دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان: المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم
المصدر: مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
الناشر: جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
المؤلف الرئيسي: عمامرة، حسان
المجلد/العدد: ع18
محكمة: نعم
التاريخ الميلادي: 2017
الشهر: جوان
الصفحات: 195 - 205
رقم MD: 921106
نوع المحتوى: بحوث ومقالات
اللغة: Arabic
قواعد المعلومات: EduSearch, HumanIndex, IslamicInfo
مواضيع: القضاء الإداري، المنازعات الإدارية، التحكيم الإداري، القوانين والتشريعات
رابط: http://search.mandumah.com/Record/921106

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

الأكاديمية للدراسات
الإجتماعية والإنسانية

المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم

Arbitrary Administrative Dispute

د. عمامرة حسان
أستاذ محاضر ب بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
hacenamamra@yahoo.com

ملخص

سنعالج في بحثنا هذا المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، وهذا من خلال تحديد مفهوم المنازعة الإدارية فقها وتشريعا وقضاءً مع الوقوف على تحديد صورها. كما سنحاول بيان وتحديد المعيار الذي على أساسه تقبل المنازعة الإدارية التحكيم كطريق بديل عن القضاء، وذلك إذا تعلّقت بحقوق مالية تقبل الصلح والتصرّف.

فالتحكيم كمبدأ عام. حسب مقتضى المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا تقبل التصرف وبالتالي فلا يجوز في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي وانه يجوز اللجوء إليه في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي أي تلك التي تقوم على حماية حق مالي ما يقبل التنازل حتى ولو نشأت هذه الحقوق عن روابط قانونية تتعلق بالنظام العام وتوجد قواعد قانونية أمرة تنظمها.

الكلمات الدالة: **اتفاق التحكيم، دعوى الإلغاء، النظام العام.**

Abstract

In this research , we shall deal with the administrative dispute that accepts arbitration by the concept of administrative dispute from the jurisprudence ;legislative ; and judiciaryv point of view , focusing on its froms. We shall also try to chow and determine the criterion on wich the administrative dispute accepted for arbitration as a substitute for the judiciary , if financial rights are concerned and reconcilable and aliienble.

Arbitration as general concept, according to Articl 1006 of civil and administrative procedures code , cannot be applied in issues linked to public order wich are inalienable ;consequently , it cannot be applied in disputes belonging to justice of rights or personal justice , i.e ; those wich are based on the protection of any financial right that is waible even if these right arise from the legal ties related to public order , and there are legal peremptory rules that organize these rights.

Keywords: *Arbitration Agreement, Annulment Claim, Public Order.*

مقدمة

يقصد بالتحكيم قيام الأطراف المتنازعة في مسألة معينة بالاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث يختارونه لحسم هذا النزاع بقرار ملزم لهم ، وأقرت غالبية تشريعات الدول معياراً عاماً يتم من خلاله قبول المنازعة للتحكيم، فكل منازعة تتعلق بحقوق مالية وتقبل الصلح والتصرف يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم، ومن أمثلة هذه المنازعات:

- **دعاوى التعويض عن الضرر الناجم عن أنشطة الإدارة القانونية والمادّية.**
- **المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.**
- **المنازعات المتعلقة بالتسويات المالية الخاصة بالموظفين العموميين.**

• الدعوى التي يرفعها الممول الخاضع للضريبة ضد تقدير الإدارة لمقدار الضريبة المستحقة عليه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه رغم وجود قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام تمنح لجهة القضاء الإداري الاختصاص[1] دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية، وإنه لا يمكن الاستناد إلى وجود هذه القواعد للقول بأنّ المنازعات الإدارية تتعلق بالنظام العام، وتتنافى مع إمكانية حسمها عن طريق التحكيم.

فمن ناحية أولى، فإن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية ليس اختصاصاً مطلقاً لا يقبل الاستثناءات، فقد أخرج المشرع الجزائري بمقتضى نصوص تشريعية صريحة بعض المنازعات الإدارية من نطاق اختصاص المحاكم الإدارية وأخضعها للمحاكم العادية كمخالفات الطرق، والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[2].

ومن ناحية أخرى فإن خضوع العلاقات القانونية التي تنشأ في إطار القانون الإداري، وكذلك المنازعات التي تثور بمناسبتها لقواعد قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام، لا يمنع من إخراج المنازعات الإدارية التي يتوافر فيها المعيار العام للقابلية للتحكيم من نطاق اختصاص القضاء الإداري، وحسم هذه المنازعات بواسطة التحكيم[3].

وبالتالي نرى بأن التحكيم جائز في كل منازعة إدارية يتوافر فيها المعيار العام المتمثل في وجود حقوق مالية تقبل الصلح، أما المنازعات الإدارية التي يتخلّف عنها هذا المعيار، فتخرج عن نطاق التحكيم، كتلك المتعلقة بمشروعية الأعمال الإدارية.

وعليه سنتطرّق في بحثنا إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم.

المبحث الثاني : معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم.

المبحث الأول : مفهوم المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم

استأثرت المنازعة الإدارية باهتمام الفقهاء وتعددت تعريفاتهم لها بناء على المعيار المعتمد في تحديدها فبعضهم أخذ في تعريفها بالمعيار العضوي والبعض الأخر أخذ بالمعيار الموضوعي والبعض راح يمزج بين المعيارين في تحديد معناها.

أولا: مفهوم المنازعة الإدارية وصورها

يكتسي تعريف المنازعة الإدارية أهمية أساسية تتمثل في الإجابة عن مجال اختصاص هيئات القضاء الإداري وكيف وزّع المشرّع هذه الاختصاصات فيما بينها، ولتحديد مفهوم المنازعة الإدارية سنتعرّض لموقف كل من الفقه والتشريع والقضاء من تحديدها .

1ـ موقف الفقه من تعريف المنازعة الإدارية

عرّف الفقيه الفرنسي روني شابو René Chapus المنازعات الإدارية بأنها "جميع المنازعات التي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري"[4].

أما الفقه الجزائري يرى أن المنازعة تكون إدارية في كل قضية يكون الشخص المعنوي طرفاً فيها، إذ عرّف الأستاذ أحمد محيو المنازعة الإدارية بقوله "إن المنازعات الإدارية تتألف من مجموع الدعاوى الناجمة عن نشاط الإدارة وأعوانها أثناء قيامهم بوظائفهم"[5].

وعرفها الأستاذ رشيد خلوفي بأنها "هي جميع النزاعات التي تنجم عن أعمال السلطات الإدارية والتي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري حسب قواعد قانونية وقضائية.

2- موقف المشرع من تعريف المنازعة الإدارية

إن المشرّع الجزائري كعادته لم يعّرف المنازعة الإدارية، وإنما اكتفى كأصل عام في تحديده على تقديم معايير من خلالها نتبين معناها.

فإذا جئنا إلى الدستور الجزائري فلا نجده استعمل مصطلح "منازعة" في أحكامه، فقد أقرّ حق الدفاع في المادّتين33، 151 [6]، والطعن في قرارات السلطة الإدارية[7]، ولم ترد كلمة منازعة أو نزاع في أحكامه، واستعمل كلمة "تنازع" عند استحداثه محكمة التنازع[8].

وفي المادّتين55، 56 من قانون 88 – 01 المتضّمن القانون التوجيهي للمؤسّسات العمومية الاقتصادية، فقد اختتمت المادّة 55 بعبارة "... وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية.." [9].

كما استعمل المشرّع كلمة منازعة في نهاية المادّة 56 فجاءت العبارة: "تخضع المنازعة المتعلّقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة"[10].

ونفس الحال في القوانين العضوية لم ترد كلمة "منازعة" في أي مادّة من مواد القانون العضوي سواء قانون 98-01 المتعلق باختصاص مجلس الدولة، أو قانون 98-02 المتعلّق باختصاص المحاكم الإدارية[11].

أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت المادّة 800 في فقرتها الأولى على أنّ المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية[12] كما نسجل استعمال كلمة "منازعة" في نفس القانون عند الحديث عن الاختصاص "في مادة المنازعات المتعلّقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسّسات العمومية الإدارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين"[13].

كما استعمل المشرّع كلمة "نزاع" في المادّتين 994 – 995 بصدد الحديث عن الطرق البديلة لحل النزاعات: "... إذا قبل الخصوم

هذا الإجراء يعين وسيطاً لتلقى وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع"[14] "تمتدّ الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه"[15].

يتّضح من خلال عرض النصوص السابقة بأن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً للمنازعة الإدارية وإنما اعتمد في تحديدها كأصل عام على بعض المعايير على النحّو التالي:

اعتمد المشرع الجزائري في بيان المنازعة الإدارية على المعيار العضوي، وبحسبه يكون النزاع إدارياً، ويرجع الاختصاص فيه بالنتيجة إلى القضاء الإداري متى كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ المادة 800 تتعلّق بقواعد الاختصاص، ومع ذلك اعتمد عليها في تحديد المنازعة الإدارية، ولا يعنى ذلك وجود تعريف قانوني للنزاع الإداري، ويعتمد حالياً على المادّة 800 الفقرة (2) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد المنازعة الإدارية، حيث نصّت على "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية، أو إحدى المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

فنص هذه المادّة القانونية لم يعط تعريفاً للمنازعة الإدارية بقدر ما ربطت اختصاص المحاكم الإدارية بنزاع متميز، وهو الذي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات، أو المؤسّسات العمومية الإدارية طرفاً فيه ، ومعنى ذلك أن المشرّع الجزائري استعان بالمعيار العضوي أساساً في تحديد المنازعة الإدارية.

كما استعان المشرّع بالمعيار المادي الذي يقصد به محتوى العمل الإداري، أو النشاط الإداري من خلال تحديد طبيعة موضوعه، وهذا المعيار يقوم على عنصرين:

- المشاركة في تسيير مرفق عمومي بهدف تحقيق مصلحة عامة.
- استعمال امتيازات السلطة العمومية.

وعليه فكلّما احتوى نشاط إداري ما على أحد العنصرين المذكورين اعتبر النزاع في حالة حدوثه نزاعاً إدارياً مهما كانت أطرافه، وانعقد بالتالي الاختصاص للقاضي الإداري.

وتتجلى استعانة المشرع الجزائري بهذا المعيار في تحديد معنى المنازعة الإدارية في نص المادّة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "خلافاً لأحكام المادتين 800، 801 أعلاه ويكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية:

1- مخالفات الطرق.

2- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصّة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية".

فيتجلى أن المشرّع أخذ بالمعيار العضوي أساساً وبالمعيار المادي استثناء.

3- موقف القضاء من تعريف المنازعة الإدارية

نشير بداية إلى أن القضاء الإداري في فرنسا، وعلى رأسه مجلس الدولة لعب دوراً بارزاً في بلورة نظريات القانون الإداري والمنازعات الإدارية، إن هذا الموقف منه يرجع إلى دوره الاجتهادي، وبالمقابل فإن القضاء الجزائري، نظراً لمسلكه التطبيقي اتبع ما بلوره المشرّع من أحكام فكرّس المعيار العضوي(16)عند فصله في الدعاوى الإدارية المرفوعة إليه ، ولم يجهد القضاة أنفسهم في تحديد النزاع الإداري إلا في قرار قضائي وحيد- لم نصادف غيره حسب علمنا - معروف نطق به في قضية تعرف بقضية "سمباك S.E.M.P.A.C" وهي شركة وطنية ضد الديوان الوطني للحبوب O.A.I.C بتاريخ 08 مارس 1980، حيث أخذت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بالمعيار المادي مرتين:

1- عند تكييف طبيعة المنشور، الذي يعتبر بمثابة إجراء يتخذه الرئيس الإداري (وزير – مدير عام) لتقديم توضيحات وتوجيهات وتفسيرات للمرؤوسين ليسهل عليهم تطبيق نص قانوني معين.

والأصل أنه من طبيعة داخلية تربط الرئيس بالمرؤوسين ولدوره التفسيري فإنّه لا يكون محلاً لدعوى الإلغاء، ومع ذلك فإن القضاة في هذه القضية رأوا بأنهم أمام منشور تضمن قواعد جديدة وألحق أذى بالغير، خروجاً عن دوره الأساسي، وبالتالي اعتبروه قراراً إدارياً قابلاً لأن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، فتحول من منشور تفسيري إلى منشور تنظيمي.

2- في تحديد طبيعة النزاع، فبالرغم من أن النزاع جمع بين طرفين غير إداريين، وهما شركة "سمباك" و"الديوان الوطني للحبوب" اللذان هما من طبيعة تجارية، فقد كيفوا النزاع على أنه إداري على أساس المعيار المادّي وهو الهدف من العملية المتمثل في زيادة نسبة استخراج الدقيق من الحبوب لأجل ربح معركة الإنتاج[17].

1- صور المنازعة الإدارية

تتخذ المنازعة الإدارية صوراً تقسم إلى نوعين أساسيين هما:

1- المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي.

2- المنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي.

ويهدف قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي إلى حماية المشروعية والدفاع عن القانون، وإلغاء كل عمل يخالفه، ومنع الاعتداء على المراكز القانونية العامة أو الموضوعية، أما قضاء الحقوق فيهدف إلى حماية المراكز القانونية الشخصية أو الذاتية.

وأهم المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي هي:

1- دعوى إلغاء القرارات الإدارية، اللائحية والفردية غير المشروعة.

2- دعاوى تفسير القواعد القانونية العامة، وفحص مشروعية القرارات الإدارية.

3- قضاء الزجر والعقاب.

4- منازعات الانتخابات التي يكون موضوعها صحة الانتخاب ومشروعيته.

5- المنازعات الضريبية التي تتعلق بمشروعية قرارات ربط الضريبة وفقاً للقانون.

وأهم المنازعات المتعلّقة بقضاء الحقوق أو القضاء الشخصي هي:

1- المنازعات المتعلّقة بالتسويات المالية الخاصة بالموظفين العموميين.

2- المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

1- المنازعات المتعلّقة بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن أنشطة الإدارة القانونية والمادية.

2- المنازعات الضريبية التي تتعلّق بتحديد الالتزامات المالية للممول.

المبحث الثاني : معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم

بعد عرضنا صور المنازعات التي تدخل في نطاق كل من قضاء المشروعية وقضاء الحقوق، نقول أن التحكيم كمبدأ عام حسب مقتضى المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا تقبل التصرّف[18] وبالتالي فلا يجوز في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي ،و أنه يجوز اللجوء إليه في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي، أي تلك التي تقوم على حماية حق مالي ما يقبل الصلح والتنازل، وذلك حتى ولو نشأت هذه الحقوق عن روابط قانونية تتعلّق بالنظام العام، وتوجد قواعد قانونية آمرة تنظمها.

إن موقف الفقه الفرنسي من مسألة معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم يرى أن أسلوب التحكيم لا يتلائم سوى مع المنازعات المتعلّقة بولاية القضاء الكامل، وأنّه لا يقبل التطبيق بالنسبة للمنازعات بشأن مشروعية الأعمال الإدارية[19].

أما المشرع الفرنسي فإنه يجيز في المادّة 2059 من التقنين المدني الفرنسي على جواز اللجوء للتحكيم في الحقوق التي تقبل التصّرف، وتقرّر المادّة 2060 من نفس التقنين عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلّقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والطلاق والانفصال الجسماني، بالإضافة إلى تلك المتعلّقة بالإدارة العامة والمؤسّسات العامّة، وبوجه عام المسائل التي تتعلق بالنظام العام.

و المسألة في القضاء الفرنسي نفسها إذ أقرّت محكمة استئناف باريس هذه المبادئ في أكثر من أحكامها، حيث قضت بجواز اللجوء للتحكيم في المنازعات التي تدور حول حقوق مترتبة على مسائل متصلة بالنظام العام توجد قواعد قانونية آمرة تنظمها[20]، وبالنتيجة يمكن القول بجواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية التي تتعلق بحقوق مالية باعتبار أنّ هذه الحقوق تعتبر من الحقوق الشخصية التي تقبل الصلح والتنازل، ولا يهم في ذلك أن تكون هذه الحقوق قد نشأت عن قواعد قانونية آمرة تتعلق بالنظام العام، أو استمدّها أصحابها من مراكز قانونية موضوعية مثل مركز الموظف العام، أو مركز الممول الضريبي.

أما في مصر فذهب بعض الفقه إلى أن المنازعات التي تتعلّق بالنظام العام، ومن بينها تلك التي تتعلّق بالأحوال الشخصية، أو الجنسية، أو بتحديد مسؤولية الجاني الجنائية، لا يجوز فيها التحكيم، بينما يجوز التحكيم في الحقوق المالية المترتبة على هذه المسائل، مثل التعويض عن الضرر الناشئ عن قرار إداري صادر بشأن الجنسية، والتعويض المستحق للمجني عليه[21].

ويرى البعض الأخر أنه لا يوجد تعارض بين جواز اللجوء للتحكيم لحسم أية منازعة إدارية يكون موضوعها حقاً مالياً قابلاً للصلح والتصرّف وبين اعتبار قواعد القانون الإداري من القواعد الآمرة التي تتعلّق بالنظام العام، ولا يجوز نتيجة لذلك، الاتفاق على ما يخالفها، ذلك أن المبدأ المستقرّ هو أنّ "وجود قواعد آمرة تحكم العلاقة محل النزاع لا يمنع بذاته الاتفاق على التحكيم في المنازعات الناشئة عنها ما لم يتعلّق الأمر بمجموعة من المسائل غير القابلة للتحكيم وفي هذه الحالة – وجود القواعد الآمرة – يكون المحكم ملزماً بإعمال القواعد الآمرة على النزاع المطروح عليه، فإن تغافل عنها كان حكمه باطلاً لمخالفته لمقتضيات النظام العام، والمقصود بمقتضيات النظام العام في هذا المقام ما يقتضيه من جعل هذه القواعد الموضوعية قواعد آمرة، ولما قد يقتضيه من انفراد القضاء وحده بالفصل في بعض طوائف المنازعات"[22].

أما المشرع المصري قضى في المادّة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصري.

وتقرّر المادة الحادية عشرة من قانون التحكيم المصري عدم جواز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك التصّرف في حقوقه، ومن ناحية أخرى عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وفيما يتعلّق بالمعيار الذي تتحدّد بناء عليه المسائل التي يجوز فيها الصلح نصّت المادّة 551 من القانون المدني المصري على جواز الصلح في

المنازعات التي تنشأ عن الروابط القانونية ما عدا المسائل التي تتعلق بالنظام العام[23].

وقد جمع المشرع المصري المنازعات التي يجوز فيها التحكيم في المادة 11 من قانون التحكيم الصادر عام 1994 في إطار معيار عام للمنازعات التي تقبل التحكيم، وهو تعلق هذه المنازعات بحق من الحقوق التي يجوز أن تكون محلاً للصلح، والذي يمكن تطبيقه على جميع المسائل التي لا تتعلّق بالنظام العام على نحو ما نصّت عليه المادة 551 من القانون المدني المصري، ويعتقد أن هذه النصوص التشريعية تسمح باللجوء للتحكيم من أجل حسم أية منازعة إدارية تدور حول حق من الحقوق التي تقبل الصلح والتصّرف سواء كانت ناشئة عن رابطة عقدية أو غير عقدية، وبعبارة أخرى فإن نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية، لا يقتصر على المنازعات العقدية، وإنما يمتد ليشمل أية منازعة إدارية أخرى تدور حول حق من الحقوق التي يجوز أن تكون محلاً للصلح والتصرّف، وهى الحقوق المالية بوجه عام[24].

أما في الجزائر فنصّت المادّة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادّة 800 أعلاه أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادّة الصفقات العمومية"، وإذا عدنا إلى المادّة 800 فإن الأشخاص المذكورة فيها هي:

أ- الدولة.

ب- الولاية.

ج- البلدية.

د- إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ونصّت المادّة 1006على أنّه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلّقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنويّة العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، وهنا نسجل الملاحظات التالية:

1-لقد أبقى قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شرط أهلية التصّرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم.

2-صار بإمكان الدولة، والمؤسّسات العامة، والبلديات والولايات أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد يتعلق "بالصفقات العمومية" وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي أما خارج الصفقات العمومية، فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام (الدولة، المؤسسات العامة، البلديات والولايات) هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر.

ويوقع العقد الوزير أو الوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفاً، أما إذا كانت الولاية أو البلدية هي الطرف فيوقع العقد الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فيوقع العقد ممثلها[25].

3- المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية ، أما المؤسّسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي.

4- كل ما يتعلّق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، والنظام العام الجزائري يرجع في تحديد نطاقه إلى المحاكم القضائية.

ولا تقبل التحكيم المواضيع التالية لأنها متعلّقة بحالة الأشخاص وأهليتهم:

أ- التزامات النفقة.

ب- الحقوق الإرثية.

ج- المنازعات المتعلقة بأهلية الأشخاص.

أما في حقل التجارة الدولية، التي يسميها المشرع الجزائري العلاقات الاقتصادية الدولية، فإنّ باب التحكيم الدولي مفتوح أمام المؤسسات العامة الجزائرية، أو أشخاص القانون العام، وهم أشخاص لهم أهلية عقد اتفاقات تحكيم في مجال التجارة الدولية، أو العلاقات الاقتصادية الدولية.

يتضّح من استقراء النصوص التشريعية في كل من فرنسا ومصر والجزائر المتعلقة بشأن معيار التحكيم في المنازعات الإدارية أن التحكيم جائز في بعض صور المنازعات الإدارية.

وفيما يلي سنتطرق إلى أهم صور المنازعات الإدارية التي تخرج عن نطاق التحكيم وهي تلك التي تنشأ بصدد مشروعية الأعمال الإدارية.

أولا: تنافي الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم

رأينا من قبل أنّ الطبيعة القانونية للمنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي تتنافى مع اللجوء إلى أسلوب التحكيم لحسم هذه المنازعات، وتتمثل الدعاوى العينية أو الموضوعية التي تهدف إلى حماية المراكز القانونية العامة وحماية مبدأ المشروعية في:

- دعوى الإلغاء.
- دعوى التفسير.
- دعوى فحص المشروعية.
- دعوى الزجر والعقاب.
- الدعوى الضريبية.
- دعوى الانتخابات.

ولما كانت دعوى الإلغاء أهم الدعاوى التي تنتمي إلى قضاء المشروعية، وتتضح بشأنها جميع خصائص هذا القضاء فإننا نقف أولاً عند تعريف هذه الدعوى وخصائصها وثانياً بيان تناقض الطبيعة الاتفاقية للتحكيم مع طبيعة دعوى الإلغاء.

1ـ تعريف دعوى الإلغاء وخصائصها

قبل تقديم تعريف لدعوى الإلغاء، نشير بداية أنّ المشرّع الجزائري عبر عنها بعدّة مصطلحات، استعمل مصطلح "الطعن بالبطلان" في قانون الإجراءات المدنية السابق في مواد الفقرة الأولى من المادّة السابعة، والفقرة الأولى من المادة 274، كما استعمل مصطلح طلبات إلغاء القرارات في الفقرة الأولى من المادة 231 من نفس القانون، واستعمل مصطلح الطعن بالإلغاء في المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، وفي القانون 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليه من قبل في هذا الفصل، واستعمل المشرع مصطلح دعوى إلغاء القرارات الإدارية في المادتين 801، 901 وهو مصطلح غير دقيق إذ يفهم منه أن المشرّع لم يميز بين دعوى الإلغاء، ودعوى تجاوز السلطة، ذلك أن دعوى الإلغاء أوسع بحيث تشمل طلبات إلغاء القرارات الإدارية بالإضافة إلى طلبات إلغاء العقود الإدارية، وبالمقابل تقتصر دعوى تجاوز السلطة على القرارات الإدارية فقط وعليه يمكننا تعريف دعوى الإلغاء بأنها هي دعوى قضائية إدارية تسمح للمدّعي بالمطالبة بإلغاء قرار إداري غير قانوني، وتمكن القاضي من فحص مشروعيته والحكم بإلغائه ومن هذا التعريف نستنتج الخصائص التالية لدعوى الإلغاء.

أ ـ هي دعوى قضائية إدارية

لقد كانت دعوى الإلغاء حتى سنة 1872 تظلماً إدارياً رئاسياً، وتغيّرت طبيعتها منذ أن عهد إلى مجلس الدولة الفرنسي وظيفة القضاء المفوّض، وأصبحت بعد ذلك دعوى قضائية بمعنى الكلمة[26].

إنّ الطبيعة القضائية لهذه الدعوى، تعني أنّ جميع قواعدها من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أرجعها بدوره إلى القانون الفرنسي الصادر في 7-1790/01/14[27]، ثم تدخل المشرع بعد ذلك لينظمها بموجب نصوص، لكن في بعض نواحيها فقط، لأن الأحكام التفصيليّة لها ما تزال متروكة للقضاء الإداري وعلى رأسها مجلس الدولة الفرنسي.

وفي الجزائر نظمت دعوى الإلغاء بموجب أحكام القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة في الفقرة الأولى من المادة 09 وقد استعمل المشرع الجزائري وتبعه القضاء عدّة مصطلحات للتعبير عنها كما سلف الذكر منها الطعون بالبطلان، طلبات الإلغاء، البطلان، الإلغاء لتجاوز السلطة، وأما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فعبر عنها المشرّع بدعوى الإلغاء في الفقرتين الأوليتين من المادّتين 801 و901 بالقول "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

• الولاية والمصالح غير المركزة للدولة على مستوى الولاية.

• البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

• المؤسّسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية "

و نصت المادة 901 الفقرة الأولى بقولها "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية"

بـ دعوى الإلغاء تسمح للمدعي بالمطالبة بإلغاء قرار إداري غير قانوني

إن موضوع دعوى الإلغاء هو المطالبة بإلغاء قرار إداري غير قانوني.

- فهي دعوى إلغاء لا دعوى قضاء كامل، وهي دعوى مفتوحة لأي شخص له مجرّد مصلحة فيها حتى في غياب نص.

-دعوى الإلغاء تنصب على القرار الإداري لا ضدّ أحد أطراف القضيّة.

و لا يمكن الطعن في مشروعية عقد إداري عن طريق دعوى الإلغاء، بل يتعيّن اللجوء إلى القاضي المختص بالعقود الإدارية (القضاء الكامل) للمطالبة بإلغائه، وقد استقرّت المحكمة العليا على تقرير اختصاص قاضي الإلغاء بنظر النزاعات المتعلّقة بإبطال عقود البيع الخاصة بالتنازل عن أملاك الدولة لتأسيس موضوع الدعوى على قرار الرفض الصّادر عن الوالي.

جـ ـ دعوى الإلغاء تمكن القاضي من فحص مشروعية القرار الإداري والحكم عليه بالإلغاء

-دعوى الإلغاء دعوى من نزاعات قضاء المشروعية.

إن القاضي الذي ترفع أمامه دعوى الإلغاء يلغي القرار الإداري لعدم مشروعيته، وهنا يكون مصطلح دعوى الإلغاء مرادفاً لمصطلح عدم المشروعية، ولهذا سميت بدعوى المصلحة أو دعوى المنفعة العمومية لأن موضوعها هو حماية المشروعية.

ـ دعوى الإلغاء دعوى موضوعية

تنتمي دعوى الإلغاء إلى القضاء العينى، ويبحث القاضي فيها مشروعية القرار من عدمه دون الحقوق الشخصية لرافع الدعوى، ولا يهمه أن يعرف ما إذا كان للمدعي حق باتجاه الإدارة، أو يقضي بأنّ الإدارة مطالبة بالتزام لصالح المدّعي، إذ يقتصر دوره ويتحدّد بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، فهي وسيلة حماية فعّالة في يد الفرد باتجاه الإدارة[28].

- دعوى الإلغاء من النظام العام.

إذا رفعت دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء، فإن من نتائجها احترام مبدأ المشروعية في مفهومه الواسع ولطابع النظام العام

الذي يميزها، فلا يجوز الاتفاق على عدم رفعها، ولا التنازل عنها، أو سحبها، ولا الصلح فيها كما هو الحال في دعوى القضاء الكامل حسب ما بينته المادة 970 من قانون الاجراءات المدنية والادارية "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادّة القضاء الكامل".

وتجدر الإشارة أن دعوى الإلغاء تختلف عن دعوى القضاء الكامل سواء من ناحية طبيعتها أو من حيث سلطات القاضي في كل منهما، وقبل تفصيل ذلك تجدر الاشارة إلى أن دعوى القضاء الكامل تعرّف بأنها الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة لاعتدائها على مركزه القانوني الشخصي بإنكارها ما يدّعيه من حق، أو منازعتها إياه في مداه مطالباً القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو الامتناع عن شيء أو بدفع مبلغ من المال[29].

وتختلف دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث طبيعة الدعوى، فإن دعوى الإلغاء تندرج ضمن القضاء العيني أو الموضوعي، وهى دعوى عينية مناطها اختصام القرار الإداري في ذاته لتحديد مشروعيته، أما موضوع دعوى القضاء الكامل فهي خصومة يقيمها أحد الأفراد ضد الإدارة يطالب الحكم بتقرير حق شخصي له قامت الإدارة بالاعتداء عليه مما يستوجب التعويض[30].

ويشترط في رافع دعوى التعويض أن يكون صاحب حق أصابته جهة الإدارة بعملها الخاطئ بضرر يراد دفعه وتعويضه، فدعوى القضاء الكامل تنتمي للقضاء الشخصي وليس للقضاء الموضوعي، ويكون وجه الطعن فيها إما مخالفة لنص عقدي، أو قيام الإدارة بتصرّفات مخالفة للقانون أو الواقع[31].

وتختلف الدعويان من حيث سلطات القاضي، إذ تنحصر مهمة القاضي الإداري عند نظر دعوى إلغاء القرار الإداري على فحص مشروعيته، والحكم بإلغائه إذا توصّل إلى أنّ القرار الإداري مشوب بأحد عيوب المشروعية، وإبطال كل آثاره، واعتباره كأن لم يكن، أو يقضي برفض الدعوى إذا تبيّن له أنه متفق مع القانون.

أما في دعوى القضاء الكامل فسلطة القاضي الإداري واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، فيقوم بداية بتقدير المركز القانوني لرافع الدعوى وتحديد مداه، ثم يحدّد بعد ذلك حقوق المدّعى، ويلزم المدعى عليه بالرد أو التنفيذ، فالأمر لا يقتصر فقط على إلغاء القرار الإداري لمخالفته للمشروعية كما هو الشأن في دعوى الإلغاء، بل يجاوز ذلك إلى تعديل القرار المطعون فيه، أو إصلاحه، أو إحلال قرار آخر محله، أو الحكم بتعويض مالي[32].

يتضح مما سبق أن دعوى الإلغاء توجه ضد القرار الإداري ذاته المشوب بأحد عيوب المشروعية، ولا توجه ضدّ الإدارة مصدرة القرار، وعليه فلا توجه ضد العقود الإدارية لأنّها تنتمي بطبيعتها إلى دعوى القضاء الكامل لارتباطها بالحقوق المكتسبة للأفراد، إذ تكفل دعوى القضاء الكامل حماية هذه الحقوق، والإجبار على تنفيذ الالتزامات حتى لو تطلب ذلك تنفيذ العقد.

ثانيا: تناقض الطبيعة الاتفاقية للتحكيم مع طبيعة دعوى الإلغاء

سبقت الإشارة إلى أنّ دعوى إلغاء القرار الإداري تتعلّق بالنظام العام، في حين التحكيم - باعتباره أسلوباً من أساليب حسم المنازعات - يقوم على تراضى أطراف المنازعة على عرضها على محكم يقبلون حكمه، وعليه فإن الطبيعة القانونية لمنازعات مشروعية القرار الإداري تتنافى مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، فيستند التحكيم إذن إلى أساس اتفاقي مما يجعله يتناقض مع طبيعة دعوى الإلغاء.

وفي الجزائر التي كرس دستورها الصادر سنة 1996 مبدأ الازدواجية القضائية استحدث جهات قضائية إدارية على رأسها مجلس الدولة، حيث تنص الفقرة الثانية من المادّة 152 منه على "يؤسّس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية" إلى جانب الجهات القضائية العادية المتواجدة وعلى رأسها المحكمة العليا الهيئة المقوّمة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم[33]، واختتمت هذه المادّة بفقرة رابعة أسّست بموجبها محكمة تنازع تتولى الفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة، وأحالت المادّة 153 منه مسألة تنظيم وتحديد عملهما واختصاصهما إلى قوانين صدر بعضها سنة 1998 منها:

- القانون رقم 98-01 المؤرّخ في 30 مايو 1998 يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
- القانون رقم 98-02 المؤرّخ في 30 مايو 1998 يتعلّق بالمحاكم الإدارية.

كما بينت المادّة 9 من القانون العضوي 98-01 اختصاص مجلس الدولة كقاض أول وآخر درجة بقولها "يفصل مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً في الطعون بالإلغاء المرفوعة ضدّ القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية" واعتبر المشرع الجزائري المحاكم الإدارية جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية التي تختص بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص مشروعية القرارات الإدارية[34].

وبالنتيجة فإن اختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بالمنازعات المتعلقة بمشروعية الأعمال الإدارية في إطار دعوى الإلغاء يستند في الجزائر إلى مبدأ دستوري لا يجوز لأحد الخروج عن كونه من النظام العام.

ومن ثم لا يجوز استبعاد دعاوى إلغاء القرارات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري وإخضاعها لنظام التحكيم، وإن كان يجوز للمشرع إخراج بعض أنواع دعاوى الإلغاء أو بعض

المنازعات المتعلّقة بمشروعية الأعمال الإدارية من ولاية القضاء الإداري، وإخضاعها لمحكمة أخرى، ولكن لا يجوز إخضاعها لولاية هيئة التحكيم، إذ أنّ هذه الأخيرة تعتبر نوعاً من القضاء الخاص، ولا تعتبر من المحاكم التابعة لقضاء الدولة.

وقد أقر المشرّع الجزائري في هذا الاتجاه كاستثناء عن المبدأ العام اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في كل نزاع أحد طرفيه شخص معنوي عام، حيث تنص المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "خلافاً لأحكام المادتين 800، 801 أعلاه يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية:

1- مخالفات الطرق.

2- المنازعات المتعلّقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات، أو البلديات، أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية".

والمجلس الدستوري الفرنسي أضفى قيمة دستورية على القواعد المحدّدة لاختصاص مجلس الدولة بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، تأسيساً على أنّ مسائل المشروعية، يجب أن يقتصر النظر بمنازعاتها القضاء الإداري وحده، باعتبار أنها دعوى توجه ضّد القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بمقتضى ما تتمتّع به من سلطة عامة، مما يجسد سيادة الدولة وامتيازاتها، وبما يمنع بالتالي من تعديل قواعد هذا الاختصاص لمجرّد نص تشريعي تدنو أداته عما يلزم لتعديل مبدأ دستوري[35]، ويبدو من ذلك أن المجلس قد قّرر أن اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلّقة بمشروعية القرارات الإدارية في إطار دعوى الإلغاء يستند إلى مبدأ دستوري لا يجوز للمشرع العادي ولا جهة الإدارة الخروج عنه.

ويتفق الفقه الفرنسي مع اتجاه المجلس الدستوري بأن منازعات المشروعية تخرج عن نطاق القابلية للتحكيم[36].

والدستور المصري – على عكس اتجاه المجلس الدستوري الفرنسي – في المادة 167 منه بعد أن تحدث عن السلطة القضائية ووظائفها بصفة عامة، فقد فوّض للمشرع تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وهذا ما سمح له بنصوص خاصّة أن يخرج طوائف معينة من المنازعات الإدارية من نطاق الولاية العامة للقضاء الإداري، وإخضاعها لولاية محكمة أخرى، أو على العكس من ذلك يعهد إلى القاضي الإداري بمنازعات تخضع بحسب الأصل لاختصاص محكمة أخرى، وعليه فلا يمكن إخضاع مثل هذه المنازعات لولاية هيئة التحكيم لاعتباره نوعاً من القضاء الخاص، وليس من المحاكم التابعة لقضاء الدولة التي تقتضي صدور أحكامها للمصلحة العامّة[37].

وقد أقرّت المحكمة الدستورية في مصر بسلطة المشرّع في إخراج بعض أنواع من دعاوى الإلغاء من اختصاص مجلس الدولة وإخضاعها لولاية محكمة أخرى، فقد قضت في حكمها الصادر بتاريخ 16 جويلية 1984 بدستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 50 لسنة 1982 الذي عهد لمحكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) بالاختصاص بنظر التظلم من أوامر الاعتقال الصادرة بالاستناد إلى قانون الطوارئ، وأسّست المحكمة قضاءها على أن المشرّع لم يستبعد هذه الأوامر من رقابة القضاء عموماً، وإنما اقتصر على استبعادها من دائرة اختصاص القضاء الإداري، وعهد بها إلى هيئة قضائية أخرى هي محكمة أمن الدولة العليا، وبذلك فإن النص المطعون فيه لا ينطوي على أية مخالفة لنص المادّة 172 من الدستور التي تنصّ على الولاية العامة لمجلس الدولة لجميع المنازعات الإدارية، ولا لنص المادّة 68 من الدستور التي تكفل الحق في التقاضي للناس كافة[38].

وأوضحت المحكمة الدستورية المصرية الطبيعة الرضائية والاتفاقية للتحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 17 من ديسمبر 1994، ومع أنّ المحكمة لم تقرّر بعبارة صريحة، أن نظام التحكيم يتنافى مع طبيعة قضاء المشروعية، إلا أن الطبيعة الرضائية والاتفاقية للتحكيم، على الوجه الذي حدّدته المحكمة، تتناقض مع طبيعة دعوى الإلغاء وغيرها من الدعاوى ذات الطابع الموضوعي التي تتعلّق بمشروعية الأعمال الإدارية[39].

وقد حدّدت المحكمة طبيعة نظام التحكيم على الوجه التالي:

"الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحدّدانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار ... والتحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه – وفقاً لأحكامه – نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتدّ السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ، وحيث أنّ الطبيعة الرضائية للتحكيم تبلور تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إدارياً، فقد كان الأصل في التحكيم أن يكون تالياً لنزاع بين طرفين يلجآن إليه، إما لأن المحكم محل ثقتهما أو لأنّ السلطة التي يملكها قبلهما كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً، وكان ينظر إلى المحكم بالتالي باعتباره صديقاً موثوقاً فيه، أو رجلاً حكيماً أو مهيباً، بيد أنّ هذه الصور التقليدية - ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا – جاوزها التطور الراهن في العلائق التجارية والصناعية، لتقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتيتها، ذلك أن التحكيم اليوم- في الأكثر شيوعاً- لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدّد، ولكنه يتمثل في وجود شرط تحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما.

وحيث من المقرر أنه سواء كان التحكيم مستمداً من اتفاق بين طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما، أم كان ترقبهما لنزاع محتمل قد حملهما على أن يضمنا عقداً من العقود التي

التزما بتنفيذها شرطاً يخولهما الاعتصام به، فإن التحكيم لا يستكمل مداه بمجرد الاتفاق عليه، وإنما يتعين التمييز – في نطاق التحكيم – بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل، بما مؤداه تضامنها فيما بينها وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض، وإلا كان التحكيم مجاوزاً إرادة الطرفين المتخاصمين متنكباً مقاصدهما ذلك أنّ أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهي مدار وجوده، وبدونها لا ينشأ أصلاً، ولا يتصور أن يتم مع تخلفها، وليس جائزاً بالتالي أن يقوم المشرّع بعمل يناقض طبيعتها بأن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون إليه، ويأبون الدخول فيه، وارتكاز التحكيم على الاتفاق، مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين وانصرافها إلى ولوج هذا الطريق دون سواه، وامتناع إحلال إرادة المشرع محل هذا الاتفاق، فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه، والقاعدة التي يرتكز عليها، بيد أنّ هذا الاتفاق، وإن أحاط بالتحكيم في مرحلته الأولى، وكان مهيمنا عليها إلا أنّ دور الإرادة يتضاءل ويرتد متراجعاً في مرحلته الوسطى، وهي مرحلة التداعي التي يدخل بها التحكيم في عداد الأعمال القضائية، والتي يبدو عمل المحتكمين من خلالها مؤثراً فيها، ذلك أن بدايتها تتمثل في تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها، ثم قبول المحكمين لمهمتهم وآدائهم لها في إطار من الاستقلال والحياد، وعلى ضوء القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقررونها إذا أغفل الطرفان المتنازعان بيانها، لتمتدّ سلطتهم إلى الأمر بالتدابير الوقتية والتحفظية التي يقتضيها النزاع، وبمراعاة أن جوهر ولايتهم يرتبط بضمان الفرص المتكافئة التي يتمكن الطرفان من خلالها من تعديل طلباتهم، وعرض أدلتهما الواقعية والقانونية، وإبداء دفوعهما، لتصل مهمتهم إلى نهايتها بقرار يصدر عنهم يكون حكماً فاصلاً في الخصومة بتمامها ولا يحول دونهم وتفسير ما يكون قد وقع في منطوق هذا القرار من غموض أو تصحيح ما يكون عالقاً به من الأخطاء المادّية البحتة.

وحيث أنّ إصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل في النزاع على النحو المتقدم، وإن كان منهياً لولايتها مانعاً لها من العودة إلى نظر الموضوع الذي كان معروضاً عليها، إلا أنّ الطرفين المتنازعين لا يبلغان ما رميا إليه من التحكيم إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه، وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها، بل تتولاها أصلاً الدولة التي يقع التنفيذ في إقليمها إذ تقوم محاكمها بفرض نوع من الرقابة على ذلك القرار، غايتها بوجه خاص ضمان أن يكون غير مناقض للنظام العام في بلدها، صادراً وفق اتفاق تحكيم لا طعن على صحته ونفاذه، وبالتطبيق للقواعد التي تضمنها وفي حدود المسائل الخلافية التي اشتمل عليها، وتلك هي المرحلة الثالثة للتحكيم التي تتمثل في اجتناء الفائدة المقصودة منه أو التي يتعلق بها الهدف من التحكيم ويدور حولها، وبدونها يكون عَبثاً.

فالتحكيم لا يكون إلا عملاً إرادياً، وإنّ الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم ويركنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما، ما كان منهما قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده، إنما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة المحكمين تتولى – بإرادتهما – الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة ميسرة في إجراءاتها وتكلفتها وزمنها، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء، ويؤيد ذلك أن الآثار التي يرتبها اتفاق التحكيم تتشكل من نوعين :

آثار إيجابية قوامها إنفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التي يشتمل عليها على محكمين وأن يبذل الطرفان المتنازعان جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل أدائهم لواجباتهم والامتناع عن عرقلتها.

آثار سلبية جوهرها أن اتفاق التحكيم يعزل جهة القضاء، ويمنعها من الفصل في المسائل التي أحيلت إلى المحكمين، بل إن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتهم، تقرير الاختصاص بما يدخل في نطاقها، وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها – في الحدود التي بينها القانون – على قراراتهم التي تنتهي بها الخصومة كلها، سواء في مجال الفصل في ادعاء بطلانها، أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها"[40].

هذه الطبيعة الرضائية والاتفاقية للتحكيم تتنافى مع طبيعة دعوى إلغاء القرارات الإدارية التي لا تقوم على خصومة بين المدّعي والإدارة، وإنما تقوم على خصومة عينية موجهة إلى القرار الإداري ذاته الذي مسّ بالمركز القانوني لرافع الدعوى ولا يتوافر فيها المعيار العام لقابلية المنازعات للتحكيم، ألا وهو أن يدور موضوع النزاع حول حق مالي يقبل الصلح والتنازل.

وفي حالة ما إذا عرضت أمام هيئة التحكيم منازعة تتعلق بتعويض ترتب عن قرار إداري غير مشروع، وأثيرت خلال إجراءاته مسألة مشروعية القرار الإداري كمسألة أولية، والتي تخرج بهذه المثابة عن ولايتها، ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية نميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

• ففي التحكيم الداخلي إذا طعن بالتزوير مدنياً في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويتوقف سير التحكيم ليستأنف سريان أجله من تاريخ الحكم في المسألة العارضة[41].

• أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فلم يأت على ذكر توقف سير التحكيم، وبالتالي فإن التحكيم الدولي لا تؤثر فيه العوارض الجنائية والتزوير الذي تراجع بشأنه المحاكم الوطنية، لأن التحكيم دولي، واجتهاد التحكيم الدولي استقرّ على عدم تطبيق قاعدة "الجزاء يعقل الحقوق" إلا إذا وجدت المحكمة التحكيمية ارتباطاً وثيقاً بين العارض أو التزوير والنتيجة التي ستتوصل إليها.

أما في قانون التحكيم المصري فنفرّق بين مسألتين:

• المسألة الأولى: إذا كان الفصل في المسألة الأولية ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، جاز هنا لهيئة

التحكيم أن تستمرّ في نظره.

• المسألة الثانية: إذا كان الفصل في المسألة الأولية لازما للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم تعين هنا على هيئة التحكيم إحالتها إلى المحكمة المختصّة ولائياً بنظرها، وإيقاف إجراءات التحكيم لحين صدور حكم نهائي في هذه المسألة[42].

وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على "أن الأمر الذي تصدره المحكمة بوقف الدعوى حتى يفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الحكم في موضوعها يقطع بعدم صلاحية الدعوى للحكم في موضوعها التي هي عليها فيؤثر بذلك في سيرها، ويؤخر نظرها، وهو بهذه المثابة حكم قطعي فرعي له حجية الشيء المحكوم به"[43].

ويتضح الأمر هذا فيما إذا عُرض أمام القضاء العادي مسألة مشروعية القرار الإداري كمسألة أولية، فيلتزم هذا القضاء بالإحالة إلى القضاء الإداري بحسب قاعدة توزيع الاختصاص.

ولتجنب استطالة أمد الفصل في خصومة التحكيم في حال انتظار الفصل في المسألة الأولية من قاضيها، وحتى لا يفقد نظام التحكيم لأهم مزاياه، والمتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات، فإن الأمر لا يخرج عن أحد الاحتمالين:

1- إما الإبقاء على نظام الإحالة إلى القضاء المختص بالفصل في المسألة الأولية مع ضبط إعماله بمعيار جدية الفصل في المسألة الأولية بالضرورة لإمكان الفصل في خصومة التحكيم.

2- وإما إعطاء المحكم قدر من السلطة ليدير مشروعية القرار الإداري العارض كمسألة أولية، ولكن بغير القضاء بإلغائه، على أن نتدارك أخطاء تقدير المشروعية في هذه الحالة إذا رفع الأمر من بعد لنظر محكمة الطعن في حكم التحكيم، أو عبر وسائل الرقابة اللاحقة على هذا الحكم بصفة عامة، وعلى النحو المقرر قانوناً[44].

وكذلك الأمر إذا عرض أمام هيئة التحكيم منازعة تتعلق بعقد إداري، وأثيرت خلال إجراءاته مسألة مشروعية القرار الإداري الصادر من الجهة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم في هذا العقد، وهذه المسألة ستكون مؤثرة في الفصل في النزاع على التحكيم، ويتوقف الحكم فيه على الفصل في المسألة الأولية، حيث أن قواعد الاختصاص من النظام العام، ويترتب على مخالفتها بطلان الاتفاق على التحكيم[45].

ومن هنا نقول إن الطابع الرضائي والاتفاقي لنظام التحكيم لا يمكن أن يتلاءم مع طبيعة دعوى الإلغاء ولا مع قضاء المشروعية بوجه عام، لأن هذا الأخير يهدف إلى حماية المشروعية في ذاتها، ولا يتعلق بإرادة الأفراد، ولا تقوم فيه أية منازعة بين الأطراف، وإنما تكون المنازعة موجهة إلى العمل الإداري ذاته، ويقوم القاضي الإداري بفحص مشروعية هذا العمل، وإذا قضى بإلغائه، فإن الحكم الصادر عنه تكون له حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، ولهذا فإن المنازعات الإدارية التي تنتمي إلى قضاء المشروعية تخرج عن نطاق التحكيم، وتدخل في اختصاص القضاء الإداري وحده، ويعتبر هذا الاختصاص من المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وإذا ما تم مثل هذا الاتفاق فإنه يعدّ اتفاقاً باطلاً.

الهوامش

1. المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2. المادّة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3. د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2001 ص169.

4. René Chapus – Droit du Contentieux Administratif 2 édition, MONTC RESTIEN, 1990 – P. 8-9.

5. الأستاذ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة د. فائز أنجك، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982، ص96.

6. الدستور الجزائري لسنة 1996.

7. المادّة (143) من دستور 1996.

8. المواد: (152 ، 153) من دستور 1996.

9. الجريدة الرسمية العدد (1) لسنة 1988.

10. الجريدة الرسمية العدد (1) لسنة 1988.

11. القانون (98-01) المؤرّخ ف 04 صفر 1419هـ الموافق لـ30 مايو سنة 1998 المتعلق باختصاص مجلس الدولة – والقانون (02-98) المؤرّخ في 04 صفر 1419ه الموافق لـ30 مايو سنة 1998 المتعلق باختصاص المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد (37).

12. المادّة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

13. المادّة (804) الفقرة (4) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

14. المادّة (994) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

15. المادّة (995) الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

16. قرار محكمة التنازع بتاريخ: 17-07-2005 في قضية السيد (ج.ع) ضد رئيس بلدية النبايل، ولاية قالمة ومما جاء فيه: "... وأن التحديد المذكور يتضّمن امتيازاً حقيقياً للتقاضي مرتبطاً بطبيعة الهيئة ... وأنه بعبارة أخرى يبقى المعيار العضوي المبدأ والمعيار المادي الاستثناء ...".

17. أحمد محيو، تعليق على قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قراره بتاريخ 08 مارس 1980 في قضية جمعت بين الشركة الوطنية سمباك والديوان الوطني للحبوب، المجلة الجزائرية، العدد 1 مارس 1981، ص134، 148.

18. نص المادة (1006): "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

19. Apostolos Patrikios, (Arbitrage En Matière Administrative (GD) 1997, P.66.

20. حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 14 أكتوبر 1993، مجلة التحكيم، 1994، ص164.

21. د. أحمد أبو الوفا التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، 1987، ص72 إلى 75.

22. د. مصطفي الجمال ود. عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصّة الدولية والداخلية، دار الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، 1998، ص170.

23. الدكتور يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص174 - 175.

24. د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص178.

25. المادّة (976) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

26. Gilles Breton, Droit Administratif Générale le contrôle de l'action administrative, Armand Coline, 1996, P. 127.

27. René Chapus, Op. Cit., P. 117.

28. Gilles Breton, Op. Cit., P. 129

29. أ.د. محمود محمد الحافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، سنة 1993، ص551.

30. أ.د. محمود أبو السعود حبيب، القضاء الإداري، دون دار النشر، طبعة 2004، ص199.

31. أ.د. محمد كامل أبو ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربى، سنة 1979 ص806.

32. أ.د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، منشأة المعارف، سنة 2004، ص303 – 305.

33. الفقرة الثانية من المادة (152) من دستور 1996 الجزائري.

34. المادتان: (800، 801) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

35. Décision No (86-224), D.C. du 23 Janvier 1987, Conseil de la concurrence, sonia Dubourg, Lavroff & Antoine Pantelis: Les décisions essentielles du conseil constitutionnel", 1994, P. 342. AJ.D.A. 1987, P. 345.

36. Apostolos Patrikios, "L'arbitrage en Matiére Administrative Op. Cit., P. 28.

37. أ.د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية، العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص190.

38. حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ 16 يونيو 1984، الدعوى رقم (55) لسنة 5ق، دستورية مجموعة أحكامها، الجزء الثالث، يناير 1984، ديسمبر 1986، قاعدة 14، ص80.

39. أ.د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص191.

40. حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 17 من ديسمبر 1994، في القضية رقم (13) للسنة القضائية الخامسة عشرة، الجريدة الرسمية، العدد (2) في 12 يناير 1995.

41. المادة (1021) الفقرة (2) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

42. المادة 46 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

43. حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 9/3/1993، الموسوعة الإدارية الحديثة (من سنة 1993 – 1997) ج46، ص514.

44. Apostolos Patrikios "L'arbitrage en matiére Administrative" Op. Cit., P.213– 228.

45. Apostolos Patrikios "L'arbitrage en Matiére Administrative, Op. Cit., P.167–168.