقف مؤقتة في حرم المطار و قد اقترن العقد المذكور بمصادقة مجلس الوزراء. وفي ما بعد انتقلت موجبات هذا العقد بموافقة الطرفين لتصبح بين شركة تابعة لمجموعة الخرافي ووزارة الأشغال العامة و النقل . وجراء عدم التزام الدولة اللبنانية ببعض موجباتها، وعملاً بالبند التحكيمي المدرج بالعقد ، احيل النزاع الى المركز اللبناني للتحكيم الذي اعتبر بقرار نهائي في ٢٠٠٢ ان المؤسسات العامة لها الحق باللجوء الى التحكيم رافضاً بذلك دفع الدولة بعدم إمكانية التحكيم في المواد الإدارية. فتقدمت الشركة من مجلس شورى الدولة طالبة الصيغة التنفيذية . فاعتبر هذا الأخير اننا امام عقداً ادارياً ابرم قبل التعديل الحاصل في ٢٠٠٢، أي في وقت كان فيه يحظر اللجوء الى التحكيم من قبل الدولة و بالتالي رفض إعطاء الصيغة التنفيذية. فهذا الحكم رفض ان يكون للتعديل الحاصل سنة ٢٠٠٢ أي مفعول رجعي و بالتالي أي تطبيق على عقود ابرمت قبل هذا التعديل، مطبقاً بذلك احكام المادة ٧٦٢ السابقة الذكر. وقد اعترت الشركة على هذا القرار امام مجلس القضايا الذي اصدر بتاريخ ٢٠٠٦-٢-٢١ قراراً فسخ بموجبه القرار الصادر عن مجلس الشورى.²

نستنتج مما سبق ان التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية في لبنان اصبح مسموحا بعد صدور قانون ال ٢٠٠٢ متى اجيز بمرسوم من الجهات المختصة. اما بالنسبة لمسالة الطعن فالفقه لم يحسم قراراته بعد.

نبذة ثالثة: تطوّر الوضع القانوني في مصر:

صدر قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تاريخ ٩-٥-١٩٦٨ منظمًا مسألة التحكيم في المواد ٥٠١ حتى المادة ٥١٣ (في القانون الخاص) و لم يشر هذا القانون باي مادة منه لمنازعات العقود الإدارية . إزاء هذا السكوت التشريعي ، انقسم الفقه في هذه المسالة بين مؤيد و معارض مستندا بذلك الى ادلة تتلخص بالمواع التي سبق لنا و ناقشناها في المبحث الاول من هذا القسم. ولفهم تطوّر الوضع في مصر لا بد من التمييز بين ٣ مراحل.

¹ ناصيف الياس، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد ال BOT ٦، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٦، ص ٣٧٠-٣٧١-٣٧٢.
² قرار مجلس شورى لبناني، رقم ٤٤٧ تاريخ ١٥-٤-٢٠٠٣، شركة المرافق اللبنانية/ الدولة اللبنانية.

١-مرحلة ما قبل قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ :

في هذه المرحلة شهدت مصر خلافاً فقهيًا حول إمكانية التحكيم في النزاعات الإدارية. فكان هناك جانب من الفقه قال بجواز التحكيم طبقاً للقواعد المنظمة له في قانون المرافعات المدنية والتجارية . فمن وجهة نظر هذا الرأي إن المادة 58 من قانون مجلس الدولة التي نصت على ضرورة أن تقوم الجهة الادارية بطلب موافقة الجهة المختصة بمجلس الدولة قبل إبرام أي اتفاق تحكيم في المواد التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه هو دليل واضح على ان المشرّع أجاز التحكيم. أمّا المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة التي تنص على حفظ اختصاص المجلس بالنظر في منازعات العقود الإدارية ، فالمراد منها هو بيان حدود اختصاص القضاء الاداري في مقابل القضاء العادي وإن المشرع لم يقصد ان يمنع الجهات الادارية من اللجوء الى للتحكيم في منازعات العقود الإدارية. اذا بالنسبة لاصحاب هذه الوجهة ان جواز التحكيم في المنازعات الإدارية هو الأصل في القانون المصري.

ولكن هذا الرأي خالفه جانب اخر من الفقه كان يساير وجهة القضاء المصري آنذاك حين اصدر في ٢٠-١-١٩٩١ قراراً بمناسبة ان وزارة الإسكان والتعمير كانت قد عقدت عقداً في ١١-٣-١٩٧٦ مع شركة المقاولون العرب و شركة تاراماك الإنجليزية بغية انشاء نفق و جاء ضمن بنود العقد انه في حال وقع أي خلاف بين الأطراف يحال الموضوع ليحلّ بطريقة التحكيم . وبالفعل بعد تسليم النفق لوحظ وجود بعض العيوب ممّا حدا بهيئة قناة السويس (بعد ما انتقلت تبعية النفق اليها) بإقامة دعوى امام القضاء الإداري ، فتم الدفع من قبل المدعى عليهم بعدم اختصاص القضاء الإداري وذلك لوجود شرطاً تحكيمياً. فكان رد المحكمة ان صلاحية القضاء الإداري تستند الى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ سنة ١٩٧٢ السابقة الذكر ، ولا يجوز سلبه هذا الاختصاص بادراج بند تحكيمي و عليه قضت المحكمة بابطال البند التحكيمي الوارد في العقد.¹

أما المحكمة الادارية العليا فقد اجازت التحكيم في النزاع الإداري حيث جاء حكمها في 18 يناير 1994 بمناسبة منازعة موضوعها تفسير عقد التزام ابرمته الدولة مع احدى الشركات بغية جمع القمامة بمدينة القاهرة وتحويل مخلفات المذابح العمومية الى سمام عضوي وتضمن هذا العقد شرطاً يلزم الطرفين باحالة النزاع الذي قد ينشأ عن هذا العقد الى التحكيم وقضت محكمة القضاء الاداري بعدم قبول الدعوى المتعلقة بتفسير هذا العقد نظراً لوجود شرط تحكيم فيه ولما كان قد طعن في هذا الحكم أمام المحكمة الادارية العليا ايدت حكم محكمة القضاء الاداري وفي ذلك تقول : وحيث أن الخلاف بين الطرفين في تفسير نصوص عقد الاتفاق المبرم بينهما بما معناه أن المنازعة الماثلة لا تجاوز في حقيقتها نطاق تفسير نصوص عقد الاتفاق المبرم بينهما بما معناه أن المنازعة الماثلة لا تجاوز في حقيقتها نطاق تفسير العقد الاداري ولا تخرج عن دائرته ومن ثم تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ومن ثم يجوز فيها شرط التحكيم طبقاً لنص المادة 501 من قانون المرافعات . فالمحكمة العليا هنا اعتبرت ان إمكانية التحكيم تستمد من ان النزاع واقع على تفسير العقد الذي يدخل باختصاص القضاء الشامل. ممّا يجعلنا نستنتج ان قرار المحكمة العليا سيكون رافض للتحكيم اذا ما كان النزاع يتمحور حول تنفيذ العقد الذي يدخل في اختصاص قضاء الإلغاء.²

وقد اعتبرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ان التحكيم جائز في منازعات العقود الادارية حيث لحظت ان قانون المرافعات المدنية والتجارية أجاز الاتفاق على التحكيم صراحةً وكذلك المادة 58 من قانون مجلس الدولة، فلو ان الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الادارة ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض هذا الإتفاق أو تنفيذ قرار (حكم) المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة. ولكن بما انه لا وجود لتشريع

¹ صدر هذا الحكم في الدعوى رقم ٥٤٢٩ و أشار اليه الباحث السيد محمد السيد بدوي، مرجع سابق ص، ٣٥٤.

² راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ ، ذكرها الباحث السيد محمد السيد بدوي، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها سواء المدنية أو الإدارية فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته¹.
نلاحظ أداً الخلاف الفقهي و الاجتهادي حول مسألة جواز التحكيم في المسائل الإدارية الذي كان واقعا قبل عام ١٩٩٤ و حسماً لهذا التباين الكبير في وجهات النظر صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤.

٢-مرحلة قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤:

اصدر المشرع المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية حيث جاء في مادته الأولى : " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .."

وفي الواقع لم يفلح المشرع في حسم الخلاف حول مسألة جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية .فقد جاءت عباراته ملتبسة . وقد رأى البعض² أن قانون التحكيم المشار إليه لا يوجد بين نصوصه نصاً صريحاً يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وبالتالي يبقى الاختصاص في هذه المنازعات حصرياً للقضاء الإداري إلا إذا اجازته نص قانوني صريح . و اعتبروا ان عبارة "تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام..." لا تعني حكماً إجازة التحكيم في العقود الإدارية لان اشخاص القانون العام ممكن ان تلتزم بعقود تخضع للقانون الخاص.

وذهب رأي آخر الى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تطبيقاً لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 . و استند هذا الرأي الى أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة اجازت ذلك (كما سبق و راينا) فضلاً عن أن التقرير الذي قدمته اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية بشأن هذا القانون ، ركز على عبارة " أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .." معتبرين ان هذه العبارة تشمل حكماً العقود الإدارية³.

وقد تبني القضاء العادي ممثلاً في محكمة استئناف القاهرة رأي اللجنة في قرار له في تليخ 1997/3/19 حيث اعتبر انه بالنسبة للدعاء ببطلان شرط التحكيم لان العقد محل النزاع عقدا اداريا لا يجوز التحكيم فيه ،هو ادعاء غير مقبول اذ ان المادة الأولى من قانون التحكيم واضحة و لا يجوز الاجتهاد مع وضوح النص. فقد اجاز المشرع الاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد اطرافه من أشخاص القانون العام وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع وانه من غير الجائز أن تقبل الجهات الادارية ادراج شرط التحكيم

¹فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع رقم ٦٦١ في جلستها في ١٧-٥-١٩٨٩ ، ملف مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية بين عامي ١٩٥٥ و ١٩٩٥ ، ص ١٠٢ .

²- قبالان عبد الأمير ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٧٠ .

³تقرير اللجنة المشتركة، النشرة التشريعية، شهر ٣ سنة ١٩٩٤ ، العدد الخامس، ص ٥٠٢ .

في العقود التي تبرمها ثم تدفع بعد ذلك ببطلان هذا الشرط لأن هذا التصرف يتناقض مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الإلتزامات¹.
مع عجز القانون رقم ٢٧ بإزالة الاختلاف الفقهي و الاجتهادي جاء حسم المشرع للتحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

٣-مرحلة قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧:

كان لابد للمشرع من حسم هذا الانشطار الفقهي و القضائي حول مسالة التحكيم في العقود الإدارية ، فصدر القانون رقم ٩ في ١٣-٣-١٩٩٧. وهذا القانون عدل بعض مواد القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ السابق الذكر، فاضاف الى المادة الاولى منه فقرة ثانية تنص على انه "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك وبهذا يكون قد حسم المشرع الخلاف مؤيدا جواز اللجوء الى التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية. لكن القانون طرح إشكالية المفعول الرجعي، اذ ان سريان هذا القانون يبدأ من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية مما يعني ان مفعوله يقتصر على المستقبل. الآ ان هناك راي خالف هذه النظره اذ رأى أن القانون 9 لسنة 1997 هو قانون تفسيري للقانون 27 لسنة 1994 وبالتالي تطبق بأثر رجعي يترد الى تاريخ بدء تطبيق القانون الاخير واستند هذا الرأي الى التحليل اللفظي لعبارة" وبالنسبة الى منازعات العقود الادارية." وكان لفظة "بالنسبة" جاءت تفسر الغموض الذي تركه قانون ال ١٩٩٤ .

الآ اننا نرى ان هذا الراي يفتقر الى الدقة ، فالمفعول الرجعي للقانون هو استثناء على القاعدة العامة و لا يتحقق هذا الاستثناء الآ بنص صريح او اذا كان القانون يتعلّق بقواعد جزائية اصلح للمتهم. و قد جاء نص المادة الثانية من القانون رقم ٩ واضحا بشأن عدم الرجعية. فنصت المادة على انه:" ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره ."

وعلى هذا سارت المحكمة العليا في قرارها تاريخ ٣١-٥-٢٠٠٥. فاعتبرت ان شرط التحكيم في العقود الادارية المبرمة قبل صدور القانون 27 لسنة 1994 غير صحيح.كان قضاؤها هذا بمناسبة ابرام شركة لنيرجيت عقد مقاوله رقم 27/2 مشروع الهرم مع الجهاز التنفيذي لمشروع الصرف الصحي بالقاهرة وذلك في تاريخ 1993/6/20 م وبعدها ثار نزاعا بين الطرفين ورفض الجهاز التنفيذي فض هذا النزاع تحكيميا طبقا لنص العقد طلبت شركة انبرجيت من محكمة شمال القاهرة الابتدائية تعيين محكما وفقا لقانون 27 لسنة 1994 م واستجابت لذلك المحكمة حيث قررت في 1999/5/5م بتعيين أحد المحكمين عن الجهاز لكن الجهاز قال ببطلان الاجراءات استنادا الى التعديل الجديد في المادة الأولى فتقدمت الشركة بطلب من الوزير الاسكان في 1999/9/19 م لتعيين محكم عن الجهاز ويعرض هذا الطلب على رئيس الجهاز جاءت تأشيرته عليه في 1999/10/21 بالرفض فما كان من الشركة الا أن أقامت الدعوى رقم 1599 م لسنة 54 ق أمام القضاء الاداري بغية التحكم له بصفة مستعجلة بتعيين محكم عن طبيعة الروابط الادارية .

¹ محكمة استئناف القاهرة، جلسة ١٩-٣-١٩٩٧، استئناف رقم ٦٤ ، اشير اليه في مجلة التحكيم، عدد ٢، سنة ١٩٩٧، ص ٢٨٣.

نبذة رابعة: الوضع القانوني في الجزائر:

اصدر المشرّع الجزائري القرار رقم ٨٠/٧١ الصادر في ٢٩-١٢-١٩٧١ الذي اخضعت بموجبه المنازعات بين الشركات الوطنية للتحكيم. ثم وسّع نطاق التحكيم سنة ١٩٧٥¹ بجعله يمتد الى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة او تملك أكثرية رأسمالها، و اعتبرت خاضعة لهذا التحكيم نزاعات الحقوق المالية او عقود التجهيز او الاشغال او الخدمات ، على ان يكون النزاع بين المؤسسات الاشتراكية او بين وحدات الإدارة الذاتية الزراعية او الصناعية او الشركات المختلطة التي تكون الدولة مالكة اكثريتها او المؤسسات حين يكون لها التزامات لها علاقة بالمالية العامة سواء كانت شركات وطنية تجارية او شركات مدنية.²

و قد تساءل الفقه عما اذا كان لجوء هذه المؤسسات الزامياً بحيث اذا لجا اطراف النزاع الى المحاكم القضائية، سترد هذه الأخيرة دعواهم باعتبار انها غير مختصة و ان على الافرقاء اللجوء الى التحكيم. و قد حسم صدور الامر الدستوري في ١٧-٦-١٩٧٥ الذي اكد دون أي غموض الطابع الالزامي للتحكيم ولم يترك أي خيار لهذه المؤسسات . فالمنازعات التي تكون فيها المؤسسة العامة طرفاً يكون فيها التحكيم الزامياً. وبحسب هذا الامر الدستوري، لا تخضع لاختصاص هيئات التحكيم النزاعات ما بين المؤسسات الخاضعة لسلطة وصاية واحدة. فعندها على سلطة الوصاية ان تقوم بحل النزاع. كما انه على الهيئات التحكيمية ان تتوقف عن متابعة فض النزاع اذا ما تبين لها من محتويات الملف ان النزاع لا يمكن حسمه الا بالحق الضرر بالسياسة العامة للحكومة، او بحال وضع رئيس الحكومة يده على النزاع واعفى هيئة التحكيم من النظر في الدعوى.³

فالأصل، حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ للتحكيم؛ فهي ملزمة بطرح نزاعاتها على القضاء العمومي بنظامه العادي و الإداري و استثناء فقد أجاز القانون الجزائري للإدارة العامة اللجوء إلى التحكيم فيما يخص موضوعين فقط هما: علاقة الإدارة العمومية بالتجارة الدولية كسواء السلع و الخدمات المختلفة، و في إطار تنفيذ الصفقات العمومية. يجوز للمؤسسات العمومية الاقتصادية (و هي الشركات التي تمتلك فيها الدولة جزء أو كل رأسمالها، أسست في شكل شركات تجارية)، اللجوء إلى التحكيم و يصدق الأمر حتى على المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الصناعي و التجاري.⁴

وإذا كان الامر قد اثار بعض الإشكاليات و انقسام فقهي و اجتهادي في مدى إمكانية التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية، فالامر نفسه نجده على الصعيد الدولي و لكن ليس بالوطنية نفسها.

¹ القرار رقم ٧٥-٤٤ الصادر في ١٧-٦-١٩٧٥ ، و المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في ٤-٧-١٩٧٥، ص ٦٠٦.

² الاحدب عبد الحميد ، التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، ج٢، ص ١٣٨.

³ الاحدب عبد الحميد ، التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، ج٢، ص ١٤٠.

⁴ /موقف-الدول-النامية-من-التحكيم-التجاري/ <http://www.droitentreprise.com>

مطلب ثانى: الدولة فى التحكيم الدولى:

إذا كانت المبادئ القانونية العامة تبرّر لحدّ ما منع اللجوء الى التحكيم على الصعيد الداخلى حيث يطرح الامر من زاوية هجران الدولة لمحاكمها الخاصة ووضع سيادتها على المحكّ، فما هو مبرر منع اللجوء الى التحكيم على الصعيد الدولى؟ اليس من باب اولى ان تلجأ الدولة الى التحكيم الدولى لحلّ النزاع بدلاً من ان يخرج الأمر عن السيطرة ويتمّ حلّ الموضوع باستخدام العنف والسلاح والحرب؟... للإجابة على هذا الطرح سنبين موقف بعض الدول من لجوء الدولة الى التحكيم الدولى (فقرة أولى) ، و ننتقل بعدها لتبيان إجراءات التحكيم فى العقود الدولية (فقرة ثانية).

فقرة اولى: موقف بعض التشريعات من التحكيم الدولى

نبذة أولى: الدولة الفرنسية:

سبق ورأينا مراحل التطور الذي مرت بها الدولة الفرنسية وقوانينها وكيف ان منع التحكيم فى المواد الادارية اصبح يقبل الاستثناء ولكن ما هو موقف المشرع الفرنسى من امكانية التحكيم على الصعيد الدولى فى المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها؟
نشير فى البداية الى ان الاجتهاد الفرنسى كانت له المبادرة فى الاجابة على هذا السؤال فى دعوى¹ Tasis. النزاع كان يدور حول عقد شحن بحري، موقع قبل معاهدة الصلح. ولما جاءت معاهدة الصلح التي وقعتها فرنسا مع المانيا سنة 1940، أوقفت الدولة الفرنسية وألغت كل العقود المبرمة سابقاً، بحكم القوة القاهرة. وتقدم جهاز السفينة بدعوى ضد الدولة الفرنسية، مطالباً بتعويضه عن فسخ العقد. وجرى التحكيم، رغم اعتراض الدولة الفرنسية فى ظل القانون الانكليزي، وصدر بالنتيجة حكم يحسم النزاع ويعطي جهاز السفينة بعض الحقوق. فتقدم هذا الأخير بطلب اعطاء الحكم صيغة التنفيذ امام القضاء الفرنسى، فاعترضت وزارة البحرية الفرنسية، مدعية بان الدولة لا يمكنها اللجوء الى التحكيم. وأصدرت محكمة استئناف باريس حكماً شهيراً فى الموضوع، اعتبرت بموجبه الشرط التحكيمى صحيحاً، وذكرت ان "حظر التحكيم على الدولة محصور فى العقود الداخلية، وهو بدون اي مفعول فى ما يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولى". وكان هذا خرقاً للحصار المضروب على لجوء الدولة الى التحكيم .

وكذلك اكمل الاجتهاد مسيرته فى عدة احكام ومنها مثلاً حكم² Galakis حيث اعتبر الاجتهاد ان المادة 2060 تنص على عدم امكانية ابرام عقد تحكيم فى الامور التي تتعلق بالدولة على الصعيد الداخلى ولا

1- ذكرها المحامى عبد الحميد الأحدب فى كتابه، "التحكيم احكامه ومصادره"، ج 1، ص 329.
2 ابرمت الدولة الفرنسية عقد نقل بضاعة على متن باخرة يونانية وقد تضمن العقد المذكور بندا تحكيميا ينص على حل النزاع بواسطة التحكيم فى لندن. وقد رفضت الدولة الفرنسية التحكيم عندما نشأ النزاع، فاقبمت دعوى صدر بنتيجتها حكم ابتدائي قضى ببطان البند التحكيمى . وقد استؤنف هذا الحكم فقررت محكمة الاستئناف فسحه. فما كان من الدولة الفرنسية الا ان لجأت الى التمييز مبررة موقفها بان هناك حذر من التحكيم و عدم ثقة به و هو لا يولي الدولة الضمانات اللازمة. غير ان المحكمة العليا ردت هذا الادلاء واعتبرت ان الحظر المطبق على العقود الداخلية تنتفي مبرراته فى حقل التجارة البحرية و حاجاتها.

Cass. 2mai 1966 ,aff. Tresor public /Galakis D. ,1960, p 575, note Robert.

مجال للقياس او تطبيق هذه المادة على الصعيد الدولي. وكذلك اعتبر هذا الاجتهاد ان مسألة اهلية الدولة تحدّد حسب النصوص القانونية التي يخضع لها المعني¹. وقد اعتبر القانون المدني الفرنسي في المادة 2059 منه ان: "كل شخص يمكنه اللجوء الى التحكيم بالنسبة للحقوق التي يملك حرية التصرف بها". وهذا النص موجّه لاشخاص من القانون الخاص اما اشخاص القانون العام فقط اعتبرت المادة 2060 انه لا يجوز لهم اللجوء للتحكيم اذ ان لا اهلية للهيئات والمؤسسات العامة في اللجوء الى التحكيم. ولكن على الصعيد الدولي اعتبر ان هذا المنع المفروض في المادة 2060 لا يطبق على "عقد دولي وجد لحاجات، وفي شروط متوافقة مع اعراف التجارة البحرية"². اذ انه لا يتعلق بالنظام العام الدولي، فعلى الصعيد الدولي اذاً لا نطرح مسألة امكانية التحكيم لناحية كون احد الاطراف من اشخاص القانون العام او لناحية أهلية هذا الشخصي في اللجوء الى التحكيم، بل نطرح فقط لناحية ما اذا كان النزاع هو من النزاعات القابلة للتحكيم.

ومن الاجتهادات التي اوضحت امكانية لجوء الشخص العام للتحكيم الدولي هو قرار ³inserm. اذ اعتبر ان القاضي العدلي هو صاحب الاختصاص للنظر بالاجراءات المتخذة ضدّ قرار تحكيمي اصدر في فرنسا بناءً على اتفاق تحكيمي في نزاع ناشئ عن تنفيذ او فسخ عقد ابرم بين شخص معنوي من القانون العام الفرنسي وشخص اجنبي، على ان يكون تنفيذ العقد في فرنسا ويكون العقد متعلق بمصالح التجارة العالمية. (اي اننا امام عقد اداري دولي) ويكون القاضي الاداري هو المختص اذا ما كان المراد هو التحقق من مدى انطباق القرار التحكيمي على قواعد القانون العام الامرة. فتحديد الاختصاص للقضاء العدلي او الإداري في الاجراءات المتخذة ضد القرارات التحكيمية الصادرة في عقد دولي، يؤكّد ضمناً إمكانية اللجوء للتحكيم في مثل هذه العقود.

وفي السياق نفسه مؤسسة "غاز فرنسا" التي كانت هيئة عامة واصبحت خاصة كما رأينا كانت قد ابرمت عقداً مع مجموعة مؤسسات وهذا العقد اعطي فيما بعد الى احدى المؤسسات الفرعية "société fosmax" التي قررت ان اي نزاعات تنشأ عن هذا العقد تحل بطريقة التحكيم. وبالفعل فقد نتج عن تنفيذ العقد بعض النزاعات وتم اللجوء الى التحكيم لحلها وقد صدر القرار التحكيمي ملزماً مجموعة المؤسسات بدفع مبلغ 68 مليون يورو S.Fosmax والزم هذه الاخيرة بدفع مبلغ 128 مليون يورو لمجموعة المؤسسات. فما كان من S. Fosmax الا ان طالبت م.ش.الدولة بابطال القرار التحكيمي. وهذا الأخير توجه الى محكمة حلّ الخلافات ليرى بداية ما اذا كان هو المختص بالفصل بهذا الطلب ام ان القضاء العدلي هو صاحب الاختصاص. وقد اعتبرت محكمة حلّ العلامات ان مجلس الشورى هو المختص وان العقد هو عقد اداري.

¹ - www.playmendoit.free.fr/droit-du-commerce-international/1-instance-arbitrale.htm

² - عبد الحميد الاحدب، مرجع سابق، جزء اول، ص 127

³ <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>, 17 mai 2010, INSERM c/ Fondation Letten F. Sausgstad, n° C3754

Le Tribunal des conflits juge que le juge judiciaire est compétent pour connaître d'un recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté en France, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne. Toutefois, le Tribunal des conflits apporte un tempérament à la compétence du juge judiciaire. Le recours contre une telle sentence arbitrale relève de la compétence du juge administratif lorsqu'il implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public.

لكن المحكم اعتبر ان العقد هو عقد مدني واعتمد على قواعد القانون المدني. ولكن هذا لم يعتبر شيئاً كافياً من قبل مجلس الشورى للحكم ببطلان الحكم التحكيمي، إلا ان المجلس ابطل القرار معتبراً ان المحكم خالف قاعدة من النظام العام عندما اعتبر ان S. fosmax لا يستطيع ان تقرر تنفيذ العقد او تلزيمه لشخص آخر علماً ان هذا الحق محفوظ للهيئات العامة و هو من قواعد النظام العام.

وكذلك في أحد الاحكام الحديثة نسبياً الصادرة عن محكمة استئناف باريس قررت ما يلي:
La prohibition pour un État de compromettre est limitée d'ordre interne .
Cette prohibition n'est pas en consequence d'ordre public international...¹

و الأمثلة تبقى كثيرة في هذا المجال و نذكر اخيراً الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية ف في احد احكامها ايضاً حيث قررت الاتي:

“Les personnes, publiques peuvent valablement compromettre, en matière internationale , en l'absence d'accord international ou de loi qui le permet.”²

ما مؤداه انه يكون لاشخاص القانون العام لها الحق باللجوء الى التحكيم الدولي حتى بغياب قانون و اتفاق دولي يبيح ذلك.

فتبين لنا من جميع القرارات المذكورة اعتراف ضمني بإمكانية التحكيم الدولي في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

¹ Cour d'appel de Paris 1ere ch. 24 février 1994. Ministère tunisien de l'équipement C/ Société Bec Frères, Revue de l'arbitrage 1995. No. 2 P. 275.
Revoir dans le meme sens Tribunal des conflits 19 mai , 1958. Sté Myrtoon Steamship, D. 1958. P.705. Note Jean robret.

وراجع في ذات المعنى حكم محكمة استئناف باريس في عام 1996م بشأن عق اشغال عامة بين شركة الكويت للتجارة والاستثمار الاجنبي والشركة الايطالية Icori Estero والمتعلق ببناء مبنى سفارة الكويت في الجزائر، وبموجبه رفضت هذه المحكمة بطلان حكم التحكيم الذي طلبته الشركة الكويتية على سند من القول انه صدر بناء على شرط التحكيم جاء مخالفاً للمادة 442 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية والذي يمنع اشخاص العامة للجوء للتحكيم، مع ملاحظة ان الشركة الكويتية سالفه الذكر هي شركة عامة مملوكة لدولة الكويت حيث جاء قضاء هذه المحكمة.

“Considérant encore que quel qu'en soit le fondement la prohibition par un Etat de compromettre est limité aux contrat d'ordre interne et n'est pas d'ordre public international lequel interdirait au contraite à un operator public de se prévaloir des dispositions restrictive de son droit natonal ou de la loi du contrat pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu..”

² TEPOL Gerard, Arbitrage international et personnes morales de droit public, A.J.D.A. 1997, P. 25.

وفي ذات المعنى راجع ايضاً حكم محكمة النقض:

- C. Cass. 1er Ch. C. 14 avril 1964, On I,C. c/ Capitaine du S.S. San Cario. 1964, P. 637. , note B. Goldman.

نبذة ثانية: الدولة اللبنانية:

سلّط مجلس شوري الدولة الضوء على مسألة التحكيم الدولي في العقود الادارية في القرارين رقم 638 و 639 الصادرين في 2001/7/17. فالقرار 638 يتعلّق بالمراجعة ضدّ شركة ليبانسيل، اما القرار 639 يتعلّق بالمراجعة ضدّ شركة ف.ت.م.ل. (FTML).

والقضية تلخّص بان القانون رقم 93/218 اجاز لوزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية اجراء استدراج عروض عالمي لتحقيق مشروع نظام الراديو الخليوي الرقمي المتطور (G.S.M) وتلزيمة لمدة لا تتجاوز الـ 12 عاماً، فابرمت هذه الوزارة عقود مع شركة LIBAN CELL ش.م.ل. وشركة (FTML) وقد نصت المادة 30 من العقود على تسوية المنازعات في حال حصولها عبر المشاورات، والأطباقاً لقواعد المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية.

واثناء تنفيذ العقد ابدت الوزارة استيائها بشأن الكثير من المخالفات ووجهت بشأنها تعليمات خطية للشركتين لكنها لم تتمثل. ممّا ادى بالوزير المختص الى اصدار امر تحصيل رقم 1499 في 2000/4/22 بقيمة 300/مليون\$ فاعترضت الشركات المتعاقدة على امر التحصيل وتقدمت بمعاملة تحكيمية امام غرفة التجارة الدولية في باريس مستندة لذلك على احكام المادة 30 من العقد ورداً على ذلك تقدّمت الدولة اللبنانية بمراجعتين امام مجلس الشورى طالبة تفسير العقد.

وجاء قرار مجلس الشورى اللبناني قاسٍ لناحية رفضه التحكيم في العقود الدولية . فقد جاء في حيثيات القرارين 638 – 639 ان منع التحكيم في العقود الادارية مبدأ راسخ في العلم والاجتهاد الاداريين، وقد استقر عليه اجتهاد مجلس الشورى الفرنسي، وما برح يؤكد، منذ قراراته الاولى حتى اليوم. وهذا المبدأ يتعلّق بالانتظام العام، ويقتضي اثارته عفواً، واذا حصل التحكيم، فان القرار التحكيمي ذاته يعتبر باطلاً، ولا يمكن الاحتجاج بمشاركة الشخص العام في اجراءات التحكيم لرفض حقه في الطعن بالقرار التحكيمي. وان المبررات الاساسية لمبدأ منع التحكيم في العقود الادارية تعود الى مقتضيات الانتظام العام، التي توجب على الدولة الا تخضع الا للمحاكم التي انشأها القانون، وان اختصاص القضاء الاداري مرتبط بالانتظام العام كاختصاص القضاء العدلي. وانه اذا كان لا يعود للقضاء العدلي النظر في ما يدخل ضمن اختصاص القضاء الاداري، فكيف يمكن السماح للمحكّمين النظر في هذه المسائل.

وان العلم والاجتهاد في لبنان يؤكدان على ان مبدأ منع التحكيم في العقود الادارية يرتبط بالنتظام العام، لان من يتولى السلطة العامة لا يمكنه التنازل عن امتيازاتها المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع، ولان التحكيم يفترض، بحد ذاته، تنازلاً مسبقاً من الادارة عن بعض حقوقها، او التسليم مقدماً للخصم بحقوق قد لا يكون لها نصيب من الصحة.

وقد اعتمد مجلس الشوري لدعم وجهة نظره على امور كثيرة،
-ان العقود التي ابرمتها الوزارة مع هذه الشركات هي عقود امتياز وفقاً لاحكام المادة 89 من الدستور التي تنص على انه : " لا يجوز فتح اي التزام او امتياز لاستغلال مورد من موارد البلاد الطبيعية او مصلحة ذات منفعة عامة او اي احتكار الا بموجب قانون والى زمن معين .

وان تسمية الانكلوساكسونية (Built, operate, transfer) لا تؤثر على كونه عقد امتياز وبالتالي تحتفظ الادارة في هذه العقود بسلطتها في تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز خاصة وان القانون رقم 218 تاريخ 93/5/17 الذي منح بموجبه الامتياز ، ينص صراحة على احتفاظ الادارة بسلطتها في تنظيم المرافق ادارياً

واستثمارياً. وقد نصت المادة 13 من العقد على التزام "المشغل" بجميع القواعد والانظمة والتعاميم التي تصدرها السلطات المختصة خلال تنفيذ المشروع. فهنا اعتبر مجلس الشورى ان نص المادة 13 الذي يبقي للدولة سلطتها التحكيمية على التعاقد معه تتنافى مع التحكيم الذي يتطلب تنازل الادارة عن بعض حقوقها وتنازلها عن سلطتها التنظيمية الدستورية في تنظيم المرافق العامة.

-ان العقد الحالي يساهم في تنفيذ المرفق العام، وتنفيذ المرفق معيار كان بعد ذاته لاعتبار العقد ادارياً ويعود بالتالي امر النظر في الالتزامات الناشئة عنه حصرياً الى القضاء الاداري. وهذا الاختصاص لا يستمده مجلس الشورى من القرار التحكيمي عند صدوره، بل يستمده من احكام المادة 61 من نظام المجلس التي تنص صراحة على اختصاصه للنظر في القضايا الادارية المتعلقة بعقود او صفقات او التزامات او امتيازات ادارية اجرتها الادارة العامة.

-ان المادة 77 من قانون اصول م.م. اللبناني اعتبرت ان الدعوى المتعلقة بصحة او مخالفة امتياز ممنوح او معترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام الزامياً لدى المحاكم اللبنانية. فقد اعتبر مجلس الشورى ان هذه المادة وجب تطبيقها على العقد الحالي خاصة وانها وردت في الفصل المتعلق بالاختصاص الدولي. ولا يخرج عن هذا الوضع الا المعاهدات التي تلتزم بها الدولة وتصدق عليها سلطاتها الدستورية وذلك وفق احكام دستورها.

-ان القانون رقم 218 تاريخ 1993/5/17 الذي فوض بموجبه الوزير المختص اجراء استدرج عروض عالمي لتلزم مرفق الاتصالات الخليوية، لم يتضمن اي نص يجيز للوزير التوقيع على بند تحكيمي في العقد.

-اما عن المادة 809 من قانون أ.م.م. التي اجازت للدولة وسائر الاشخاص المعنويين الجوء الى التحكيم الدولي فيما يتعلق بمصالح التجارة الدولية، فلا يمكن تطبيقها هنا لأن تطبيق احكام هذه المادة ينحصر في العقود التي تجريها الدولة وتخضع فيها للقانون الخاص.

-وانه لا يمكن الاعتراف بالفقرة الثانية من المادة 795 من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تمكّن رئيس مجلس شوري الدولة من اعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي معتبراً ان هذه الفقرة اوجدت لتعطي القضاء الاداري صلاحية اعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية في حال وجود قانون يسمح بالتحكيم في النزاعات الادارية (ومثل هذه الاحكام موجودة بالفعل في لبنان ومن قبيل ذلك ما ورد في قانون التسليف وانشاء المصرف المركزي)¹ وانه اذا سلمنا بان هذه الصلاحية المعطاة لرئيس مجلس شوري الدولة تشمل القرارات التحكيمية الدولية فان القرارات المعنية ليست تلك الصادرة في المنازعات الادارية على اطلاقها، بل تلك التي تجيزها المعاهدات والقوانين على وجه استثنائي.

-ليس في نظام مجلس شوري الدولة اللبنانية ما يلحظ امكانية التحكيم في المنازعات الادارية ان كان على الصعيد الداخلي او الدولي.

الأ ان هذا القرار تعرّض للانتقاد من بعض الفقهاء الذين رفضوا هذه الرؤية وهذا التعليل.

فرأى رئيس مجلس الشورى السابق، السيد انطوان بارود ان اصدار هذين القرارين كان خطأ اذ كان يجب صدورهما من مجلس القضاة. وان المطلوب من مجلس الشورى كان تفسير المواد 30 و 13 من العقود انما بقراره هذا حدد العملية وادخلها في القضاء الشامل. وان التفسير يعاد القرار الاداري وليس العقد الاداري.

¹المادة 13 من قانون النقد و التسليف و الفقرة 3 من المادة 22 من المرسوم رقم 4517 في 13-12-1972.

كما اعتبر ان المادة 809 كانت واضحة لناحية امكانية اللجوء الى التحكيم الدولي وانه لا مجال للقول بان صلاحية مجلس الشورى هي صلاحية دستورية، فالصلاحية هي تشريعية وبالتالي يمكن للتشريع اعطاء هذه الصلاحية وهذا ما قام به المشرع في المادة 809.

كما اعتبر السيد بارود ان هذا الاجتهاد لا يتبع الاستثمار ولا يعني المستثمرين الضمانة والطمأنينة. وان عدم اعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية التي تصدر في الخارج يخالف المادة 814 من قانون اصول المحاكمات المدنية، التي تشترط لرفض اعطاء الصيغة التنفيذية الى قرار تحكيم دولي ان يكون مخالفاً للانتظام العام الدولي، وليس للانتظام العام الداخلي.

ويحق للدولة بملء حريتها اللجوء الى التحكيم. فمن الواجب احترام العقود واعتماد حسن النية في تنفيذها، وهذان المبدأان يدخلان في صميم قواعد الانتظام العام. وخلص الدكتور انطوان بارود الى القول انه لا يجوز حجب الضمانات عن المستثمرين. واذا كان مجلس شورى الدولة قد اخذ موقفاً رافضاً فيبقى لمجلس النواب اتخاذ تشريع صريح لاحترام التحكيم والعمل به¹.

اما الدكتور غالب محمصاني فقد فصل مأخذه على قراري مجلس شورى الدولة المشار اليهما، وخصوصاً التفسير الخاطي للمادة 809.

واعتبر انه يجب على الدولة تطبيق النظام العام الدولي الذي يوجب احترام الدولة لالتزامها باللجوء الى التحكيم الدولي عندما تكون قد وضعت بكل رضاها بنداً تحكيمياً بهذا المعنى. وفضلاً عن ذلك فقد الحق القراران المذكوران ضربة قاضية بمستقبل الاستثمار والتحكيم. وقد حصر المذكوران ضربة قاضية بمستقبل الاستثمار والتحكيم. وقد حصر مجلس شورى الدولة مجال التحكيم الدولي في ميدان ضيق جداً، اقتصر على عقود الدولة الخاضعة للقانون الخاص، وهي فئة ضئيلة جداً من عقود الدولة، واخرجت بالتالي، كافة عقود الامتياز والبناء والاشغال العامة وتطوير البنية التحتية، وكافة عقود التنمية والاستثمار التي توقعها الدولة، عادة، مع الشركات الكبيرة الاجنبية من نطاق التحكيم.

وخلص الدكتور غالب محمصاني الى القول: " ان الاجراءات التي اتخذتها الدولة لاستجلاب المستثمرين سوف تكون دون جدوى، ما لم يعط هؤلاء الضمانات الكافية من وراء البنود التحكيمية المدرجة في العقود. فمن الواجب ان يصدر البرلمان اللبنانية تشريعاً خاصاً ينص بصراحة على حق الدولة باللجوء الى التحكيم الدولي في كافة العقود، سواء كانت خاضعة للقانون العام او للقانون الخاص².

الا ان هذا التضارب الفقهي لم نعد نراه الآن، فالموضوع بات محسوماً، وللدولة الحق باللجوء الى التحكيم في العقود الدولية. وهذا ما اكده مجلس شورى الدولة بقضية شركة فينيسيا/ الدولة اللبنانية. ففي الوقائع انه بتاريخ 8-3-1996 اجرت الدولة عقداً مع مشروع تجاري مشترك معقود بين الشركة اللبنانية فينيسيا التجارية افرو آسيا و الشركة الأجنبية آر رينتا الدولية. و موضوعه استثمار المساحات المخصصة للبيع بالمفرق في مبنى المسافرين الجديد في مطار بيروت الدولي. وقد نشأ نزاع بين الفرقاء جراء عدم التزام الدولة اللبنانية بموجباتها وقد احيل النزاع الى مركز التحكيم اللبناني لدى غرفة الصناعة و التجارة في لبنان. و قد أصدرت هيئة التحكيم قراراً بالزام الدولة بدفع مبلغ للشركة المستدعية. و عندما طلبت الشركة المستدعية من مجلس الشورى اعطاء هذا القرار الصيغة التنفيذية، فاعتبر ان البند التحكيمي صحيح و للدولة الحق باللجوء الى التحكيم³ و اعطى الصيغة التنفيذية.

¹ - بارود انطوان، رئيس سابق لمجلس شورى الدولة ورئيس شرف له، مقابل، مجلس الشورى اعلق باب التطور في مجال الاستثمار - سرعة غير اعتيادية في صدور الاحكام، ومبادئ متحجرة، جريدة السفر، 2001/8/7.

² - محمصاني غالب، القضاء على التحكيم والاستثمار، تعليق على قراري مجلس شورى الدولة تاريخ 2001/7/17، المتعلقين بشركتي الهاتف الخليوي، جريدة النهار، 2001/7/24.

فستنتج ممّا سبق ان التحكيم الدولي في المنازعات الإدارية شكّل حقلاً خصبا للتضارب الفقهي و الاجتهادي. لكننا نؤيد ما قاله الأساتذة الكرام معتبرين ان نص المادة ٨٠٩ جاءت واضحة لناحية السماح للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللجوء الى التحكيم. و ان المشرع لو أراد تقييد هذه الامكانية على المنازعات التي تكون فيها الدولة بمثابة شخص خاص لكان ذكر ذلك بوضوح اذ انه لا مكان للاجتهاد في معرض النص.

نبذة ثالثة-الدولة الجزائرية:

في البداية اعتبرت الجزائر ان التحكيم الدولي مفهوم غريب و يتنافى مع مبادئ العدالة. فالجزائر كانت منذ استقلالها عن الدولة الفرنسية ، لا تقبل بالتحكيم الدولي. و يفسّر الفقه هذه الظاهرة بقوله انه : " قبل الاستقلال ، كانت النزاعات النفطية ، وفقاً للقانون المطبق هي من اختصاص مجلس الشورى الفرنسي. و كان من المفترض ان تكون ، بعد الاستقلال ، من اختصاص المحكمة العليا الجزائرية لكن ذلك لم يحصل لان الاتفاقيتين النفطيتين بين فرنسا و الجزائر لعامي ١٩٦٣ و ١٩٦٥ احوالتا النزاعات التي يمكن ان تنشأ على التحكيم.¹ علماً انه قد سبقت هذه الاتفاقات باتفاقية ايفيان سنة ١٩٦٢ ، في هذه الاتفاقية فرضت الدولة الفرنسية على الجزائر اللجوء الى التحكيم الدولي. هذا ما نراه في صراحة المادة ٤ من الاتفاقية و التي نصت على انه: " فرنسا و الجزائر تحلان النزاعات الناشئة عن علاقتهما عن طريق أدوات التسوية الودية حيث تلجا سواء الى المصالحة او التحكيم و بحال عدم الاتفاق على هذه الاجراءات ، كل واحدة من الدولتين يمكن ان تخطر محكمة العدل الدولية."

امّا اتفاق عام ١٩٦٣ جاء بعد عام على استقلال الجزائر و حاولت من خلاله فرنسا ان تجسّد مصالحها ، واهم ما جاء في هذاالاتفاق هو نص المادة ٣ التي اكدت ان الفصل في النزاعات الناشئة بين الدولتين يكون من اختصاص محكمة التحكيم الدولية ، كما جعلت من القرارات التحكيمية قابلة للتنفيذ على إقليم الدولتين دون الحاجة للاجراءات التنفيذية.

وبالنسبة لاتفاق عام ١٩٦٥ ، فقد جاء بهدف التخفيف من شدة الاتفاق السابق و تأثيره على السيادة الوطنية الجزائرية وذلك بادراج نظم الوساطة بجانب التحكيم ، على ان تكون الوساطة الزامية بين الدولتين.²

فالجزائر منذ استقلالها تخضع للتحكيم الدولي مرغمةً و ليس بارادتها، اذ ان التحكيم هو الوسيلة الودية المتاحة لها لفض منازعاتها الدولية. و هذا ما اكد عليه الرئيس الراحل هواري بومدين.³

وذهبت الجزائر لرتبيان رفضها الصارخ للتحكيم بمناسبة مؤتمر الدول الأعضاء في منظمة اوبيك المنعقدة في اذار ١٩٧٥ حيث قدّمت شكوى عبّرت فيها عن استيائها ليس من مبدأ التحكيم فقط، و أنّما من عدم تماشيه مع متطلّبات العالم الثالث.

¹ الاحدب عبد الحميد ، التحكيم، ج ١ احكامه و مصادره، ص ٣٤٦.

² /موقف-الدول-النامية-من-التحكيم-التجاري/ <http://www.droitentreprise.com>

³ في خطاب للرئيس الراحل هواري بومدين في ٢٤-٢-١٩٧١، اعترف بالواقع المفروض على الجزائر بقوله: "نحن ملزمون بابرام هذه السنة (سنة ١٩٦٥) بعض الاتفاقيات الطويلة ، مما يجعل الاستقلال المتحصّل عليه بفضل تضحيات الشعب الجزائري استقلالاً شطلياً فقط."

الآ ان الوضع في الجزائر تغيّر بعد ان بدلت الدولة رؤيتها للتحكيم الدولي و فهمت مدى اهميته في جعل الدولة ذات مكانة اقتصادية دولية رفيعة. و اهم مؤشرين يدلان على انفراج ازمة التحكيم هما:

١- صدور المذكرة الوزارية لسنة ١٩٨٢:

ابرمت الجزائر اتفاق تعاون مع فرنسا يشمل قطاعات اقتصادية هامة في الدولة كالسكن و مجال الطاقة النووية غير ان ما يميّز الاتفاق ، انه لم يشر الى وسيلة محددة لفض النزاعات التي تنشأ عنه، ممّا يوحي بالقبول الضمني بالتحكيم التجاري.

و لتدعيم هذه الوجهة، جاء القرار الوزاري رقم ٦٠٣ سنة ١٩٨٢ و أجاز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام اللجوء الى التحكيم الدولي في علاقاتها الاقتصادية الدولية اذ نصّت: "فيما يخص أهلية اللجوء الى التحكيم فان المجلس ما بين الوزارات يقبل بدءا من تاريخ السماح لمؤسساتنا الوطنية او المحلية اللجوء الى التحكيم كما كانت عليه في الماضي لتمييزها عن الأشخاص المعنوية للقانون العام و لتمتعها بالاستقلالية المالية."

لكن هذا القرار الوزاري اخذ عليه تناقضه مع نص المادة ٤٤٢-٣ من قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٦٦ والتي تجسد الموقف المانع و الراض للدولة الجزائرية ممثلة في الأشخاص الاعتبارية اللجوء الى التحكيم الدولي.

٢- الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية ١٩٨٣:

ابرمت هذه الاتفاقية في ٢٧-٣-١٩٨٣ و جاءت لتدعم الاتفاق السالف الذكر و ذلك كخطوة أولى لاعادة العلاقات الاقتصادية بين البلدين. و أكدت هذه الاتفاقية على انفتاح الجزائر و تبنيتها للوسائل البديلة على الصعيد الدولي حيث جاء في المادة ٤٦ منها: "النزاعات التي تنشأ عن العقود المبرمة بين المتعاقدين الفرنسيين و الجزائريين تسوّى ودياً و في حال فشلت التسوية الودية ، تسوّى النزاعات حسب الاجراءات المنصوص عليها في العقود و المتمثلة باللجوء الى التحكيم."

الآ انه لا بد من الإشارة ان هذا الاتفاق تعرّض لعدة انتقادات اهمها انه لا يتمتع بالقوة التنفيذية كونه لم ينشر في الجريدة الرسمية ، و بذلك يفلت من الرقابة الدستورية من جهة^١ و من جهة أخرى فهو يصطدم بالنص ٤٤٢-٣ السابق الذكر.

٣- المراسيم التشريعية رقم ٩٣-٠٩ و ٩٣-١٢:

عدّل المشرّع الجزائري القوانين الوطنية و ذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٩ المعدّل و المتمم لقانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٦٦ ، فادرج في التعديل باباً خاصاً للتحكيم التجاري الدولي و ذلك في الكتاب الثامن منه.

^١كولا محمد ، تطوّر التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، ٢٠٠٨ ، ص ٤٤

فيعد اذا هذا المرسوم نقطة تحوّل جديّة و هامّة في السياسة الجزائرية نحو الإقرار و القبول الرضائي بالتحكيم الدولي. فقد نصّت المادة الاولى منه على أنّه: " تلغى المادة ٤٢٢ من قانون الاجراءات المدنية و تستبدل بالاحكام الآتية :ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ان يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

وبعد هذا المرسوم دَعَمَ المشرّع الجزائري موقفه الجديد من التحكيم من خلال صدور المرسوم التشريعي رقم ١٢-٩٣ الذي تضمّن نص قاطع الشك على اعتماد التحكيم الدولي لحلّ المنازعات ، حيث نصّت المادة ٤١ منه على ان:" يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية اّمّا بفعل المستثمر و اّمّا باجراء اتّخذته الدولة الجزائرية ضدّه على المحاكم المختصة الآ اذا كان هناك اتفاقيات ثنائية او دولية ابرمتها الجزائر تتعلّق بالصلح و التحكيم او اتّفاق خاص ينص على شرط التحكيم او يسمح للأطراف بالاتفاق على اجراء الصلح باللجوء الى تحكيم خاص.

و كانت الجزائر قد أقدمت في نهاية الثمانينات قبل هذا التعديل على الانضمام الى اتفاقيات دولية مثلاً انضمامها بتحفظ لاتفاقية نيويورك و صادقت على الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹ AMGI ، كما ابرمت اتفاقيات ثنائية مع كوريا²، قطر³، الصين⁴...

في الأخير نقول ان التطور الذي شهدته دولة الجزائر بالنسبة للتحكيم الدولي يرتبط بتحوّل التنمية السياسية . و هذا بهدف تحويل النظام الاقتصادي و استقطاب رؤوس الاموال. فقد وجدت الجزائر نفسها مضطرة للدخول الى النظام الاقتصادي العالمي الجديد و مواكبة التطورات الحاصلة جراء العولمة التي ترمي الى تحرير التجارة.

فقرة ثانية: إجراءات التحكيم في العقود الدولية

العقد الإداري الدولي هو عقد تبرمه الدولة بصفقتها سلطة عامّة، او يبرمه شخص معنوي من الدولة مع شخص طبيعي او معنوي من رعايا دولة أخرى ، و قد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية التابعة للدولة .

فالعقد كي يكون دولياً لا بد من معيارين. المعيار الأوّل قانوني ، فحسب هذا المعيار يكون العقد دولياً اذا كانت احدى العناصر التي تؤلّفه اجنبية أي اذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتّصال بأكثر من نظام قانوني. و العناصر القانونية نعني بها جنسية الأطراف،اللغة المستخدمة في العقد، مكان ابرام العقد، العملة المستخدمة للدفع.....

¹بوجب المرسوم الرئاسي رقم ٣٤-٩٥ .

²الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة كوريا دول ترقية و تشجيع الاستثمارات، الموقع في الجزائر في ١٢-١٠-١٩٩٩ و المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم ٢٠٤-٠١ .

³الاتفاق المبرم بين الجزائر و دولة قطر بشأن تشجيع و حماية متبادلين الاستثمارات ، الموقع في مدينة الدوحة بتاريخ ٢٤-١٠-١٩٩٦ و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٢٩٩-٩٧ .

⁴الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة الصين الشعبية حول التشجيع و الحماية المتبادلين للاستثمارات الموقع في بكين في ٢٠-١٠-١٩٩٦ و المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم ٣٩٢-٠٢ .

أما المعيار الثاني فهو معيار اقتصادي . وقد ظهر في أواخر العشرينيات في القرن الماضي في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية. حيث يعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذ كان يتصل بمصالح التجارة الدولية. ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، فقد اتخذ هذا المعيار صوراً متعددة، حيث كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات اقتصادية معينة يشهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيها هذا المعيار، كحاجة تطبيق أو تفادي تطبيق نص قانوني معين. وهكذا فإن المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود، وإن كانت له صورتين : صورة (معيار المد والجزر) التي تتطلب أن يكون الانتقال "متبادلاً"، وصورة (معيار مصالح التجارة الدولية) والتي تكتفي بأن يكون الانتقال في اتجاه واحد .

ولكن بغض النظر عن معيار دولية العقد، ما موقف المعاهدات الدولية من التحكيم (نيزة أولى) وما هي مميزات التحكيم الدولي (نيزة ثانية).

نيزة أولى: موقف المعاهدات الدولية من التحكيم في العقود الدولية

عند تعاقد الدولة مع شخص اجنبي او ارتباطها معه بعقد دولي، فان المنازعات الناشئة عن هذا العقد تتسم بالتعقيد . و هذا التعقيد ناتج اولاً عن كون الدولة طرفاً في العقد ، وثانياً لانه لا وجود لهيئة دولية متخصصة بالنظر في هذه العقود. لذلك ابرمت الدول اتفاقيات او معاهدات دولية ترعى تنظيم التحكيم في العقود الدولية. نتناول في ما يلي ابرزها.

١- اتفاقية NEW YORK لسنة ١٩٥٨:

الخطوة الاولى على صعيد ادخال التحكيم حقل القانون الدولي تعود الى ما قبل اقرار معاهدة نيويورك للتحكيم الدولي. حيث كانت هناك معاهدتان ترعيان التحكيم الدولي تبنتهما عصبة الامم حينها و هما بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ المتعلق بشروط التحكيم الدولي و اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية. الا ان هذه الاتفاقيات لم تتطرق الى مدى إمكانية كون الدولة طرفاً في هذا التحكيم.^١

وفي العام ١٩٥٨ جاءت اتفاقية نيويورك وحملت عنوان "الاعتراف باحكام التحكيم الاجنبية. ونصت المادة الاولى منها على أن: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية." قد اعتبر معظم الفقه ان شمولية المادة وعدم اشتراطها ان يكون موضوع النزاع تجارياً حصراً، وكذلك عدم استثنائها صراحةً لنزاعات العقود الدولية يؤدي للقول بان هذه الاتفاقية تشمل المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها. كما وان الاتفاقية اشارت الى ان "لكل دولة ان تصرّح بانها ستحصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني." بتحليل هذه المادة نرى ان اتفاقية نيويورك تجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وأوقفت ذلك على إرادة الدولة.

وما يساعد على تأكيد هذه الوجهة هو ان الاتفاقية لم تعتبر ان الدولة ليس عندها الاهلية اللازمة التي تمكّنها

^١ الاحدب عبد الحميد ، التحكيم، الجزء الثالث "الدولي"، مؤسسة نوفل، ص ٣٧.

من اللجوء الى التحكيم الدولي . فقد جاء في الفقرة الاولى من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية انه : "اذا اقام المنفذ عليه الدليل على ان اطراف العقد التحكيمي كانوا، طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم ، في احدى صور عدم الاهلية..." مما يفيد ان الاهلية اللجوء الى التحكيم يحكمها القانون الذي يطبق على الأطراف و بالتالي امكانية التحكيم في عقود الدولة نسبة لاتفاقية نيويورك يحكمها القانون المطبق على التحكيم و تحكمها إرادة الدولة الموقعة على الاتفاقية كما راينا.

٢-اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١:

ان الهدف الأساسي من اتفاقية جنيف كان تطوير النمو الاقتصادي عبر تسهيل التجارة بين البلدان ذات الاقتصاد "الحر" و بلدان الاقتصاد "الاشتراكي" . وقد شكّلت لجنة للعمل على الاتفاقية عام ١٩٥٥ و قد اعتمدت اللجنة على اتفاقية نيويورك و عملت على تطويرها.¹

ألا ان احكام هذه الاتفاقية جاءت معمقة اكثر لناحية إمكانية التحكيم في العقود الدولية .فقد خصصت الاتفاقية قسم جاء تحت عنوان " أهلية الأشخاص المعنويين في القانون العام في الخضوع للتحكيم" . وقد نصّت المادة الثانية منه على مبدا غفلت اتفاقية نيويورك عن ذكره صراحةً : " ان الأشخاص المعنويين الموصوفين في القانون الذي يطبق عليهم بالأشخاص المعنويين في القانون العام لهم الاهلية لعقد اتفاقات التحكيم بصورة اصلية." كما جاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها على انه : "يمكن لكل دولة عند توقيعها هذه الاتفاقية او عند ابرامها او الانضمام اليها ، ان تصرّح عن تحديدها لهذه الاهلية ضمن الشروط التي يحددها تصريحها."²

٣-اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥:

انشأت هذه الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول والمستثمرين الأجانب ICSID.و يقوم نظام المركز على تسوية الخلافات بين الدول ومصالحها الحكومية من جهة و مواطني دولة أخرى.

فامام هذا الواقع، من المنطقي القول ان الدول المنضمة الى هذه الاتفاقية تكون قد كرسّت في نظامها القانوني ذاته قاعدة أهلية الدولة ومصالحها الحكومية للاحتكام. وطبقاً لنص المادة 25 من هذه الاتفاقية فإنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب، متى كان هناك رضا كتابي من الطرفين وكانت المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار، ومن ثم فلو انضمت الدولة لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار وارتضت كتابة الخضوع للتحكيم وفقاً لأحكام المركز فإنها تخضع للتحكيم حتى ولو كان قانونها الوطني يمنعها من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.³

كما انه بموجب هذه الاتفاقية يجب ان يكون التحكيم مختلطاً أي قائماً ما بين شخص تابع للقانون العام وشخص تابع للقانون الخاص .و لعلّ هذه تعتبر نقطة الضعف في هذه الاتفاقية. فهذا المعيار المختلط يعني ان أي عملية تحكيم بين شخصين تابعين للقانون العام ، او شخصين تابعين للقانون الخاص لا يمكن ان يكون مقبولاً . ومن الجدير بالذكر ان المستثمرين عديمي الجنسية وكذلك الحاملين لجنسيتين احدها هي جنسية الدولة المضيفة

¹ الاحدب عبدالحميد ، التحكيم، الجزء الثالث "الدولي"، مؤسسة نوفل، ص ٤٣ .

² الاحدب عبدالحميد ، التحكيم، الجزء الثالث "الدولي"، مؤسسة نوفل، ص ٤٦ .

³

لايجوز لهم الاشتراك في إجراءات التحكيم امام هذا المركز.¹

وإذا كانت الاتفاقية تسمح صراحة للدولة باللجوء الى التحكيم الدولي، فالامر ليس بهذه السهولة بالنسبة للهيئات العامة²، فالدولة المتعاقدة هي التي تحدد لائحة بالهيئات العامة التي تنتمي اليها، و التي يمكنها اللجوء الى تحكيم ال ICSID . ومن الضروري ان توافق تلك الدول على لجوء هؤلاء الأشخاص الى التحكيم في كل قضية على حدة، الا في حال كانت الدولة قد قامت بتبليغ المركز انه لا حاجة لمثل هذا الاجراء. فمثلا دولة الامارات مع انها لا تملك قانون خاص يرفعى الاستثمارات ، ففي كل مرة تيرم فيها اتفاقية تنص و تؤكد على حق الأطراف باللجوء الى المركز و هذا ما حددته في المادة ٩ من اتفاقية الاستثمار التي ابرمتها مع الأردن في ال٢٠٠٩ .

ونشير الى ان لبنان هو من الدول المنضمة الى هذه الاتفاقية و قد مثلت الدولة اللبنانية امام ال CIRDI او ICSID في منازعتين فقط. فقد قدمت الشركة الايطالية TOTO COSTRUZIONI شكوى ضد الدولة اللبنانية امام المركز . و في الواقع ان الشركة الايطالية ابرمت عقد عام ١٩٩٧ مع الدولة اللبنانية و ذلك بهدف بناء جسر "صوفر- المديرج" ، و نشأ نزاع بين الأطراف بسبب تغيير بند العقد بإرادة الدولة اللبنانية منفردة. و من المهم ان نشير الى ان المستثمر الايطالي تمكّن من اللجوء الى المركز استناداً الى ، أولاً العقد الذي يربط الطرفين، و ثانياً استناداً الى اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تجمع الدولة اللبنانية و الدولة الايطالية و التي تسمح للمستثمر الايطالي الذي يستثمر أمواله في لبنان من اللجوء الى المركز.

و المرة الثانية كانت بعد تقديم شركة IMPERIAL JET التي تعمل في مجال الطائرات شكوى ضد الدولة لانها لم تحترم موجباتها العقدية وذلك عام ٢٠١٥ . و قد تمكن المستثمر الذي يحمل الجنسية الألمانية من اللجوء الى المركز مستنداً على اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تجمع لبنان و المانيا و يعود تاريخها الى ١٩٩٧. والقضية ما زالت عالقة امام المركز.³

نبذة ثانية: مميزات التحكيم في المنازعات الدولية:

للتحكيم في العقود الدولية مميزات كثيرة منها الشروط الشكلية و الموضوعية التي تلتقي مع احكام التحكيم الداخلي و منها ما تُصبغ عليه الصفة الدولية بعض الاختلافات كالقانون الواجب التطبيق و الطعن بالحكم التحكيمي.

١-الشروط الشكلية والموضوعية:

ليرتب اتفاق التحكيم في العقود الإدارية آثاره باعتباره عقداً، يجب توافر جملة من الشروط الشكلية

¹ كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية و الإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية ص ١١٩١ [http://slconf.uaeu.ac.ae/images/part%203/\(24\)%20Kamran.pdf](http://slconf.uaeu.ac.ae/images/part%203/(24)%20Kamran.pdf) مؤتمر 20%20%2019%الاستثمار

² المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار، وبين دولة متعاقدة (أو أي تقسيم أو وكالة المكونة للدولة المتعاقدة المعينة للمركز من قبل تلك الدولة) ورعايا دولة أخرى متعاقدة

³ <http://www.4-traders.com/news/ICSID-Centre-for-Settlement-of-Inv-Abed-El-Jaouni-and-Imperial-Holding-SAL-v-Lebanese-Republic-I--20821426/>

والموضوعية، وتتمثل الشروط الموضوعية في الكتابة ، واستند البعض لتبرير فكرة كتابة اتفاق التحكيم للحاجة الملحة لوجود إثبات يجسد وجود إرادة كلا الطرفين في التحكيم إلى جانب هذا الشرط توجد جملة أخرى من الشروط متعلقة بكل من الرضا والمحل والأهلية، فاتفاق التحكيم يلزمه كباقي العقود وجود بعض الشروط الموضوعية.

أ-الشروط الشكلية:

تتمثل الشروط الشكلية بالكتابة . وقد اخذ هذا الشرط حيّزاً كبيراً على الصعيد التشريعي و على صعيد الاتفاقيات. فعادة ما تكون الكتابة شرطاً لاثبات العقد الآ اذا قرّرها المشرع لصحة العقد.

ففي فرنسا مثلاً نص المشرع في نص المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 1980 على وجوبية كتابة شرط التحكيم في العقد أو في السند الذي يحيل إليه وإلا كان التحكيم باطلاً، أما في ما يتعلق بالتحكيم الدولي فهذا الشرط ليس ضرورياً. لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد. فمن ناحية ،فقد جاء في نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لاتفاق التحكيم مما يعني ان عدم وجود اتفاق تحكيم مكتوب سيثير استحالة في الحصول على الصيغة التنفيذية و بالتالي لا يكون للتحكيم الحاصل أي قيمة. ومن ناحية أخرى ان فرنسا انضمت لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تنص على شرط الكتابة ومن ثم فاتفاق التحكيم يجب ان يكون مكتوباً.¹

وفي الجزائر نجد بأن المشرع الجزائري نص صراحة على إلزامية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً في المواد رقم ١٠٠٨، ١٠١٢ و ١٠٤٠ من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية.²

أما في لبنان فقد اعتبرت المادة ٧٦٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية انه لا يصح البند التحكيمي الآ اذا كان مكتوباً في العقد الأساسي او في وثيقة يحيل إليها هذا العقد.

وكذلك احتلت الكتابة حيّزاً مهمّاً في الاتفاقات الدولية فانفاقية نيويورك لسنة 1958 أوردت في مادتها الثانية أن: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم...الخ"، وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصود باتفاق التحكيم بقولها: "يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات."

أما اتفاقية جنيف، فقت نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على أن: "اتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس، وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية تحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين. ومن خلال نص المادة نستنتج أن الاتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، غير أنها لم تستلزم أن يأخذ اتفاق التحكيم شكلاً معيناً، غير أنها وضعت استثناء متعلقاً بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي، وهنا اعتبرت الاتفاقية أن اتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال

¹عباسي منير، مرجع سابق، ص ٥١ و ما يليها.

²عباسي منير، مرجع سابق، ص ٥١ و ما يليها.

المفروضة بموجب تلك القوانين.

أما بالنسبة لاتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد."¹

ب-الشروط الموضوعية

إضافة الى الشروط الشكلية هناك شروط موضوعية تتمحور حول الرضى (أ) و الاهلية (ب)

أ-الرضى

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضى الطرفين، فاتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب أن لا يشوب إرادة الطرفين عيوب الرضا ويستلزم الرضا في التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية، لكونه استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلاً لتسوية كافة المنازعات.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن نشأة التحكيم يمكن أن لا تستند إلى عقد خاص بين الطرفين أي ممكن ان لا تكون ناشئة عن إرادة الأطراف ، وإنما يمكن أن تستند لاتفاقية دولية ترعى العقد المبرم بين الطرفين وتتعلق بحماية الاستثمار وفيها بند ينص على إحالة خلافات الاستثمار إلى التحكيم. واستند هذا الاتجاه لتأييد قضاء التحكيم له في عدة قضايا.²

وفي هذا السياق جاء الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1999/6/1 وتفصيل الخلاف أن الشركة اللبنانية "شركة خياط" أبرمت سنة 1985 عقداً للتمثيل التجاري الحصري مع شركة طيران دولة رومانيا: "Tarom" ووفقاً للعقد فإن الخلافات تحال إلى تحكيم غرفة تجارة وصناعة بوخاريسست. وبنتيجة فسخ العقد من قبل شركة "Tarom" سنة 1995، تقدمت شركة "خياط" بدعوى تحكيمية، ولكنها اعتبرت انه لم يعد

¹الإحديب عبد الحميد ، مرجع سابق، ص ١٥٤

²وكمثال على ذلك نورد قضية شركة AAPL ضد حكومة سريلانكا، وتتلخص وقائع القضية في اتفاق الشركة السالفة الذكر وهي من هونج كونج مع سريلانكا بمقتضاه تقوم هذه الشركة بتطوير وسائل حفظ المأكولات البحرية، ولم يتضمن هذا العقد شرطا يعرض النزاع على التحكيم، إلا أن القوات المسلحة السريلانكية هدمت الشركة، مع العلم أن كل من هونج كونج وسريلانكا قد انضمتا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID ، وهنا قامت شركة AAPL برفع دعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهنا دفعت حكومة سريلانكا بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع استنادا لعدم وجود اتفاق تحكيم، غير أن محكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع استنادا لاتفاقية الاستثمار، وقد أوضح مركز ICSID أن اختصاص المركز يصبح أليا دون حاجة لعقد تحكيمي لأنه يبني اختصاصه على اتفاقية حماية الاستثمار والتي تحيل إلى حل المنازعة بواسطة التحكيم لدى مركز ICSID. غير أنه وكما سبق القول فإن الاتفاقية نصت على وجوب أن يكون هناك اتفاق تحكيم مكتوب،

ممكناً مراجعة مؤسسة التحكيم المنصوص عنها في العقد بالنظر للتغييرات السياسية والاقتصادية التي طرأت على الدولة الرومانية منذ ابرام العقد. واعتبرت أن المؤسسة البديلة عن تلك هي محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية سنداً للمادة العاشرة من الاتفاقية الدولية العائدة للتجارة والمدفوعات والمبرمة في 1980/12/6 بين حكومة الدولة اللبنانية وحكومة الدولة الرومانية الاشتراكية، والتي تشير في هذه المادة العاشرة إلى أن الخلافات التي يمكن أن تطرأ والناجمة عن تفسير أو تنفيذ العقود التي تبرم والمبنية على هذه الاتفاقية... فإنها تحسم نهائياً عن طريق تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس وفقاً للقانون الفرنسي.

وأثارت شركة "Tarom" البند التحكيمي الوارد في العقد مدلية بعدم صلاحية محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس. ومع ذلك فإن المحكم المعين من محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس اعتبر نفسه مختصاً وأصدر حكماً في 1997/5/29 مبني على الأسس الآتية:

(1) إن البند التحكيمي الوارد في العقد أصبح كأنه لم يكن، من جراء التعديلات الجوهرية الطارئة عليه وعلى المؤسسة التحكيمية الرومانية المذكورة فيه.

(2) يجب استبداله بالقانون العام في العلاقات القانونية القضائية في المواد التجارية بين رومانيا ولبنان. كما حدّدتا اتفاقية التجارة والمدفوعات المبرمة بين البلدين في 1980/12/6.

(3) يجب اعتبار العقد المبرم بين الطرفين مبرماً على أساس هذه الاتفاقية (الرومانية اللبنانية) حتى ولو لم يشير في مضمونه إلى هذه الاتفاقية.¹

لكننا نرى ان رضى الأطراف و ارادتها ما عدا التحكيم الالزامي- هو امر واجب و لا يغني عنها قبول الدولة اتفاقية حماية الاستثمار عن طريق فض المنازعات الناشئة عنه بواسطة التحكيم،اذ ان هذه الاتفاقية لا توضع موضع التنفيذ إلا باتفاق الأطراف على اللجوء إليها في العقد التحكيمي .

ب-الاهلية

لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه، فإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم . وكنا قد فصلنا هذه النقطة سابقاً (العودة الى المبادئ العامة المانعة للتحكيم).

٢-القانون الواجب التطبيق:

سبق و اوضحنا ان من اهم الأسباب التي تمنع الدولة من اللجوء الى التحكيم لحل نزاعاتها هي الخوف على السيادة الوطنية. و هذا الخوف انتج عن ان الدولة في التحكيم لن تمثل امام محاكمها و الأهم انها لن تطبق احكام قانونها الوطني على اجراءاته. فأحد أهم المسائل التي تثيرها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هي تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، لما لهذا الامر من نتائج بالغة الأهمية تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على العقد من تنفيذ هذا الأخير من عدم تنفيذه، وأيضاً فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر في فسخ العقد، وكذلك في مدى إمكانية تعديل العقد بالإرادة المنفردة من عدمه

و هذا الموضوع تحدده عادة إرادة الأطراف (أ) إلا اذا سهوا عن ذلك (ب).

¹ ذكره القاضي روكز، بحث بعنوان بدائل الدعوى، ص ٨.

أ- تحديد أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق:

بالرجوع للقوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم نجد بأنها تقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، استناداً لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف رواجاً كبيراً في القران التاسع عشر، والذي بموجبه إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، وإن شاءت أخضعت لقانون تختاره، وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر التقاء الإرادات المتعاقدة كافياً بحد ذاته ليكون مصدراً للالتزام.

فقانون أ.م.م اللبناني اعتبر في المادة ٧٦٧ منه أنه: "يجوز للخصوم الاتفاق على ان يكون حلّ النزاع ييطريق التحكيم و يمكن للافرقاء الاتفاق على ان يكون الحلّ وفق احكام قانون اجنبي او عرف اجنبي." ونص القانون الجزائري على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 39/1 وقد أضاف المشرع في نص هذه المادة أنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 496 من قانون التحكيم الفرنسي.

وكذلك فقد اقرت الاتفاقيات الدولية بقديسية هذا الحق المعطى للأطراف. بالرجوع إلى أحكام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة بجنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 نجد بأنها أقرت مبدأ استقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصها: "إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع... الخ".

كما أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى قد كرس ذلك مبدأ استقلالية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما يمكننا استنتاجه من خلال أحكام المادة 42 منها حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي: "تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان... الخ".

وكذلك بالنسبة للقانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ نص على أن: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك."

فالالاتفاقيات كما القوانين احترمت حق الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق . ألا ان الامر لم يكن كذلك بالنسبة للمحكّمين الذين ارتقوا في عدّة قضايا تطبيق قانون غير الذي اختير من الأطراف معتبرين ان لو كان خيار الافرقاء واضحاً لا لبس فيه لكانوا طبقوه الا ان خيارات الافرقاء تاتي غامضة احياناً و تثير الشكوك لذلك يعمد المحكّم الى إعادة تفسير إرادة الأطراف بما يتماشى مع القضية المطروحة.

و من اهم القضايا قضية شيخ أبو ظبي و شركة P.D.F تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شيخ أبو ظبي والشركة P.D.F اتفقا فيه على تطبيق القانون السائد في أبو ظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية، وعندما ثار خلاف بين الطرفين المتعاقدين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم قرر المحكم الإنجليزي Lord Aquith عدم تطبيق القانون السائد في أبو ظبي استنادا إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبو ظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول أنه في مثال هذا المكان القبلي أن توجد مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتعدية والتي يمثلها من وجهة نظر المحكم القانون الإنجليزي ولذلك قام بتطبيق هذا الأخير على النزاع¹

وكذلك في قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields ، تتلخص وقائع القضية في أن العقد المبرم بين الطرفين نص في المادة 75 منه على إخضاع أي نزاع يثور بينهما إلى القانون الروسي، وبالرغم من تحديد الطرفين القانون الواجب التطبيق غير أن محكمة التحكيم لم تطبق القانون الروسي فقد كان لها رأي آخر، وهو ما يتجلى من خلال استبعاد هذه الأخيرة تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد وأرجعت ذلك لكون القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.

فهذه اذا مشكلة مهمة تعترض إمكانية الافرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق لان عادة ما يقوم المحكم بتفسير خيارهم بالطريقة التي يراها مناسبة لحل النزاع. و لابد للافرقاء ، لتلافي هذه المشكلة، ان يحدّدوا في العقد بوضوح القانون الواجب تطبيقه و أنّه في حال أي التباس لدى المحكمّ عليه العودة الى الافرقاء نفسهم لتقرير القانون الواجب التطبيق، و يكون للمحكمّ عرض وجهة نظره على الافرقاء فيما يراه مناسباً لناحية القواعد التي يفضل تطبيقها على إجراءات التحكيم، دون ان يكون قراره ذا ملزم لأطراف النزاع .

ولعلّ الصوبة تثار فعلاً اذا مكا غفل الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة ما المعايير التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على النزاع المثار؟

ب-عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق:

يغفل في بعض الأحيان الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، او يتعمّدوا عدم التطرّق الى هذه المسألة خوفاً من أي صعوبات تؤدي الى الغاء الاتفاق التحكيمي. و قد اعتمدت عدّة نظريات لتحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ BUNNI Nael, The fidic forms of contract ,Blackwell publishing Ltd,Oxford, Third Edition,2005, p41,42.

1. تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة:

اعتبار أصحاب هذه النظرية ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي للدولة المتعاقدة ، مبررين ذلك بان للدولة

A-قرينة مفترضة تصب في صالحها:

نظرا لذاتية هذه العقود ،تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة . و ذلك استنادا لوجود قرينة متمثلة في وجود الدولة كطرف في العقد، و قد وضعت المحكمة الدائمة للعدل الدولي معيارا من أجل إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة متمثل في الصفة التي تعاملت بها الدولة .فإذا تعاقدت مع الطرف الاجنبي على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام ،تخضع لأحكام هذا القانون، في حين لو تعاملت على أساس أنها شخص من أشخاص القانون الداخلي فإنها ستخضع لقانونها الداخلي، وقد أخذت محكمة استئناف باريس في حكم لها بذلك، حيث قضت بأن: " كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة"¹

وقد ذهبت محكمة التحكيم في قضية Aramco إلى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي، إذ أنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها الوطني حتى يتم إثبات العكس

وأخذت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بهذا الاتجاه من خلال أحكام المادة 42 منه، في حين أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 ،اكتفت بالنص بأنه في حالة لإغفال الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، مما قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة لأن للمحكم سلطة اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها مناسبة² .

الا ان هذه النظرية واجهت انتقادات كثيرة أهمها ان تطبيقها يقتضي الفصل في مسألة أولية وهي متى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الدولي، ومتى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الداخلي، وهو ما يستلزم إيجاد معيار آخر جديد يسمح بالتمييز بين حالتها.

B-خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة استنادا لتكييفها كعقود إدارية

تقوم هذه الرؤية على أعمال نظرية العقد الإداري على هذه العقود، مما يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، ومن أبرز أحكام التحكيم التي تناولت هذه الفكرة هي قضية Aramco وتتلخص وقائع هذه القضية في إبرام المملكة العربية السعودية بتاريخ ٢٩-٣-١٩٣٣ مع شركة Standard Oil Of California اتفاقا باستغلال البترول يخولها امتياز مدته ٦٠ سنة في المنطقة الشرقية من المملكة، وتم إنشاء California Arabian Oil Company بموجب المادة ٣٢ من العقد، والتي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الامتياز، وقد غيرت هذه الشركة تسميتها إل Aramco

¹الحداد حفيظة السيد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية واثره على القانون الواجب التطبيق، ص ٤٨ و ما يلي.

²الحداد حفيظة السيد ، مرجع سابق ، ص٦٧ .

بتاريخ ٣١-١-١٩٤٤، وتجد الإشارة إلى أن هذا العقد تم تعديله أكثر من مرة باتفاق الطرفين. وبتاريخ ٢٠-١-١٩٥٤ قامت الحكومة السعودية بإبرام عقد مع المليونير أوناسيس لمنحه حق تأسيس شركة خاصة Saudi Arabian Maritime Tankers Company (Satco) تقوم بنقل بترول المملكة ومنتجاته من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانئها على البحر الأحمر، وتضمن العقد المبرم نصا يقضي بحق أفضلية هذه الأخيرة في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية، وهنا طالبت شركة Aramco الحكومة السعودية باحترام التزاماته لأن ما قامت به يتعارض مع ما جاء في عقد الامتياز والذي يخول لها الحق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية، ولحل هذا الخلاف تم عرض النزاع على التحكيم باقتراح من الحكومة السعودية، وقد تم إبرام اتفاق التحكيم في ٢٣-٢-١٩٥٥ والذي نصت المادة الرابعة منه على تولي محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقا للقانون الساري في المملكة العربية السعودية، فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، وطبقا للقانون الذي ترى محكمة التحكيم تطبيقه بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في إطار اختصاص المملكة العربية السعودية¹.

ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية محل المنازعة، وهنا لجأت محكمة التحكيم للقانون السعودي من أجل تحديد الطبيعة القانونية لامتنياز البترول الممنوح من الحكومة السعودية، وإعمال هذا الأخير وفقا لأحكام المادة الرابعة من اتفاق التحكيم تطبيق أحكام القانون الإسلامي وفقا لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل، وانتهت محكمة التحكيم بعد نظر النزاع إلى أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري كما هو سائد في القانون الفرنسي، وأن فقه الإمام بن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، كما استخلصت المحكمة أن امتياز Aramco يعد عقدا غير مسمى، على أساس أن القانون السعودي الواجب التطبيق على عملية التكيف والواجب التطبيق على العقد لا يعرف ما يسمى بالعقود الإدارية، ومن ثم رفضت ما ذهبت إليه الحكومة السعودية على أساس أن الفقيه بن تيمية لا يفرق بين المعاهدات المبرمة بين الدول، وعقود القانون العام، والعقود المدنية والتجارية، وكلها تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

إلا أن هذا الاتجاه أيضا تعرّض للانتقاد باعتبار أن تكييف العقد على أنه عقد إداري لا يمكن إعماله على الواقعة محل النزاع لكون نظرية العقد الإداري نظرية فرنسية المنشأ كرسها القانون الفرنسي، لكنها غير معروفة في العديد من الأنظمة القانونية. وبالتالي لا يمكن اعتبارها مبدءا من مبادئ القانون العام و تقرير القانون الواجب التطبيق على أساسها.

2. تطبيق المبادئ العامة للقانون:

عرفها الأستاذ Delaubadère المبادئ العامة للقانون في مؤلفه عن القانون الإداري بقوله: "أن اصطلاح المبادئ العامة يطلق على عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من الإدارة وأن مخالفتها تمثل انتهاكا للمشروعية". فهو يعتبرها المصدر غير المكتوب الأكثر أهمية لقواعد المشروعية، ومن كل تلك التعريفات السابقة يمكننا استخلاص أن هذه المبادئ أنشأها القضاء، ورغم ذلك تعتبر قواعد قانونية ملزمة.

¹ BUNNI Nael ,OP, Cit ,p22.

في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وعدم التعسف، وبعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية.¹ ويرى الفقيه Mc Nair أن المحكمين الدوليين أخذوا بهذه المبادئ في الكثير من المنازعات المتعلقة بعقود الدولة مثل قضية Gold Fields ، كما أوضح أنه عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الشخص الخاص المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يؤهلها لأن تحكم هذا النوع من العقود، فإن المحكم عليه أن يختار بينهما أو يجمع بينهما عند الفصل في النزاع، أما إذا كان القانون الوطني لكل من الطرفين غير متطور بالقدر الكافي فإن النظام القانوني الأنسب لتطبيقه على العقد التحكيمي يمون المبادئ العامة.²

وأيد قضاء التحكيم إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمبادئ العامة للقانون في عدد من القضايا منها قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Petroleum development company والتي انتهت فيها المحكم بتطبيق المبادئ العامة ، وكذلك قضية حكومة قطر ضد شركة International Marine Oil Company والتي انتهت فيها المحكم لتطبيق ما أسماه بمبادئ العدالة والإنصاف.³

لكن هذه الاتجاه أيضا تعرّض لانتقادات عديدة. فالمبادئ العامة كما سبق و ذكرنا هي قواعد غير مقننة عادةً وبالتالي القول بإخضاع العقد التحكيمي للمبادئ العامة يؤدي فعلياً لعدم إخضاعه لاي قانون ، و يترك للمحكمين سلطة تقديرية واسعة في حقل المبادئ العامة ، و هذا الوضع ممكن ان يؤدي الى تعسف من قبل المحكمين.

3. تطبيق القانون الدولي العام:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القانون الدولي العام لديه ما يكفي من القاعد للتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فلا داعي ان يبحث المحكم عن حلول للمنازعات الناشئة ، فالقانون الدولي العام كفيلا بحل النزاع .

واختلف أنصار هذا الاتجاه في الأسانيد التي استندوا لها، فهناك من استند للمسؤولية الدولية للدولة عند إخلالها بالالتزامات العقدية، في حين استند البعض للإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف بإخضاعها لأحكام هذا القانون، في حين استند البعض الآخر لمسألة تمركزها في النظام الدولي، وهناك من استند للمعاهدات الدولية . الا اننا لن نفصل هذه الاسانيد فهي تخرج عن اطار دراستنا.

وبعد عرضنا لمفهوم التحكيم و مدى إمكانية اللجوء اليه في المواد الإدارية ، نرى ان المنع المطلق الذي كان مفروضاً على الدولة تلاشى شيئاً فشيئاً حتى أصبحت معظم الدول تقرّ بإمكانية التحكيم في المنازعات الإدارية. و اذا كان هذا المنع وجد ما يبرره في البداية على الصعيد الداخلي، فانه يبقى على الصعيد الدولي غير مبرّر، لذلك راينا شبه اتفاق عالمي على إمكانية اللجوء الى التحكيم الدولي. لكن هذا الأخير يطرح عدة إشكاليات لناحية الشروط الشكلية و الموضوعية و القانون الواجب التطبيق حيث تبقى الآراء في إشكالية القانون الواجب التطبيق متضاربة و يبقى الفقه مشتتاً غير راسٍ على برّ.

¹<https://sites.google.com/site/bouseidafaissal/archives/2013/mhadratalmnhjytealqanwnynte/maba-di-1>

²أبو احمد علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، ٢٠٠٨، ص ٣٧٢
³الحداد حفيظة السيد ، مرجع سابق، ص ٧٧٤-٧٧٥.

وننتقل الان لدراسة مدى إمكانية اللجوء للصلح و الوساطة في المنازعات الإدارية الداخلية، اذ ان المسألة لا تطرح أي مشكلة على الصعيد الدولي لناحية الامكانية، الا اننا سنبحث في الاجراءات المعتمدة في بعض المراكز الدولية بغية إتمام عملية الوساطة في العقود الدولية.

الفصل الثاني: الصلح و الوساطة في المنازعات الادارية:

مبحث أول: الصلح كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية.

الإصلاح بين الناس مستحب، بل هو من اعظم القربات لما فيه من المحافظة على المودة وانهاء النزاع . فمن منطلق أهمية الصلح كوسيلة بديلة لحل النزاعات الإدارية كان لزاماً علينا تناول هذا الموضوع رغم ندرة المراجع والأبحاث المتخصصة في مجال الصلح في المنازعات الإدارية .

مطلب اول: ماهية الصلح في النزاع الإداري

فقرة أولى: مفهوم الصلح

سنتناول في هذا المطلب تعريف الصلح لغةً واصطلاحاً (١) لنتنقل بعدها لعرض شروط الصلح(٢).

نبذة أولى: تعريف الصلح

١-تعريف الصلح باللغة:

في معجم المصباح صلح الشيء صلوحاً و صلاحاً و صلح بالضم هو خلاف ما فسد ، و اصلح اتى بالإصلاح و هو الخير و الصواب. وهو صالح للولاية أي له أهلية القيام بها.¹ والصلح في اللغة هو انتهاء المنازعة وقطعها، وفي كلام العرب ايضاً بمعنى السلم بكسر السين، وذلك مصداقاً لقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ ۚ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ"² فالعصر الإسلامي اعتبر ان الصلح منهج حث عليه الإسلام ودعا اليه كوسيلة مثلى لفض المنازعات تجنباً للخصومة والشقاء فلذلك حث الإسلام على الصلح ورضي فيه مادام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وجعل المصلح حاكماً نافذاً حكمه لانه يقضي على المنازعات التي من شأنها ان تشيخ الحقد و الكراهية في قلوب الناس وتفسد ذات البين.³

وقد عرف الفقه الإسلامي الصلح، فاعتبره المذهب المالكي بانه انتقال عن حق او دعوى لرفع نزاع او خوف وقوع . وهذا التعريف جامع لانواع الصلح من انكار او إقرار او سكوت كما انه لا يكون الا بعد نزاع واقع او محتمل الوقوع.⁴ وقد اعتبره المذهب الشافعي سيد الاحكام لانه يجري في سائر العقود حيث يكون بيعاً واجارة واقراضاً وهبة وبراء.⁵ اما المذهب الحنبلي اعتبر الصلح معاقدة بتوصل بها الى المصالحة بين المتخاصمين.

¹ المقرئ احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير، مكتبة لبنان،ص ١٣٢ .

² سورة البقرة، الآية ٢٠٨ .

³ والدليل على أهمية الصلح في الشريعة الإسلامية ورود صيغة الصلح و مشتقاتها ١٦٩ مرة في القرآن الكريم

محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٩٥، ص ٢٦٤.

⁴ البهوتي كشف ، كشف القناع على متن الاقناع، ج٣، مكتبة النصر الحديثة بالرياض، ص ٣٩٠.

⁵ انظر مواهب الجليل للحطاب ٧٩-٥، اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ٥٣٠-٤.

٢-تعريف الصلح في القانون الوضعي:

عرف قانون الموجبات و العقود اللبناني الصلح في المادة ١٠٣٥ بأنه عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما او يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل. وكذلك جاء في المادة ٢٠٤٤ من القانون المدني الفرنسي ان الصلح هو عقد مكتوب يسمح بانتهاء خلاف قائم او يمنع نشوء خلاف. وعرفه المشرع الجزائري في المادة 459 من القانون المدني بأنه: " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه ". كما اعتبر المشرع المصري في المادة 549 من القانون المدني ان الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه. وعرفته المادة ٦٤٧ من القانون المدني الأردني انه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي.

نرى اذا تقارب بين مختلف التعريفات فكلها اعتبرت ان الصلح عقد يقوم على تنازلات متبادلة بغية انتهاء نزاع قائم او محتمل.

نبذة ثانية:شروط الصلح الخاصة

كاي عقد لابد لصحته من توفر شروط عامة و هي الرضى ،الاهلية، السبب و الموضوع. إضافة الى هذه الشروط لابد من شروط خاصة تعتبر بمثابة مقومات لهذا العقد. وقد اوجبت المادة ١٠٣٥ موجبات و عقود لبناني توافر ثلاثة عناصر أساسية لتكوين عقد الصلح تتمثل بتوافر الوضع النزاعي (أ)، نية وضع حد للنزاع (ب) و تنازل متبادل (ج). وكذلك نصت المادة ٢٠٤٤ من القانون المدني الفرنسي على ضرورة توافر عنصرين لا غنى عنهما وهما حالة نزاعية نشأت او ستنشأ و نية انتهاء النزاع . الا ان الاجتهاد الفرنسي استخرج من روح العقد شرط ثالث و هو التنازل المتبادل.¹

١-توافر الوضع النزاعي:

إذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام القضاء وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائيا (JUDICIAIRE) وإذا كان النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة صلحا غير قضائيا (EXTRA JUDICIAIRE)² المهم ان يكون هناك نزاع قائم او محتمل و الا اصبح الصلح دون موضوع او سبب. فالقانون الفرنسي اعتبر ان وجود نزاع هو ضرورة لقيام الصلح ،فيغياب الصلح لا نكون امام مصالحة.

« une convention en dehors d'un litige n'est pas une transaction. Elle n'en est pas moins valide , d'ailleurs, sauf si elle répond à un litige imaginaire . Si ce litige a déjà donné lieu à une instance, la transaction est dite judiciaire et met fin au procès. Mais il est nullement nécessaire que le différend se soit déjà

¹ CASS .Soc. 19 fév 1997,n°95-41 .207

² <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t937-topic>

traduit par un procès. Le but de la transaction peut être de l'éviter. Elle est dite alors extrajudiciaire »¹

وهذا النزاع سواء كان قائماً او محتملاً فقد يكون نزاعاً في القانون او في الواقع.²

أما في الشريعة الإسلامية فقد اعتبر البعض انه يصح الصلح في موارد النزاع و الخلاف ،سواء كان هناك إقرار او انكار حتى مع الجهل التام بحقيقة الامر، كما يصح الصلح من دون وجود نزاع او احتمال³. فالصلح هو التراضي والتسامح على امر من تمليك عين او منفعة او اسقاط دين او حق غير ذلك،ولا يشترط بكونه مسبقاً بالنزاع، اذ يصح مع النزاع او بدونه.

٢- نية وضع حد للنزاع:

أي أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما , إما بإنهائه إذا كان قائماً أو بتوقيه إذا كان محتملاً , وليس من الضروري أن ينهي الصلح جميع المسائل المتنازع فيها فقد ينهي بعضها لتبنت المحكمة في الباقي.⁴ أي لا بد من ان تتجه النية الى وضع حد للنزاع على ان تكون النية سليمة و صحيحة أي غير معيوبية. وكاننا نقول ان سبب العقد هنا هو اتجاه إرادة الافرقاء الى انهاء النزاع القائم بكل نقاطه او بعضها و تترك النقاط الأخرى لتحل امام القضاء.

٣- تنازل متبادل:

يجب أن يكون التنازل على وجه التقابل وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة . وهذا التنازل ممكن ان يكون تنازل عن المحاكمة ان عن الحق و كذلك تنازل عن الحكم.

بعد هذا التعريف المسهب للصلح لا بد من معالجة مدى إمكانية تطبيقه في المنازعات الإدارية لذلك سنميز الصلح عن الاعمال القانونية المشابهة له.

¹ PLANIOL M et RIPERT G, Traité pratique du droit civil français, 2^{ème} édition, tome 6, contrats civils, 2^{ème} partie, Paris, 1954, p 1013, 1014.

² دروبي علي محمد علي، الصلح القضائي، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠١٥، ص ٥٦-٥٧ .

³ سماحة آية الله العظمى السيد محمد تقي الحسيني المدرسي، الفقه الإسلامي، احكام المعاملات، الجزء الثاني، دار كميل، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٤٤.

⁴ <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t937-topic>

فقرة ثانية: تمييز الصلح عن الاعمال القانونية المشابهة له

نبذة أولى: التظلم الإداري

من المنطقي القول ان التظلم الإداري بحد ذاته وسيلة بديلة لفض النزاع فالحكمة منه تكمن في التقليل من المنازعات وتحقيق العدالة الإدارية دون ان يلجا الاخصام الى القضاء، فيوفرّ على صاحب الشأن مصاريف التقاضي و يكسب الافرقاء الوقت و الأهم أنّه يحفظ بذلك علاقة طيبة بين الإدارة و الطرف الاخر.

هذا كله طبعاً اذا ارتأت الإدارة ان المتظلم له حق في تظلمه. فالتظلم يعني ترجمة لعدم رضا صاحب الشأن بالقرار الذي علم به بواسطة النشر او الإعلان او العلم اليقيني، وذلك بكتابة هذا على شكل تظلم وتقديمه للإدارة مصدرة القرار او لرئيسها طالباً إعادة النظر فيه وسحبه او الغاؤه.¹

فقد جاء في المادة ٦٨ من نظام مجلس شوري الدولة اللبناني: "اذا لم تكن السلطة قد أصدرت قراراً فيتوجب على ذي العلاقة ان يستصدر مسبقاً قراراً من السلطة المختصة، ومن اجل ذلك يقدم الى السلطة طلباً قانونياً فتعطيه بدون نفقة ايصالاً يذكر فيه موضوع الطلب وتاريخ استلامه. واذا لم تجبه السلطة الى طلبه خلال مدة شهرين اعتباراً من تاريخ استلامها الطلب المقدم منه اعتبر سكوتها بمثابة قرار رفض، الا في الحالتين التاليتين:

-اذا كانت السلطة الإدارية من الهيئات التقريرية التي لا تتعقد الا في دورات معينة فتمدد مهلة الشهرين عند الاقتضاء حتى اختتام اول دورة تتعقد بعد تقديم الطلب.

-اذا كان بت موضوع الطلب خاضعاً لمهل قانونية تزيد في مجموعها عن الشهرين فلا يعد سكوت الإدارة قراراً ضمناً بالرفض الا بعد انصرام المهل.

يستنتج من المادة أعلاه ان ربط النزاع اجباري في الحالات التي لم تصدر فيها السلطة قراراً وهذا ما نراه عادة في دعوى القضاء الشامل اما في ما يتعلق بقضاء تجاوز حد السلطة، حيث تكون المراجعة مقدمة أصلاً ضد عمل اداري منفرد الطرف، فلا يثير شرط التظلم أي مشكلة.

وعلى هذا سار المشرع المصري حيث اعتبر ان التظلم الإداري في دعوى الإلغاء(او الابطال) يكون اما اختياريًا وبالتالي يكون لصاحب الشأن الآ يتظلم في القرار ويتجه مباشرة الى القضاء، اما ان يكون ربط النزاع الزامي فيترتب على عدم اتباعه وجوب الحكم بعدم قبول الدعوى شكلاً.

ويعدّ نظام التظلم الوجوبي من الانظمة التي استحدثها المشرع المصري بموجب القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة، وقد اعتمد المشرع الزامية ربط النزاع في بعض الحالات و ذلك ايماناً منه بان سلك هذا المسار غالباً ما سوف يؤدي الى وضع حد للنزاع قبل الوصول الى القضاء.²

أما في فرنسا فهناك ما يسمى بوسيط الجمهورية **le médiateur de la république** يختاره رئيس الجمهورية بمرسوم يصدر عن مجلس الوزراء لمدة ستة سنوات غير قابلة للتجديد، وهو سلطة مستقلة تتيح للمتضرر الوصول الى حل مرضي دون قرع باب القضاء.

وليكون ربط النزاع صحيح لا بد من توفر شروط معينة:

¹بدوي الباحث محمد السيد، الوسائل البديلة في حل النزاعات الإدارية، رسالة دكتوراه، ص ٦٢٤

² راجع قانون مجلس الدولة، حالات التظلم الوجوبي، المادة ١٢/ب.

١- المهلة:

ففي فرنسا و لبنان المهلة هي شهران وقد نصت المادة ٦٩ من نظام مجلس شورى الدولة اللبناني على ان مهلة المراجعة شهران من تاريخ نشر القرار المطعون فيه الا اذا كان من القرارات الفردية عندها تبدأ مهلة الشهرين من تاريخ التبليغ او التنفيذ.

و كذلك نصت المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ في مصر على ان المهلة ٦٠ يوما من تاريخ النشر او اعلان صاحب الشأن.

وقد استقر العلم و الاجتهاد على اعتبار ان المهلة تتعلق بالانتظام العام مما يعني ان بمضي هذه المهلة يسقط الحق بالطعن بالالغاء ويصبح القرار الإداري متحصن حتى لو شابته أي عيب ويصبح حجة على ذوي الشأن فيما انشاه او رتبته من مراكز او اثار قانونية بحيث لا تقبل اية دعوى يكون القصد منها تجريده من قوته التنفيذيه في مواجهتهم والا انطوى الامر على الغاء ضمني للقرار واخلال بالاستقرار الذي استهدفه القانون للمراكز والاثار القانونية.¹

٢-القرار محلّ ربط النزاع:

لابد ان يكون القرار ادارياً قائماً و منتجاً لآثاره سواء اكان فردياً او تنظيمياً أي اننا امام قرار نهائي و معمول به ليس مجرد ابداء راي ينتظر تصديق او موافقة السلطة المختصة . و الأهم ان لا يكون القرار الذي يربط النزاع بشانته من القرارات المنعقدة اذ ان هذه القرارات لا تتمتع باي حماية قانونية.²

٣-شكل مذكرة ربط النزاع:

لم يوجب القانون اعتماد صيغ معينة لمذكرة ربط النزاع فقد تكون على سبيل المثال مذكرة تمهيدية³، كتاب الى المرجع المختص او ادعاء امام القاضي العدلي الخ..

فربط النزاع ليس اجراء مقصوداً لذاته بحيث يتم و يتحقق اثره بمجرد تقديمه أي كان وجه الخطا او النقص الذي يشوب بياناته انما هو افتتاح للمنازعة في مرحلتها الاولى فينبغي الاعتداد به كاجراء يترتب عليه قبول الدعوى. فمن شأنه في هذه المرحلة ان يمكن الإدارة من فحصه و البت به وهذا ما لا يتأتى اذا ما شاب بياناته خطأ او نقص اوقع الإدارة في حيرة في شأن هذا القرار.⁴

اما المراجعة امام مجلس شورى الدولة فيجب ان تقدم بموجب استدعاء خطي مصاغ باللغة العربية و ان تودع قلم المجلس. كما يجب ان يتضمن الاستدعاء بياناً بالوقائع مع ذكر النقاط القانونية التي بني عليها بمعنى اخر جملة الأسباب المادية و القانونية التي بني عليها الاستدعاء، لان القاضي الإداري لا يأخذ بعين الاعتبار الا المستندات الخطية المرفقة.⁵ كما يجب ان تتضمن هذه المراجعة ملخصاً واضحاً عن طلبات المستدعي. و نشير الى ان المراجعة لا توقف القرار المطعون فيه، بيد انه يعود لمجلس شورى الدولة ان يقرر وقف التنفيذ

¹ المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١١٢٧ جلسة ١١ كانون الثاني ١٩٦٧، مج.س ١٢، ص ١١٥٠

² ش.ل. قرار رقم ١٤٧ ، تاريخ ٢٧-٥-١٩٩٢ ، قره الله/دولة، م.ق.ا ٩٢-٩٣، ص ٤٠٠

³ لا شيء يحول دون اعتبار المذكرة التمهيدية المنصوص عليها في المادة ٧٧ من قانون البلديات الصادر عام ١٩٦٣ والمقدمة الى المرجع المختص بمثابة مذكرة ربط نزاع مع البلدية ، خاصة عندما تسلم البلدية صاحب العلاقة ايصالاً يشعر باستلام هذه المذكرة المتضمنة مطالبته (ش.ل. قرار رقم ٦١٣، تاريخ ٢٤-١٠-١٩٦٠ ميليا سعد/بلدية طرابلس، م.ا ١٩٦٢، ص ١٦٠.

⁴ بدوي لباحث محمد السيد ، الوسائل البديلة في حل النزاعات الإدارية، رسالة دكتوراه، ص ٦٣٣ .

⁵ د فرحات. فوزات ، القانون الإداري العام، الطبعة الاولى ٢٠٠٤، الجزء الثاني، ص. ٢١٦.

بناءً على الطلب صريح من المستدعي وذلك بشرطين معا. اولا اذا تبين ان التنفيذ قد يلحق بالمستدعي ضررا بليغا،¹ وثانيا اذا كانت المراجعة مرتكزة على أسباب جدية و هامة.²

نرى اذاً ان ربط النزاع لا يؤدي وظيفته فعلياً الا اذا انتهت الخصومة بين الإدارة و صاحب الشأن دون العودة الى القضاء مما يقودنا الى القول ان نجاح هذه الوسيلة يوفر الوقت و المصاريف ويقلل عدد القضايا امام القضاء.

ولكن نجاح هذه الوسيلة متوقف على إرادة الإدارة ،فاذا لم تلتزم الإدارة الرد وتركت الامر لينتهي بالرفض الضمني بفوات المهل يتحول "نظام التظلم" من كونه عوناً للقضاء الى أداة مماثلة. لذلك نرى انه على المشرع اكمال مسيرة الاجتهاد الذي اوجد قاعدة القرار المسبق و ذلك باعتبارها اجراء ملزم عند الطعن باي قرار اداري.

هذا كان بالنسبة للقرارات الإدارية ،اما المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لجهة انعقاد العقد او صحته او تنفيذه او انقضائه فيعود امر النظر فيها الى القضاء الشامل، وهذا ما أكده نظام مجلس الشورى اللبناني في المادة ١٠٥ منه حيث نص على انه: "لا يمكن تقديم طلب الابطال بسبب تجاوز حد السلطة الا ضد قرارات إدارية محضة لها قوة التنفيذ....". الا ان القرارات السابقة للعقد او الممهدة له و التي تكون منفصلة ومستقلة بطبيعتها عنه، يكون لها خصائص القرار الإداري و بالتالي يمكن التقدم بشأنها بمراجعة تجاوز حد السلطة امام قضاء الابطال.

ولا مجال هنا للتحدث عن ربط نزاع او استحصال على قرار مسبق من الإدارة اذ اننا هنا امام عقد تام ملزم لاطرافه و ينتج مفاعيله القانونية ، وبما ان العقد شريعة المتعاقدين فيعود دوما لاطراف العقد الإداري ان يتفقوا انه بحال نشوب أي نزاع او خلاف حول تنفيذ بنود العقد على المتعاقد ان يتقدم بشكوى او مطالبة **réclamation** من الإدارة قبل أي اجراء قضائي.³

نبذة ثانية: الترك واثره على انتهاء المنازعة الإدارية

الترك **désistement** يكمن في تخلي المدعي عن دعواه بسبب التوصل الى تسوية معينة بين الأطراف وبنية وضع حد للدعوى المقامة، وعلى هذا عرفت المادة ٣٩٤ م.م فرنسي الترك.⁴ ولا بد من التمييز بين ترك الادعاء وانهاء الخصومة بحيث ان الترك يؤدي الى الغاء جميع إجراءات الخصومة وبالتالي يحكم على التارك بالمصاريف اما اذا كان التنازل مقابل تضمين المدعي عليه الرسوم والنفقات فنكون امام صلح لقاء تنازلات متبادلة.⁵ الا ان الترك لا يمس اصل الحق الا اذا كان مستندا الى تسليم الحق **Acquiescement**، فيعود مبدئياً للتارك ان يجدد دعواه ما لم يكن قد سقط حقه باقامتها بمرور الزمن.

¹ ش.ل قرار رقم ١٨٧ ، تاريخ ٢١-٧-١٩٦٦ ، يوسف كتور/الدولة ، م.ق.ا ١٩٦٦ ، ص ١٧٣
² كالقرار الصادر عن وزير العمل والشؤون الاجتماعية بتحديد مواقيت الفتح والاقفال لبعض المحلات التجارية نظرا لجديية الأسباب المدلى بها ولاحتمال وقوع ضرر في مصلحة المستدعي ش.ل قرار رقم ١٣٧ ، تاريخ ٢٠-١٠-١٩٦٨ ، اميل بشارة/الدولة م.ق.ا ١٩٦٩ ، ص ١٣٠

³ DE LAUBAÈRE. A , Traité théorique et pratique des contrats administratifs, paris 1956 , T.III ,No 1196, P. 276

⁴ Art 394 :Le demandeur peut, en toute matière, se désister de sa demande en vue de mettre fin à l'instance .

⁵ دروبي علي محمد علي ، الصلح القضائي ، طبعة أولى ٢٠١٥ ، منشورات زين الحقوقية، ص. ٣٦٣

اما التنازل عن الحق فهو ممكن قبل صدور أي حكم كما انه جائز بعد صدور الحكم والمباشرة بالتنفيذ، وهو يسقط الحق نهائيا وبالتالي لا يعود للمتنازل التقدم بدعوى جديدة تتعلق بالحق نفسه.¹ ولكي يكون الترك صحيحا فلا بد ان يحصل بإرادة صحيحة ومدركة وخالية من أي عيب، كما يجب ان يقبل به المدعى عليه. صحيح انه للوهلة الاولى سنرى ان هذا الشرط غير منطقي حيث ان مصلحة المدعى عليه ستتحقق بعدم السير بدعوى فرضت عليه من قبل المدعي، الا ان المشرع تنبه الى ان ترك الدعوى يمكن ان يلحق الضرر بالمدعى عليه او ان يعوّل هذا الأخير على قرار المحكمة لفض النزاع نهائياً. لذلك قبول المدعى عليه هو شرط أساسي الا في حالتين:

- اذا لم يكن المدعى عليه قد تقدم بطلب او دفاع بالدعوى
- اذا كان المدعى عليه قد ابدى رغبته، صراحة او ضمنا، في عدم صدور حكم في النزاع موضوع الدعوى. ولا يجوز للمدعى عليه ان يرفض طلب الترك الا لاسباب هامة و جدية ومشروعة و الا اعتبر متعسفا باستعمال حقه.²

والترك في دعوى التعويض يصبح نهائيا متى قبلت به الإدارة و بالتالي يقتصر دور القاضي على السير به و إعطائه مفاعيله القانونية. و الامر يختلف في دعاوي الابطال لانها ليست خصومة بين طرفين بل هي خصومة عينية تتعلق بقرار اداري معين و الحكم الصادر عن الدعوى يكون له حجة على الكافة و لا تقتصر اثاره على الطرفين المتخاصمين.³

فيظهر اذا الفرق بين الصلح و الترك بان الاول تنازل متبادل و هو نهائي لا يمكن المتصلحين من تجديد الدعوى، اما الترك فهو تضحية من جهة واحدة و يترك المجال مفتوح للتأرك في تجديد دعواه مرة أخرى.

مطلب ثاني: ولوج الصلح المنازعات الإدارية:

للصلح في المنازعات الإدارية مكانته . فالصلح اذا ما تم ،يوقر على القضاء الوقت و على الفرقاء المال. ولكن استخدام الصلح لحل المنازعات في الحقل الإداري ليس بالمطلق. بل لديه خصوصية (فقرة ثانية) اثارته خلاف فقهي و اجتهادي حول الطبيعة القانونية للصلح في المواد الإدارية (فقرة اولى).

فقرة اولى: الطبيعة القانونية للصلح وخصوصيته في المواد الإدارية:

اثرته الطبيعة القانونية للصلح في المنازعات الإدارية خلاف فهل الصلح اداري (نبذة اولى) وهل للصلح الإداري خصوصية معينة؟(نبذة ثانية).

نبذة اولى: الصلح، عقد اداري؟

نصت المادة ١٠٣٥ من قانون الموجبات و العقود اللبناني ان الصلح عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما او يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل. وكذلك جاء في المادة ٢٠٤٤ من القانون المدني الفرنسي ان الصلح هو

¹ مادة ٥٢٧، قانون أصول المحاكمات اللبناني: "يجوز للمدعي في اية حالة كانت عليها المحاكمة ان يتنازل عن الحق المدعى به و هذا التنازل يسقط الحق وينهي الدعوى ويلزم المدعي بالنفقات و التعويض المستحق لخصمه عند الاقتضاء. وعليه ان يسلم هذا الأخير الاوراق المتعلقة بالحق المدعى به.

² المحكمة الإدارية العليا في مصر، قرار رقم ١١٧٠، في ٢٩-٥-١٩٧٧، مج.س. ٢٢، ص. ٧٧

³ الباحث بدوي محمد السيد ، الوسائل البديلة في حل النزاعات الإدارية، رسالة دكتوراه، ص ٦٤٩

عقد مكتوب يسمح بانتهاء خلاف قائم او يمنع نشوء خلاف.¹ فالصلح هو اذاً وليدة التقاء مشيئين لوضع حد لنزاع قائم وذلك عبر ابرام عقد صلح. والعقد على ما عرّفه قانون الموجبات اللباني في المادة ١٦٥ منه : "الاتفاق هو كل التنام بين مشيئة و أخرى لانتاج مفاعيل قانونية، واذا كان يرمي الى انشاء علاقات الزامية سمي عقداً".

نستنتج اذا انه لا خلاف على طبيعة الصلح في المواد المدنية ، فهو عقد مدني. الا ان هناك خلاف حول طبيعة الصلح في المادة الإدارية هل الصلح يكون عندها عقداً مدنيا ام يكون له خصوصية معينة تجعل منه عقداً ادارياً؟ وقد ظهر هذا الخلاف في القانون اللباني خاصة لجهة التصالح الجمركي. فالتصالح الجمركي هو اجراء يؤديه المتهم في الدعوى الجنائية بدفع مبلغ معين الى خزينة الدولة كي لا ترفع الدولة دعوى ضده.² وقد انقسمت الآراء حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، فمنهم من اعتبر انه عقداً مدنياً يحسم به الفريقان (إدارة الجمارك و الفرد المخالف) نزاعاً قائماً او نزاعاً محتملاً. و منهم من اعتبره عقد اذعان كون المخالف لا قدره له على مناقشة مطالب إدارة الجمارك، فهي تحدد شروط الصلح منفردة.

وطرف آخر اعتبره عقداً ادارياً لأن معايير العقد الإداري موجودة اذ ان احد اطرافه هو شخص عام، وهو يتعلّق بنشاط مرفق عام ويتضمّن شروطاً غير مألوفة لا يمكن للمخالف مناقشتها، بل عليه القبول بها لاتمام الصلح. الا ان الدكتور علي دروبي يرى ان عرض الإدارة مبلغ اقلّ من مبلغ الغرامة المفروضة لا يمكن ان ينظر اليه على أنّه بند خارق . و نحن نؤيّد في الرأي ، اذ ان البنود الخارقة عادةً ما توجد لتأمين مصلحة الإدارة. فكيف لعرض الصلح مقابل دفع مبلغ اقلّ من الواجب اساساً يمكن اعتباره بنداً خارقاً، فهذا الشرط يصب في مصلحة الفرد اكثر ممّا يصب في مصلحة الإدارة.

وبالعودة الى طبيعة عقد الصلح، فمن المعلوم ان التمييز بين عقد مدني او اداري يكون امّا بنص قانوني ، او في مدى انطباق معايير العقد الإداري عليه. الا ان الطبيعة القانونية للصلح في المواد الإدارية لا تستنتج من القانون حيث ان لا وجود لاي قانون يحدد طبيعة عقد الصلح في المادة الإدارية. وكذلك يصعب استنتاجها من معايير العقد الإداري ، فمع ان احد اطراف العقد هي الإدارة الا انه لا يتصور وجود بنود خارقة اذ ان مثل هذه البنود تطيح بجوهر الصلح وهدفه فمثلاً اعتبر **Benoit Plessix** انه ليس للإدارة حق فسخ عقد الصلح بارادتها الفردية . امّا بالنسبة لتنفيذ المرفق العام ، فالمعيار هنا غير مباشر حيث ان الصلح لا يجوز الا على الحقوق الشخصية.

ومع هذا الغموض في التشريع كان لا بد من ان يترك حسم هذه الطبيعة للفقهاء و الاجتهاد. فسلم الكثير من الفقهاء بدايةً، و منهم، **Dévolvé et Laubadère** بالطبيعة المدنية للعقد التي تقدم الإدارة فيه على المصالحة.³ وعلى هذا سار بدايةً الاجتهاد الفرنسي⁴ ، وقد اعتبر الاجتهاد ان عقود الصلح

¹ Article 2044 COC : « la transaction est un contrat écrit, permettant de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naitre . »

² خنابي احمد،مقالة بعنوان "نظام الصلح في قانون الاجراءات الجنائية"، مجلة نقابة المحامين في الأردن،العدد ٩٧، ص ٣٢.

³ DE LAUBADÈRE André, DELVOLVÉ Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1983-1984, n°333.

⁴ CE, 15 février 1833, Commune de Saint –Pierre-en-Val, Rec. CE, p. 105 ; CE, 20 juillet 1850, Commune de Lanquinet, S., 1851, II, p. 58 ; CE, 6 juillet 1877, Commune de l’Etang-Vergu, Rec. CE, p. 666 ; TC, 17 juillet 1908, Caisse d’épargne de Caen c/ Hospices civils de Caen, Rec. CE, p. 772.

المتعلّقة بالاشغال العامّة تدخل ضمن صلاحيات القاضي الإداري و تكون عليه عقودا إدارية¹. ثم توسع الحقل ليشمل الاضرار التي تنتج عن عقود الاشغال². واستمرّت التضاربات حول طبيعة الصّح فاعتبر مجلس الشورى الفرنسي بدراسة له بعنوان "حل المنازعات بالطرق البديلة" ان عقد الصلح بالمبدا هو عقد مدني³. أما رئيس الوزراء فقد اعتبر ان عقد الصلح الذي وضع حداً لنزاع معروض امام القاضي الإداري او كام بالإمكان عرضه امامه يكون عقدا ادارياً⁴. وبقي هذا الغموض حتى جاء سنة ٢٠٠٢ قرار **l'hay-les-roses** الذي اعتبر ان عقد الصّح الذي يكون موضوعه حلّ نزاع يعود امر النّظر به الى القضاء الإداري يكون عقدا ادارياً. وتنازلت القرارات التي تؤيد وجهة **l'hay-les-roses** ومنها قرار **Briançon** لعام ٢٠٠٧ حيث اعتبر ان عقد الصلح الذي تجريه هيئة معنوية من القانون العام هو في المبدأ عقد مدني إلا اذا اعطى لهذه الهيئة حقوق كبيرة و امتيازات او ادى الى اشتراك الطرف الاخر بمهمة المرفق العام. فهنا نكون امام عقد ادارياً. على ان إعطاء هذا الصلح مفاعيله امر يعود للقاضي العدلي و كذلك أي خلاف ممكن ان ينشأ عن تنفيذ عقد الصلح يعود امر النظر به للقاضي العدلي إلا اذا كان جلياً ان النزاع يدخل ضمن صلاحيات القضاء الإداري.

« la transaction conclue par une personne morale de droit public, est, en principe, un contrat de nature civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ; que, sous cette réserve, l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ».

نبذة ثانية: خصوصية الصّح الإداري.

اناط القانون الفرنسي الصادر في ٦-١-١٩٨٦ مهمة القيام بالصلح و التوفيق في المنازعات الإدارية بالمحاكم الإدارية. على ان لجوء المحاكم الإدارية الى الصلح بين الأطراف في النزاع هي مسألة جوازية و للقاضي في هذا المجال سلطة استئنافية.

¹ CE, 9 mai 1884, Ville de Nîmes, Rec. CE, p. 304 ; CE, 3 août 1910, Société Gille, Brahic et Thomas, Rec. CE, p. 687 ; CE, 23 octobre 1970, sieur Clot et Société Oréface, req. n° 73763-76415, Rec. CE, p. 616 ; CE, 21 janvier 1994, SA Stefal, req. n° 64167, Rec. CE, T., p. 853.

² CE, 5 mai 1971, Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme, req. n° 77007, Rec. CE, p. 326 ; CE, 25 juillet 1975, Dame III, Rec. CE, p. 442.

³ Conseil d'Etat, Section des rapports et des études, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, EDCE, Paris, La documentation française, op. cit., p. 61.

⁴ Circulaire du 6 fév 1995: « dès lors que le litige auquel elle met fin a donné lieu ou aurait pu donner lieu à une action relevant de la compétence du juge administratif, la transaction revêt un caractère de droit public »

و من الجلي ان ليس هناك موانع تعيق لجوء الإدارة الى الصلح وهذا ما أكده مجلس شورى الدولة الفرنسي بقوله ان لا نظام ولا نص قانوني يمنع الدولة من اللجوء الى الصلح¹. إلا ان هناك بعض الضوابط والحدود التي تحكم لجوء الإدارة الى و دور يلعبه القاضي الإداري في هذا المجال . كما في القانون المدني، فالصلح الإداري يجب ان يكون خطياً. وهذا الشرط ليس لصحة العقد انما هو وسيلة لاثباته. فيعود للقاضي الإداري ان يتحقق من إرادة الأفرقاء الفعلية ليقرر اذا ما نحن امام عقد صلح ام لا. فل هذه الناحية يلتقي الصلح المدني بالاداري. إلا ان لهذا الأخير خصوصية ففي الصلح الإداري لا بد للمؤسسات العامة من الاستحصال على اذن مسبق من الوزير المختص² و إلا اعتبر الصلح باطلاً إلا اذا كان نظام المؤسسة العامة يضمن إمكانية عقد الصلح دون اذن مسبق في كل أو بعض النزاعات. وكذلك تطرح مسألة صلاحية الوكيل بعقد الصلح ، فقد اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية ان من لديه وكالة تسمح له بفسخ عقد ايجار يعتبر ان له الحق أيضا بابرام الصلح³. هذا من الناحية المدنية ، اما في الصلح الإداري فقط حسم الامر في قرار **Howezack** حيث اعتبر ان المحامي امام القضاء الإداري، لا يستطيع عرض او قبول الصلح إلا اذا كان معه توكيل خاص بذلك .اي انه بالإضافة الى التوكيل العام الذي يخول الوكيل المثل امام القضاء باسم مؤكله، لا بد من وجود توكيل خاص يسمح له باجراء الصلح و إلا اعتبر عقد الصلح باطلاً⁴.

والصلح كاي عقد آخر يخضع لارادة الأطراف لكنه لا يجوز ان يخالف النظام العام و الاداب العامة.وعليه فهناك أمور تآبى بطبيعتها الصلح. فالمشرع الفرنسي اعتبر في قانون الاملاك التابعة للشخص العام ان الاموال او الاملاك العامة هي خارج اطار المصالحة⁵.

وقد اعتبر مجلس الشورى ان المصالحة التي تفرض على الدولة التخلي عن جزء من الاملاك العامة هي باطلة⁶. وكذلك لا تستطيع الإدارة ان تدفع تعويض غير متوجب عليها هذا ما أكده مجلس الشورى في قرار **MERGUI** وهذا امر مبرر اذ ان المهمة الولي للإدارة هي تحقيق المصلحة العامة و المحافظة عليها. وكذلك فهذه القاعدة مبررة بمبدأ المساواة امام الأعباء العامة ، اذ انه من غير المنطقي ان سيستفيد شخص من القانون الخاص من مبلغ ليس من حقه. كما و ان هذا المبدأ مؤكّد في القانون الفرنسي في المادة **Code L 313.6 de juridiction financière.**

كما انه لا يمكنها ان تصالح على قرار غير شرعي اذ ان مبدأ الشرعية هو من المبادئ المتعلقة بالنظام العام.

¹ CE, 17 mars 1893, Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre, Rec.p. 245.

² Code Civil 3^{ème} alinéa de l'article 20-45 « les communes et les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de Premier ministre »

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juillet 1987, n° 85-18769, Bulletin, 1987, I, n° 220, p. 162.

⁴ «la personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement. »

⁵ Art. L. 3111-1 CGPP « les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 », à savoir les biens à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics, « qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles.»

⁶ CE 17 mars 1893, Chemin de fer de l'est et autres, S. 1894.3.119. Conclusions J. Romieu.

وكذلك لا يمكن للفرد ان يتخلى مسبقاً عن حقه باللجوء الى القضاء للمطالبة بابطال قرار اداري. و بالتالي يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً الاتفاق المعقود بين شركة و عامل لديها يراد به تنازل العامل عن أي حق باللجوء الى القضاء للاعتراض على قرار صرفه من العمل مقابل مبلغ من المال.¹

ويرى **Benoit Plessix** ان هناك نوع من التناقض في مدى إمكانية ابرام عقد الصلح حيث ان الإدارة ممنوعة من عقد الصلح فيما يخص الشرعية ولكن تشجع على ابرام عقود الصلح فيما يخص التعويضات المتوجبة عليها و التي تكون ناتجة عن تصرف اداري يخالف الشرعية.

اذا الصلح ممكن في المادة الإدارية ضمن الضوابط التي اوردناها. فما الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في الصلح؟

دور القاضي الإداري يختلف اذا ما تم الصلح امام القضاء او خارج الاطار القضائي. فعقد الصلح الذي يبرم اثناء نزاع قائم اما القضاء الإداري يؤدي حتما الى انتهاء الاجراءات من قبل القاضي الإداري الذي يعتبر ان المراجعة المعروضة امامه أصبحت دون موضوع.²

اما اذا تم الصلح قبل أي دعوى امام القضاء، فالمبدأ ان هذا الصلح لا يمكن ان يكون موضوع مراجعة امام القاضي الإداري و لا يمكن ان يطلب من القاضي ان يوافق عليه او يعطيه اية مفاعيل. فقد اعتبر مجلس الشورى ان هكذا طلب يعد دون موضوع و يتم رفضه اذ ان عقد الصلح يتمتع بحجية القضية المقضية بين اطرافه. واستمر الوضع على هذا النحو حتى عام ٢٠٠٢ حين اعتبر مجلس الشورى بقراره **l'hay-les-roses** ان طلبات التصديق على عقد الصلح امام القاضي الإداري تقبل عندما يكون التنفيذ المباشر لعقد الصلح من قبل الأطراف يصطدم ببعض الصعوبات او عندما يهدف الصلح الى التعويض عن موقف مثل الذي ينتجه البطلان.

فعندما يتقدم احد الأطراف من القاضي الإداري طالبا التصديق على عقد الصلح، ينظر هذا الأخير الى ٤ عوامل اساسية وهي توجه إرادة الافرقاء الى ابرام عقد الصلح، ان موضوع العقد مشروع و ان الصلح لا يناقض قواعد النظام العام وان الجهة الإدارية المعنية لا تقدم أي تنازل عن الحقوق الممنوحة لها.³ و اذا ما رأى القاضي الإداري ان هذه الشروط غير متوفرة يرفض التصديق. و التصديق المعطى يعتبر بمثابة صيغة تنفيذية. و يجب ان نشير هنا ان طلبات التصديق امام القاضي الإداري قليلة جداً اذ ان عقد الصلح المبرم بين الأطراف يتمتع بقوة القضية المقضية و عليه ردّ القاضي الإداري الكثير من طلبات التصديق على اعتبار أنها غير مهمة. فالمادة ٢٠٥٢ من القانون المدني اعتبرت ان للصلح بين الافرقاء ، قوة القضية المقضية

« les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée »

و من هذا النص نستنتج امرين ، الاول ان قوة القضية المقضية في الصلح تطال الافرقاء في الامور التي تم الصلح عليها فقط. مما يقودنا الى الاستنتاج الثاني وهو عدم إمكانية العودة الى القضاء لعرض النزاع او النقاط التي تم الصلح فيها. واذا ما تقدم المستدعي بدعوى امام القضاء لفصل في نزاع قد تم الصلح فيه، على هذا الأخير رد الاستدعاء.

و في بعض الأحيان يجب ان يسجل عقد الصلح هذا. اذ ان كل صلح يتخلى فيه معاهد الإدارة عن الطلب الذي قدمه للقاضي الإداري بإلغاء رخصة بناء مقابل تعويض يجب ان يسجل حسب المادة ٦٣٥ من قانون الضرائب الفرنسي.

¹ CE, 22 février 1996, Société Etablissements Croquet, req. n° 152406, Recueil CE, p. 26.

² CE 12 novembre 1948, SOCIÉTÉ DOLFUS, Lebon p.560

³ AIHJA, les modes alternatives de règlement des différends en matière administrative, istanbul, mai 2016, p22 .

في الواقع، فكرة ان للصلح الإداري قوة القضية المقضية ، أثارت اختلافات عديدة في الآراء. وقد اعتبر الأستاذ **Thierry Dol Farra** ان هناك تشابه تام بين الصلح المدني و الصلح الإداري ، مؤكداً بذلك ان عقد الصلح الإداري لا يكتسب القوّة التنفيذية إلا بعد تصديق القاضي عليه.¹ أما الأستاذ **George Vedel** ، فقد ميّز بين "قوّة تنفيذيّة" و"نافذ على اصله" معتبراً ان عبارة "قرار قابل للتنفيذ" ، لا يعني ان للإدارة الحق باللجوء مباشرة الى القوّة لتنفيذ القرار، ما يعني ببساطة ان القرار ذاته ممكن ان يصدّق قضائياً و يحوز بالتالي على القوّة التنفيذية.²

وعقد الصلح يتطلّب تنازل متبادل من الفرقاء،³ وهذا الامر أثار جدلاً فقهيّاً واسعاً. فقد اعتبر الأستاذ **Charles Jarrosson** ان التنازلات المتبادلة تكون بمثابة ادعاءات او تنازلات ماديّة⁴ . وهذا ما اكّده محكمة الاستئناف الفرنسية⁵ عندما اعتبرت ان عقد الصلح باطلاً بطلاناً مطلقاً لانه غير مكتمل العناصر و ذلك لان الفرقاء لم يعلموا مجلس الشورى بالتنازلات المتبادلة التي سيجرونها. و تظهر هنا أهمية القرار حيث اعترفت المحكمة بان التنازلات المتبادلة هي عنصر أساسي يقوم عليه عقد الصلح و بالتالي اعتراف ضمنني بإمكانية الدولة بتقديم التنازلات.

لكن السؤال الذي يطرح هو مدى إمكانية تقديم الإدارة لتنازلات ماديّة و هي محكومة كما راينا بمبدأ ان الدولة "لا تستطيع دفع ما لا يتوجب عليها"؟ في هذا السياق اعتبر الأستاذ **Benoit Plessix** ان التنازلات المتبادلة في الصلح الإداري ليست سوى وهم ، اذ ان الدولة تكتفي في الحقيقة باعطاء الطرف الاخر التعويض المتوجب عليها دون أية زيادة. وهذا لا يؤثر على كون العقد هو عقد صلح ، لان التنازلات و ان كانت متبادلة فهي ليست بالضرورة متوازنة.⁶

نرى اذا ان الصلح لم يثير أي صعوبة لدى الدول لناحية إمكانية استخدامه في المنازعات الإدارية و نشير بشكل خاص للبنان الذي جاء على ذكر الصلح في الكثير من القوانين التي ترعى علاقة الأشخاص العامة بالافراد، فنص القانون الصادر بالمرسوم رقم 15704 تاريخ 6 آذار 1964 والمتعلق بتنظيم وزارة العدل في المادة 12 على ما يأتي: ولا يجوز للإدارات العامة اجراء مصالحات في الدعاوى العالقة امام المحاكم الا بعد موافقة هيئة القضايا ووزير العدل. كما نص المرسوم الاشتراعي رقم 118 تاريخ 12 حزيران 1959 المتعلق بتنظيم ديوان المحاسبة في المادة 32 على ان: تخضع للرقابة الادارية المسبقة المصالحات الحبية

¹ DAL FARRA Thierry, « La transaction administrative : vers une voie prétorienne d'homologation directe ? », *BJCL*, juillet 2002, p. 146.

² VEDEL Georges, *Cours de droit administratif, 1966-1967, Cours de droit*, p. 360. « le terme de « décision exécutoire » ne signifie pas que l'administration pourra dans tous les cas recourir directement à la force pour exécuter la décision, il signifie simplement que la décision par elle-même est modifcatrice de l'ordonnancement juridique, car l'essentiel de l'exécution d'une décision c'est la modification qu'elle apporte à l'ordonnancement juridique »

³ Code Justinien V. Livre II, titre IV, loi n°38 : « Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit » ce qui veut dire « une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose »

⁴ JARROSSON Charles, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997, p. 267.

⁵ CE, 11 septembre 2006, Théoule-sur-mer/ bar restaurant , req. n°255273, publié au *Rec Lebon*

⁶ PLESSIX Benoît, « Transaction et exigence des concessions réciproques », *JCP Ed.*, 20 décembre 2006, p. 201

على دعاوى او خلافات اذا كان المبلغ موضوع النزاع خمسين الف ليرة. وتستثنى من ذلك المصالحات المتعلقة بخلافات انظمة الضرائب".

وتضمنت القوانين المالية ، ولا سيما تلك المتعلقة بالضرائب والرسوم، احكاماً خاصة بالتسويات التي يحق لوزير المالية اجراؤها بشأن الغرامات المفروضة على مخالفة هذه القوانين. فنصت المادة 110 من المرسوم الاشتراعي رقم 144 تاريخ 12 حزيران 1959 المتعلق بضريبة الدخل على انه " يحق لوزير المالية اجراء التسوية على الغرامات المفروضة حتى خمسها شرط ان لا تؤدي التسوية الى تخفيض الغرامة لأقل من حدها الأدنى، ولا يجوز اجراء اية تسوية اذا كانت النصوص الخاصة بفرض الغرامة تحظر ذلك، او إذا ورد طلب التسوية بعد انقضاء المهلة القانونية المحددة للاعتراض". ونصت المادة 55 من المرسوم الاشتراعي رقم 146 تاريخ 12 حزيران 1959 المتعلق برسم الانتقال على الاموال المنقولة وغير المنقولة على انه " ليحق لوزير المالية اجراء تسوية على الغرامات على ان لا تتناول اكثر من نصف هذه الغرامة". كما نص قانون الجمارك في المادة 352 وما يليها على جواز اجراء المصالحة بصدد العقوبات المترتبة على مخالفة احكامه واستبدالها بجزاء نقدي.

وجاء النص على جواز المصالحة ايضاً في قانون البلديات الصادر في 27 ايار 1963 اذ قضت المادة 68 منه بما يلي: "تخضع لتصديق المحافظ قرارات المجلس البلدي المتعلقة بتسوية الخلافات والمنازعات بعد اخذ رأي دائرة القضايا".

غير ان المصالحة تخضع لأحكام القوانين الادارية الخاصة التي تميز ابرامها. ولذا يجب ان تقترن ، كما قدمنا، بموافقة المراجع المختصة بمباشرة الدعاوى و ابرام العقود باسم الادارة، كموافقة هيئة القضايا ووزير العدل (م 12 من قانون 6 اذار 1964) بالاضافة الى توقيع الوزير المختص، او موافقة سلطة الوصاية بالنسبة للادارات المحلية – كالبلديات – بعد اخذ رأي هيئة القضايا (م 68 من قانون البلديات) ¹.

فيتضح من مجمل هذه النصوص ان المصالحة جائزة في المنازعات الادارية سواء نشأت هذه المنازعات عن علاقات اشخاص القانون الخاص بالادارة المركزية ام عن علاقاتهم بالادارات المحلية كالبلديات. و اذا كان الصلح وارد في المواد الإدارية على الصعيد الداخلي ، فهل للصلح الموقع نفسه على الصعيد الدولي؟

فقرة ثانية: موقع الصلح في العقود الدولية:

الحقيقة ان للصلح على الصعيد الدولي اهمية لا تقلّ عن تلك التي عرفها على الصعيد الداخلي. و منظمات دولية عديدة كرّست الصلح في نظامها و اعتبرته الطريقة الاسلم لحلّ لمنازعات الدولية و كذلك الاتفاقات الدولية و الاقليمية.

فالعولمة حوّلت العالم الى قرية كونية وادّت الى تطور ملحوظ على الصعيد الاقتصادي ممّا زاد الاستثمارات الدولية. ولهذه العقود الدولية مميّزات خاصة، خصوصاً عندما تكون الدولة طرفاً فيها. فالمستثمر لا يرغب باللجوء الى قضاء الدولة المتعاقد معها وهذا لعدم ثقته بحيادية القضاء الوطني للدولة و شفافيته.

¹ عيد ادوارد، القضاء الإداري، الجزء الأول "أصول المحاكمات الإدارية"، مكتبة زين الحقوقية، ص ١٧ و ما يليها.

فكان لابد من اتفاقيات دولية وإقليمية لتسوية هذه المنازعات، خاصة و ان العودة الى محكمة العدل الدولية محكومة بكون طرفي العقد دول اما العودة الى القضاء الدولي فيلزم ان تكون القضية قد عرضت على قضاء وطني قبل. وفي كل الأحوال هذه وسائل عادية لحل المنازعات تخرج عن اطار عملنا. سنتطرق في هذه الفقرة الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (نبذة اولي) كاتفاقية على الصعيد الدولي و الى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى (نبذة ثانية)، و منظمة التجارة العالمية (نبذة ثالثة).

نبذة اولي: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

لم يحدّ المركز الدولي صلاحياته باجراء التحكيم كما سبق و فصلنا في القسم الاوّل، بل هناك إمكانية تتيح للفرقاء طلب اجراء التوفيق (او الصلح). لذلك سنرى كيف يتم طلب التوفيق و تشكيل اللجنة (ا) ثم ما هي الاجراءات امام هذه اللجنة (ب).

١- طلب التوفيق وتشكيل اللجنة:

اعتبرت المادة ٢٨ من الاتفاقية المذكورة ان "الدولة المتعاقدة او احد رعايا دولة متعاقدة، الذي يرغب في اتخاذ إجراءات التوفيق، يتعين عليه ان يقدم طلباً كتابياً لهذا الغرض الى السكرتير العام، الذي يرسل صورة منه الى الطرف الآخر." واعتبرت الفقرة الثانية من المادة نفسها ان "الطلب" يجب ان يشتمل على بيانات تتعلق بموضوع النزاع و هوية الأطراف و موافقتهم على تقديمه الى التوفيق ..."

فترى انه كان من باب لولي عندما اعطى المشرع الدولة او احد رعاياها الحق بطلب التوفيق ان يسمي أيضا المستثمر اذ انه طرف مباشر في العقد و لان في الأساس هذه الاتفاقية انشأت حماية للطرف الضعيف الا وهو المستثمر، و لان الفقرة الثانية من المادة ٢٨ نصت على الزامية موافقة الطرفين وبالتالي من الطبيعي القول ان حق الطلب يعود أيضا للطرفين.

بعد تقديم الطلب يتم تسجيله و يبلغ الأطراف بذلك الا اذا اعتبر السكرتير العام ان النزاع يخرج عن اختصاص المركز، هنا لا يصار الى تسجيله الا ان تبليغ الأطراف يبقى واجبا.

اللجنة تشكل عقب الطلب (مادة ٢٩ -١-) وتكون مؤلفة من موفق واحد او عدد فردي من الموفقين (م ٢٩-٢) و اذا صار خلافا حول عدد الموفقين يعتمد ثلاث موفقين يعين كل فريق موفق على ان يعين الموفق الثالث برضى الطرفين و ارادتهما المشتركة.

ويجب ان يتم تشكيل اللجنة خلال مدة ٩٠ يوما تلي تسجيل الطلب او خلال المدة التي يحددها الفرقاء . و الا يتم تعيين اللجنة من قبل الرئيس و ذلك من بين الأسماء التي تؤلف قائمة الموفقين الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة (مادة ٣٠-٣١).

٢- الاجراءات امام اللجنة:

يمكن لاي طرف من الأطراف ان يثير الدفع بعدم الاختصاص ان لناحية اختصاص اللجنة او اختصاص المركز. ويعود للجنة التي هي محكومة باختصاصها ان تدرس هذا الدفع و تقرر بشأنه. (م ٣٢)

ويجب ان تعتمد الاجراءات المنصوص عليها في نظام المركز الا اذا اتفق الافرقاء على خلافها (ح ٣٣). ويبقى دور الموفق الرئيسي هو محاولة التقريب في وجهات النظر بعد الالمام بتفاصيل النزاع و إعطاء التوصيات للفرقاء على ان لا تكون هذه التوصيات ملزمة. (م ٣٤-١)

وفي نهاية الاجراءات على اللجنة اعداد محضر رسمي تذكر فيه اما عدم التمكن من التوفيق اما تنبت فيه التوفيق الذي حصل بين الأطراف او تبين فيه عدم حضور احد الأطراف جلسات التوفيق و بالتالي انهاء إجراءات التوفيق.(م٣٤-٢) و نشير في النهاية انه لا يجوز للفرقاء ان يستندوا الى الآراء و التصريحات او عروض التسوية التي طرحت اثناء التوفيق امام القضاء او الهيئة التحكيمية ما لم تكون هذه التصريحات او التسويات قد وردت في المحضر الذي اعدته اللجنة (م٣٥).

ابرمت هذه الاتفاقية عام ١٩٧٤ ووفقا للمادة ٨٩ من هذه الاتفاقية، فهي تهدف لى إيجاد بيئة استثمارية سليمة ومؤهلة لجذب واستثمار راس المال العربي . ومن الجدير بالذكر ان هذه الاتفاقية تماثل اتفاقية واشنطن من حيث مضمونها واحكامها وقواعدها مع اختلف بسيط، فهدف هذه الاتفاقية هو جذب الاستثمارات العربية واقتصارها على مستثمري الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بينما اتفاقية واشنطن تتسع لمعظم المستثمرين الأجانب.¹

يقدم طلب التوفيق من احد اطراف النزاع الى الأمين العام للمجلس و يضمّنه معلومات كافية عن النزاع و اطرافه. تشكل لجنة التوفيق خلال مهلة ٤٥ يوما من تاريخ تسجيل الطلب وتتكون من عدد فردي يتم تعيينهم بافاق الأطراف ،وفي حالة هدم الاتفاق يصار الى تشكيلها كما ذكرنا سابقا اذ يختار كل فريق موفق و يتم تعيين الثالث بإرادة الفريقين المشتركة.

واللافت في هذه الاتفاقية ان المادة الثالثة منها اوجبت ان يتم حل منازعات الاستثمار ابتداءا عن طريق التوفيق بين الأطراف المتنازعة و اذا تعذر ذلك يصار الى التحكيم. علما ان الوساطة او التوفيق يقتصر فقط على اصدار توصيات دون ان يكون ملزم للأطراف. فهو يكرّس سلطان الإرادة و لا يؤدي بالتالي الى وضع حد للنزاع الا اذا قبل الطرفين بالحلول المعروضة.و اذا توصلت اللجنة لقناعة انه يتعذر الوصول الى حل بين الأطراف، تقرر حينها انهاء إجراءات التوفيق و ترفع تقريرا بشأن ذلك الى الأمين العام للمجلس.

ونشير الى ان طلبات الصلح امام ال CIRDI قليلة جداً اذ عادة ما يطلب امامها التحكيم. إلا ان آخر طلب صلح يعود لسنة ٢٠١٨ في نزاع بين دولة الغابون و مجموعة VEOLIA الفرنسية. حيث تقدمت المجموعة الفرنسية من ال CIRDI بطلب صلح في ٢٠١٨-٣-٩ . وفي الوقائع انه بتاريخ ٢٠١٨-٢-١٦ وضعت دولة الغابون حداً للعقد الذي يجمع الطرفين أي انها فسخت العقد بإرادة منفردة. فاعتبرت المجموعة ان هذا التصرف مخالف لمواد العقد و يكبدها خسائر كبيرة. فالعقد الذي يجمع الطرفين ينص على اللجوء بداية الى الصلح ، و في حال فشل المحاولة، يمكن بعدها اللجوء الى التحكيم². وعليه يكون على المصلحين محاولة تقريب وجهات النظر بغية حلّ الخلاف بأسرع وقت و الحد من الخسائر الماديّة، علماً ام المجموعة الفرنسية تؤمن مياه صالحة للشرب وكهرباء في كلّ الغابون.

كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية و الإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية¹.
[http://slconf.uaeu.ac.ae/images/20%20%2019%مؤتمر/part%203/\(24\)%20Kamran.pdf](http://slconf.uaeu.ac.ae/images/20%20%2019%مؤتمر/part%203/(24)%20Kamran.pdf)

² <http://gabonreview.com/blog/requisition-de-la-seeg-la-filiale-de-veolia-saisit-banque-mondiale/>

نبذة ثانية: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى.

أبرمت هذه الاتفاقية عام ١٩٧٤ لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين دول متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى و ذلك عن طريق التوفيق أولاً ثم اللجوء الى التحكيم في حال لم تحقق الوساطة غايتها.

فهذه الاتفاقية تهدف الى إيجاد بيئة استثمارية سليمة ومؤهلة لجذب واستثمار راس المال العربي وتوطين الاستثمار الوطني في الدول الأعضاء فيها.

أما فيما يتعلق باختصاص المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار، فهو اختصاص اختياري قوامه رضا أطراف النزاع باللجوء اليه. و من ثم فان تصديق الدولة على هذه الاتفاقية لا يترتب عليها الالتزام بضرورة تسوية منازعاتها الاستثمارية من خلال المجلس العربي اذ يتطلب ذلك موافقة كل من الدولة المضيفة للاستثمار وكذلك المستثمر العربي على تسوية المنازعة الاستثمارية القائمة بينها من خلال المجلس.

تبدأ إجراءات اللجوء الى المجلس عن طريق تقديم طلب من قبل أحد أطراف النزاع الى الأمين العام للمجلس يتضمن معلومات كافية عن النزاع و اطرافه ، وعلى اثر تبليغ الطرف الآخر بهدف الحصول على موافقة على عرض النزاع على المجلس تشكل لجنة التوفيق خلال ٤٥ يوماً من تاريخ تسجيل الطلب ، أما هيئة التحكيم فيجب تشكيلها خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تسجيل الطلب، ويتكون كل من لجنة التوفيق و هيئة التحكيم من عدد فردي يتم تعيينهم باتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق يصار الى تشكيلها من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف واحد منهم بينما يتم تعيين الرئيس باتفاقهما معاً، وفي حالة الفشل في تشكيل لجنة التوفيق او هيئة التحكيم رغم مضي المدة المحددة يقوم الأمين العام بتعيين الأعضاء¹.

وفيما يتعلق بإجراءات التوفيق ، فان المادة ٣ من الاتفاقية توجب ان يتم حلّ منازعات الاستثمار بدايةً عن طريق الوساطة بين الأطراف المتنازعة. و الوساطة وسيلة ودية رضائية لتسوية المنازعات ، لذلك يقتصر دور الوسيط على اصدار توصيات لاطراف النزاع بهدف حلّهم على ابرام تسوية فيما بينهم. وغالباً يتم التوصل الى تسوية بين الأطراف ،أما اذا توصلت اللجنة الى قناعة مفادها انه لن يتم التوصل الى اتفاق بين الأطراف ،فانها تقرر انهاء إجراءات التوفيق وترفع تقريراً بشأن ذلك الى الأمين العام للمجلس².

نرى اذاً ان هذه الاتفاقية تماثل اتفاقية واشنطن من حيث مضمونها و احكامها الا ان الاختلاف يقع على صعيد الهدف اذ ان هذه الاتفاقية تسعى لجذب الاستثمارات العربية و تقتصر على مستثمري الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بينما اتفاقية واشنطن تتسع لمعظم المستثمرين الأجانب.

نبذة ثالثة: منظمة التجارة الدولية:

منظمة التجارة العالمية هي منظمة مقرها مدينة جنيف في سويسرا، مهمتها الأساسية هي ضمان تعزيز التجارة بأكبر قدر من السلاسة واليسر والحرية. وهي المنظمة العالمية الوحيدة المختصة بالقوانين الدولية المعنية

كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية و الإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية¹

[http://slconf.uaeu.ac.ae/images/part%203/\(24\)%20Kamran.pdf](http://slconf.uaeu.ac.ae/images/part%203/(24)%20Kamran.pdf)

² مصطفى بسيم عمام الدين ، النظم القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٥، ص ٢٧١.

بالتجارة ما بين الدول. حلت هذه المنظمة مكان ال "جات" وطورت نظام تسوية المنازعات المعتمد فيها ، ووضعت نظاماً فعالاً تلافى عيوب سابقه ويعرف ب: *Mémorandum d'accord* فقد اعتبرت المادة الرابعة من هذا النظام ان الدول الأعضاء عليها تحسين و تفعيل إجراءات المشاورات. وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها انه اذا قدم طلب المشاورات من احد الأطراف، وجب على الطرف الآخر الرد على الطلب في مهلة ١٠ ايام من تاريخ تسلمه. كما يجب عليه ان يدخل في المشاورات بحسن نية في مهلة لا تتجاوز ال ٣٠ يوماً من تاريخ تسلم الطلب. واذا انقضت المهلة دون أي رد ، حق للطرف الذي طلب المشاورات ان ينتقل مباشرة طلب تشكيل لجنة لحسم النزاع و ذلك وفقاً لأحكام المادة السادسة من النظام. كما اكدت الفقرة الخامسة من المادة الرابعة انه يجب على الأعضاء ان يسعوا خلال سير المفاوضات الي تسوية مرضية للنزاع قبل اللجوء الي أي اجراء آخر. و كأنها جعلت المرور بالوسائل الحبيو امراً ملزماً مسلطةً الضوء بذلك على اهمية هذه الوسائل.

وقد نصت المادة الخامسة من النظام على المساعي الحميدة ، الصلح و الوساطة ، فاعتبرت بفقرتها الأولى ان هذه الوسائل متاحة امام أطراف النزاع اذا ما اتفقا على اللجوء اليها. وقد اعتبرت الفقرة الثانية من المادة نفسها ان وجهات النظر المتبادلة اثناء المساعي الحميدة، الصلح او الوساطة تبقى سرية و دون تأثير على الحقوق التي يمكن للأطراف ممارستها فيما بعد.

وهذه الوسائل يمكن اللجوء اليها في أي وقت و يمن انهائها في أي وقت. و في حالة الانهاء يمكن لاي من الأطراف طلب تشكيل لجنة لحلّ النزاع.

و الأهم انه يعود للاميين العام بفعل صلاحياته ان يعرض هذه الوسائل على الأطراف بهدف فضّ النزاع. و من هنا نرى ان هذه المنظمة تسعى قبل أي شيء لحل النزاعات بالصلح و الوساطة ممّا يقودنا الي القول و الاعتراف بالتطور الذي تشهده هذه الوسائل على الصعيد الدولي و الي وعي المنظمات و حتى الدول المتنازعة لأهمية هذه الوسائل. و من المؤسف ان لا يكون لبنان عضواً في هذه المنظمة . و الي جانب الصلح لا بد لنا من التطرق الي الوساطة التي لا تقل باهميتها و إجراءاتها عن الصلح.

مبحث ثانى: الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية

الوساطة و قبل ان تكون وسيلة بديلة لحل المنازعات، هي ظاهرة اجتماعية قديمة اعتمدها الشعوب و الافراد لفض نزاعاتهم. ونظراً لأهميتها عمل بها على حقبات تاريخية متلاحقة مما جعل قوننتها وتطويرها قضائياً امراً ملحاً¹ لذلك سندرس في مطلب اول الاطار المفاهيمي للوساطة وفي مطلب ثانٍ موقف تشريعات بعض الدول من الوساطة في الحقل الإداري.

¹-Della Noce D.J., « Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference » , OHIO ST. J. ON DISP. RES., Vol. 17, 2002, p. 545.

مطلب أول: في الاطار المفاهيمي للوساطة.

فقرة أولى: ماهية الوساطة في العقد الدولي:

في البدء كان البقاء للاقوى وكانت القوة هي الوسيلة الوحيدة لحلّ المنازعات . ثم بدأت المجتمعات بالتطور وبدأت تظهر أفكار فلسفية تناهض العنف وتشجع على إحلال السلام الاجتماعي عبر وسائل عديدة منها الوساطة . والوساطة كانت في البداية تخضع للعادات داخل الجماعة ثم ما لبست ان تطوّرت بان تبنّتها وشرّعتها القوانين. لذلك سيصار الى تعريف الوساطة (فرع أول) وبعدها عرض عناصر الوساطة (فرع ثاني) وصولاً الى أنواع الوساطة (الفرع الثالث).

نبذة أولى: تعريف الوساطة

١-تعريف الوساطة في المعجم:

تعني الوساطة في اللغة اللاتينية « médiato » من كلمة « médiataire » بمعنى توسّط. ويقال « médiateur » بمعنى الشخص الوسيط او الموقّق، والوساطة في اللغة العربية كلمة مشتقة من "وسط" التي تدل على الشيء الواقع بين الطرفين.¹ وتعرّف الوساطة بمعناها العام انها تدخل من طرف ثالث يتوسط بين طرفيّ النزاع سواء اكانا شخصين ام جماعتين ام شعبين. وتهدف الى نقل القطبين من حالة الخصومة « adversité » من اللاتينية « ad- » « versari » (التفت ضد) الى حالة المحادثة « conversation » من اللاتينية « con-versari » (التفت نحو).² والوساطة في معجم المعاني الجامع هي محاولة فضّ نزاع قائم بين فريقين او اكثر عن طريق التفاوض والحوار والعرض الوساطة بين المتخاصمين.³ أي ان الوساطة بشكل عام تهدف الي حل النزاع القائم بين الطرفين ودياً بتقريب وجهات النظر بينهما و هذا عبر تدخل طرف ثالث يدعى الوسيط. هذا كان بالنسبة للتعريف العام و الموجود في المعجم الا ان هناك أيضاً تعريف قانوني للوساطة ينقسم بين التعريف الفقهي و التشريعي.

٢- تعريف الوساطة قانوناً:

أ-في الفقه

حتّى في نظرة الفقه للوساطة نرى وجهتين مختلفتين. فهناك فقه عرف الوساطة من الزاوية الاجتماعية المحض. فالفقيه « JEAN PHILIPPE TRICOIT » اعتبر ان الوساطة هي موجب أخلاقي اكثر منه

¹ الفراهيدي الخليل ابن احمد، كتاب العين، الطبعة الاولى، مكتبة لبنان، ٢٠٠٤، ص ٩٠١

² <http://m.facebook.com/syriancenter.34896.k8.red/posts/461008604004221>

³ <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%84%D9%88%D1%B3%D8%A7%D8%B7%D8%A9/>

اتفاق بين الطرفين على اللجوء الى هذه الوسيلة. بالنسبة لهذا الفقيه الوساطة هي أداة لحماية المجتمع و الافراد و المحافظة على المودة و تخييط النسيج الاجتماعي.¹

و كذلك الفقيه « MICHÈLE GUILLAUME-HUFNUNG » الذي اعتبر ان الوساطة هي طريقة لتسيير العلاقات الاجتماعية و المحافظة على الاستقرار الاجتماعي بفضل تدخل طرف ثالث محايد ولا يتمتع باي سلطو الزامية تجاه الفرقاء.²
الا ان هؤلاء الفقهاء التفتوا الى جانب فلسفي اجتماعي في تعريفهم للوساطة وسهوا عن الجانب القانوني.

ب في القانون

اعتبر الأستاذ علاء أبا ريان ان الوساطة وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه و محايد ومستقل، يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب من وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية وبدون ان يفرض عليهم حلا او يصدر قرارا ملزما.³

واعتبر الأستاذ عبد الرحمن بربارة ان الوساطة هي أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات، تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج مرفق القضاء، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر، بمساعدة شخص محايد.⁴

أي ان القانونيين قد اعتبروا ان الوساطة ستحقق مكاسب للطرفين و تضع حداً للنزاع دون ان يخرج احد اطراف النزاع من "الحلبة" خاسراً.⁵

ج- تعريف الوساطة في التشريع

عرف المشرع الاوروبي الوساطة بموجب المادة الثالثة من المرسوم الاوروبي رقم CE /52/2008 المؤرخ في ٢١ اذار ٢٠٠٨ و اعتبرها عمل مركب و منظم يسعى من خلاله اطراف النزاع، بارادتهم ، للتوصل الى حل للخلاف الناشئ بينها وذلك بمساعدة طرف ثالث.⁶

¹TRICOIT Jean-Philippe, la médiation judiciaire, L'Harmattan, Paris, p.15.

² « un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, le médiateur, neutre, indépendant, sans autre pouvoir ...»: GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, La médiation, PUF, Paris, 1995, p.74.

³أباريان علاء، الوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٦٥
⁴بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغدادية، الجازير، ٢٠١١، ص 599 .

⁵ <http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=131>

⁶ « Médiation, un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans

سنكتفي بالتعريف الذي قدمه المشرع الاوروبي لننتقل الى عناصر الوساطة.

نبذة ثانية: عناصر الوساطة.

سبق و عرفنا الوساطة، وبالامعان بالتعريف المعروضة نستنتج ثلاث عناصر اساسية تقوم عليها الوساطة، حيث لابد من وجود نزاع قائم بين الأطراف (ا)، ولابد من وجود طرف ثالث غير المتخاصمين (ب)، وأخيراً الصبغة الاتفاقية للوساطة (ج).

١-وجود نزاع قائم بين الأطراف

هذا شرط طبيعي للتمكن من اجراء وساطة، حيث انه لا جدوى من الوساطة في غياب أي نزاع بين الأطراف.اذ ان الوساطة كما ذكرنا تكون وسيلة لحل نزاع ناشئ. ومن الممكن ان ينفق الافرقاء على حلّ النزاع الذي ممكن ان ينشا عن طريق الوساطة، وهذا لا يتعارض مع ما قلناه حيث ان لا وساطة ولن تطبق هذه الوسيلة الا عند نشوء النزاع، حتى لو قرر الأطراف اللجوء اليها في بند خاص بالعقد. ويظهر هذا الشرط أيضا من التعريفات. مثلا تعريف المشرع الاوروبي الذي اعتمد فيه مصطلحات مثل "النزاعات" و "الخصوم" وهذه المصطلحات لا تستعمل الا اذا كنا بصدد نزاع قائم .

٢- وجود طرف ثالث:

أساس الوساطة يقوم على وجود شخص ثالث يسمى الوسيط وتكون مهمته التوفيق بين الأطراف لحلّ النزاع القائم متفادين بذلك التوجه الى القضاء. على ان هذا الوسيط يجب ان يتمتع بالاستقلالية فلا ينبغي ان يكون على علاقة بأحد الأطراف كي لا تغلب العاطفة على العقل وتحليل المعطيات. وكذلك يجب ان يكون حيادياً ينظر الى الموضوع بتجرّد تام. و بالطبع لا بد ان يكون ذو أهلية تمكّنه القيام بهذه المهمة. وغالبا ما يتوقف نجاح عملية الوساطة او فشلها على شخصية الوسيط و صفاته.¹ اذا بغياب الطرف الثالث لا مجال للتكلم عن عملية وساطة. اذ انه من الممكن ان يتوصل الفرقاء في ما بينهم الى صيغة عدلّة ترضيهم دون اللجوء الى وسيط.

lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur (...) ». Art. 03/1 de Directive 2008/52/CE, du Parlement européen et du Conseil européen du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, modifié le 21 mai 2011, J.O.U.E, du 24 mai 2008, L136/3, en annexe III.

¹ أبا ريان علاء ، المرجع السابق ، ص ١٢٦

٣- الطابع الاتفاقي للوساطة:

الطابع الاتفاقي للوساطة يعني ان رأي الوسيط غير ملزم للأطراف. فالوسيط لا يستطيع ان يفرض رايه، اذ ان قراره لا يعتبر قضائيا ملزماً كما هو الحال في الاحكام القضائية او التحكيم. فالمهمة الرئيسية للوسيط تكمن في تقريب وجهات النظر بين الأطراف بعد ان يدرس القضية بدقّة، تاركاً لهما الحرية المطلقة بقبول الحلول التي توصل اليها من عدمه. فالأطراف انفسهم ، لا بد ان يقتنعوا بالحلول المعطاة من الوسيط او ان يتوصلوا بأنفسهم الى حلّ منصف يحفظ حقوق الطرفين ، على ان لا يخالف النظام العام و الاداب العامة. أي ان هذا الطريق يقوم بالأساس على احترام سلطان إرادة الافرقاء في البحث عن حلول ترضيهم.¹

نبيذة ثالثة: أنواع الوساطة:

بعد ان عرّفنا الوساطة وبيّنا عناصرها ، لا بد ان نميز بين مختلف أنواعها لنرى ايّا منها يتماشى اكثر مع خصوصية النزاعات الإدارية. لذلك سنعرض لمفهوم الوساطة القضائية (ا) و الوساطة الاتفاقية (ب).

١- الوساطة القضائية:

الوساطة القضائية تتم تحت اشراف القضاء. فعندما يتوجه الفرقاء لرفع دعواهم امام القضاء، يقوم القاضي الناظر بالدعوى بعرض الوساطة على الاخصام. و العرض ممكن ان يكون بمبادرة من القاضي له سلطة استئنائية فيه او ان يكون القاضي ملزماً بعرض الوساطة اذا كان قانون البلد يلزمه بذلك كما في الجزائر مثلاً. (سيصار الى شرحه في المطلب الثاني). او ان يكون هناك قضاة وساطة تكون مهمتهم فقط اجراء الوساطة بين الأطراف. فهو ليس قاضٍ عادي بل يطلق عليه وصف "السلطة المستقلة" و دوره الأساسي يتعلق بوظيفته كوسيط ومخاطب للراي العام كما هو الحال في فرنسا « MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE ».²

٢- الوساطة الاتفاقية:

على عكس الوساطة القضائية، الوساطة الاتفاقية تقوم على قرار الافرقاء اللجوء الى هذه الوسيلة بعيدا عن القضاء. فالاطراف تقرر اللجوء الى الوساطة اما بعد نشوء النزاع فيختاروا الوسيط الذي يطبق إجراءات الوساطة المتفق عليها، اما قبل نشوء أي نزاع أي يتم الاتفاق على هذه الوسيلة ببند محدد في العقد. وبهذا المعنى تعتبر الوساطة الاتفاقية وسيلة غير قضائية ، يقوم من خلالها الوسيط بتقريب وجهات النظر بين الأطراف سعياً منه الى وضع حد للنزاع دون ان يكون رايه ملزماً، مما يقودنا الى القول بانه اذا فشلت الوساطة يبقى للأطراف العودة الى القضاء و عرض نزاعهم امامه ليصدر حكماً يكون ملزماً لها.

¹ Joly- Hurard J., Conciliation et médiation judiciaires, Coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, Presses universite d'Aix Marseille, 2003, p.105.

² د. فرحات فوزت ، القانون الإداري العام، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤، ص ٢٠٢

وبعد ان بيّنا الاطار العام للوساطة سنبحث في الفقرة الثانية موقع الوساطة في العقود الدولية.

فقرة ثانية: الوساطة في العقود الدولية:

طالما ان التحكيم اضحى وارداً و مسموحاً في العقود الإدارية الداخلية و الدولية، فليس ما يمنع الدولة من اللجوء الى الوساطة لحلّ خلافاتها. و هذا الشيء طبيعي طالما ان الوساطة لا تلزم الأطراف باي قرار عكس التحكيم الذي ينتهي بقرار تحكيمي ملزم للدولة. و الكثير من المراكز الدولية اعتمدت في قواعدها الوساطة كوسيلة لفضّ النزاع و نظمت إجراءاتها. سنتطرق في هذه الفقرة الى غرفة التجارة الدولية CCI (نبذة أولى) و مركز الوساطة و التحكيم في باريس CMAP (نبذة ثانية)

نبذة أولى: غرفة التجارة الدولية

تأسست هذه الغرفة سنة ١٩١٩ و تهدف الى خدمة قطاع الاعمال الدولي عبر تعزيز التجارة و الاستثمار. و تعمل على حلّ المنازعات بالطرق السلمية معتمدةً على التحكيم و الوساطة. وقد نصت الغرفة في المادة الاولى من قواعد الوساطة ان يقوم المركز الدولي للتسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية على اعمال قواعد الوساطة المعتمدة من قبل الغرفة الا اذا اتفق الفرقاء على قواعد أخرى. و اذا كان هناك اتفاق مسبق للجوء الى الوساطة او حتّى بدون وجود اتفاق مسبق، يمكن لأحد الاطراق تقديم طلب "طلب الوساطة" الى المركز الذي يعلم الطرف الآخر بالطلب او "بالإقتراح" اذا لم يكن هناك اتفاق مسبق.¹

وقد حددت القواعد في موادها أمور كثيرة مثل التبليغات، اللغة المعتمدة، تعيين الوسطاء، وقت الوساطة....ومن هنا نرى ان هذه الغرفة تتيح امام الدولة الطرف في نزاع اللجوء الى الوساطة و محاولة فض النزاع بصورة سلمية دون ان يكون هناك أي قرار يلزم الدولة. ممّا يعني انه من مصلحة الدولة اللجوء أولاً الى الوساطة و تفادي المحاكم علماً ان ليس هناك ما يمنع من اللجوء الى التحكيم في حال فشل الوساطة.

نبذة ثانية: غرفة الوساطة و التحكيم في باريس.

يتم اللجوء الى هذه الغرفة عادةً من قبل المؤسسات العامة لحسم نزاعاتها مع اشخاص القانون الخاص سواء اكان النزاع ناشئ عن عقد داخلي او دولي.² يمكن اللجوء اليها اذا نص العقد على إحالة النزاعات الناشئة الى هذه الغرفة ، او باتفاق الطرفين اللاحق لنشوء النزاع. وقد اعتمدت هذه الغرفة نظاماً للوساطة يحدد كيفية اللجوء الى الغرفة و ما هي الاوراق التي يجب ربطها بطلب الوساطة. كما حدد النظام مهلة الرد على طلب الوساطة بـ ١٠ ايام. و يختار المركز الوسيط على ان تتوفر فيه الحيادية و الاستقلال و النزاهة.³

هناك الكثير من المنظمات الأخرى التي اعتمدت على الوساطة و نظمتها منها كما سبق و ذكرنا منظمة التجارة العالمية و معهد الخبرة، التحكيم و الوساطة IEAM فالوساطة لم تواجه أي عوائق على الصعيد الدولي لكن تضاربت الآراء بخصوصها على الصعيد الداخلي.

¹ المادة الاولى و الثانية من قواعد الواسطى لدى غرفة التجارة العالمية الذي دخل حيز التنفيذ في ١-١-٢٠١٤.

² <http://www.cmap.fr/offre/administration/>

³ <http://www.cmap.fr/le-cmap/reglement-de-mediation/>

مبحث ثانى: قابلية خضوع النزاع الإداري للوساطة على الصعيد الداخلى:

من المتفق عليه قانوناً واجتهاداً أن الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات ، تطبق في الحقلين المدني و التجاري. وقد ساهمت الوساطة الى الحد من عدد المنازعات في هذين الحقلين. لذلك كان من الطبيعي السعي الى توسيع مجال تطبيق هذه الوسيلة لتشمل المنازعات الإدارية. هذا الامر كان موضوع خلاف فقهي نظرا الى خصوصية المنازعات الإدارية. فتباينت الآراء وانشطرت الأفكار حول هذا الموضوع بين مؤيد و رافض. لذلك سنعرض فيما يلي موقع الوساطة في النزاعات الإدارية في فرنسا (فقرة أولى) و في بعض الدول العربية (فقرة ثانية).

فقرة أولى: الوساطة فى النزاع الإداري فى فرنسا.

ان فرنسا تعتبر من اكثر الدول تطورا وتقدماً لجهة اعتماد وسائل بديلة للقضاء في حل المنازعات. الا ان الفقه الفرنسي انقسم بين مؤيد و معارض لقابلية خضوع النزاع الإداري للوساطة. الا ان هذا الانقسام لم يدم طويلاً، وفعلاً قد تم حسمه بفعل القانون الصادر عام ٢٠١٦ في فرنسا. سيصار الي تبيان مختلف الآراء وعلى ماذا اعتمدت لتؤيد (فرع أول) او ترفض (فرع ثانى) الوساطة في المنازعات الإدارية واصلين الى حسم النزاع بالقانون الصادر مؤخرا (فرع ثالث).

نبذة أولى: الفقه المعترض على إمكانية الوساطة فى المنازعات الإدارية.

اعتمد مؤيدو هذا الاتجاه على امرين أساسيين لدعم وجهة نظرهم. الأول تشريعي يجد اسسه في القوانين والثاني يعتمد على الخصوصية التي يتمتع بها النزاع الإداري.

١- الأساس القانوني.

عندما نتطرق الى الأساس القانوني لا يعني ذلك ان المشرع الفرنسي لا يعترف بالوساطة مطلقا ولم ينظم إجراءاتها. بل على العكس ، فقد جاء اعتراف المشرع واضحا و صريحا عندما افرد بعض المواد التي تنظم الوساطة.

في الواقع اعتبر انصار الاتجاه الرافض للوساطة في الحقل الإداري ان المشرع كان واضحا عندما تبنى الوساطة في المواد المدنية والتجارية وساد الغموض فيما خص المنازعات الإدارية.

فصحيح ان المشرع اعترف صراحة بالوساطة في قانون ١٧ كانون الثاني ٢٠٠٠ ، وتم تنظيمها في المواد ١٣١-١ حتى ١٣١-١٥. وقد اعتبرت المادة ١٣١-١¹ ان للقاضي المعروض امامه النزاع الحق بان يعين شخص ثالث يستمع للفرقاء ويقرب وجهات النظر بينهم في محاولة للتوصل لحل النزاع. وصحيح ان المشرع

¹ Article 131-1 COC: Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

لم يخاطب القاضي المدني تحديدا بل جاءت الصياغة عامة و شاملة ، الا ان هذه المواد جاءت في قانون أصول المحاكمات المدنية.

و ادراج هذه المواد في قانون أصول المحاكمات المدنية فسّره الاتجاه المعارض انه علامة واضحة من المشرع على تخصيص الحقل المدني دون غيره للوساطة¹.

فمن غير المنطقي توسيع احكام قانون أصول المحاكمات المدنية وتطبيقه على المنازعات الإدارية التي لها من ناحية أولى خصوصية معينة و من ناحية ثانية مواد خاصة تنظمها بمنأى عن القانون المدني.

لم يكتف أصحاب هذا الاتجاه بهذه الحجة بل دعموها بما جاء في المادة السادسة من المرسوم الاوروبي CE /52/2008 في 21 اذار 2008 حيث جاء فيها : « La médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale. »

فاعتبروا ان المشرّع الاوروبي اكد على وجهة نظرهم اذ انه حصر استعمال الوساطة في المواد المدنية والتجارية ضاربا بعرض الحائط أي تفسير يرجى منه تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية.

٢-المبادئ العامة:

كانت فرنسا السبّاقة الى اعتماد مبدأ فصل السلطات . و قد نتج عن هذه المبدأ مبدأ آخر وهو توزيع الاختصاصات في صلب كل سلطة. لذلك اعتبر أصحاب هذا الاتجاه ان تطبيق القضاء الإداري لاحكام جاءت في القانون المدني تعتبر تعدّ على اختصاص القضاء العدلي.

و اذا كانت الإدارة ترفض الخضوع لاختصاص القضاء العدلي وتصرّ على ان تستفيد من الامتيازات المعطاة لها ادارياً، فمن باب أولى ان لا نخضعها للوساطة خاصة و ان الوسيط يمكن ان يكون شخص عادي من خارج الجسم القضائي. فهل من المعقول ان نسلب القاضي الإداري اختصاصه في وضع حد للنزاع القائم بين الإدارة والفرد من خلال إصداره الاحكام واعطائه لجهة غير قضائية؟²

و الأهم ان المهمة الاولية للقاضي الإداري تكمن في ممارسة الرقابة على الاعمال الإدارية، الامر الغير متحقق بالنسبة للوسيط الذي يسعى الى تقريب وجهات النظر بين الأطراف وصولاً الى حل يناسب جميع الافرقاء.³

وبعيدا عن الاختصاص القضائي ، يصطدم تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية بالنظام العام. فمن المعلوم ان الهدف الرئيسي او الفكرة الرئيسية من النظام العام تكمن في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.⁴ والإدارة بكل اعمالها تهدف الى تحقيق المصلحة العامة و بالتالي كل اعمالها تكون مبدائياً متعلقة بالنظام العام الذي لا تجوز مخالفته. من هذا المنطلق لا تستطيع الإدارة ان تذهب الى جهة غير قضائية لحل منازعاتها او لجهة غير تلك المحددة لها قانوناً ، و الا اعتبر تصرفها ماساً بالنظام العام ووجب ابطاله

¹فاتح خلاف ، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر-بسكرة، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ١٥٨.

² عبد النعيم محمد احمد ، مدى اخلال الية التوفيق الاجبارية بحق النقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة ، جمهورية مصر العربية، 2006 ص 135.

³ الباحث فاتح خلاف ، مرجع سابق، ص 163.

⁴ درويبي علي محمد علي ، الصلح القضائي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى 2015، ص 415 .

نبذة ثانية: الفقه المؤيد لقبلية اخضاع المنازعات الإدارية للوساطة:

امام الراي الرافض للوساطة في المنازعات الإدارية هناك تيار مؤيد لها . وتأييدهم جاء اما نتيجة تفسير مغاير للقوانين اما لعدم تشدهم في تطبيق المبادئ العامة.

١- الأساس القانوني:

اعطت المادة 4-211 من ¹ Code De Justice Administrative إمكانية للقاضي بعرض التوفيق ، إلا ان هذا غير ملزم من جهة ومن جهة أخرى لم تحدد المادة اية إجراءات يتبناها القاضي اذا ما اختار عرض التوفيق.

وفي السياق نفسه جاء في المادة R-621-1 من القانون نفسه انه و ان لم يكن باستطاعة القاضي الإداري ان يجبر الأطراف ان "يتفقوا" الا ان باستطاعته ان يامر باللجوء الى الوساطة وتوكيل موفق خبير، وذلك من تلقاء نفسه او بناءً على طلب احد الافرقاء.²

ولابد من القول ان المادتين كانتا واضحتين لجهة إعطاء القاضي "إمكانية" اللجوء الى التوفيق. وبالتالي هذا امر غير ملزم بالنسبة للقاضي. وقد جاء في هذا السياق قرارات عدة نذكر منها VERTIER 1989 و SNCF 2011. ففي اطار نزاعها مع ال STIF لجأت ال SNCF الى المحكمة الإدارية في باريس طالبة منها ان تعين موفق وذلك على أساس المادة 4-211 السابقة الذكر. رفضت المحكمة الطلب مما حثت ال SNCF على الاعتراض على هذا القرار امام مجلس شورى الدولة ، مما سمح لهذا الأخير ان يؤكد على قراراته السابقة. ففي قرار VERITER جاء:

« considérant qu 'en égard à la nature de la mission confiée aux tribunaux administratifs, la décision par laquelle un tribunal administratif refuse d'exercer ladite mission n'est pas susceptible de recours »³

حيث اعتبر قرار القاضي الإداري برفض طلب احدى الأطراف اللجوء الى التوفيق ،قرارا إداريا نهائيا لا يقبل أي طريقة من طرق المراجعة. وهنا نرى استثنائية غير مبررة معطاة للقاضي الإداري اذ ان من مصلحة هذا الأخير اللجوء الى التوفيق لحل النزاع .ففي استخدام هذه الوسيلة توفير للوقت و تعزيز للعلاقة

¹Article 211-4 CIJ : Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées.

² R621-1 :La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation. (Modifié par Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 - art. 23).

³ CE,Ass,23 juin 1989, Veriter,n°84799 ; CE 27 février 1998,Bidalou, n°146858 ; CE 1 aout 2012,SNCF, n°358157.

بين الفرد و الإدارة و بالتالي نحصل على حل يرضي الطرفين لانه اتّخذ بناءً على قناعاتهم. فكان حرّياً بالمشرع الفرنسي ان يلزم القاضي الإداري بعرض التوفيق لما له من مزايا و إيجابيات.¹

لذلك اعتبر أصحاب هذه الوجهة، ان المشرع أجاز استخدام الوساطة في حل المنازعات الإدارية حينما اعطى للقاضي الإداري "إمكانية" عرض التوفيق على الافرقاء.

وهذه الامكانية أعطيت بدايةً لقضاة المحكمة الإدارية (الدرجة الاولى) وذلك عبر قانون رقم ٨٦-١٤ الصادر في الأوّل من كانون الثاني ١٩٨٦. ومن ثم اعطي لقضاة المحاكم الاستئنافية الإدارية في العام ٢٠١١ بالقانون رقم ١٨٦٢-٢٠١١. أمّا حق القاضي باختيار موقّف فقد أقره المرسوم رقم ٢٦٤-٢٠١٠ في ٢٢ شباط ٢٠١٠.² علما ان الاجتهاد كان قد اعتمده منذ ال ٢٠٠٥.³

أمّا الوساطة فلم تعرف طريقها الى المادة الإدارية في القانون الفرنسي حتّى سنة ٢٠١١، وكان ذلك بتطبيق توجيهات المشرع الاوروبي الصادرة في ٢٠٠٨ فيما يخص الوساطة في المواد المدنية و التجارية على المواد الإدارية.

فقد جاء في المادة ٧٧١-٤٣ من القانون ان النزاعات العابرة للحدود التي يعود امر النّظر بها الى القاضي الإداري ، ممكن ان تحلّ بالوساطة وذلك ضمن الشروط التي نصّت عليها المادة ٢١ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ تاريخ ٨ شباط. فالمادة ٢١ اعتبرت ان الوسيط يجب ان يقوم بمهمته بحيادية و عناية و يجب ان يكون كفوء. كما اضافت المادة ان الوساطة تكون عادة سرية الا اذا اتفق الأطراف على عكس ذلك. و ان الاتفاق الذي سيتوصل اليه الافرقاء لا يمكن ان يحقّق لا يتمتعون بها.

وبالعودة الى المادة ٧٧١ لا بد من معرفة ما المقصود النزاعات العابرة للحدود. وبالفعل فقد حددت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٧١ مفهوم هذه النزاعات فاعتبرت ان النزاع يكون عابر للحدود اذا كان، عند اللجوء الى الوساطة، احد الأطراف على الأقل يسكن ببلد تابع للاتحاد الاوروبي غير فرنسا و الطرف الآخر يسكن في فرنسا.

¹ الباحث فاتح خلاف ، مرجع سابق، ص ١٦٨ .

² 12^{ème} congrès de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA), les modes alternatifs de règlement des différends en matière administrative, rapport présenté par le Conseil d'Etat de France , Istanbul 2016, p 6.

³ CE, Sect, 11 février 2005, Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur , n°259290

⁴ Article L-771-3 CJA: Les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux [articles 21, 21-2 à 21-4](#) de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Est transfrontalier, au sens du présent article, le différend dans lequel, à la date où il est recouru à la médiation, une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France et une autre partie au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle en France.

Le différend transfrontalier s'entend également du cas où une instance juridictionnelle ou arbitrale est introduite en France entre des parties ayant recouru préalablement à une médiation et étant toutes domiciliées en ayant toutes leur résidence habituelle dans un autre Etat membre de l'Union européenne à la date à laquelle elles ont recouru à la médiation.

فيوضح إذاً من هذه المواد ان المشرّع قبل صراحة بفكرة الوساطة في المادة الإدارية. وقد اعتمد رواد هذه الوجهة أيضاً على عدم التشدد في تطبيق المبادئ العامة.

٢- عدم التشدد بتطبيق المبادئ العامة:

يظهر جلياً ممّا تقدم ان تطبيق الوساطة في المادة الإدارية لن يكون تعديّ على اختصاص القضاء العدلي او قانون أصول المحاكمات المدنية . فهناك نصوص كما سبق ووضحنا تشرّع الوساطة في الحقل الإداري ، و بالتالي فان استعمال هذه الوسيلة في حل المنازعات الإدارية ليس تعديّ على الاختصاص القضائي بل يكمن اعتباره مكمل له، إذ ان القانون الإداري استعان بالمواد ٢١-١ الى ٢١-٤ من قانون ٨ شباط المتعلق باصول المحاكمات المدنية.

الا ان الاجتهاد اتفق على اعتبار اختصاص القضاء الإداري المتعلّق بمشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة هو اختصاص حصري.

أمّا لناحية النظام العام ، فصحيح ان مجلس الشورى في الكثير من قراراته سلّط الضوء على ان فض المنازعات الإدارية يعود الى القضاء الإداري. ومنها القرار الصادر في ٢٥ كانون الثاني ١٩٨٧¹. إلا ان المصلحة العامة تتحقّق اذا ما انحلت النزاع بوقت وكلفة أقلّ. كما وان مصلحة المحاكم تتحقّق وذلك بعدم تكديس الملفات امامها. فهذه مشكلة كبيرة يعاني منها القضاء الفرنسي، حيث تشير احصائيات جرت في العام ٢٠٠٩-٢٠١٠ ان ٩٠٪ من القضايا المطروحة امام القضاء الإداري لا يتم الفصل فيها الا بمضي سنتين على الأقل من تليخ رفع الدعوى.²

وبعدما راينا في القسم الاول تطوّر التحكيم في المنازعات الإدارية في فرنسا وكيف اصبح ممكناً، فمن باب أولى اعتبار الوساطة وسيلة مشروعة في حل المنازعات الإدارية. فالمحكّم يصدر قراراً ملزماً لأطراف النزاع على عكس الوسيط الذي تقتصر مهمّته على تقريب وجهات النّظر دون ان تؤدي الوساطة قطعاً الى حلّ الخلاف. هذا بالإضافة الى ان المحكّم يصدر قراراته بناءً على قواعد القانون المختار من الأطراف دونما الاخذ برايهيم او انتظار موافقتهم ، على عكس الوساطة التي تتطلب رضی الأطراف و بالتالي تكون الوساطة، من هذا المنظور، افضل للإدارة.

نبذة ثالثة: الوضع الحالي للوساطة في المنازعات الإدارية في فرنسا:

ممّا سبق نستنتج ان الوساطة في المنازعات الإدارية محصورة في المنازعات العابرة للحدود . لكن الوضع في فرنسا اليوم قد اختلف بعد قانون ١٨ كانون الاول ٢٠١٦ حيث جاء الفصل الثاني منه بعنوان Favoriser les méthodes alternatives de résolution des différends أي بمعنى تفضيل حل المنازعات بالطرق البديلة.

واهم ما اقدم عليه المشرّع في هذا الفصل ، ان الغى المادة ل. ٢١١-٤ السابقة الذكر، وخصص فصل شرح فيه الاجراءات وكيف تتم الوساطة اذا كانت بمبادرة من الافرقاء او من القاضي. وللأسف فقد ابقى المشرّع على موضوع عدم خضوع قرار القاضي باجراء او عدم اجراء الوساطة الى أي طريقة من طرق المراجعة.

¹ الباحث فاتح خلاف ، مرجع سابق، ص ١٧٣ .

² DE MONTECLER Marie-Christine, « le juge administratif maîtrise la croissance du contentieux », Actualité juridique ,Droit administratif, 2011, p.869.

واعتبر ان التوفيق الذي كان يجري حسب المادة ل. ٢١١-٤ تطبق عليه احكام الوساطة أي تبدل كلمة conciliation بكلمة médiation .

وقد جاء في هذا القانون انه و على سبيل التجربة، ولمدة أربعة سنوات من تاريخ العمل به ، تكون مراجعات بعض الهيئات التي تخضع لاحكام القانون رقم ٨٣-٦٣٤ خاضعة الزامياً للوساطة¹ وكذلك حذف هذا القانون تعبير Transfrontaliers من المادة ل. ٣-٧٧١ التي سبق ذكرها.

وبالتالي نرى ان الموقف اصبح محسوما وبوضوح ،حيث ان النصوص التي تتعلّق بالوساطة في المنازعات الإدارية لم تعد مبعثرة كما كانت ولم تعد غامضة لتثير الشكوك وتسمح باختلاف فقهي حولها. فالمشرع الفرنسي بعد ان تردّد في البداية بان يترجم أهمية الوساطة في النصوص الخاصة بالمنازعات الإدارية ، عاد و اوضحها في قانون ٢٠١٦ و خصص لها فصلا كاملاً. حتّى أنّه عمّمها فلم تعد مقتصرة على المنازعات العابرة للحدود. و الابدع من ذلك انه جعل الوساطة الزامية في بعض المجالات. فما هو الوضع في الدول العربية؟

فقرة ثانية:الوساطة في النزاع الإداري في بعض الدول العربية.

تختلف البلدان العربية من حيث محاكاتها لتطوّر الوسائل البديلة لحل النزاعات. فمنها من نظم قوانين ترعى الوساطة مثل الجزائر (فرع اول) و مصر(فرع ثاني) ومنها من بعده في الخطوات الاولى لمسيرة الالف ميل مثل لبنان (فرع ثالث).

نبذة اولي: الوساطة في النزاع الإداري في الجزائر:

حدد قانون الاجراءات المدنية والإدارية و الاجراءات المتّبعة في النظام الوساطة كاجراء بديل لحلّ المنازعات وهذا في المواد ٩٩٤ الى ١٠٠٥ ، كما تضمّن المرسوم التنفيذي رقم ١٠٠-٠٩ المؤرّخ في ١٠-٣-٢٠٠٩ الذي يحدد كيفية تعيين الوسيط القضائي². نرى اذا ان المشرّع وضع احكام خاصة للوساطة بالفصل الثاني من الباب الاوّل من الكتاب الخامس من القانون ٠٨-٠٩ الذي يحمل عنوان الاجراءات المدنية و الإدارية. للبعض يكون الامر محسوم بمجرد النظر الى عنوان القانون فيسلموا بإمكانية الوساطة في المنازعات الإدارية. وفئة أخرى غاصت في احكام القانون و مواده فرفضت فكرة الوساطة. لقد جاء في المادة ٩٩٤ من القانون المذكور " يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد ، باستثناء قضايا شؤون الاسرة والقضايا العمالية..." الى هنا النص واضح فالمشرّع أولى

¹ Article 5 Chapitre 4 ,Loi du 18 novembre 2016 : A titre expérimental et pour une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la présente loi, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

² www.mohamah.net/law/الوساطة-في-قانون-الاجراءات-المدنية/

القاضي صلاحية عرض الوساطة في جميع المواد لا بل الزمه "يجب". إلا أن المشرع اكمل المادة و أضاف على الاستثنائين السابقين جملة: "وكل ما من شأنه ان يمس النظام العام"¹ وهنا خلق المشرع الجزائري انشطاراً بين رأيين متناقضين ،منهم من رفض فكرة الوساطة و منهم من ايدها. أما الفقه الرفض فاعتمد على امرين أساسيين ، أولهما عبارة "كل ما من شأنه ان يمس النظام العام" الواردة في المادة 994. هذا النوع من المنازعات الادارية يهدف بحله الى تحقيق المصلحة العامة كما انه يتعلق بمصالح المجتمع العليا التي تسمو على المصالح الفردية، الامر الذي يحول دون جواز مخالفتها.² وبما ان المصلحة العامة هي أساس عمل الإدارة ،وبما ان جميع القواعد التي تحكم العمل الإداري متعلقة بالنظام العام ،فلا يجوز بالتالي تسويتها عن طريق الوساطة. هذه ضريبة خصوصية القانون العام، اذ ان في القانون الخاص الوضع يكون مختلفاً حيث ان الأطراف تسعى الى تحقيق مصالحها الشخصية بعيداً عن المصلحة العامة. وبالتالي لهم ان يحلوا نزاعاتهم بالطرق القضائية والغير قضائية على حدّ السواء. فالدّمة المالية للشخص تكون خاصة به وله حق التصرف بها كما يشاء، على عكس الدّمة المالية للشخص العام التي يربحها منها تحقيق المصلحة العامة.³

والامر الثاني الذي اعتمد عليه اصحاب هذا الاتجاه هو تباين النظام القانوني الذي يخضع له اطراف النزاع والذي يخلق تفاوت في المركز القانوني. فهناك نظام خاص يميز المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، اذ ان هناك مبادئ تحكم الإدارة ولا يجوز مخالفتها كمبدأ عدم جواز التصرف بالاموال العامة ، ومبدأ عدم جواز التفاوض بشأن مسائل تتعلق بالمشروعية.⁴

أما الطرف الآخر في المنازعة الإدارية يخضع لقواعد القانون الخاص التي تعطيه الحرية الكاملة في التصرف بحقوقه. فهذا التباين في النظام القانوني يخلق تفاوت في المركز القانوني للأفراء، اذ انه يولي الإدارة امتيازات كثيرة ويعطيها مركزاً قوياً لا يجوز لها ان تنتازل عنه. وهذه الامتيازات لا تترك الإدارة على نفس الدرجة مع الافراد امام القضاء، عكس القانون الخاص حيث هناك مساواة بين اطراف النزاع امام القضاء.⁵ وبالتالي استبعد هذا الراي إمكانية استخدام الوساطة في حلّ المنازعات الإدارية جازمين انها لن تؤدي الى إيجاد حل مرض للأطراف وذلك لتباين مصالحهم. فالإدارة تسعى الى تحقيق المصلحة العامة أما الطرف الآخر سيسعى حتماً الى تحقيق مصلحته الشخصية التي تتعارض في معظم الوقت مع المصلحة العامة.

لكن هذا الاتجاه تعرّض للنقد. فاعتبر فريق من الفقهاء ان الوساطة ممكنة في المنازعات الإدارية معتمدين على قراءة النصوص القانونية و موقعها. فقد ادرج المشرع الجزائري الوساطة ضمن باب مستقلاً عنوانه الطرق البديلة لحلّ المنازعات، فيستنتج ان المشرع لم يستثن المنازعات الإدارية و الا كان نص على الوساطة ضمن الباب الخاص بالمواد المدنية او كان أورد ما يفيد ان الطرق البديلة تنطبق فقط على المواد المدنية. وكذلك عبارة "مسايرة تطورات القوانين المقارنة لاسيما منها تلك التي تتشابه فيها تنظيماتها القضائية مع التنظيم المعمول به لدينا".⁶ هذه العبارة تكون دلالة واضحة على نية المشرع الجزائري بتشريع الوسائل البديلة اذ ان هذه الوسائل هي اهم ما شهدت القوانين مؤخرًا خاصة في الحقل الإداري.

وقد استعان هذا الفريق أيضا بالمرسوم الرئاسي رقم 294-51 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و

¹ الباحث فاتح خلاف ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

² الباحث فاتح خلاف ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ .

³ فاتح خلاف ، الوساطة لحلّ النزاعات الإدارية في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، عدد ١١، ص ٤٣٥ .

⁴ فاتح خلاف ، مرجع سابق، ص ٢٠٩ .

⁵ فاتح خلاف ، الوساطة لحلّ النزاعات الإدارية في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، عدد ١١، ص ٤٣٦ .

⁶ الاعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم ٠٨-٠٩ .

تفويضات المرفق العام، حيث أجازت المادة 515 منه للدولة و الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، اللجوء إلى الحل الودي لتسوية بعض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها، وألزمت المصلحة المتعاقدة بتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود الصفقات العمومية بطريقة ودية، ولو أراد هذا المرسوم حظر أعمال الوساطة في هذا المجال، لفيد اختيارها بطريق ودي محدد بذاته، بأن يذكر الصلح أو التحكيم على سبيل الحصر¹.

واعتمد هذه الفريق على قراءة أخرى للمادة ٩٩٤ من القانون المذكور حيث اعتبروا ان مصطلح "قاضي" جاء شاملاً وبالتالي المشرّع قصد فيه كل من القاضي المدني و الإداري. وان المشرع لو قصد غير ذلك كان ليستثنى القاضي الإداري صراحة من النص. خاصة وان الشق الثاني من المادة استثنى صراحة النزاعات التي يحظر تسويتها عن طريق الوساطة الا و هي قضايا شؤون الاسرة و النظام العام و قد اعتبر انصار هذا الاتجاه ان للقاضي الإداري المعروض امامه الموضوع ان يحدّد مدى تعلّقه بالنظام العام و بالتالي إمكانية عدم إمكانية اجراء الوساطة.

وبالتالي نرى ان المشرّع يفهم و يعي اهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحلّ المنازعات، وانه لم يمنع استعمالها لحلّ المنازعات الإدارية. على أنه احتراماً للنظام العام لا بد من التمييز بين قضاء المشروعية حيث تمنع الوساطة لحلّ النزاع، وقضاء الحقوق الذي هو الأرض الخصبة لمثل هذه الوسائل.

نبذة ثانية: الوساطة في النزاع الإداري في مصر.

في مصر صدر قانون ٠٧ سنة ٢٠٠٠ بانشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها. وقد جاء في المادة الاولى منه ان " ينشأ في كل وزارة او محافظة او هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة او اكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية و الإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها..." وقد اعتبر الفقه ان المادة الاولى أعلاه جاءت شاملة جداً وهذا امر من غير المنطقي تطبيقه على المنازعات الإدارية التي تتمتع بخصوصية كبيرة. إلا ان المواد ٤ و ١١ من القانون نفسه قد حددت بعض المنازعات التي تخرج عن الاختصاص المعطى لهذه اللجان و نذكر على سبيل المثال لا الحصر منازعات وزارة الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتها، المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الاعتبارية العامة، المسائل التي يختص بها القضاء المستعجل....

لم يسلم هذا القانون من الانتقادات حيث اعتبر الراي الرافض للوساطة في المنازعات الادارية انه مخالف للمادة ٦٨ من الدستور المصري التي تنص ان " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة.... ويحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل او قرار اداري من رقابة القضاء." مما اعتبره البعض يثير التعارض بين قدسية النصوص الدستورية و فلسفة نظام الوساطة. و حق التقاضي هو حق الفرد بان يطلب من القضاء احقاق العدالة بشأن حق من الحقوق على ان يكون هذا الاخير شرعي و دستوري². اذا يعتبر حق التقاضي الوسيلة المثلى لبلوغ العدالة فاذا ارهقه المشرع بقيود تصعب الوصول الى هذه العدالة، كان ذلك اخلايا بالحماية التي كفلها الدستور. و في الحقيقة لا يمكن القول عن أي نظام انه نظام ديموقراطي

¹ فاتح خلاف، مرجع سابق، ص ٢١٤.

² FAVOREAU Louis, droit des libertés fondamentales, 3eme édition, 2005, P 272.

الا اذا ضمن للافراد و المواطنين حق اللجوء الى القضاء¹ اذ ان هذا الحق يرتبط ارتباطا وثيقا بالكثير من الحقوق الأخرى مثلا حق الدفاع.

فاعتبر الاتجاه الرافض للوساطة ان حق التقاضي حق جوهرى لا يجوز تقييده معتبرين ان كل تقييد للمطالبة القضائية هو في الواقع تقييد لوظيفة القضاء في القيام باختصاصه و انه مع التسليم باعطاء الدستور للمشرع سلطة تنظيم الحقوق، فهي سلطة غير مطلقة بل مقيدة بعدم اهدار الحق ذاته او الاعتداء عليه.² كما اعتبر أصحاب هذا الراي ان ما جاء في المادة ١١ من الزامية العودة الى اللجان في المنازعات التي هي من اختصاصها ، هو امر غير جائز اذ ان هناك إشكالية مثارة حول طبيعة هذه اللجان. فاصحاب هذا الاتجاه اعتبروا ان هذه اللجان ليست لجان قضائية باعتبار انه يدخل في تشكيلها عضوان من غير رجال القضاء. كذلك اعتمد أصحاب هذا الراي على المادة ١٧٢ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ التي اعتبرت ان: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية في الدعاوي التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

ويفهم من هذا النص ان مجلس الدولة هو الجهة الوحيدة المختصة بالنظر بالمنازعات الإدارية او بتطبيق الوسائل البديلة و بالتالي لجان التوفيق و عملها تكون مخالفة لما جاء في هذه المادة. وأخيرا اعتبر هذا الفريق ان الوسائل البديلة التي تمارسها لجان التوفيق لا حاجة لها من الأساس و ذلك لان المادة ٥٩ من قانون مجلس الدولة المصري منحت أعضاء مجلس الدولة المنتدبين للعمل كمفوضين ، ان يقوموا بدور كبير في التسوية الودية للكثير من النزاعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها.

لكن هذا الرفض قابله من جهة أخرى قبول و تاييد للوساطة في المنازعات الإدارية المصرية. فاصحاب هذا الراي اعتبروا ان اللجان لا تتناقض مضمون المادة ٦٨ من الدستور المصري السابقة الذكر و ذلك لاعتبارهم ان المشرع يستطيع ان يقيد حق التقاضي و لكن بموجب نص صريح و الا اعتبر التقييد غير شرعي. فليس هناك ما يمنع من تقييد هذا الحق جزئيا بموجب نص قانوني اذا كان هناك مبررا قانونيا خاصة و ان هذه النصوص ستخضع لرقابة المجلس الدستوري الذي سيدرس ما اذا كان هذا التقييد قد قرّر من اجل الصالح العام او لا.

اما بالنسبة للإلزامية التي فرضتها المادة ١١ فقد اعتبر أصحاب هذا الراي ان الطبيعة القانونية للجان لا تثير أي مشكلة ان كانت قضائية او لا و ذلك لان الهدف الرئيسي منها هو تقريب وجهات النظر و لا يصدر عنها أي قرار ملزم ما لم يوافق عليه الأطراف و يكون حل لا يخالف النظام و الاداب العامة . و بالتالي ليس هناك ما يمنع اذا ما فشلت الوساطة ان يعود الافرقاء الى القضاء لحل الخلاف القائم بينهما اي ان الزامية العودة الى هذه اللجان ليس بالامر السلبي ، فاذا كان الافرقاء ملزمين باللجوء الى هذه اللجان فهم ليسوا ملزمين برأيها او الحلول التي تعرضها.

اما بالنسبة للمواد ١٧٢ و ٥٩، فقد اعتبر هذا الاتجاه ان نص المادة ١٦٧ من الدستور جاء واضحا عندما اعتبر ان القانون هو الذي يحدد الهيئات القضائية و اختصاصها و تنظيم طريقة تشكيلها و بيان أعضائها. فلا يمكن اعتبار ان وجود أي هيئة غير القضاء او مجلس الدولة هو امر مخالف للدستور بل لابد من النظر الى وجودها من منظور تسهيل عمل القضاء و مواكبة التطور التشريعي العالمي.

و اذا كانت مصر قد اعترفت بإمكانية الوساطة في المواد الإدارية و واكبت بالتالي الحاجات و التشريعات في العالم، ففي لبنان الوضع و للأسف مختلف تماما.

¹ المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان و المادة السابعة من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان.

² الطمطاوي سليمان محمد ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة، ص ٤٤٨-٤٤٩.

نبذة ثالثة: الوساطة في النزاع الإداري في لبنان.

اعتبرت المادة 375 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني "التوفيق بين الخصوم من ضمن مهمة القاضي". وقد كان قانون أصول المحاكمات المدنية السابق الصادر في الأول من شهر شباط سنة 1933 بموجب المرسوم الإشتراعي رقم 72 قد أنشأ إلى جانب المحكمة المدنية قاضياً فرداً أطلق على تسميته قاضي الصلح وكان من الواجب عليه قبل الفصل في النزاع أن يسعى لزاماً في مصالحه الخصوم، حتى إذا نجح في ذلك أنشأ محضراً للمصالحة يوقع عليه الخصوم، ويصدق عليه القاضي بتوقيعه، واعتبر هذا المحضر بمثابة حكم لا يقبل أي طعن (المادة 374 منه). إلا أن هذا النظام قد ألغي بالتنظيم القضائي الصادر في سنة 1950 كما ظلّ ملغى في التنظيم القضائي الصادر في سنة 1961 وأعطى القاضي بدلاً عنه في قانون أصول المحاكمات النافذ صلاحية التوفيق بين الخصوم على أن تبقى هذه الصلاحية في إطار الإمكانية وحق للقاضي باللجوء إليها دون إلزام. لكن المشرّع لم يات على ذكر مدى إمكانية الوساطة في المنازعات الإدارية بقانون خاص لكن يمكننا ان نذكر قانونين أوضح فيهما المشرّع اللبناني إمكانية الوساطة الإدارية :

١- **قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم** – وقد حدّد هذا القانون الجهة التي تتولى عملية الوساطة وإجراءاتها وأثارها. فقد نصّت المادة 32 من القانون على أنه "يقوم بدور الوسيط رئيس مصلحة العمل والعلاقات المهنية في وزارة العمل والشؤون الإجتماعية أو من ينتدبه، وفي حال غيابه من ينوب عنه حسب الأنظمة المرعية أو من ينتدبه المدير العام لوزارة العمل والشؤون الإجتماعية". أما الإجراءات فهي تبدأ بإنعقاد الوساطة (المواد 33 إلى 36 منه) كما نظم هذا القانون الآلية التي تتمّ بها المواد (37 إلى 42 منه) والنتيجة التي قد تتمخّص عنها (المواد 43 إلى 46 منه). ففي المرحلة الأولى يعود لأي من الطرفين في نزاع العمل الجماعي أن يبادر إلى طلب الوساطة. وللمدير العام لوزارة العمل أن يأخذ هذه المبادرة. في المرحلة الثانية، يجب أن يكون كل طرف في النزاع حاضراً أو ممثلاً في جميع أطوار الوساطة ويعود للوسيط التحقّق من صحة التمثيل بجميع الوسائل. ويقدم كل من طرفي النزاع إلى الوسيط في جميع أطوار الوساطة ملاحظاته والمذكرات والمستندات التي يراها ضرورية على أن يبلغ صوراً عنها إلى الطرف الآخر. وللوسيط وأن يقدم للطرف بالنتيجة المقترحات والحلول التي يراها مناسبة، التي تبقى بالطبع في إطار الاقتراحات التي لا تلزم أي من الفرقاء.¹

٢- **قانون حماية المستهلك** – أخضعت النزاعات الناشئة بين مستهلك أو محترف أو مصنع والناشئة عن تطبيق أو تفسير أحكام هذا القانون والتي لا تتجاوز قيمتها ثلاثة ملايين ليرة لبنانية للوساطة، وأيضاً، كالقانون السابق، بهدف محاولة التوفيق بين أطراف النزاع. أما في حال كانت القيمة تفوق ذلك المبلغ أو في حال فشل الوساطة، فيعرض النزاع على لجنة حلّ المنازعات المنصوص عليها في المادة 97 من هذا القانون. وهنا أيضاً نظم هذا² القانون عملية الوساطة في مختلف مراحلها، وبصورة تتماثل مع ما ورد في قانون عقود العمل.

في الحقيقة يصعب علينا التكلّم عن إمكانية أو عدم إمكانية اللجوء الى الوساطة في المنازعات الإدارية في لبنان. فلأسف هناك نقص كبير في التوعية و الإضاءة على موضوع الوسائل البديلة لحل المنازعات . لكن

¹الدكتور منصور سامي، التجربة اللبنانية في مجال الانظمة البديلة للتقاضي، المؤتمر السابع لروساء المحاكم العليا، سلطنة عمان، ٢٦-١٠-٢٠١٦ ص ١٢ ١٣.

²ذكره القاضي روكز، بحث بعنوان بدائل الدعوى، ص ١٢.

و إدراكا من المشرّع والحقوقيين لأهمية الوساطة بحل المنازعات فقد قام طلاب من جامعة القديس يوسف بإعداد مشروع قانون للوساطة القضائية درسته لجنة الإدارة و العدل في مجلس النواب الا انه للأسف لم يقرّ. كذلك قامت جامعة القديس يوسف في بيروت في العام 2006 بتأسيس أول مركز للوساطة في منطقة الشرق الأوسط يدعى المركز المهني للوساطة (CPM) Centre professionnel de médiation و تأسس أيضا جمعية متخصصة بالوساطة باسم "الجمعية اللبنانية للوساطة والتوفيق" LAMAC . تنظّم هذه الجمعية دورات تدريبية تخصصية في الوساطة موجهة للمحامين هدفها نشر مفهوم الوساطة وتمكين هؤلاء من استعمال هذه التقنية.

لكن لابد للحقوقيين من التركيز اكثر فاكثر على أهمية الوساطة في حل المنازعات عموماً و الادارية خصوصاً. لذلك، اصبح اليوم من الضروري ان توضع مسودة قانون في لبنان تنظّم الوساطة في المواد المدنية و الإدارية، مستفيدين من تجارب البلدان العربية و الاوروبية و متفادين الثغرات التي وقعوا فيها.

الخاتمة والتوصيات

نخلص الى القول ان تدخل الدولة في عملية الانماء الاقتصادي أصبحت ظاهرة عامّة في جميع بلدان العالم وذلك بغض النظر عن النظام السياسي، الاقتصادي او حتى الاجتماعي التي تقوم عليه هذه الدول. وكان من الطبيعي ان يطرح هذا التدخل بعض التساؤلات حول اذا ما كانت الدولة تنوي ان تتخلى عن امتيازاتها ومحاكمها الخاصة و ان تلجا الى التحكيم في حل منازعاتها لانها أصبحت تشارك في الحياة الاقتصادية كما يشارك الافراد و أصبحت بعيدة نسبياً عن مفهوم الدولة-الشرطي. واذا ما كانت تنوي فعلاً التخلي عن امتيازاتها فكان ينبغي معرفة الحدود التي يمكن او يجب ان يقف عندها هذا التخلي.

ومن هذا المنطلق، عرضنا للوسائل البديلة و ماهيتها. واعتبرنا ان الهدف من الوسائل البديلة لحلّ المنازعات "modes alternatives de résolution des conflits" ليس الغاء القضاء العادي واخذ مكانه، بل هي سند ودعم للقضاء تخفف عنه الاعداد الهائلة من القضايا التي تعرض امامه. وان كانت هذه الوسائل تتباعد عن القضاء بميزات السرعة والتخصيصية التي تتمتع بها الا انها تلاقي هدفه لناحية فرض العدالة واحقاق الحق واعطاء كل ذي حق حقه.

وكانت عودة هذه الوسائل الى الساحة القانونية متعلّقة بشكل كبير كي لا نقول حصري بالتطورات التي شهدتها العالم بعد انتشار مفهوم العولمة *mondialisation* ما جعل العالم قرية كونية تسهل فيها العلاقات الانسانية والتجارية، مما ادى الى تطور كبير على صعيد الاستثمارات الداخلية والدولية والى بروز مفاهيم جديدة " كالعقد الدولي" او " عقد الدولة" كان لا بد من آليات سهلة وسريعة تحل النزاعات التي تنشأ بخصوصها خاصة عندما تكون الدولة طرفاً في النزاع.

واذا ما كانت المبادئ العامة للقانون قد حرّمت قديماً لجوء الدولة لأي وسيلة غير قضاء الدولة، فالتطورات الحاصلة والحاجة الماسة الى مواكبة العصر ادّوا بالفقه والاجتهاد للقول بوجود التخفيف من حدة المبادئ العامة لصالح الوسائل البديلة في حلّ المنازعات الادارية.

وقد لاقت هذه الوسائل درجات مختلفة من القبول من مختلف دول العالم، ونحن قد ركزنا دراستنا على لبنان، فرنسا، مصر والجزائر.

ففي فرنسا، لناحية التحكيم فقد أقرّت المادة 2060 من القانون المدني عدم امكانية التحكيم في المسائل التي تخص الهيئات والمؤسسات العامة. وفي العام 1975 أضيفت فقرة ثانية تعطي لاشخاص القانون العام ذات الطبيعة الصناعية او التجارية الحق باللجوء الى التحكيم. وكذلك ظهرت قوانين خاصة اتاح بموجبها المشرع الى بعض الهيئات باللجوء الى تحكيم ولعلّ اهمها القانون الذي اوجد سنة 1986 وكان قانون خاص وضع لامضاء مشروع "eurodisney". اذاً، التشريع والفقه الفرنسي اعترف بالتحكيم في المواد الادارية حتى ان كان هذا الاعتراف خجولاً بعض الشيء ويشترط لذلك الحصول على امضاء الوزير المختص، وكذلك الامر على الصعيد الدولي، فالمواد القانونية ترجمة وحلّت بما يتيح للدولة اللجوء الى التحكيم في العقود الدولية معتبرة ان المنع المقرّر محصور بالصعيد الداخلي.

اما بالنسبة للوسائل الاخرى المتمثلة بالوساطة والصلح، فبالنسبة للوساطة رأينا انه دار خلاف فقهي على مدى امكانية لجوء الهيئات الادارية الى الوساطة لحلّ خلافاتها حتى جاء قانون سنة الـ 2016 وحسم الموقف حيث ايدّ الوساطة على الصعيد الدولي والداخلي حتى انه جعلها الزامية في بعض المنازعات.

اما بالنسبة لمصر فصدور قانون 07/2000 تعرّض لانتقادات كثيرة بيّناها في سياق بحثنا ولكن غلبت على هذه الانتقادات النظرة الايجابية من الوساطة التي اعتنقها فريق اكبر من الفقه أدت الى القول اخيراً بإمكانية اللجوء الى الوساطة في المادة الادارية في مصر. اما عن التحكيم، فمصر مرت في 3 مراحل كبرى تحكي تطور امكانية التحكيم في المواد الادارية . مرحلة ما قبل قانون رقم 27 لسنة 1994 التي شهدت انقسام فقهي واجتهادي حول المسألة حتى جاء القانون 27 سنة 1994 الذي كان يجب ان يحسم الامر، الا ان الخلاف حول المسألة استمر ولم يحسم الا بصدور قانون رقم 9 لسنة 1997 حيث ايد هذا الاخير مسألة لجوء الدولة الى التحكيم على الصعيد الداخلي والدولي.

اما في لبنان، فبالنسبة للوساطة، لم يات المشرع على ذكر مدى امكانية الوساطة في المواد الإدارية. لكنه ذكر هذه الامكانية في بعض القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك ، قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم... اما بالنسبة للتحكيم، فلبنان ايضاً مر بمراحل اختلاف فقهي واجتهادي ، فقبل قانون الـ ٢٠٠٢ تار خلاف فقهي واجتهادي من خلال قراءة بعض المواد ادى الى وجود فريقين واحد يرفض فكرة التحكيم في المنازعات الادارية والاخر مؤيد لها حتى جاء قانون الـ 2002 وازال الابهام عن المواد الادارية مما ادى بنا بالقول بإمكانية التحكيم على الصعيد الداخلي والدولي. ونرى ان لبنان ما زال متأخراً تشريعياً عن البلدان الأخرى فيما خص الوسائل البديلة في المنازعات الإدارية و حتى المدنية، فيجب ان يستفيد من التشريعات الأخرى لوضع قوانينه الخاصة في هذا المجال و اللحاق بالركب العالمي.

اما بالنسبة لدولة الجزائر فقد رأينا انها كانت ملزمة بداية من قبول التحكيم الدولي لانه كان املمها الوحيد لاعادة بناء نفسها بعد انتهاء الانتداب الفرنسي. اما بالنسبة التحكيم الداخلي فالمبدأ ان الشخص العام لا يستطيع اللجوء الى التحكيم الا ان المشرع سمح للإدارة العامة اللجوء الى التحكيم في بعض المواضيع المحددة حصراً. و عن امكانية الوساطة في المنازعات الإدارية في الجزائر، فقد ثار الخلاف نفسه بين مؤيد ورافض للموضوع ولكن بينا في نهاية الامر ان المشرع الجزائري يعي اهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحد المنازعات، وانه لم يمنع استعمالها في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها. على انه احتراماً للنظام العام لا بد من التمييز بين قضاء المشروعية حيث تمنع الوساطة لحدّ النزاع وقضاء الحقوق الذي هو الارض الخصبة لمثل هذه الوسائل.

اما بالنسبة للصلح فقد ميزناه عن التظلم الاداري والترك وبحثنا طبيعته القانونية حتى توصلنا الى القول بإمكانية اللجوء الى الصلح في المادة الادارية لكن ضمن ضوابط معينة.

ومع كل هذه الاختلافات والفروقات في عملية التطور التي شهدتها هذه الدول في "مسألة الوسائل البديلة لحلّ المنازعات الادارية". كان هناك قاسم مشترك بينها، فكل هذه الدول توافقت على انه من غير الممكن اللجوء الى التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها. كما انها رفضت امكانية الصلح من الامور التي تعود الصلاحية فيها لقضاء الالغاء او الابطال للاسباب التي سبق وبيناها وذلك على عكس قضاء التعويض الذي يجوز اللجوء الى التحكيم ، الصلح او الوساطة في المنازعات التي يعود امر النظر فيها اليه .

وقد اوضحت الوسائل البديلة لحلّ المنازعات الادارية تتبوء مكانة بارزة لدى الفكر القانوني والقضائي على المستوى المحلي والدولي ، فمنذ نهاية القرن العشرين وحتى الان ظهرت صحوة فقهية وتشريعية كبيرة

لتنظيم الوسائل البديلة لفض المنازعات ، ترتب عليها محاولة ايجاد اطار ملائم يكفل لهذه الوسائل الفاعلية في التعليق وتقنيها من اجل الوصول الى العدالة الناجزة والحفاظ على الحقوق .

نرى اذاً انه ليس هناك عقبات قانونية او دستورية تمنع الدولة نهائياً من اللجوء الى الوسائل البديلة لحل نزاعاتها خاصة على الصعيد الدولي اذ يبقى للصعيد الداخلي خصوصية معينة. ولا بد من تسليط الضوء على هذه الوسائل وتفعيل دورها اكثر واكثر على الصعيد الاداري اذ يجب على الدول التي لم تضع بعد قانون خاص بالتحكيم والوساطة ان تعتمد لوضع مشروع هذا القانون وقد يكون من المثالي ان يعمل على قانون خاص بالوسائل البديلة في المنازعات الادارية. ولا بد من العمل على التوعية لناحية اهمية هذه الوسائل وايجابياتها ومدى فعاليتها في حدّ المنازعات وذلك في المؤتمرات والندوات القانونية.

ومن المستحسن ان تواكب الدول التطورات الحاصلة وتسمح للادارة باستخدام الوسائل البديلة لحلّ منازعاتها ولكن ضمن حدود ومع اخذ احتياطات معينة.. فلا بد بداية من موافقة السلطة العليا المسؤولة اذا كانت الدولة معنية او احدى مصالحها الحكومية او سلطة الوصاية او اذا كانت مؤسسة عامة هي المعنية، بحيث تصادق على التحكيم السلطة العليا التسلسلية .

و لا بد ايضاً من استبعاد التحكيم بالصلح من اي تحكيم تلجأ اليه الدولة. اذ لا يمكن تصور عدم تطبيق النصوص القانونية، حين تكون الدولة او مصالحها الحكومية طرفاً .و يترتب على ذلك تبديد حذر الدولة و مؤسساتها من التحكيم. فاذا كان التحكيم الوحيد المعروض على الدولة ومصالحها هو التحكيم بالقانون، فان الحذر يكون اقل.

وكذلك لا بد من اعطاء الدولة والمصالح الحكومية حق الفيتو على تسمية المحكمين وحتى الوسطاء، من الطرف الاخر، اذ غالباً ما يسمي الطرف الاخر في المنازعات التي تكون الدولة فيها طرفاً محكماً ليس من الحقوقيين، بل من اصحاب المساعي الحميدة، ولكن الدولة لا يمكنها ان تسمي سوى الحقوقيين من رجال القانون المعروفين وذلك لتكون نظرتها الى التحكيم و الوسائل الاخرى نظرة ايجابية .

وباتت هذه الوسائل اليوم تضاهي الى حد ما القضاء ، فلم يعد ينظر لها كعدو القضاء بل على العكس، فهي تعتبر اليوم مكمل للقضاء و مساعد له. ولتفعيل هذه الوسائل لا بد من اتفاق الطرفين على ذلك عبر وضع بند في العقد ينص صراحة على اللجوء الى احد الوسائل البديلة او اكثر عند نشوء النزاع. فما هي قيمة هذا البند؟ و الى أي مدى هو ملزم للأطراف؟ و ما الدور الذي يلعبه القضاء في فرض احترام هذا البند و تطبيقه؟

المراجع:

١-مراجع اللغة العربية:

أولاً: الكتب السماوية

-الانجيل المقدس
-القرآن الكريم

ثانياً: القوانين والاتفاقيات:

-الدستور اللبناني
-الدستور المصري
-قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني
-القانون التجاري اللبناني
-قانون التحكيم المصري
-قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري
-نظام مجلس شورى الدولة اللبناني
-الميثاق الافريقي لحقوق الانسان
-الإعلان العالمي لحقوق الانسان

ثالثاً: الكتب

أ

- الاحدب عبدالحميد ، مجموعة التحكيم، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان.
- الحداد حفيظة السيد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- سماحة آية الله العظمى السيد محمد تقي الحسيني المدرسي،الفقه الإسلامي،احكام المعاملات،الجزء الثاني،دار كميل،بيروت، ٢٠٠٥
- الخوري يوسف سعدالله ، القانون الإداري العام، الجزء الأول، طبعة رابعة، ٢٠٠٧.
- الرازي محمد بن ابي بكر بن عبدالله ، مختار الصحاح، بيروت، دار القلم، المكتبة الاموية، ١٩٧٨.
- الربح عبدالله عيسى علي ، حكم التحكيم وفقاً لقانون المراجعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، ٢٠٠٩.
- الشيخاني الياس ، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٨.
- الفراهيدي الخليل بن احمد ، كتاب العين، الطبعة الاولى، مكتبة لبنان، ٢٠٠٤.
- المقرئ احمد بن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ٢٠٠٢.
- القيسي محي الدين ، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة اولى، ٢٠٠٧
- أبو الوفا احمد ، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، ٢٠٠١.

ب

- بربارة عبدالرحمن ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ٢٠١١.

د

- دروبي علي محمد علي ، الصلح القضائي، مكتبة زين الحقوقية، ٢٠١٥.

ر

- أبا ريان علاء ، الوسائل البديلة لحل النزاعات، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

ع

- عبدالنعم محمد احمد ، مدى اخلال آلية التوفيق الاجباري بحق القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦
- علوه محمد نعيم ، التحكيم الدولي، موسوعة القانون الدولي العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.
- عمر نبيل إسماعيل ، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ١٩٨٦.
- عمر محمد عبد الخالق ، النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- عيد ادوارد ، القضاء الإداري، مكتبة زين الحقوقية، ١٩٧٤.

ف

- فرحات فوزات ، القانون الإداري العام، مكتبة زين الحقوقية، طبعة ٢٠٠٤ و ٢٠١٢

ق

- قبلان عبد الأمير ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، بيروت، ٢٠١١.

ك

- كولا محمد ، تطوّر التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي، ٢٠٠٨.

م

- مذكور محمد سلام ، المدخل الي الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.
- مليجي احمد ، التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الطبعة الاولى، ١٩٦٦.
- منديل اسعد فاضل ، احكام عقد التحكيم واجراءاته، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.
- مهند حسن محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤.

ن

- ناصيف الياس ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، الجزء السادس عقد ال B.O.T، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٦.

رابعاً: الأحكام و القرارات الرسمية.

- قرار مجلس شورى لبناني، رقم ٦٣٨ و ٦٣٩ ، تاريخ ١٧-٧-٢٠٠١ ضد شركة ليبانسيل و FTML.
- قرار مجلس شورى لبناني، رقم ٢٣ الصادر في ١-٢-١٩٨٨، الدولة/مديكو
- قرار مجلس شورى لبناني، رقم ٢٧٨ تاريخ ٢٣-٣-١٩٦٦، مصرف لبنان/ بنك سوريا و لبنان.
- قرار مجلس شورى لبناني، رقم ١٤٧ تاريخ ٢٧-٥-١٩٩١، قرّة الله/ الدولة.
- قرار مجلس شورى لبناني، رقم ١٨٧، تاريخ ٢١-٧-١٩٦٦ يوسف كتّفر/ الدولة
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، القضية رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٨٢ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، القضية رقم ٩٨٨ لسنة ١٩٨٢ .
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم ١١٧٠ تاريخ ٢٩-٥-١٩٧٧
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم ١١٢٧ تاريخ ١١-١٢-١٩٦٧ .
- محكمة استئناف القاهرة، استئناف رقم ٦٤ في ١٩-٣-١٩٩٧ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوة و التشريع ، رقم ٦٦١ تاريخ ١٧-٥-١٩٨٩ .
- القرار رقم ٤٤-٧٥ الصادر في ١٧-٦-١٩٧٥ (الجزائر).

خامساً: الرسائل و الاطروحات

ب

- بدوي السيد محمد السيد ، الوسائل البديلة للقضاء في حلّ المنازعات الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ٢٠١٣ .

ع

- عباسي منير ، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماستير، جامعة خميس مليانة، ٢٠١٣-٢٠١٤ .

ف

- فاتح خلاف ، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيصر، ٢٠١٤-٢٠١٥ .

م

- مصطفى بسيم عصام الدين ، النظم القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٥ .

سادساً: المقالات

أ

- القيسي محي الدين ، "العقود الإدارية خصائصها وإمكانية التحكيم فيها، مجلّة العدل الحقوقية، العدد الأوّل، ٢٠٠٧ .

ب

- بارود أنطوان، مقالة بعنوان " مجلس الشورى اغلق باب التطوّر في مجال الاستثمار"، جريدة السفير، ٧-٨-٢٠٠١ .

ع

-عبدالوهاب محمد صلاح الدين، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠.

-عفيفي مصطفى، مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية، مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث، القاهرة، مصر، ١٧٥٨.

ف

-فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات الادارية في ظلّ قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مجلة المفكر، عدد ١١.

هـ

-محمصاني غالب، مقالة بعنوان " تعليق على قراري مجلس شوري الدولة تاريخ ١٧-٧-٢٠٠١"، جريدة النهار، ٢٤-٧-٢٠٠١.

سابعاً: المؤتمرات

هـ

-منصور سامي، التجربة اللبنانية في مجال الانظمة البديلة للتقاضي، المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم العليا، عمان ٢٠١٦.

٢-المراجع الفرنسية:

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX :

- DE BOISSÉSON Matthiew, Le droit français de l'arbitrage, Paris,1983.
- DE LAUBADÈRE A. ,Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956.
- DE LAUBADÈRE A. , DÉVOLVÉ Pierre, Traité des contrats administratifs, Paris, 1984.
- JARROSSON Charles, L'arbitrage en droit public, Paris, 1997 .
- LAFFERRIÈRE Edouard, Traité de la juridiction administrative, 1887.

- MOREAU Bertrand et BERNARD Thierry, Droit interne et international de l'arbitrage, Paris,1985
- MORANT-DEVILLER Jacqueline, Cour de droit administratif, Paris, 1999.
- OPPETIT Bruno, Justice étatique et justice arbitrale, Paris, 1991.
- PATRIKIOS Apostlos, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J , 1997.
- PLANIOL M et RIPERT G, Traité pratique du droit civil français, Paris, 1954.
- PLESSIX Benoit et DAL FARRA Thierry, Transaction et exigence des concessions réciproques, Paris, 2006.
- RENDERS David, DÉVOLVÉ Pierre et TANQUEREL Thierry, L'arbitrage en droit public, Bruxelles, 2010
- TÉPOL Gérard, Arbitrage international et personnes morales de droit public,A.J.DA, 1997.
- VEDEL Georges ,Cours de droit administratif, Paris, 1967.

ARRÊTS :

- C.E , 6-3-1986 ,Disneyland
- C.E , 23-12-1887, Brézé/ Moulins , REC
- C.E , 15-2-1833, Commune St Pierre, REC
- C.E, 17-3-1893 ,Comagnie du Nord / Ministre de la guerre, REC
- C.E , 11-9-2006, Théoule/ Restaurant, REC
- Cass , 2-5-1966, Trésor public / Galakis , 1966.
- Cour D'appel Paris, 24-2-1994, Ministère Tunisien / Société Bec Frères.
- T.C , 17-3-2010, Inserm/ Staugstrad.

DOCUMENTS JURIDIQUES :

- Code de justice administrative
- Code de juridiction financière
- Code des obligations civiles
- Code Justinien V, Livre 2
- Directive Européenne 2008

REVUES :

- FOUSSARD Dominique, L'arbitrage en droit administratif, Revue de l'arbitrage 1990.
- GAUDMET Yves, L'arbitrage aspect du droit public, Revue de L'arbitrage,1992.
- RIVERO Jean , Personnes morales de droit et arbitrage, Revue de L'arbitrage , 1973.

DOCUMENTS PUBLICS OFFICIELS :

- C.E ,Section des rapports et des études, Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative 1993.
- Circulaire Du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

CONFÉRENCE :

-AIHJA , Les modes alternatives de règlement des différends en matière administrative, Istanbul, 2016.

WEBSITES :

- QUILLERE-MAJZOUB Fabienne. L'arbitrage international en matière administrative au Liban. In: Revue juridique de l'Ouest, 2002-3. pp. 293-334; loi : 10.3406/juro.2002.2680
http://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2002_num_15_3_2680
- [www.playmendreit.free.fr/droit-du-commerce-international/ 1 - instance - arbitrale.htm](http://www.playmendreit.free.fr/droit-du-commerce-international/1-instance-arbitrale.htm).
- <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>
- <http://cdpf.unistra.fr/travaux/obligations-biens/les-clauses-contractuelles/contrats-internationaux/>
- http://www.marocdroit.com/العقود-الإدارية-الدولية_a2210.html
- [http://www.aifa.eg.com /arbitration-. History.hbm](http://www.aifa.eg.com/arbitration-.History.hbm).
- <https://www.aman-palestine.org/ar/media-centes/5895.html>
- [http://eleslam.e'qanon.yoo6.com / + 1600-topic](http://eleslam.e'qanon.yoo6.com/+1600-topic)
- <https://bndralmjad.wordpress.com/2012/09/18>
- <http://www.droitentreprise.com/موقف-الدول-النامية-من-التحكيم-التجاري/>
[http://slconf.uaeu.ac.ae/images/الاستثمار%20%20%2019%مؤتمر/part%203/\(24\)%20Kamran.pdf](http://slconf.uaeu.ac.ae/images/الاستثمار%20%20%2019%مؤتمر/part%203/(24)%20Kamran.pdf)

محتويات الرسالة (الأرقام تشير الى الصفحات)

1.....	مقدمة عامة
6.....	فصل أول: التحكيم كوسيلة بديلة في المنازعات الادارية
6.....	مبحث أول: مفهوم التحكيم في المنازعة الإدارية
6.....	مطلب أول: الايطار المفاهيمي للتحكيم
6.....	فقرة أولى: ماهية التحكيم
6.....	نبذة أولى: تعريف التحكيم فقهاً واصطلاحاً
9.....	نبذة ثانية: الطبيعة القانونية للتحكيم
9.....	١- النظرية العقدية
10.....	٢- النظرية القضائية
10.....	٣- النظرية المختلطة
11.....	نبذة ثالثة: أنواع التحكيم
11.....	١- التحكيم المؤسساتي والحرّ
11.....	٢- التحكيم الاختياري والاجباري
12.....	٣- التحكيم الداخلي والدولي
13.....	نبذة رابعة: الصفات الواجب توفرها في المحكم
13.....	أولاً: الاهلية
14.....	ثانياً: الحياد
14.....	مطلب ثاني: نشأة التحكيم ومشروعيته في النزاع الإداري
14.....	فقرة أولى: نشأة التحكيم
15.....	نبذة أولى: التطور التاريخي للتحكيم
16.....	نبذة ثانية: مبررات اللجوء الى التحكيم
16.....	١- السرعة
16.....	٢- الخصوصية او السرية
17.....	٣- اختيار الأفرقاء للمحكمين
17.....	فقرة ثانية: مشروعية الاتفاق على التحكيم
17.....	نبذة أولى: المنع الناتج عن المبادئ العامة
17.....	١- امتيازات السلطة العامة
18.....	٢- سيادة وحصانة الدولة
19.....	٣- الانتظام العام
19.....	٤- اهلية التقاضي
20.....	٥- الحماية الدبلوماسية
20.....	نبذة ثانية: التخفيف من حدة المبادئ العامة

22	مبحث ثاني: مدى قابلية التحكيم في المنازعات الإدارية.....
22	مطلب أول: الدولة في التحكيم الداخلي.....
22	فقرة أولى: مدى ملائمة القرارات الإدارية للتحكيم.....
22	نبذة أولى: وضع المنازعات المتعلقة بمشروعية القرار الإداري من التحكيم.....
24	نبذة ثانية: المنازعات المتعلقة بالمطالبة بالتعويض.....
26	فقرة ثانية: التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.....
26	نبذة أولى: تطور الوضع القانوني في فرنسا.....
26	١- الأساس هو المنع.....
28	٢- تطور الراي الفقهي و الاجتهادي.....
30	نبذة ثانية: تطوّر الوضع في لبنان.....
30	١- الوضع قبل قانون ٤٤٠-٢٠٠٢.....
32	٢- الوضع بعد قانون ٤٤٠-٢٠٠٢.....
34	نبذة ثالثة: تطوّر الوضع في مصر.....
35	١- مرحلة ما قبل قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.....
36	٢- مرحلة قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.....
37	٣- مرحلة قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.....
38	نبذة رابعة: الوضع القانوني في الجزائر.....
39	مطلب ثاني: الدولة في التحكيم الدولي.....
39	فقرة أولى: موقف بعض التشريعات من التحكيم الدولي.....
39	نبذة أولى: الدولة الفرنسية.....
42	نبذة ثانية: الدولة اللبنانية.....
45	نبذة ثالثة: الدولة الجزائرية.....
46	١- صدور المذكرة الوزارية لسنة ١٩٨٢.....
46	٢- الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية ١٩٨٣.....
46	٣- المراسيم التشريعية رقم ٩٣-٠٩ و ٩٣-١٢.....
47	فقرة ثانية: إجراءات التحكيم في العقود الدولية.....
48	نبذة أولى: موقف المعاهدات الدولية من التحكيم في العقود الدولية.....
48	١- اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.....
49	٢- اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١.....
49	٣- اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥.....
50	نبذة ثانية: مميزات التحكيم في المنازعات الدولية.....
50	١- الشروط الشكلية و الموضوعية.....
51	١-أ الشروط الشكلية.....
52	٢-أ الشروط الموضوعية.....
52	٢-أ-١ الرضى.....
53	٢-أ-٢ الاهلية.....
53	٢- القانون الواجب التطبيق.....
54	٢-أ تحديد اطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق.....

55.....	٢- عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق.....
56.....	أ: تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة.....
57.....	ب: تطبيق المبادئ العامة للقانون.....
58.....	ج: تطبيق القانون الدولي العام.....
60.....	فصل ثاني: الصلح و الوساطة في المنازعات الإدارية.....
60.....	مبحث أول: الصلح كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية.....
60.....	مطلب أول: ماهية الصلح في النزاع الإداري.....
60.....	فقرة أولى: مفهوم الصلح.....
60.....	نبذة أولى: تعريف الصلح.....
60.....	أولاً: تعريف الصلح باللغة.....
61.....	ثانياً: تعريف الصلح في القانون الوضعي.....
61.....	نبذة ثانية: شروط الصلح الخاصة.....
63.....	فقرة ثانية: تمييز الصلح عن الاعمال القانونية المشابهة له.....
63.....	نبذة أولى: التظلم الإداري.....
65.....	نبذة ثانية: الترك و اثره على انتهاء المنازعة.....
66.....	مطلب ثاني: ولوج الصلح المنازعات الإدارية.....
66.....	فقرة أولى: الطبيعة القانونية للصلح وخصائصه في المواد الإدارية.....
66.....	نبذة أولى: الصلح ، عقد اداري؟.....
68.....	نبذة ثانية: خصوصية الصلح الإداري.....
72.....	فقرة ثانية: موقع الصلح في العقود الدولية.....
73.....	نبذة أولى: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....
75.....	نبذة ثانية: تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة و الأجنبي.....
75.....	نبذة ثالثة : منظمة التجارة الدولية.....
76.....	مبحث ثاني: الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية.....
77.....	مطلب أول: في الاطار المفاهيمي للوساطة.....
77.....	فقرة أولى: ماهية الوساطة في العقد الدولي.....
77.....	نبذة أولى: تعريف الوساطة.....
77.....	أولاً: تعريف الوساطة في المعجم.....
77.....	ثانياً: تعريف الوساطة قانوناً.....
78.....	ثالثاً: تعريف الوساطة في التشريع.....
78.....	نبذة ثانية: عناصر الوساطة.....
78.....	أولاً: وجود نزاع قائم بين الأطراف.....
78.....	ثانياً: وجود طرف ثالث.....
79.....	ثالثاً: الطابع الاتفاقي للوساطة.....
80.....	نبذة ثالثة: أنواع الوساطة.....
80.....	أولاً: الوساطة القضائية.....

80.....	ثانياً: الوساطة الاتفاقية
81.....	فقرة ثانية: الوساطة في العقود الدولية.....
81.....	نبذة أولى: غرفة التجارة الدولية.....
81.....	نبذة ثانية: غرفة الوساطة والتحكيم في باريس.....
82.....	مطلب ثاني: قابلية خضوع النزاع الإداري للوساطة على الصعيد الداخلي.....
82.....	فقرة أولى: الوساطة في النزاع الإداري في فرنسا.....
82.....	نبذة أولى: الفقه المعارض على إمكانية الوساطة في المنازعات الإدارية.....
82.....	أولاً: الأساس القانوني.....
83.....	ثانياً: المبادئ العامة.....
84.....	نبذة ثانية: الفقه المؤيد لقابلية اخضاع المنازعات الإدارية للوساطة.....
84.....	أولاً: الأساس القانوني.....
86.....	ثانياً: عدم التشدد في تطبيق المبادئ العامة.....
86.....	نبذة ثالثة: الوضع الحالي للوساطة في المنازعات الإدارية في فرنسا.....
87.....	فقرة ثانية: الوساطة في النزاع الإداري في بعض الدول العربية.....
87.....	نبذة أولى: الوساطة في النزاع الإداري في الجزائر.....
89.....	نبذة ثانية: الوساطة في النزاع الإداري في مصر.....
91.....	نبذة ثالثة: الوساطة في النزاع الإداري في لبنان.....
93.....	الخاتمة و التوصيات.....
96.....	المراجع.....
102.....	محتويات الرسالة.....

