

بعض الملاحظات حول علاقة أشخاص القانون العام بالتحكيم

منير البكاي : كاهية مدير بالإدارة العامة للشؤون العقارية و القانونية و النزاعات بوزارة التجهيز و الإسكان و التهيئة الترابية

ملخص: مع صدور مجلة التحكيم سنة 1993، أصبحت علاقة أشخاص القانون العام بمؤسسة التحكيم أكثر وضوحاً رغم أن المجلة المذكورة حجرت على الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية اللجوء إلى التحكيم الداخلي كآلية لفض النزاعات التي تكون طرفاً فيها.

بعض الغموض لا يزال قائماً بخصوص الإمكانيات المتاحة للمنشآت العمومية للجوء إلى التحكيم الداخلي بخصوص الأعمال التعاقدية الصادرة عنها في بعض الميادين .

في المقابل وسعت مجلة التحكيم من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في نطاق العلاقات الدولية الاقتصادية والتجارية والمالية .

Quelques observations sur la relation entre les personnes du droit public et l'arbitrage

RESUME . : Avec l'apparition en 1993, du Code de l'arbitrage, la relation des personnes du droit public avec l'institution de l'arbitrage est désormais plus claire, bien que ledit Code ait interdit à l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif le recours à l'arbitrage interne comme étant un mécanisme de règlement des conflits dont ils sont parties.

Une certaine ambiguïté demeure encore, quant aux possibilités offertes aux établissements publics pour recourir à l'arbitrage interne afférent aux actes contractuels qu'ils produisent dans certains domaines .

A l'opposé, le Code de l'arbitrage a élargi les possibilités de recourir à l'arbitrage dans le cadre des relations internationales économiques, commerciales et financières.

ABSTRACT

Some observations about the relationship between the Public Law person's and arbitration

With the apparition in 1993 of the arbitration act, the relationship between Public law person's and arbitration institute is from now on more clear. Although this act forbid the State, the local communities and the public establishments with administrative character to resort to intern arbitration, such as a mechanism of conflict settling of which they are subjected.

(1) الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

تمهيد

سوف أحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على سؤال جوهري اعتمادا على ما توصل إليه الباحثون من نتائج قانونية في قراءتهم للنصوص الجاري بها العمل في مادة التحكيم في القانون التونسي.

هل يمكن لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم كألية لفضّ النزاعات القائمة أو المحتملة في العقود التي يبرمونها مع الغير في إطار متابعة إنجاز مشاريع البنية الأساسية أو في إطار المرافق العامة المكلفون بتسييرها ؟

I التحولات التي شهدتها علاقة أشخاص القانون العام بمؤسسة التحكيم.

1 الوضعية في ظلّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

لقد حَجَرَ المشرّع في ظلّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية على الدولة والمؤسسات العمومية الإلتجاء إلى التحكيم بصفة مطلقة ضمن الفصل 260 (خامسا) منها وهي حالات عدم جواز التحكيم أو المحظورات في التحكيم (1) ، وقد نصّ الفصل المذكور على أنه "لا يجوز التحكيم في النزاعات الواجب عرضها على النيابة العمومية" والتي من بينها طبقا لمقتضيات الفصل 251 من ذات المجلة النزاعات التي تهمّ الدولة أو الهيئات العمومية.

إنّ عدم الوضوح الذي كان يميّز وضعية المؤسسات العمومية إزاء التحكيم في إطار مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي لم تعرّف المقصود بالهيئات العمومية ولم تفرّق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لا يحجب ثراء المنظومة القانونية التونسية بالنصوص التي كانت تسمح للدولة والمؤسسات العمومية اللجوء إلى التحكيم في بعض المجالات التي تتعلق بعلاقتها التجارية مع الخارج بموجب الفصل 260 الذي استثنى الصور الخاصة التي ينصّ عليها القانون.

قبل صدور مجلة التحكيم، مثّلت القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية والإتفاقيات المصادق عليها في مجال الإستثمار بالنسبة للقاضي التونسي مرجعا للتعامل مع القضايا التي كانت تعرض عليه والتي أثّرت بشأنها مسائل تهمّ التحكيم وقد تمكّن في البعض من تلك القضايا من قبول استعمال التحكيم من قبل الدولة والمؤسسات العمومية وقد كانت وزارة التجهيز والإسكان طرفا في إحداها تعلّقت بصفقة أشغال عامة تضمّنت كراس الشروط الإدارية الخاص بها شرطا تحكيميا ينصّ على أنه في صورة حدوث خلاف بين الإدارة وصاحب الصفقة في خصوص تنفيذها يقع اللجوء إلى محكمين للبتّ نهائيا في النزاع ويعيّن كل طرف محكم.

2 الوضعية في ظلّ مجلة التحكيم.

مثملا سبق أن أشرنا إلى ذلك أعلاه، فقد تمّ بمقتضى القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 إعادة تنظيم التحكيم في إطار مجلة مستقلة الذي كان مطلبا ملحاّ بعد أن ظهر

(1) الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

بون شاسع بين الأهمية البالغة التي اكتسبتها التشريعات العصرية المتعلقة بمادة التحكيم في العالم والنطاق الضيق الذي بقيت عليه هذه المادة بالتشريع المضمن بمجلة المرافعات المدنية والتجارية. (1) فكيف تعامل المشرع مع الأحكام الواردة بالفصل 260 من مجلة المرافعات المدنية فيما يتعلّق بتجسير اللجوء إلى التحكيم على الدولة والمؤسسات العمومية؟

نصّ الفصل 7 من مجلة التحكيم على أنه لا يجوز التحكيم:

خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة.

يرى بعض الفقهاء أنّ المشرع تجاوز في هذا الفصل المنع الذي كان واردا في الفصل 260 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وتبنّى فكرة خضوع الدولة إلى التحكيم وأقرّها بصفة صريحة وقاطعة بعد أن اعتمدها بصفة محتشمة في نصوص قانونية متفرقة (المتعلقة أساسا بالإسثمار والتجارة الخارجية) . إلا أنّ هذا الموقف في حاجة إلى توضيح:

(1) لقد أقيمت المجلة الحضر المضروب على الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية في الإلتجاء إلى التحكيم الداخلي ووقع ترجيح الفكرة التي سادت في الفقه بأن الدولة لا يمكن أن تنتكّر للمحاكم التي أنشأتها هي نفسها لفائدة القضاء الخاص،

(1) الاعمال التحضيرية : مداولات مجلس النواب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 34

بتاريخ 21 أبريل 1993

أما المنشآت العمومية فلها الحق في اللجوء إلى التحكيم في نطاق صفقاتها وعلاقتها التجارية أو الصفقات العمومية، وبالتالي فإنّ مبدأ حضر التحكيم بالنسبة إلى الدولة والجماعات المحلية الذي كرّسه مجلة المرافعات المدنية والتجارية صلب الفصل 260 قد تواصل نسبيا مع الفصل 7 من مجلة التحكيم.

(2) إنّ تكريس مبدأ إمكانية إلتجاء الدولة إلى التحكيم لم يكن واضحا وصريحا مثلما كان عليه الأمر في بعض القوانين المقارنة على غرار قانون التحكيم المصري الذي يجيز للدولة الإلتجاء للتحكيم في جميع النزاعات الذي نصّ في فصله الأول

على أنه "تسري أحكام هذا القانون على كلّ تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيّا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

(3) إنّ هذا الحضر هو نسبي باعتبار أن المشرع صلب مجلة التحكيم فرّق بصورة واضحة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وانطلق صلب هذا الفصل ليقرّ مبدأ ويردّفه باستثناء(1):

المبدأ : هو أنه يحجّر اللجوء إلى التحكيم الداخلي في النزاعات المتعلقة بالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

الإستثناء : يمكن اللجوء إلى التحكيم بالنسبة إلى الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إذا كانت تلك النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية أو تجارية أو مالية.

(1) الشروط الموضوعية لإتفاقيّة التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

يَبْضَحُ مما سبق أن الفصل 7 قد أقرّ قاعدتين:

القاعدة الأولى: لا يجوز استعمال التحكيم الداخلي من طرف الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فقط.

أمّا بالنسبة للمنشآت العمومية فلها الحق والحرية في استعماله في نطاق صفقاتها وعلاقاتها التجارية أو الصناعية التعاقدية سواء فيما بينها أو مع الغير في نطاق الترتيب الجاري بها العمل.

(1) *المؤسسات العمومية والتحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية، مائدة مستديرة ، ديسمبر*

1994: الاستاذ الحبيب سليم

القاعدة الثانية: التحكيم الدولي يمكن الإلتجاء إليه بصورة واسعة النطاق من طرف الدولة والجماعات المحلية وكلّ المؤسسات العمومية مهما كان صنفها وذلك لحلّ النزاعات الناتجة عن علاقاتها الدولية الإقتصادية أو التجارية أو المالية.

إضافة إلى محافظته عل مبدأ تحجير اللجوء إلى التحكيم بالنسبة إلى الدولة أو الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الإدارية، فإنّ هذا التحجير أصبح لا يهَمّ إلا التحكيم الداخلي (عكس ما كان عليه الأمر في ظلّ الفصل 260 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي لم تفرّق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي).

علاوة على ما تقدّم، فإنه يمكن أن نسوق الملاحظات التالية:

أ- أصبح بإمكان الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الناتجة عن علاقات دولية إقتصادية أو تجارية أو مالية وبهذا الموقف، فإنّ التشريع التونسي هذا حدّو بعض القوانين المقارنة مثل التشريع الجزائري الصادر في 23 أفريل 1993 .

ب- إنّ فتح الباب أمام الدولة والمؤسسات العمومية للجوء إلى التحكيم في النزاعات الدولية يدخل في إطار الانخراط في الدورة الإقتصادية العالمية والتشجيع على الإستثمار.

ج- لقد اعتمد المشرّع تعريفا واسعا للنزاعات الخاضعة للتحكيم الدولي حينما اعتبر أنها تضمّ كلّ النزاعات الناتجة عن علاقات دولية لها طابع إقتصادي أو تجاري أو مالي فيمكن أن نعتبر أنّ كلّ النزاعات الإقتصادية بمعناها الواسع تقع تحت طائلة هذا النصّ وقد جاء الفصل 48 من المجلة الذي حدد حالات التحكيم الدولي ليؤكد ذلك.

د- إنّ الاعتراف بحق وحرية المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية (المنشآت العمومية) في اللجوء إلى التحكيم سواء كان داخليا أو خارجيا هو فناعة المشرّع بأن قيام هذه المؤسسات على تسيير مرافق عامة لا يجردها من كونها أحد أشخاص القانون الخاص في تعاملها مع الغير إذ هي أقرب من خلال طرق تصرفها وقواعد تسييرها وبحثها عن الربح من التجار أو الصناعيين منها إلى مؤسسات عمومية.

إلا أن مسألة علاقة المنشآت العمومية بالتحكيم في القانون التونسي تطرح إشكاليين:

* هيكلية شهد النظام القانوني لتصنيف المؤسسات العمومية في تونس تطوّرات وذلك في إطار الإصلاحات الهيكلية التي اعتمدها منذ أواخر الثمانينات والهادفة إلى تطهير هذه المؤسسات وتطويع أساليب تصرفها وتوحيد الأنظمة القانونية التي كانت تنطبق على المؤسسات العمومية ذات الصبغة

(1) *الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور*

الدين الغزواني

الصناعية و التجارية(1) (القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989) الذي تعرّص إلى مفهومين جديدين هما مفهوم المنشأة العمومية من جهة ومفهوم المؤسسة العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية من جهة أخرى وقد عرف هذا المفهوم الأخير تطورا (القانون عدد 74 لسنة 1996 المؤرخ في 29 جويلية 1996) لتتقسم إلى صنفين من المؤسسات وهي المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية المعتبرة منشأة عمومية (الفصل 8 جديد) والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية (الفصل 33 سابقا) . والسؤال المطروح في مجال بحثنا هو ما إذا كانت هذه المؤسسات التي لا تكتسي صبغة إدارية هي شكل من اشكال المنشآت العمومية (المؤسسات ذات الصبغة الصناعية و التجارية في النظام القديم) أم هي صنف مستقل بذاته حتى يمكن معرفة ما

إذا كان بإمكان هذا الصنف من المؤسسات العمومية اللجوء في الإتفاقات التي تبرمها مع معاقديها إلى التحكيم في فضّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ تلك الإتفاقات.

بالنسبة للمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر منشآت عمومية نصّ الفصل 10(جديد) من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة على أنّ مجلس الإدارة يقوم بالمصادقة على إتفاقات التحكيم وعلى الشروط التحكيمية وإتفاقات الصلح المتعلقة بفضّ النزاعات طبقا للتشريع والتراتب الجاري بها العمل.

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي لا تعتبر منشآت عمومية على معنى الفصل 8(جديد) من القانون سالف الذكر، فإن الفصل 33 (ثالث عشر) نصّ بخصوصها أن سلطة الإشراف تكلف بالمصادقة على إتفاقات التحكيم وعلى الشروط التحكيمية وإتفاقات الصلح المتعلقة بفضّ النزاعات طبقا للتشريع والتراتب الجاري بها العمل.

*كما سبق أن وضّحنا ذلك أعلاه، فإن المنشآت العمومية يمكنها الإلتجاء إلى التحكيم كآلية لفضّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن علاقتها التعاقدية مع الغير غير أن الإشكال يتمثل في أن الأعمال الصادرة عن هذه المنشآت يمكن أن تتخذ طبيعة مزدوجة، إذ يمكن أن تبرم عقود خاصة كما يمكن أن تبرم عقود إدارية نظرا للطبيعة القانونية المزدوجة لأعمالها، وسنسوق كمثال على ذلك: الوكالة العقارية للسكنى.

1 المؤسسات العمومية غير الإدارية في القانون التونسي،مذكرة ختم الدروس، المدرسة الوطنية للإدارة ، نوفمبر 1999: قيس الماجري ومباركة الميساوي

يمكن للوكالة كغيرها من المنشآت العمومية أن تلتجأ إلى الترتيب المتعلقة بالصفقات العمومية في تنفيذ شراؤها، وبالتالي هل بإمكانها تضمين بنود ضمن كراسات الشروط تعطي الإمكانية لنفسها ولمعاقديها الإلتجاء إلى التحكيم؟.

رغم أنها منشأة عمومية، فإن الوكالة العقارية للسكنى لا يمكنها في مثل هذه الوضعية الإلتجاء إلى التحكيم في إطار عقود (صفقات عمومية) هي عقود إدارية صرفة تخضع لتراتب خاصة (وسوف نتعرض إلى هذه المسألة بكلّ إطناب في العنصر الموالي).

إلا أن الوكالة العقارية للسكنى يمكنها في أصناف أخرى من الإتفاقات الإلتجاء إلى التحكيم وذلك على أساس قواعد القانون العام (القانون المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية الذي يخول لها الإلتجاء إلى التحكيم) وكذلك بعض النصوص الخاصة ونذكر على سبيل المثال الإتفاقيات التي تبرمها الوكالة في إطار الشراكة مع مالكي العقارات الكائنة داخل دوائر التدخل العقاري لإنجاز برامج التهيئة والتجهيز أو التهذيب أو التجديد العمراني، إذ ورد في كراس الشروط العامة للشراكة بين المتدخلين العموميين ومالكي العقارات الكائنة بدوائر التدخل العقاري المصادق عليه بالأمر عدد 188 لسنة 1999 المؤرخ في 11 جانفي 1999 في الفصل 6 منه المتعلق بمضمون الإتفاقية أنه يجب أن تتضمن خاصة:

"التنصيص على احتمال اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات إذا اتفق الطرفان على ذلك".

يقودنا هذا المثال (الوكالة العقارية للسكنى) للقول بأن المنشآت العمومية يمكنها الإلتجاء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن علاقاتها التعاقدية والإتفاقات التي تبرمها مع الغير شريطة أن لا تكون تلك الإتفاقات ذات طبيعة إدارية أو تكون خاضعة لترتيب خاصة تحجر اللجوء إلى التحكيم.

II الإتفاقات الإدارية والتحكيم.

1 الصفقات العمومية والتحكيم

لإنجاز الطلبات العمومية، وخاصة منها تلك المتعلقة بإنجاز مشاريع البنية الأساسية تلجأ الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الإدارية والمنشآت العمومية لإبرام صفقات عمومية وفق الإجراءات المنصوص عليها بالأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة وذلك في الحالات التي يتوجب عليها فيها إبرام صفقات عمومية.

إلا أن المنظومة القانونية التونسية مكّنت الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الإدارية من آليات بديلة تنتزل في إطار فلسفة الصلح بصفة عامة وهي إمكانية اللجوء إلى اللجنة الإستشارية لفضّ النزاعات بالحسنى المحدثة لدى الوزير الأول المنصوص عليها بالفصل 123 من العنوان السابع من الأمر المنظم للصفقات العمومية والذي خصّص لمسألة فضّ النزاعات بالحسنى وكما نعرف جميعا فإن رأي اللجنة هو رأي استشاري ولا يلزم الأطراف المختصة لحماية حقوقهم.

بالرجوع إلى الطبيعة القانونية للصفقات العمومية ك عقود إدارية صرفة، فإنه ينسحب عليها مبدأ عدم إمكانية اللجوء فيها إلى التحكيم طبقا للفصل 7 من المجلة وقد أتاحت الفرصة لفقهاء القضاء لإثارة هذه المسألة ومناقشتها حيث صرح القضاء التونسي بكل درجاته وبما فيه القضاء الإداري بإبطال الشرط التحكيمي وذلك على أساس أن المسألة كانت متعلقة بصفقة عمومية ذات صبغة إدارية أبرمتها الدولة التونسية كشخص معنوي خاضع للقانون العام وليس بعقد عادي تولّت إبرامه كشخص خاضع للقانون الخاص.

ثمّ خلصت إلى النتيجة التي مفادها:

(I) الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

"أنّ هذا الإستنتاج يغني عن النظر فيما إذا كانت للعقد صبغة تجارية أم لا طالما أنّ ركن الصبغة الدولية وركن تعلّقه بالتجارة هما ركنان متلازمان إن اختلف أحدهما يفقد العقد أحد شرطيه الضروريين معاً، وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم من قبل الدولة لا يكون في هذه الحالة جائزاً.

كما أكّدت محكمة التعقيب من ناحيتها على أنّ العقد موضوع النزاع هو عقد إداري لتعلّق موضوعه بمرفق عام ولكون الإدارة باعتبارها طرفاً فيه أخذت فيه بأساليب القانون العام بأن ضمّنته شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص واحتفظت لنفسها بسلطة الإشراف والرقابة .

لقد طرح نفس السؤال في القانون المقارن، حيث اختلف الفقهاء في مصر حول ما إذا كانت المنازعات في مجال العقود الإدارية هي بحكم المادة الأولى من قانون التحكيم التي تجيز للدولة الإلتجاء إلى التحكيم في جميع النزاعات خاضعة بدورها للتحكيم من عدمه، وتبعاً لذلك تدخل المشرّع بالقانون عدد 9 لسنة 1997 وأضاف للمادة المذكورة من قانون التحكيم فقرة ثانية كالتالي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإلتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختصّ أو من يتولّى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"(1).

2 إمكانية اللجوء إلى التحكيم في بعض الأصناف الخاصة من الصفقات العمومية

بقي أن نتساءل حول مكانة التحكيم في الصفقات العمومية التي تبرم في إطار المشاريع الممولة من قبل المؤسسات المالية الأجنبية وما إذا كان بالإمكان اعتبار النزاعات الناشئة عنها داخلية تحت طائلة النزاعات الناتجة عن علاقات دولية إقتصادية

وبالتالي إمكانية إلتجاء الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى التحكيم لفضّها؟

عادة ما يربط الممولون الأجانب منح القروض بقبول إطار قانوني وترتيب معين وعلى الدولة المقترضة قبول تطبيق قواعد الممول المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية الخاصة به والتي يتمّ إلحاقها باتفاقية التمويل وتحدد هذه القواعد الإجراءات التي ينبغي اتباعها لإبرام الصفقات والتي تختلف بالضرورة عن الترتيب المنظمة للصفقات العمومية مثل فتح العروض، آجال إعداد العروض، قواعد الإختيار... إلخ.

❖ إنّ ارتباط هذه الصفقات باتفاقيات تمويل أجنبية سيجعل الخلافات التي يمكن أن تنشأ بخصوصها ناتجة عن علاقات دولية باعتبار ما للممول من صلاحيات في فرض شروطه بالمشاريع التي سيمولها، وبالتالي يمكنه على هذا الأساس إشتراط اللجوء إلى التحكيم لفضّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ بخصوص تلك الصفقات.

❖ يرتبط هذا الصنف من الإتفاقيات بقطاع الأشغال العامة الذي يمثّل إحدى القطاعات الخاضعة لمجلة التشجيع على الإستثمارات التي أجازت للدولة الإلتجاء إلى التحكيم بخصوصها على أساس ما نصّ عليه الفصل 67 منها الصادرة بمقتضى القانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 كما تمّ تنقيحها وإتمامها بالنصوص اللاحقة على أنه "تختصّ المحاكم التونسية بالنظر في كلّ خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينصّ عليه شرط التحكيم أو يخول

(1) الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة. أو تطبيقها للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الإتفاقيات التالية...".
(1) الإتجاهات الحديثة في أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فيما يخص الاتفاق على التحكيم واشتراطه، 10 أكتوبر 2001: الأستاذ الطيب اللومي

III ملاحظات موجزة حول تقنيات صياغة الشروط التحكيمية في الإتفاقيات والعقود التي تبرمها الدولة والشركات الوطنية والمنشآت العمومية مع أطراف أجنبية.

يؤكد بعض الخبراء (1) على ضرورة أن يتوفر في الشرط التحكيمي أربعة وظائف أساسية وهي:
* توليد آثار ملزمة اتجاه الأطراف،
* إستبعاد اختصاص محاكم الدولة،
* تفويض صلاحيات للمحكّمين لفضّ الخلافات المحتمل نشوبها بين الأطراف،
* إستبعاد اختصاص محاكم الدولة،
* إرساء نظام إجرائي من شأنه أن يؤدي في أفضل الظروف للتصريح بحكم قابل للإعتراف به وتنفيذه.
ومن هذا المنطلق فإنّ الشرط التحكيمي يجب أن يتضمّن:
* إختيار هيئة التحكيم ،
* إجراءات تسمية المحكّمين،
* مجال تدخّل المحكّمين،

* إمكانية الجمع بين التحكيم وآلية أخرى لفضّ النزاعات.(2)

وفي إطار الإتفاقيات والعقود التي تبرمها الدولة والشركات الوطنية والمنشآت العمومية وتأكيدا لأهمية هذا الجانب في اعتماد التحكيم، صدر منشور السيد الوزير الأول عدد 36 بتاريخ 20 جوان 1994 حول الشروط التحكيمية في الإتفاقيات والعقود التي تبرمها الدولة والشركات الوطنية والمنشآت العمومية مع أطراف أجنبية ، الذي ورد فيه بالخصوص أنه :
"سعى إلى تجنب الآثار السلبية لمثل تلك الشروط يتعيّن على رؤساء الإدارات والرؤساء المديرين العامين للشركات الوطنية والمنشآت العمومية اتخاذ الإحتياطات التالية عند إبرام اتفاق أو عقد تجاري مع طرف أجنبي :

1 الدراسة المسبقة والتفاوض في كلّ أحكام الإتفاق أو العقد بما فيها الشروط التي تتعلّق بفضّ النزاعات وإيلائها نفس الأهمية التي يجب أن يولوها إلى الشروط المالية والتفاوض حولها بكلّ حرص باعتبارها تكيف النتائج النهائية للإتفاق أو العقد

(1) *La négociation et la rédaction des clauses d'arbitrage dans les contrats* Internationaux : الأستاذ فتحي كميشة :

(2) لمزيد الإطلاع : أنظر مداخلة الأستاذ فتحي كميشة (المرجع السابق) لتكون أحكام الإتفاق أو العقد واضحة والحدّ من قيام النزاعات ويتعيّن إستشارة أهل الإختصاص كلما بدت ضرورة لذلك باعتبار طبيعة كل اتفاق أو عقد واخذ رأي مركز الدراسات القضائية والقانونية بوزارة العدل عند الإقتضاء.

(1) الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

2 السعي للمطالبة باعتماد القانون التونسي وبعرض النزاع على المحاكم التونسية أو على هيئات تحكيمية بتونس وعدم اعتبار اللجوء إلى المحاكم الأجنبية أو الهيئات التحكيمية الموجودة بالخارج أو اعتماد القوانين الأجنبية من البديهيّات المسلّم بها في كلّ الحالات وإذا لم تسمح ظروف التفاوض باعتماد القانون التونسي واختصاص القضاء التونسي أو التحكيم بتونس، فإنه يتجه اعتماد قانون بلد محايد وعرض النزاعات على تحكيم غير مؤسّساتي (ad hoc) أو على مؤسسات تحكيمية ببلد محايد بالنسبة لأطراف الإنفاق أو العقد.

كما يتعيّن تجنّب التحكيم القائم على المصالحة (Amiable composition) إلاّ عند الضرورة القصوى التي قد تفرضها ظروف التفاوض مع اعتبار مصلحة الطرف التونسي.

3 الحرص على متابعة الإجراءات حال قيام النزاع سواء كانت إجراءات قضائية أو تحكيمية والتحرري خاصة في الأجال وفي اختيار المحامين والمحكّمين في كلّ نزاع من بين المشهود لهم بالخبرة في الميدان اعتبارا لطبيعة النزاع واختصاص المحامي والمحكّم".

خاتمة:

لقد أردت من هذه الدراسة أن تكون منطلقا للتفكير حول مستقبل العلاقة بين أشخاص القانون العام من خلال (الأطر التعاقدية المعمول بها من قبل الإدارة والجماعات المحليّة والمؤسسات العمومية الإدارية) ومؤسسة التحكيم وما إذا كان من الضروري إدخال بعض الإصلاحات في هذا المجال أو المحافظة على المكتسبات وتدعيمها خاصة وأنا نطمح إلى أن تكون بلادنا مركزا دوليا للتحكيم ونظرا لما توليه الدولة في هذه المرحلة من أهمية لإستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيع حركة الإستثمار في بلادنا.

المراجع :

1. مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 .
2. مجلة التحكيم الصادرة بالقانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 .
3. منشور الوزير الأول عدد 36 المؤرخ في 20 جوان 1994. تونس مركز دولي للتحكيم : المتطلبات والرهانات (التحكيم في تونس الواقع والرهانات، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، سلسلة دراسات برلمانية عدد 7 ماي 2006): الأستاذ عبد الوهاب الباهي
4. الإتجاهات الحديثة في أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فيما يخصّ الإنفاق على التحكيم واشتراطه: الأستاذ الطيب اللومي
5. التحكيم في تونس : نشأته ومجالاته وموقعه ضمن آليات فضّ النزاعات (التحكيم في تونس الواقع والرهانات، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، سلسلة دراسات برلمانية عدد 7 ماي 2006) : الأستاذ نجيب الفقي. أصناف التحكيم و آلياته (التحكيم في تونس الواقع والرهانات، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، سلسلة دراسات برلمانية عدد 7 ماي 2006) : الأستاذ محمد مشرية.

(1) الشروط الموضوعية لإنفاقية التحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية-ديسمبر 1994: الأستاذ نور الدين الغزواني

6. التحكيم ودفع الإستثمار (التحكيم في تونس الواقع والرهانات، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، سلسلة دراسات برلمانية عدد 7 ماي 2006) : الأستاذ حسين بن سليمة.
7. مائدة مستديرة حول المؤسسات العمومية والتحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية (تونس في 9 و 10 ديسمبر 1994): الأستاذ الحبيب سليم.
8. مائدة مستديرة حول المؤسسات العمومية والتحكيم، مركز البحوث والدراسات الإدارية (تونس في 9 و 10 ديسمبر 1994) الأستاذ نور الدين الغزواني.
9. النظام القانوني للتحكيم في تونس (مجلة التحكيم لسنة 1993) رسالة بحث لنهاية الدراسات بالمدرسة القومية للإدارة : أوت 1995 هشام الزواري.
10. المؤسسات العمومية غير الإدارية في القانون التونسي، مذكرة ختم الدروس بالمدرسة الوطنية للإدارة، نوفمبر 1999: قيس الماجري ومباركة الميساوي.
11. -La négociation et la rédaction des clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux, maître Fathi kemicha, Séminaire organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires, ministère de la justice .