



جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
كلية الحقوق و العلوم السياسية
أطروحة

مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث تخصص: القانون العام الاقتصادي

التحكيم في الصفقات العمومية الدولية

قدمت و نوقشت علانية بتاريخ 2019/01/31 من قبل الطالبة: بنور أسماء

أمام لجنة المناقشة المتشكلة من الأساتذة الآتية أسماؤهم:

يلس شاوش بشير،..... جامعة وهران 2 محمد بن أحمد،.... أستاذ التعليم العالي،..... رئيسا
تراري ثاني مصطفى،..... جامعة وهران 2 محمد بن أحمد،... أستاذ التعليم العالي،..... مشرفا
بن سهلة ثاني بن علي،.. جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،..... أستاذ التعليم العالي،..... مناقشا
بدران مراد،..... جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،.... أستاذ التعليم العالي،..... مناقشا
بلغول عباس،..... جامعة وهران 2 محمد بن أحمد،... أستاذ التعليم العالي،..... مناقشا
بن عصمان جمال،..... جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،..... أستاذ محاضر (أ)،..... مناقشا

السنة الجامعية 2019/2018

قال تعالى في محكم تنزيله:

بسم الله الرحمن الرحيم

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا
قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (65)

صدق الله العظيم

الآية 65 من سورة النساء

شكر و عرفان

أشكر لله أولاً، الذي أعانني و وفقني أن أتمت هذا العمل.

اشكر أستاذي المشرف تراري ثاني مصطفى الذي كان له الفضل و رحابة

الصدر في تتبع جميع خطوات إعداد هذه الأطروحة، قارئاً و مصححاً

و مرشداً و موجهاً و محفزاً.

اشكر جميع أساتذتي خلال مرحلة الماستر تخصص: القانون العام الاقتصادي

و خاصة رئيس المشروع الأستاذ: يلس شاوش بشير.

اشكر جميع أعضاء لجنة المناقشة على جهودهم في قراءة هذه الأطروحة و تقييمها

و الحكم عليها.

اشكر جميع أفراد عائلتي الصغيرة و الكبيرة عن سندهم و دعمهم لي طيلة مشواري

التعليمي.

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ق ا م ا : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق م م: قانون المسطرة المدنية (المغربي)

ص: الصفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ثانياً: باللغة الأجنبية

ADR : Alternatif Dispute Resolution

AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif

AMP : Accord sur les Marchés Publics

B.O.O : Built, Own, Operate and Transfer

B.L.T: Build, Lease and Transfer

CA : Cour d'Appel.

CC : Conseil Constitutionnel.

CE : Conseil d'État.

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

CCI : Chambre de Commerce Internationale

C.P.C.F : Code de Procédure Civile Français

D.B.F.O : Design, Build, Finance and Operate

Fasc: Fascicule

FIDIC: Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils

FOB : Free On Bord

ibid : ibidem

J-cl.dr.int : Juris-classeur droit international

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

JORF : Journal Officiel de la République Française

MARC : Modes Alternatifs de Règlement des Conflits

n : numéro

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit Affaires

P : Page

PUF : Presses Universitaires de France

RFDA : Revue Française de Droit Administratif

TBI : Traité Bilatéral d'Investissement

مقدمة:

يعتبر التحكيم¹ من الطرق البديلة لحل النزاع²، و الذي جاء بغية تقادي الصعوبات الموضوعية و الإجرائية التي يتميز بها القضاء، ذلك أن القضاء غالبا ما يرتبط بفكرة سيادة الدولة المجسدة في سيادة السلطة القضائية و استقلاليتها كسلطة من سلطات الدولة الثلاث و فكرة الاختصاص الجبري³ كما أن التقاضي أمام الهيئات القضائية، لا يتيح للأطراف حرية اختيار القضاة و كذا القواعد القانونية

1 - لقد حاول الفقه إعطاء تعريف للتحكيم يلم بكل خصائصه و مميزاته، فقد عرفه الأستاذ هنري موتولسكي Henri Motulsky على أنه: " الفصل في منازعة عن طريق أشخاص يتم اختيارهم بواسطة أشخاص آخرين بموجب اتفاق بينهم".
انظر:

- **Henri Motulsky**, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, tome II, Dalloz, Paris, 1974, p.6

كما عرفه الأستاذ جون روبرت Jean Robert بأنه: " مؤسسة ذات عدالة خاصة يتم بموجبها استبعاد المنازعات من اختصاص محاكم القانون العام المشترك ليتم الفصل فيها من قبل أفراد يتولون مهمة الفصل فيها".
انظر:

- **Jean Robert**, L'arbitrage, droit interne, droit international, Dalloz, Paris, 1993, p.3

أما عن دور القضاء في هذا المجال، فذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن التحكيم هو: " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار مجرد من التحامل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها...".
جاء هذا التعريف في القضية رقم 56 جلسة 6 يناير 2001
أشار إليه:

- **علي سليمان الطماوي**، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، 2012، ص 130.

2 - تعرف بمفهوم القانون الانجلوامريكي بمصطلح ADR و يصطلح عليها في القانون اللاتيني بمصطلح MARC و قد زادت أهمية هذا النظام في مؤتمر بوند Pound سنة 1976 حيث طرح رجال القضاء و المحامون المساوي التي سجلت على نظام التقاضي العادي و التزايد في النفقات التي أثقلت كاهل الأطراف في المحاكم، و بالتالي ضرورة الاتجاه إلى حلول بديلة أخرى.
أشار إليه:

- **محمد عبد المجيد إسماعيل**، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 316.

3 - إذ أن الاختصاص النوعي و الإقليمي تحكمه قواعد في أغلبها من النظام العام بحيث لا يجوز للأطراف المتنازعة الاتفاق على مخالفتها و مثال ذلك ما جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة 807 من ق ا م ا: " الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام".

و في الدعاوى المدنية ما جاءت به المادة 40 من ق ا م ا و التي جاء نصها كما يلي: " فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى التالية أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها...".

الموضوعية و الإجرائية المطبقة على النزاع، و لا حتى التحكم في سريان الخصومة و مدتها التي تبقى تحت إدارة القاضي، كل هذا يؤكد طغيان فكرة النظام العام بشقيه الموضوعي و الإجرائي على الخصومة القضائية التي يبقى هامش حرية الأطراف المتنازعة فيها جد ضئيل.

و قد ارتبط التحكم منذ ظهوره بالنزاعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية ذات الصبغة المدنية و التجارية في القطاعين العام و الخاص و غير الماسة بالنظام العام، فالتجربة العملية و التاريخ يثبتان أن الشركات التجارية ذات الشهرة، كانت لا تلتجئ إلى قضاء الدولة و إنما تتجه إلى حل النزاع بالطرق الودية كالوساطة¹ و المصالحة² و التحكم، و قد كانت هذه الطرق البديلة تمارس من قبل هيئات تضم كبار إحدى العائلات أو كبار إحدى المدن أو احد المقربين من العائلة التي يمارس أفرادها مهنة أو حرفة³.

مع ظهور العولمة و المفاهيم الاقتصادية الجديدة و ارتفاع حجم المبادلات التجارية الدولية، وجدت الدولة نفسها أمام رهانات اقتصادية و تجارية جديدة، أملت عليها ضرورة تطوير وظيفتها الاقتصادية بحثا عن تحقيق مزيد من المرونة و الفعالية.

إن ارتكاز الاقتصاد الحديث على المشاريع الاقتصادية الضخمة و الحاجة إلى توظيف التكنولوجيات المتطورة، كلها عوامل استدعت من السلطات العمومية أن تلجا إلى الشراكة مع القطاع الخاص في مجالات اقتصادية حيوية و إستراتيجية، و ذلك بحثا عن توسيع حجم النشاط و توفير التمويل الكافي.

لقد أدى ولوج البعد الاقتصادي في الأداء الإداري للسلطات العمومية إلى تحول مجالات القانون الإداري من المجال التقليدي الضيق المختصر في الوظائف الإدارية الصرفة للدولة⁴ إلى المجالات

1 - تعرف الوساطة على أنها طريق بديل عن القضاء يتفق الأطراف بموجبها بمساعدة الوسيط على إيجاد حل للنزاع، و يكون الاتفاق على الوساطة في شكل رأي أو وصية.
انظر:

- Document sur le comité de médiation et l'arbitrage des travaux publics, France, 2014, p.07

2 - يعرف هذا النمط انتشارا في الولايات المتحدة الأمريكية، و قد ظهر في بداية الأربعينيات حيث كان يتم تداوله بكثرة أمام المحاكم.

3 - **Christophe Juhel**, Arbitrage en droit, arbitrage en équité, in Les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque international organisé par l'université d'Alger, le 06 et 07 mai 2014, p. 113

4 - يرى الفقيه اندري هوريو André Hauriou أن القانون الإداري التقليدي هو قانون الإمرة و القيادة، إنه قانون الامتيازات و قانون الرقابة، و في مجمل القول إنه قانون الريبة و الحذر، و في مقابل ذلك، فإن القانون الإداري

الحديثة الأكثر انفتاحا، و أصبح بذلك يعرف اليوم بالقانون الإداري الاقتصادي¹ ، هذا الأخير الذي يتميز بالكثير من المرونة و القابلية للتكيف مع المستجدات الاقتصادية.

إن التطور الذي عرفه القانون الإداري و انفتاحه على المجالات الاقتصادية جعله يتطور بالشكل الذي أدى إلى حدوث نقلة نوعية لهذا الأخير فيما يخص تقبل بعض المفاهيم التي ظلت لوقت طويل في قائمة المحظورات، و من بين هذه المفاهيم نجد موضوع التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناتجة عن العلاقات التعاقدية التي تكون إحدى الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، و طرح فكرة قابلية العقود الإدارية للتحكيم كان يستهدف بالأساس إضفاء التوازن على علاقات الإدارة مع غيرها خاصة في المجال الاقتصادي، إذ أن المتعاقد مع الإدارة و الذي قد يتنازع معها غالبا ما يكون التحكيم في صالحه باعتباره ضمانا إجرائية في مواجهة القضاء الوطني و تحيزه لصالح الأشخاص العامة الخاضعة لرقابته، و تخوفه أيضا من تمسك الدولة بحصانتها القضائية باعتبارها شخصا كامل السيادة و الاستقلالية.

لقد لاقى فكرة التحكيم في مجال العقود الإدارية في بداياتها الأولى معارضة قوية، تجلّت من خلال آراء الفقهاء المعارضة و التي وجدت صدى لها على المستويين التشريعي و القضائي، و قد تمثلت أهم أسباب ذلك الرفض في وجود الدولة² كشخص معنوي عام أو إحدى الهيئات التابعة لها

الصدفوي الذي تأسس أمام عيوننا- على حد تعبير الفقيه- يقدم و سيقدم شيئا فشيئا مزايا مختلفة: سيصبح قانون القوى المشتركة المؤتمر بواسطة القرارات الجماعية، سيصبح قانون التعاون بين الإدارة و شركائها الخواص، و في مجمل القول سيصبح قانون الثقة و الأمان.

انظر:

- **André Hauriou**, Le droit administratif de l'aléatoire, in *Mélanges offerts au doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 224, cité par **Arnoldo Wald**, La résolution par l'arbitrage des conflits entre administration publique et les entreprises privées en droit brésilien, in *Les cahiers de l'arbitrage*, n 02, 17 juillet 2007, p. 09.

¹ - يعتبر الفقيه اندري دو لوبادار André de Laubader أن القانون الإداري الاقتصادي من أساسياته انه يتميز بالكثير من الليونة التي لا يوجد لها مثل في المواضيع الأخرى التقليدية التي يهتم بها القانون الإداري.

انظر:

-**André de Laubadere**, Droit public économique, Paris, Dalloz, p.109, cité par : **Arnoldo Wald**, op-cit, p. 09.

² - يرى الأستاذ لطفي الشاذلي بخصوص دراسة موضوع التحكيم في مجال القانون الإداري بأنه من الأفضل استعمال مصطلح الإدارة و ليس الدولة، لأنه حتى و إن كان هناك تلاقي بين المصطلحين، إلا أن مصطلح الإدارة يبدو ملموسا أكثر.

أشار إليه:

- **Lotfi Chedly**, Administration et Arbitrage, une lecture de l'article 7-5 du code tunisien de l'arbitrage, in *L'administration et son droit : quelles mutations ? Colloque organise par l'association Tunisienne des sciences administratives, faculté des sciences juridique, politiques et sociales de Tunisie*, le 18 et 19 avril 2002, p.181

كطرف في نزاع غير متكافئ مقارنة بالطرف الآخر، و من ناحية أخرى فإن النظرية العامة للعقد الإداري تتسم بجملة من الخصائص، فهي تتميز بطابعها القضائي إذ ابتدعتها القضاء الفرنسي عن طريق مجلس الدولة، فهذا الأخير هو الذي أرسى مبادئها العامة و ذلك من خلال وضع قواعد غير مألوفة و مستقلة عن تلك القواعد المتعارف عليها و المطبقة على العقود المدنية و التجارية، المعروفة بقواعد القانون الخاص.

من جهة أخرى فإن التحكيم في مجال القانون الإداري قد شكل مسرحاً لصراع حاد بين الفكر الرأسمالي و الفكر الاشتراكي، إذ يعتبر التحكيم في ظل الفكر الاشتراكي مصدراً يهدد هيمنة القطاع العام على شتى المجالات بما في ذلك طرق حل النزاع،¹ و هذا على خلاف الفكر الرأسمالي الذي يسعى إلى تقليص مجال القطاع العام و توسيع نطاق الحرية التعاقدية، و كذلك إضفاء المزيد من المرونة و السرعة على وسائل تسوية النزاعات .

إن الاعتراضات المشار إليها أعلاه لم تصمد مع مرور الزمن، و بات التحكيم في العقود الإدارية يحظى بالقبول لدى العديد من التشريعات الوطنية، و لقد كان لتحول مفهوم العقد الإداري من مجرد عقد منحصر في بعده الداخلي و امتداده للمجال الدولي - و هو ما يصطلح عليه اليوم بالعقد الإداري الدولي - دوراً حاسماً في تلاشي حدة الاعتراضات على قبول التحكيم في مجال العقود الإدارية و بالتالي يمكن القول هنا أن الاعتراف بالتحكيم في مجال العقود الإدارية جاء كنتيجة للطابع الدولي الذي دخل عليها.

إن مصطلح العقد الإداري الدولي و إن كان يشكل محل خلاف فقهي²، إلا أنه يمكن تعريفه على أنه ذلك " العقد الذي تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو أحد أشخاصها المعنوية مع شخص

و هو ما أكده كذلك العميد ياد بن عاشور في شرحه لمفهوم الإدارة، بحيث يعتبر أن الدولة عبارة عن فكرة مجردة، غير واضحة و هي موجودة فقط من خلال مؤسساتها و هيئاتها مثل رئيس الدولة، البرلمان، مجلس الوزراء، الإدارة بفرعها المركزية و اللامركزية.

انظر:

- **Yadh Ben Achour**, Droit administratif, organisation administrative,, fonctions administratives: police et service public, décisions administratives, CPU, 200, p.13, cité par: **Lotfi Chedly**, op-cit, p.182

¹ - **Eduardo Silva Romero**, La dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques, in Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, n 02, 2004, p.87

² - يرى الفقيه بيار لافيف Pierre Lavive بأنه لا وجود لمصطلح العقد الإداري الدولي، و ذلك نظراً إلى أن العديد من الدول لا تعرف مفهوم العقد الإداري بما في ذلك دول القانون العام المشترك و الدول الاشتراكية و العديد من الدول الأخرى.

انظر:

من أشخاص القانون الخاص- طبيعيا كان أو معنويا - بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره باستخدام وسائل القانون العام، و يترتب عن هذه العقود انتقال الأموال و الخدمات عبر الحدود الدولية¹ .

إن التعريف المشار إليه أعلاه للعقد الإداري الدولي يعبر في فحواه عن عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري الداخلي- و ذلك بالنظر إلى وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد تعهد إليه إدارة مرفق عام من خلال استخدام امتيازات و الخضوع لشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص - و بين الصفة الدولية لانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة.

و تتحدد الصفة الدولية للعقد الإداري وفقا لمعيارين أولهما قانوني: و يعني مضمون هذا المعيار اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني واحد²، أو بمعنى آخر يعد العقد دوليا متى كان من شأنه تحريك بعض القواعد القانونية³ التي أعدت خصيصا لتنظيم العلاقات الدولية بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي، أما عن مضمون المعيار الثاني و الذي هو اقتصادي⁴، فإن العقد الإداري يكون دوليا إذا

- **Pierre Lavive**, L'État en tant que partie à des contrats de concession, in *Uni droit*, Rome 1976, p.317, cité par : **Ibrahim Refaat Mohamed El Behery**, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, université de Nice Sophia -Antipolis, mars 2004, p.335.

و على النقيض من ذلك، يرى الأستاذ احمد صادق القشيري بأن نظرية العقد الإداري ليست مبتكرة من قبل النموذج الفرنسي، ففي النظم القانونية الأخرى خصوصا العائلة الانجلو امريكية، نجد نفس الحقيقة و لكن وفق تقنيات مختلفة ففي كل الأحوال، فإن حضور السلطة العامة يكون فعلا من أجل ترقية مصالح الوحدة الوطنية، و هو ما ينعكس بالضرورة على خلق نظام قانوني خاص.

انظر:

- **Ahmed Sadikh El-Kosheri**, Le régime juridique crée par les accords de participation dans la domaine pétrolier, RCADJ, 1975, p.219, cite par : **Ibrahim Refaat Mohamed El Behery**, *op-cit*, p.346

1 - **أشرف محمد خليل حماد**، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010 ص 84 .

2 - **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، منشأة المعارف، مصر 2011، ص 136.

3 - يمكن الإشارة إلى المقصود بالعناصر القانونية: جنسية الأطراف، مكان إقامة الأطراف، مكان إبرام العقد أو تنفيذه، لغة التعاقد...الخ.

4 - ظهر هذا المعيار لأول مرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها على مرافعة المحامي ماتر Matter و الذي رأى آنذاك أن العقد يكون دوليا متى أدى إلى حركة مد و جزر للأموال عبر الحدود بحيث تتعدى الاقتصاد الداخلي.

أشار إليه:

- **علي سليمان الطماوي**، المرجع السابق، ص 185.

اتصل بمصالح التجارة الدولية بحيث يترتب عن العقد عملية تبادل حركي للبضائع و الأموال و الخدمات عبر الحدود¹.

إذا رجعنا إلى الصفقات العمومية الدولية² فنجد أن هذه الأخيرة تمثل احد نماذج العقود الإدارية الدولية، و يمكن القول بأنها تعد النموذج الوحيد في القانون الجزائري، كما انه لا يمكن إغفال أن القانون الجزائري كان سابقا للاعتراف بالتحكيم في الصفقات العمومية مقارنة ببعض الأنظمة القانونية المقارنة.

فالنص صراحة على جواز التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ و في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام⁴ لم يكن بالتشريع المنشئ بل كان مجرد تشريع كاشف، ذلك أن المراسيم المنظمة للصفقات العمومية كانت تفتح المجال أمام التحكيم في الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب من خلال النص على القانون الواجب

1 - **عدي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2010-2011، ص 65 .

2 - إذا كان التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية بوجه عام يخضع للقانون العام خاصة من جهة الشخص المعنوي العام، إلا أنه في الوقت نفسه أصبح هذا التقنين أحد مواضيع القواعد الدولية خاصة مع ظهور المؤسسات الاقتصادية العابرة للحدود و كذا فتح الحدود الإقليمية و تطور التجارة العالمية، و بالتالي لا مانع من إدراج هذا التقنين ضمن مجال تطبيق اتفاق المنظمة العالمية للتجارة الخاص بالصفقات العمومية AMP.

و من جهة التحكيم باعتباره الطريق الأكثر ترويجا في العالم، فإن العقود العامة المبرمة على الصعيد الدولي و نظرا إلى جملة الرهانات المطروحة أمامها فينبغي طرح التساؤل من جديد حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم كخيار في النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العقود.

أشار إليه:

- **Didier Baisset**, L'internalisation du droit public des affaires face à l'arbitrage international, in Les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque international organisé par l'université d'Alger, le 06 et 07 mai 2014, n 03, pp.136-137

لذلك يرى البعض بأن العمومية و الدولية مصطلحان لا يلتقيان، فصفة العمومية فيها نوع من التهديد لأمن التجارة الدولية و الحيلولة دون تطورها، فقد تؤدي الصلاحيات و السلطات الممنوحة للدولة إلى الإضرار بالصفقة المبرمة و الزيادة في شروطها.

أشار إليه:

- **Ibrahim Refaat Mohamed El Behery**, *op-cit*, p.325

3 - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر، العدد 21.

4 - المرسوم رقم 15-247، المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50

التطبيق و شرط تسوية الخلافات¹ و لو أنه لا يمكن الاعتراض على ما أتى به المشرع الجزائري في قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لأنه أنهى حالتي الغموض و التذبذب اللتان كانتا تحيطان بمدى قابلية الصفقات العمومية للتحكيم.

إن ذاتية الصفقات العمومية -عند اعتبارها عقدا إداريا²- و تميزها عن عقود القانون الخاص تمنح للتحكيم في منازعاتها طابعا خاصا، مقارنة بالتحكيم في عقود القانون الخاص، فحتى و إن سلمنا أن طرح النزاع الذي ينشا عن الصفقة العمومية الدولية لا يطرح إشكالا أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي التي باتت تشكل اليوم سوقا تجاريا محضا، فإن هذا الأمر قد يشكل مساسا بذاتية الصفقة العمومية.

من الناحية الإجرائية، فإن النزاع الإداري المعروض أمام الهيئات التحكيمية يطرح بدوره العديد من الإشكالات أمام القضاء الوطني و ذلك عندما يستلزم الأمر تدخل هذا الأخير بوصفه داعما للعملية التحكيمية أو مراقبا لها، ذلك أن المشرع الجزائري و إن كان قد تبنى المعيار العضوي في تعريفه للنزاع الإداري و خص هذا الأخير بالعديد من الأحكام الخاصة المطبقة عليه أمام الهيئات القضائية الإدارية، إلا أن إسقاط تلك الأحكام على الخصومة التحكيمية و كذا القرار التحكيمي يؤدي إلى اكتشاف العديد من النقائص و الوقوع في تناقض بين النصوص القانونية التي تخص الخصومة القضائية الإدارية و تلك التي تنظم الخصومة التحكيمية.

إن دراسة التحكيم في الصفقات العمومية الدولية على ضوء التشريع الجزائري، ليس بالمسلك الخالي من الصعاب، و ذلك بالنظر إلى قلة النصوص القانونية و التنظيمية المخصصة لهذا النوع من الدراسة، مما ينتج عنه قلة الأحكام القضائية الواردة في هذا الشأن، و أمام هذه الصعوبات يصبح الرجوع إلى التشريع المقارن و الممارسة التحكيمية المقارنة خاصة في فرنسا ضروريا لفك الغموض الذي أنتجه الفراغ التشريعي و ندرة الممارسة التحكيمية بالجزائر، غير أن الاطلاع على الحلول الواردة

1 - كانت المسألة واردة في معظم المراسيم المنظمة للصفقات العمومية نذكر منها:
المادة 50 من المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 16 جمادى الثاني 1402 الموافق 10 ابريل 1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر، العدد 15 (ملغى)
المادة 51 من المرسوم الرئاسي 91-434، المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 05 (ملغى).

2 - إذ يمكن أن تبرم الصفقة العمومية من قبل مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، و هذا طبقا لنص المادة 06 المقطع 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 و بالتالي تخرج من نطاق العقود الإدارية.

في التجارب التشريعية و التحكيمية المقارنة تبقى مجرد مصدر الهام للتشريع و القضاء الجزائريين من أجل تبني حلول وطنية خالصة.

إن الصعوبات المشار إليها أعلاه تفرض على الدارس، الاعتماد على المنهج التاريخي لرصد الجدل الذي لازم النقاش حول قابلية الصفقات العمومية للتحكيم قبل تقبل هذا الأخير من قبل التشريع و الفقه المقارنين، و الاعتماد على المنهج التحليلي لاستظهار جملة الثغرات التي يعرفها التشريع الجزائري في مجال التحكيم الخاص بمنازعات الصفقات العمومية، و أخيرا المنهج المقارن الذي يساعد على استعراض التجارب التشريعية و العملية المقارنة ذات الصلة بموضوع الدراسة و محاولة استلهاهم حلول لمعالجة الإشكالات العالقة في التشريع الجزائري.

إن دراسة التحكيم في الصنف العمومية الدولية كنوع من أنواع العقود الإدارية المتميزة عن عقود القانون الخاص و المتميزة بأطرافها و موضوعها، تجعل السؤال الجوهرى لإشكالية الدراسة يتمحور حول ما يلي: كيف يؤثر اللجوء إلى التحكيم في الصنف العمومية الدولية على الخصائص الجوهرية لها ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تمت معالجة الموضوع وفقا لجانبين، تضمن الجانب الأول الإطار النظري لموضوع الأطروحة و ذلك من خلال تكريس القابلية للتحكيم في الصفقات العمومية (الباب الأول)، فيما تم تخصيص الجانب الثاني للدراسة للإطار الإجرائي للتحكيم في الصنف العمومية الدولية و ذاتيته (الباب الثاني).

الباب الأول: مدى قابلية الصفة العمومية الدولية للتحكيم

تعتبر القابلية من الأفكار الواسعة و المتموجة، بحيث تتغير وظيفتها بتغير عناصرها ليتم استعمالها في مجالات عدة، و يقصد بالقابلية لغة: الاستعداد للقبول، أما في الاصطلاح القانوني فيقصد بها بيان المنازعات التي يمكن أن تحسم بواسطة التحكيم لتمييزها عن تلك التي يكون الاختصاص بحلها متروكا لمحاكم الدولة، و هي بذلك تعد شرطا جوهريا لصحة اتفاق التحكيم.

غير أن مصطلح القابلية يعتبر من المصطلحات المستحدثة في المجال القانوني، هذا ما يبرر عدم تواجده لحد الآن ضمن قائمة المصطلحات القانونية، بل هناك من يعترض عن المصطلح ذاته و يقترح بديلا لذلك كاستعمال عبارة " قابل للحل عن طريق التحكيم"¹.

إن التشريعات المقارنة في مجال التحكيم لم تتفق حول المواضيع التي يجوز حلها بواسطة التحكيم، أو تلك التي لا يجوز حلها بواسطته، لكن غالبا ما يكون مجال القابلية لمواضيع التحكيم الدولي أوسع من تلك التي تقبل التحكيم الداخلي.

ففي قوانين العائلة الجرمانية كان التحكيم محظورا على طوائف معينة من العلاقات القانونية، فنجد كمثال على ذلك أن القانون الفرنسي لا يجيز التحكيم في مسائل الأهلية، و في المنازعات المتعلقة بالدولة و الهيئات التابعة لها، كما استقر الفقه و الاجتهاد على استبعاد التحكيم في المسائل ذات الطبيعة الجزائية أو الإدارية أو الضريبية و في مسائل الإفلاس و غيرها، لكن سرعان ما تم التفريق بين مواضيع التجارة الداخلية و التجارة الدولية، بحيث أصبح التحكيم ممكنا في مجال التجارة الخارجية، بينما اتجهت قوانين العائلة الانجلو أمريكية، و التي لا تفرق بين القانون العام و القانون الخاص إلى اعتبار المواضيع التي لا تقبل التحكيم، الأحوال الشخصية، و العلاقات ذات الطابع السياسي.

و إذا كانت القابلية للتحكيم تجد مجالها الخصب في القضايا التي يحكمها القانون الخاص، فإن قانون التحكيم و القانون الإداري يمكن القول على أنهما موضوعان يعيشان في بيئتين مختلفتين لا يمكن أن تلتقيا دروبهما أبدا²، ذلك أن التوتر القائم بين التحكيم و القانون الإداري ناتج في المقام الأول عن التناقض الذي يفرزه التحكيم ذاته: فمن جهة، يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لفض النزاعات

¹ -Vera Arcangeli, Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada, thèse de doctorat en droit, faculté des études supérieures, université de Montréal, soutenue le 26 septembre 2000, p. 247

² -Ching-Lang Lin, L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs, thèse de doctorat en droit, institut d'études politique de Paris, soutenue le 30 juin 2014, p. 01

الخاصة بما في ذلك المنازعات المدنية، التجارية و المالية في المجالين الداخلي و الدولي، و من ناحية أخرى لا يمكن إنكار حقيقة أن المحكمون يمارسون وظيفة قضائية، التي تعتبر في أصلها سلطة ذات احتكار وطني¹.

و بالإضافة إلى ذلك فإن كل النزاعات التي يكون أحد أطرافها شخصا معنويا عاما هي نزاعات تبقى مفتوحة على كم معتبر من الفرضيات و القرائن، خاصة إذا تعلق النزاع بوجود مصلحة عامة، هذه الأخيرة قد لا تجد مفعوما لها في مجال التحكيم، على الأقل في نظر القانون العام الداخلي.

أما عن دراسة الصفقات العمومية و مدى قابليتها للتحكيم، و على اعتبار أن الصفقة العمومية الدولية تتميز على مستوى أطرافها، بتواجد شخص معنوي عام ممثلا في الدولة و بقية الهيئات المعنوية العامة التابعة لها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، و شخص قانوني آخر أجنبي، هذا ما يستدعي البحث في القابلية الشخصية للتحكيم (الفصل الأول)، إذ يرتبط معيار القابلية هذا بصفة الخصوم في النزاع، هذه المسألة تتعلق بالدولة و الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها، بحيث يثور التساؤل حول مدى جواز خضوع الشخص المعنوي العام للتحكيم.

أما من حيث موضوعها، فهي تتعلق بمجالات ذات صلة بالمصلحة العامة و النظام العام، و هي المعطيات التي يفرضها الطابع الإداري للصفقة العمومية الدولية، و لمنازعاتها ، لكن عرض منازعاتها على التحكيم الذي يكتسي طابعا تعاقديا، يؤدي في المقام الأول إلى إخراج الصفقة العمومية من ولاية قاضيها الطبيعي، الذي هو القاضي الإداري المطبق لقواعد القانون الإداري و مبادئه، هذه الأخيرة التي قد يحول التحكيم دون تطبيقها على الصفقة العمومية الدولية، كل هذه العوامل تستدعي أيضا البحث في القابلية الموضوعية للتحكيم (الفصل الثاني) فيما يخص منازعات الصفقة العمومية الدولية.

و زيادة على دراسة القابلية للتحكيم بشقيها الشخصي و الموضوعي، فإن بعض الصفقات العمومية الدولية تمت معالجتها على أنها عقود استثمار، و بالتالي تم إخراجها من مجال التحكيم التجاري الدولي لتندرج ضمن تحكيم الاستثمار، الأمر الذي أدى بنا إلى دراسة معيار آخر للقابلية للتحكيم في الصفقات العمومية، الذي تجسد في امتداد قابليتها إلى تحكيم الاستثمار (الفصل الثالث).

¹- Ching-Lang Lin, *op-cit*, p. 02

الفصل الأول: القابلية الشخصية للتحكيم

إن دراسة مدى أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم، خاصة الدولي، يشكل مجالاً تمتزج فيه جملة من التساؤلات تنقسم إلى تقليدية و أخرى حديثة، فالنسبة للعنصر الأول فإن التساؤل حول صلاحية الدولة و المؤسسات العامة يعد سؤالاً تقليدياً لأنه يثير العديد من الاستفهامات حول تداخلات قانونية عديدة، أما عن العنصر الثاني فإن موضوع التحكيم و أشخاص القانون العام يشكل إشكالا حديثاً مثل معظم الإشكالات القانونية التي تتجدد كل مرة بتجدد النصوص القانونية¹.

هذا و قد شكل حظر التحكيم في المنازعات الإدارية بوجه عام و في الصفقات العمومية بوجه خاص، الاتجاه الغالب في الأنظمة القانونية المقارنة، و قد بني هذا الموقف على جملة من المبررات تكاد تشكل نقطة إجماع بين الأنظمة القانونية المختلفة و هي عدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم كقاعدة عامة.

إن موقف الأنظمة القانونية من التحكيم و أشخاص القانون العام، يستدعي البحث في موقف التشريع (المبحث الأول)، ثم الفقه (المبحث الثاني)، فالقضاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: موقف التشريع من القابلية الشخصية للتحكيم

إذا كان التشريع الخاص بالتحكيم في العقود الإدارية قد أدرج ضمن التشريع العام المنظم للتحكيم في جميع المنازعات، فإنه و انطلاقاً من خصوصية التحكيم في العقود الإدارية، نجد أن التشريع المقارن بما في ذلك الجزائري، أضفى بعض الخصوصية على النصوص القانونية التي تنظم التحكيم في المواد الإدارية مقارنة ببقية المواد القانونية الأخرى و إن كان و لا يزال التشريع بهذا الخصوص يعرف تقلباً في مراحل مختلفة من الأزمنة.

و سيتم التركيز في هذا الإطار على التشريع الفرنسي (المطلب الأول)، بحكم تأثيره على التشريع الجزائري، و كذلك التشريعين المصري (المطلب الثاني) و المغربي (المطلب الثالث) بحكم القرب الجغرافي و التقارب الكبير لهذين التشريعين مع التشريع الجزائري (المطلب الرابع) و ما لمصر و المغرب من سبق عملي في مجال التحكيم الإداري مقارنة بالجزائر.

¹ -Jean-Michel Jaquet, L'aptitude des personnes morales de droit public a compromettre dans l'arbitrage international, in Revue camerounaise de l'arbitrage (actes du colloque tenu a Yaoundé les 14 et 15 janvier 2008 sur l'arbitrage en Afrique :questions d'actualité), numéro spécial 2, février 2010, p.121.

المطلب الأول: موقف التشريع الفرنسي

لمناقشة موقف التشريع الفرنسي من التحكيم في المادة الإدارية عموماً، فإنه لا بد من التطرق إلى الأسس التشريعية لحظر التحكيم (الفرع الأول) ثم الاستثناءات التي طالت مبدأ الحظر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ حظر التحكيم

إن المنع من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية يجد ميدانه الخصب و الملائم لنموه في الدول التي يحكمها قانون إداري محكم و مشبع بالمبادئ الأساسية التي تحكم علاقات القانون العام بالإضافة إلى وجود قضاء إداري مكرس للفصل في النزاعات ذات الصبغة الإدارية¹، و نجد في مقدمة هذه الدول فرنسا، إذ تعد هذه الأخيرة مهد الاتجاه الذي تبني مبدأ حظر التحكيم في منازعات الأشخاص المعنوية العامة، فمنذ قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 لم تلق فكرة التحكيم في منازعات القانون العام ترحيباً، فبعد استكمال هيمنة الدولة على جميع السلطات: التشريعية، التنفيذية و القضائية سادت فلسفة تقوم على التفرقة بين المراكز، بحيث تكون الدولة و هيئاتها في مركز السيادة و يكون الطرف الخاص في مركز الخضوع، كما أن مباشرة الدولة لإجراءات التحكيم يعني التخلي عن منصبها السيادي، و بالتالي الوقوف على قدم المساواة مع أشخاص القانون الخاص.

و قد تجسدت تلك الفلسفة ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1806 فقد جاءت المادة 1004 على أنه لا يجوز التحكيم في النزاعات التي لا يمكن الفصل فيها من دون إبلاغ النيابة العامة و حضورها في الدعوى² في حين تضمنت المادة 83 من ذات القانون قائمة النزاعات التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة³.

و انطلاقاً من مقتضيات المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، فإن جميع المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصاً معنوياً عاماً و التي ينبغي تبليغها للنيابة العامة يحظر خضوعها للتحكيم.

¹ - Jean-Michel Jaquet, *op-cit*, p.121.

² - "On ne peut pas compromettre sur les dons et legs d'aliments...ni sur aucune contestations qui seraient sujettes à communication du ministère public"

³ -L'article 83 : "Celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les établissements publics"

كما يستند حظر التحكيم في منازعات أشخاص القانون العام إلى محتوى المادة 2060¹ من القانون المدني الفرنسي لسنة 1972، التي كانت تنص على أنه " لا يجوز التحكيم في الخلافات التي تتعلق بالهيئات العامة"².

و إذا كان مبدأ عدم القابلية للتحكيم في المنازعات الداخلية هو مبدأ صارم و يطبق بشدة وبصرامة ويعرف القليل من الاستثناءات³، فإنه على العكس من ذلك في المنازعات ذات الطابع الدولي فالأشخاص العامة مرخص لها اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الدولية سواء العقود الدولية التابعة للقانون الخاص أو العقود الدولية التابعة للقانون العام⁴.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر

نتيجة لحالات الضرورة التي كانت يقتضيها التطبيق العملي و تحت ضغط الاحتياجات العامة تدخل المشرع الفرنسي مرات عديدة و على فترات زمنية متفاوتة لإجازة التحكيم في بعض الحالات الخاصة (أولا) لتظهر فيما بعد بوادر إقرار التحكيم في الصفقات العمومية (ثانيا) على أن يتم التتويج لوجود تحكيم مستقل بقواعده و إجراءاته في المنازعات الإدارية عموما (ثالثا).

1 - ذهب الفقيه باتريس ليفيل Patrice Level من خلال تعليقه على نص المادة 2060 إلى القول بأن نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي ما هو إلا تكرار لنص المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و أن المشرع الفرنسي على الرغم من الفارق الزمني بين القانونين، إلا أنه لم يأت بالجديد. و على العكس من ذلك ذهب الفقيه جون ريفيرو Jean Fivero إلى أن النص الجديد (2060 من القانون المدني الفرنسي) أحدث تطورا ملموسا ذلك انه أعطى للحظر أساسا أكثر عمقا و حدد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة دقيقة.

أشار إليه:

- محمد بن عمر، اثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن (الصفقات العمومية نموذجا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الإداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015، ص 09.

² - " On ne peut pas compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les constatations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public".

³ - يتعلق الأمر هنا بالاستثناء الذي نصت عليه المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906 بخصوص الصفقات العمومية حيث جاء نص المادة كما يلي:

« Pour la liquidation et leur de penses de travaux publics et de fournitures, l'état, les départements et les communes pourrons recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédures civile »

⁴ - Mathias Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, LGDJ, Paris, 2002.P 338

أولاً: إقرار التحكيم في قوانين متفرقة

كانت أول بوادر إزالة الحظر بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة من خلال التعديل الذي طرأ على القانون المدني الفرنسي بموجب القانون الصادر في 9 جويلية 1975، حيث تمت إضافة فقرة ثانية إلى نص المادة 2060 تسمح بلجوء المؤسسات العامة التجارية و الصناعية إلى التحكيم مع ضرورة صدور مرسوم ينظم ذلك¹، و إن كان الأمر هنا يتعلق بأشخاص معنوية خاصة.

و قد ضلت مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 2060 معطلة إلى غاية عام 2002 أين تم صدور المرسوم الذي أجاز للمؤسسات العمومية الصناعية و التجارية العاملة في مجال المعادن، الكهرباء و كذلك الغاز باللجوء إلى التحكيم²، حيث سمح المرسوم لبعض طوائف المؤسسات العمومية الصناعية و التجارية باللجوء إلى التحكيم و هي المؤسسات المذكورة في المادة 147 من قانون المناجم و كذا المؤسسات الخاصة بتأمين مرفقي الغاز و الكهرباء³، غير أن العديد من تلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري التي أجاز لها القانون حق اللجوء إلى التحكيم كبدل عن القضاء الفرنسي تحولت إلى شركات تجارية، نذكر منها:

- قانون 09 جويلية 1975 الذي سمح للحكومة الفرنسية أن تحدد بموجب مرسوم أنواع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و التي يمكنها اللجوء إلى التحكيم و قد صدر هذا المرسوم ليشمل مؤسستي الكهرباء و الغاز، إلا أن هاتين المؤسستين تحولتا إلى شركتين⁴ بموجب القانون 09 أوت 2004 و بالتالي زالت عنهما صفة الشخص العام.

- كذلك أصبحت أحكام القانون 02 جويلية 1990 دون جدوى و التي كانت تتيح لاتصالات و بريد فرنسا -و التي أسست تحت تسمية "المستغل العمومي"- حيث تحولت اتصالات فرنسا إلى شركة بموجب القانون 26 جويلية 1996 أما بريد فرنسا فقد وقف المشروع من قبل مجلس الوزراء بتاريخ 29 جويلية 2009⁵.

- كذلك يدخل في هذا الإطار الصندوق المركزي للتأمينات و بعدما كان مؤسسة عمومية ذات طابع الصناعي و تجاري بإمكانها اللجوء إلى التحكيم تحولت إلى شركة تجارية بموجب القانون 16

¹ - "Toutefois, des catégories d'établissement publics a caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret a compromettre"

² - المرسوم 2002-56، المؤرخ في 08 جانفي 2002.

³ - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 459.

⁴ - حلت هتين المؤسستين بموجب القانون 21 ديسمبر 2007.

⁵ - Pierre Délvolvé, L'arbitrage en droit public français, in Collection l'arbitrage en droit public, sous la direction de : David Renders, Pierre Délvolvé et Thierry Tanquerel, Bruylant 2010, p. 197

جويلية 1992 و لم تبق إلا الشركة الوطنية للنقل عبر السكك الحديدية و التي سمح لها القانون بإبرام اتفاقيات تحكيمية، و في سنة 2005 انشأت مؤسسة لتطوير الاكتشاف خاصة التكنولوجي و كذا خلق و تطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و التي منحها المشرع صفة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و التي يجوز لها هي الأخرى إبرام اتفاق التحكيم¹.

و رغبة من المشرع الفرنسي في جذب رؤوس الأموال الأجنبية صدر القانون رقم 86-972 المؤرخ في 19 أوت 1986 و الذي أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية و ذلك استنادا لنص المادة 09 منه².

يلاحظ بخصوص القانون رقم 86-972 أن المشرع الفرنسي لم يحدد نوعا معينا من العقود الإدارية الدولية، بل وسّع من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث يشمل جميع صور العقود الدولية و كذلك يشمل كافة المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود³ على أن تتوفر جملة من الشروط التي جاءت بها المادة 09 من ذات القانون و هي:

- أن يكون العقد مبرمًا مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد دوليًا، ومن ثمة فإن العقود المبرمة مع الشركات الوطنية مستثناة.

- أن يكون العقد بخصوص مشروع اقتصادي ذو نفع وطني، والغالب هو أنّ مفهوم المنفعة العامة مفهوم مرّن و واسع.

- لقد اشترط المشرع لتطبيق نص المادة 09 صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم⁴.

زيادة على بعض النصوص القانونية المتفرقة، فإن بعض الاتفاقيات الدولية التي صادت عليها الدولة الفرنسية قد تضمنت في محتواها إمكانية اللجوء إلى التحكيم شريطة أنّ تجيز الاتفاقية صراحة تسوية النزاع الذي قد ينشأ بين أطرافها عن طريق التحكيم، و مثال ذلك معاهدة كونتوريري Cantorory

¹ - Pierre Délvolvé, *op-cit*, p. 198.

² - « Par dérogations à l'article 2060 du code civile, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opération d'intérêt général à souscrire des clause compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats »

³ - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 229.

⁴ - قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 230.

¹ المبرمة بين فرنسا و المملكة البريطانية و المتعلقة بالنفق اوروتونال Eurotunnel الذي يربط البلدين "بحر المانش"²، و تنفيذاً للإتفاقية المبرمة بين الدولتين تم إبرام عقد امتياز بتاريخ 14 مارس 1986 بين كل من فرنسا و بريطانيا و الشركة الفرنسية البريطانية، و قد تم إدراج شرط التحكيم ضمن العقد³.

و بصور مدونة القضاء الإداري سنة 2000⁴، تم تجميع الاستثناءات المذكورة سلفاً و إدراجها في المادة 6/311، حيث تضمنت هذه الأخيرة:

- المادة 69 من القانون الصادر في 17 فريل 1906 و الذي أجاز التحكيم في منازعات تسوية النفقات الخاصة بعقود الأشغال العامة و التوريد.

- المادة 19 من القانون الصادر في 15 فبراير 1982 الذي سمح للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الخاصة بالأبحاث العلمية المبرمة بين الحكومة الفرنسية و الهيئات الأجنبية.

- المادة 25 من القانون 82-1153 الصادر في 30 ديسمبر 1982 و الذي نص على أن الشركة الوطنية للسكك الحديدية تلجأ إلى التحكيم.

و قد تعرضت المادة 311 من قانون القضاء الإداري السالفة الذكر لانتقادات من قبل الفقه على أساس أن الاستثناءات المذكورة كان من المفروض إدراجها ضمن القانون المدني، لكون أن معظم هذه الاستثناءات تدرج في إطار علاقات القانون الخاص و القضاء الإداري غير مختص إلا بالقدر الذي يطبق فيه القانون العام على النزاع⁵.

¹ - تم إبرام هذه الإتفاقية بتاريخ 12 فبراير 1986 و قد تم استكمالها بملحق يتضمن نظام التحكيم، و الذي تبنته الدولتين عن طريق تبادل رسائل بتاريخ 29 جويلية 1987.

² - **Mathias Audit**, *op-cit*, p 341.

³ - « A la demande de l'une quelconque des parties, tous différends relatifs à l'applications de la concession survenant entre les concessionnaires ou l'un d'entre eux doit être soumis à un tribunal arbitral, conformément aux dispositions de l'article 19 du traité », cité par: **Mathias Audit**, *op-cit*, p 341

⁴ - القانون رقم 387-2000، المؤرخ في 04 ماي 2000.

⁵ - **مليكَة الصروح**، الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال-التوريدات-الخدمات)، المكتبة الوطنية، المملكة المغربية، 2009، ص 551.

ثانيا: إقرار التحكيم في الصفقات العمومية

لقد تضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006¹ إضافة جديدة تتعلق بالطرق البديلة لفض المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، حيث جاء في مادته 128 على جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بتصفية نفقات الأشغال و التوريد و يلاحظ أن نص المادة 128² جاء شبه مطابق لنص المادة 69 من قانون المالية لسنة 1906.

و بموجب التعديل الذي عرفه قانون الصفقات العمومية الفرنسي بموجب الأمر 2015-899³ انشأ المشرع الفرنسي إطارا قانونيا مشتركا لكل أنواع الصفقات العمومية، و ذلك من أجل مطابقة مجمل فئات العقود و التركيبات التعاقدية لما جاء به القانون الأوروبي المشترك⁴ ⁵، و بغية تحقيق ذلك أدرج المشرع و لأول مرة نوعا جديدا من العقود الإدارية و التي تعرف بعقود الشراكة إلى قائمة الصفقات العمومية، تحت تسمية صفقات الشراكة⁶.

و باستقراء المواد المتعلقة بصفقات الشراكة، فإن هذه الأخيرة يمكن أن تكون منازعاتها محل اتفاق للتحكيم، و هو الأمر الذي لا يختلف على ما كان عليه سابقا بموجب الأمر 2004-559 (الملغى)⁷، بحيث كان المشرع الفرنسي يلزم أن يحتوي عقد الشراكة على الشرط المتعلق بتسوية النزاعات بما في ذلك التحكيم مع ضرورة تطبيق القانون الفرنسي⁸، و لقد احتفظ المشرع بموجب قانون

¹ -Décret n 2006-975 du 1 aout 2006 portant code des marchés publics Section 2-arbitrage.

² - "Conformément a l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice, l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir a l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile".

³ -L'ordonnance n 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, J O n 0169.

⁴ - إن الأمر 2015-899 المتعلق بالصفقات العمومية جاء في إطار مواصلة الهدف الأكيد لتكريس مبادئ المنطق و الوضوح اللذان ينادي بهما الاتحاد الأوروبي، و ذلك خلال اجتماع له حول: "تحو مدونة مشتركة " لمجمل القواعد المنظمة للعقود التي تشكل صفقات عمومية بمفهوم التعليمات الأوروبية المشتركة الصادرة بهذا الخصوص أهمها التعليمات 2014/24، و التعليمات 2014/25.

⁵ -**Céline Record**, La définition des marchés publics dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, in Contrats publics, n 158, octobre 2015, p.27.

⁶ -l'article 04 de l'ordonnance 2015-899 : "les marches de partenariats définis a l'article 67 sont des marches publics".

⁷ -l'ordonnance n 2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, modifiée par la loi n 2008-559 du 28 juillet 2008, modifiée par la loi n 2009-179 du 17 février 2009 (abrogée).

⁸ كانت صياغة المادة سابقا على النحو التالي:

"un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives aux de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut le cas échéant être faire recourir a l'arbitrage avec application de la loi française".

الصفقات العمومية رقم 2015-899 بقاعدة قوانين البوليس¹ فيما يخص القانون الواجب التطبيق على منازعات التنفيذ المتعلقة بصفقات الشراكة، مع إلزامية الموافقة على التحكيم فيما يخص صفقات الشراكة التي تبرمها الدولة، و يكون الترخيص باللجوء إلى التحكيم في شكل مرسوم يؤخذ بناء على تقرير من الوزير المختص و الوزير المكلف بالمالية².

ثالثاً: الاتجاه نحو أفراد التحكيم في المنازعات الإدارية بقواعد مستقلة

تشهد الدولة الفرنسية حراكاً كبيراً في مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة و منازعات العقود الإدارية بصفة خاصة، و هذا نتيجة للخطوات التي حذا بها المشرع الفرنسي نحو إقرار التحكيم في الصفقات العمومية سنة 2006، لتظهر بذلك بوادر اللجوء إلى التحكيم في المواد الإدارية.

و لقد كانت هناك العديد من المحاولات التي ترمي إلى انفراد التحكيم في المنازعات الإدارية بقواعد و إجراءات مستقلة عن تلك التي تنظم التحكيم التجاري الدولي، مراعية في الوقت نفسه خصوصية النشاط الإداري، و قد كللت نتائج هذه المحاولات بتقارير لم ترق بعد إلى درجة القوانين:

1- تقرير لابتول

جاء تقرير لابتول Labetoulle³ في سياق طلب وزير العدل الفرنسي من نائب رئيس مجلس الدولة تشكيل مجموعة عمل لتقديم مشروع قانون بشأن التحكيم في المنازعات الإدارية باستثناء موضوع القرارات الأحادية للإدارة، و قد سمي هذا التقرير بتقرير لابتول نسبة إلى نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي "دانييل لابتول" Daniel Labetoulle الذي أشرف على إعداد التقرير.

و بالفعل فقد صدر التقرير⁴ مرفقاً بمشروع قانون يتضمن أربعة عشرة مادة حول التحكيم في المادة الإدارية عموماً، و في العقود الإدارية على وجه الخصوص مع تحديد الإجراءات الشكلية و الموضوعية لذلك.

¹ -l'article 90:"les acheteurs peuvent recourir a l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs a l'exécution des marches de partenariat avec application de la loi française.."

² -l'article 90/2 : "pour l'État, le recours a l'arbitrage est autorise par décret pris sur le rapport du ministère compétent et du ministère charge de l'économie".

³ - انظر الملحق رقم 1

⁴ - Rapport du 13 mars 2007, sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes moral de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges.

و بالاطلاع على مشروع القانون الذي احتواه التقرير، يمكن تلخيص مشروع المقترحات فيما يلي:

- تحديد القابلية الشخصية للتحكيم في المادة الإدارية بحيث يجوز لكل الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم.

- تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم في المادة الإدارية الذي يشمل المنازعات العقدية و استبعاد التحكيم في المنازعات التي تتجاوز المجال التعاقدية مما يفهم منه استبعاد المنازعات المرتبطة بمشروعية القرارات الإدارية الانفرادية للإدارة و استبعاد القضايا المرتبطة بالمسؤولية الإدارية¹.

- يجوز للأشخاص المعنوية العامة إبرام شرط و عقد التحكيم.

- تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق مع احترام الازدواجية القضائية (تطبيق القانون الخاص على المنازعات ذات الطبيعة الخاصة و القانون العام على منازعات القانون العام، و بالتالي توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري)².

- في حالة اختصاص القاضي الإداري يجب أن تكون القواعد المطبقة متوافقة مع النصوص القانونية الواردة في مدونة القضاء الإداري و كذلك أحكام مجلس الدولة³.

- حق الغير في الاطلاع على القرار التحكيمي⁴.

بعد التمعن الدقيق في حرفية ما ورد في التقرير السالف الذكر، أوجد الفقه الفرنسي جملة من الثغرات التي لم يستطع هذا التقرير تداركها.

بداية يتساءل الفقيه صوفي ليمار Sophie Lemaire أنه إذا كان من البديهي أن تحرير التحكيم يشمل في المقام الأول الأشخاص العمومية الفرنسية، فهل يمكن إدراج الأشخاص العمومية الأجنبية ضمن هذا المجال؟⁵.

و في محاولة منه للإجابة عن التساؤل المطروح، يرى الفقيه صوفي ليمار أن القواعد التي تنظم الإدارة تشمل حصريا سلطة الدولة المنتمية إليها تلك القواعد و بالتالي فإن القانون الفرنسي مسخر

¹ - Article 01 du rapport.

² -Article 08 du rapport.

³ - Article 09 du rapport.

⁴ - Article 10 du rapport

⁵ -Sophie Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, in Revue de l'arbitrage, n 03, 2007, p.417

لتنظيم اختصاص الأشخاص الفرنسية دون سواها، و عليه فإن هذا الوصف لا يوجه إلى الأشخاص العمومية الأجنبية في إمكانية خضوعها للتحكيم بحيث أنها غير معنية بهذا التقرير¹؛ لكن و من وجهة نظر أخرى لا يوجد ما يمنع المشرع الفرنسي من تحديد وضعيته بالنظر إلى قوانين أخرى أجنبية التي تكون أكثر تقيدا في مجال القابلية للتحكيم².

و فيما يخص النطاق الموضوعي للتحكيم، و من خلال تحديد التقرير للمنازعات التي تخضع للتحكيم و هي المنازعات التعاقدية، فإنه ينتج عن ذلك إقصاء المنازعات المتعلقة بإيجار الخدمات التي تعهد بها الإدارة إلى أشخاص عامة أو خاصة و كذا استثناء منازعات التعويض الناشئة عن المسؤولية الجنحية و شبه الجنحية للإدارة.

بخصوص هذه النقطة يرى بعض الفقه الفرنسي³ بأن التقارب بين الجانب التعاقدية و الجانب الجنائي يخضع لعدة تغييرات هامة على مستوى مختلف الأنظمة القانونية، ففي القانون الفرنسي يكون الفسخ التعسفي للمفاوضات التعاقدية محل عقوبة جنائية و بمفهوم التقرير لا يكون هذا النوع من النزاع قابلا للتحكيم، و على النقيض من ذلك يكون قابلا للتحكيم في مفهوم القانون الألماني، فمثلا إذا ما تم إبرام اتفاق تحكيم بين الإدارة الفرنسية و شريك ألماني في عقد إداري، و تم إخطار القاضي الفرنسي للنظر في الفسخ التعسفي للمفاوضات، فهل يتجاهل القاضي شرط التحكيم المدرج في العقد بسبب أن النزاع لم ينتج عن عقد موجود ماديا، و بالتالي لا يخضع هذا النزاع للتحكيم في حين أنه يكون كذلك في القانون الألماني؟! و هل سيكون القرار التحكيمي الصادر في ألمانيا قابلا للاعتراف به و تنفيذه وفقا للقانون الفرنسي؟⁴.

إنّ هذا التقرير لا يزال إلى حد اليوم مشروع قانون و قد بقي رسالة مينة نظرا للانتقادات التي واجهها، لكونه قلّص من دور المحكم و جعل منه بالكيفية التي جاء بها التقرير مساعدا في هدم استقلالية التحكيم⁵.

¹ - **Sophie Lemaire**, *op-cit*, p.417

² - *ibid*, p.418

³ - **Sophie Lemaire, Charles Jarrosson, Laurant Richer**, Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif, in *Revue AJDA*, n 12, mars 2008, p.619

⁴ - *ibid*, p.619

⁵ - **Jean Pierre**, L'arbitrage impliquant les personnes publiques: tendances et perspectives, mémoire en vue de l'obtention du grade de maitrise (LLM) en droit des affaires, faculté de droit, université de Montréal, mars 2015, p.47.

2- تقرير برادا

يعد تقرير "برادا"¹ Prada محاولة جديدة لإقرار التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، و قد جاء هذا التقرير² بعد ملاحظة أن تقرير "لابتول" لم تطرأ عليه أية مستجدات، بحيث جاء للنتيؤ بتطور ازدواجية النظام القضائي في التحكيم الدولي بين القضائيين العادي و الإداري الذي سيكون مؤسفا بالنسبة للمثالية و الملكية التي يعرفها قانون التحكيم الدولي الفرنسي و للجاذبية التي تعرفها فرنسا و باريس التي تعتبر قلة التحكيم الدولي.

و في إطار الهدف المنشود، اعتبرت اللجنة المكلفة بالتقرير أن هناك جملة من التساؤلات التي تحتاج إلى وضوح لعل أهمها:

- أهلية الهيئات العامة في اللجوء إلى التحكيم فيما يخص علاقاتها التجارية الدولية،
- الشروط التي على أساسها تكون القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات ناشئة عن عقود إدارية منفذة في فرنسا و التي تمس مصالح التجارة الدولية خاصة عندما تتعلق هذه العقود بإحدى المبادئ الأساسية للقانون الإداري الفرنسي لاسيما مبدأ المساواة أمام الطلب العام و حرية التقدم للطلب العام و مبدأ استمرارية المرفق العام³.
- هذا و اقترح التقرير إجراء تعديل لنص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي وفقا للتوجهات الآتية:

- النص على ضرورة وجود ترخيص للجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص العمومية الفرنسية في إطار العقود المبرمة و التي تمس مصالح التجارة الدولية،
- تقنين الحظر المتعلق بمخالفة القرارات التحكيمية للمبادئ الأساسية للقانون الإداري الفرنسي،
- أن تعهد إلى الجهات القضائية التابعة لجهة القضاء العادي مجموعة اختصاص حصري لفحص الطعون ضد أحكام التحكيم الصادرة بموجب نزاع ينشأ عن تنفيذ عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون أحد الأشخاص العامة طرفا فيه⁴.

¹ - انظر الملحق رقم II

² - Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de paris, mars 2011

³ - *ibid.*, p.16.

⁴ - *ibidem*, p.17

المطلب الثاني: موقف التشريع المصري

عرف التشريع المصري في مجال التحكيم عموماً تحولات عديدة، و قد جرى تنظيمه في إطار قوانين التحكيم المتعاقبة (الفرع الأول) ليجيز بعد ذلك المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون المناقصات و المزايدات (ثانياً).

الفرع الأول: مبدأ حظر التحكيم و الاستثناء الوارد عليه في قانون التحكيم

منذ صدور أول قانون للمرافعات سنة 1875 كان المبدأ المقرر هو حظر التحكيم في قضايا الدولة طبقاً لنص المادة 68 منه، و قد استمر الوضع على هذا النحو إلى غاية صدور قانون المرافعات رقم 25 لسنة 1912 و الذي أجاز للحكومة المصرية و مصالحها اللجوء إلى التحكيم في منازعات الأشغال العمومية و التوريد، و قد استمر العمل بأحكام هذا القانون إلى غاية صدور قانون المرافعات الموحد رقم 77 لسنة 1949، حيث تم تنظيم التحكيم في المواد من 818 إلى المادة 850 لكن ما يسجل على هذا القانون انه لم يرد به نص يجيز أو يحظر التحكيم في منازعات الدولة^{2 3} ليأتي بعده قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968، حيث نظم التحكيم في المواد من 501 إلى المادة 513.

بصدور قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 أجاز المشرع المصري لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي مهما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع و هذا طبقاً لنص المادة الأولى منه⁴.

¹ - و في إطار هذا السياق تقترح صياغة المادة 2060 على النحو التالي:

"*Outre les cas prévus a l'alinéa précédent, les personnes publiques sont autorises a compromettre dans le cadre de contrat de droit prive ou de droit public, impliquant un mouvement international de biens, de service ou de capitaux. Les sentences arbitrales rendues dans le cadre de litiges nés de ces contrats, ne peuvent contrevenir aux principes fondamentaux de droit public français relatifs a la commande publique, a la délégation de service public, a domanialité publique ou a la continuité du service public.*

Les juridictions de l'ordre judiciaire de l'ensemble des litiges relatifs a la procédure arbitrale, ainsi que de toute les contestations relatives aux sentences mentionnés a l'alinéa précédant. Elles sont compétentes pour délivrer l'exequatur à ces sentences."

² - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 297.

³ - صدر هذا القانون في ظل قانون مجلس الدولة المصري رقم 9 لسنة 1949، و الذي أدخل ضمن اختصاصه و لأول مرة المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام (عقود الامتياز) و الأشغال العامة و عقود التوريد.

⁴ - " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور

و بتعديل أحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997¹ يكون المشرع المصري قد تبنى و بصورة صريحة التحكيم في العقود الإدارية و ذلك بإضافة فقرة ثانية لنص المادة الأولى و التي جاء نصها كما يلي: " و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة".

الفرع الثاني: إقرار التحكيم في قانون المناقصات و المزايدات

تبعاً لما جاء في قانون التحكيم لسنة 1997، أجاز المشرع المصري بصفة خاصة التحكيم في قانون المناقصات و المزايدات رقم 89 لسنة 1998² فلقد جاءت المادة 42 منه على أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ العقد³ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

يلاحظ على نص المادة ما يلي:

- أن المشرع المصري أجاز صراحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع التقيد بضرورة موافقة الوزير المختص و هو ما يتطابق تماماً مع الأحكام الواردة في قانون التحكيم لسنة 1997.
- قيد المشرع استمرار إجراءات التحكيم باستمرار تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و ذلك بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة التي لأجلها ابرم التعاقد.
- يفهم من عبارة " عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم.." بان المشرع اخذ بعقد التحكيم دون شرط التحكيم.

حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيميا تجاريا يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

¹ - تضمن التعديل الجديد لبعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 9 لسنة 1997 مادتين فقط، تضمنت الأولى جواز التحكيم في العقود الإدارية مع تحديد ضوابط اللجوء إليه، أما المادة الثانية فقد حددت النطاق الزمني لتطبيق هذا التعديل.

² - يلاحظ من الناحية الزمنية أن هذا القانون جاء بعد سنة من إقرار المشرع المصري للتحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون التحكيم لسنة 1997، ليخلق بذلك الانسجام بين مختلف النصوص القانونية، و من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع المصري كان سابقاً لإقراره التحكيم في الصفقات العمومية مقارنة ببعض التشريعات المقارنة .

³ - خلافاً للتشريع الجزائري، فإن المشرع المصري لا يعرف مصطلح الصفقة العمومية، مستعملاً في هذا الخصوص مصطلح "المزايدات و المناقصات" أو مصطلح "المشتريات العامة".

- إن موافقة الوزير المختص على اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاع نشأ أثناء تنفيذ عقد إداري يمكن أن يصدر عن يفوضه الوزير بذلك و ذلك على نحو ما جاء في القانون رقم 9 لسنة 1997 و ذلك إعمالاً للقواعد العامة بالتفويض في ممارسة الاختصاصات الإدارية¹.

المطلب الثالث: موقف التشريع المغربي

يعتبر المنع من اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية عموماً و العقود الإدارية خاصة أحد سمات التشريع المغربي² (الفرع الأول) لكن و نتيجة لرغبة المشرع المغربي إلى التجاوب مع التطورات الاقتصادية العالمية، اضطر إلى تعديل قانون المسطرة المدنية المغربي الذي سمح بإجازة التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحظر التشريعي في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974

بمقتضى قانون المسطرة المدنية المغربي الصادر بتاريخ 28 سبتمبر³ 1974 حددت المادة 306 النطاق الموضوعي للتحكيم، بحيث نصت على ما يلي: " يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه في المسائل التي تمس النظام العام و خاصة النزاعات المتعلقة:

- بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام".

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.ص 119-120 .

² - مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية و المدنية، المكتبة الوطنية، المملكة المغربية 2015، ص 203.

³ - الظهير الشريف رقم 1.74.447 المؤرخ في 11 رمضان 1394 الموافق 28 سبتمبر 1974، المتضمن المصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج ر، العدد، 3230 مكرر، و قد ألغى هذا القانون أحكام أول قانون للمسطرة المدنية المغربي في ظل الاستعمار الفرنسي المؤرخ في 12 أوت 1913 و الذي تضمن هو الآخر مبدأ حظر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام بموجب نص المادة 527 منه.

و قد رأى بعض الفقه المغربي بأن ق م م المغربي لسنة 1913 بخصوص أهلية الدولية المغربية أو إحدى مؤسساتها للجوء إلى التحكيم كانت تخضع لنصوص شبيهة بالنصوص الواردة في القانون الفرنسي القديم لسنة 1806 و ذلك من حيث عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام بالإضافة إلى تبليغ النيابة العامة في المسائل التي تخص الدولة المغربية.

أشار إليه:

محمد شوراق، الأساس الفقهي و التشريعي للتحكيم في منازعات عقود الدولة، مجلة الرقيب، العدد الخامس، ديسمبر 2016، ص.ص 96-97.

و قد علّق الفقيه ايف كودمي¹ Yves Gaudemet على المادة المذكورة أعلاه معتبرا بأن المنع الذي أشارت إليه المادة 306 أعلاه أنه هو منع موضوعي يتعلق بموضوع النزاع و ليس بالأشخاص، و هذا ما يتضح من خلال نص المادة التي ميزت بين الأموال الخاضعة للقانون العام و التصرفات الخاضعة للقانون العام، و طبقا لهذا المفهوم تعتبر صفقات الأشغال العمومية من أهم التصرفات الخاضعة للقانون العام و التي أحاطها المشرع المغربي بنظام قانوني خاص و ذلك من خلال مجموعة الصلاحيات و كذا المفهوم الحصري لها و استقلالها عن الدومين العام².

كذلك يندرج في مفهوم المادة 306 المذكورة أعلاه أن الصفقات العمومية و التي تعد عقود إدارية خاضعة للقانون العام و للقانون الإداري لا يمكن أن تكون محل تحكيم في شكل شرط تحكيمي و في هذا السياق يرى الفقيه شارل جارسن Charles Jarrosson أن هذا المنع الذي جاءت به المادة 306 يتعلق بمسألة النظام العام السياسي وليس القانوني، بما أن التفسير الحقيقي لمبدأ المنع يدخل في إطار إرادة الدولة في الحفاظ على اختصاص القضاء الوطني في المنازعات العامة، و إقصاء كل الاختصاصات المنافسة، و بمعنى آخر الاحتفاظ بسلطة النظر في هذه المسائل للقاضي الوطني³.

و إذا كان المشرع المغربي لم يحدد مفهوم النظام العام الذي أثار العديد من الإشكالات القانونية و القضائية على مستوى التطبيق في بعض القوانين الأخرى، فإنه لم يطرح أي إشكال فيما يتعلق بالعقود الإدارية مادام أن المشرع اعتبر النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية أحد أوصاف النظام العام⁴.

الفرع الثاني: إقرار التحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون المسطرة المدنية 05-08

بصدور قانون المسطرة المدنية المغربي الجديد 05-08⁵، يكون المشرع المغربي قد خطى خطوات جد ايجابية في إقرار التحكيم في مجال العقود الإدارية التي تحتوي في طياتها عقود صفقات

¹ - "Ce serait un complet contresens que de vouloir chercher dans la formule du dahir organique de 1943 et aujourd'hui de l'article 306 du code de procédure civile une transposition maladroite des solutions traditionnelles du droit français en matière d'arbitrage administratif" *C'est donc sciemment et en toute connaissance de cause que le droit marocain a écarté le critère organique pour la prohibition de l'arbitrage et retenu au contraire un critère matériel de toute évidence mieux adapté à l'évolution et à la diversification des modes d'administration public*", cité par: **Nahalie Najjar**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ et DELTA, 2007, p. 195

² - **Nahalie Najjar**, *op-cit*, p. 198.

³ - **Jarrosson Charles**, L'arbitrage en droit public, *in* Revue AJDA, numéro spécial, 1997, p.19

⁴ - **مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 205.**

⁵ - الظهير الشريف رقم 1.07.169 المؤرخ في 19 ذي القعدة 1428 الموافق 30 نوفمبر 2007، المتضمن المصادقة على القانون 05-08، ج ر، العدد 5584 المؤرخة في 6 ديسمبر 2007، و القاضي بفسخ و تعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

الدولة¹، حيث جاء الفصل 310" لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية، غير أن النزاعات المالية منها يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ماعدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.

هذا و تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه:" بالرغم من أحكام من 02 من الفصل 517، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم في دائرة التقييد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية".

إذن و من خلال هذا القانون الجديد، نجد أنّ المشرع المغربي قد تراجع عن مبدأ حظر التحكيم بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة، لكن و في الوقت نفسه فإن الفصل 9 من القانون 05-08 يشترط إحالة القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها على النيابة العامة، و على مستوى المحاكم الإدارية فإن رئيس المحكمة الإدارية يعين وجوبا مفوضا ملكيا للدفاع عن القانون، و حيث أن إجازة التحكيم في المنازعات الإدارية معناه التنازل عن هذا الإجراء، مما قد يفهم منه وجود تعارض بين النصوص القانونية و خرق النظام العام المغربي، و لكن و بالنظر إلى المستوى العملي فإن طلبات المفوض الملكي غالبا ما تقتصر على تطبيق القانون، الأمر الذي يجعله إجراء لا يقوم كسبب قوي للقول بأن الاعتراف بالتحكيم في القضايا الإدارية هو انتقاص من ضمانات مخولة للدولة، و من زاوية أخرى، فإنه و بالنظر إلى خصوصيات النشاط الإداري الذي يخضع إلى السلم الإداري، فإن إعمال شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة يكون مرهونا بالموافقة القبلية للإدارات المركزية².

هذا و قد نظّم المشرع المغربي في نفس السنة عقود التدبير المفوض بمقتضى القانون رقم 05-54³ و التي أجاز فيها اللجوء إلى التحكيم بالرغم من أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على أن عقود التفويض عقود إدارية⁴، فقد جاء في نص المادة 9 منه على أنه "يمكن لعقد التدبير المفوض

1 - مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 558.

2 - محمد شوراق، التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية مقارنة اختزالية لمقتضيات القانون 05-08، مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء الإداري، العدد الثاني، 2015، ص 99.

3 - الظهير الشريف رقم 1.06.15، المؤرخ في 15 محرم 1427 الموافق 14 فبراير 2006، المتضمن المصادقة على القانون رقم 05-54، ج ر، العدد 5404، المؤرخة في 16 مارس 2006.

4 - جاءت صياغة المادة 2 من القانون 05-54 كما يلي: "يعتبر التدبير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" لمدة محددة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه" يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا".

أن يأخذ شكل اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم¹، كما يمكن أن يكون عقد التدبير المفوض موضوعا لتحكيم داخلي أو تحكيم دولي.

المطلب الرابع: موقف التشريع الجزائري

يوصف موقف القانون الجزائري إزاء التحكيم التجاري الدولي بالموقف المرن، فطالما لجأ الطرف الجزائري ممثلا في الهيئات المعنوية العامة و الخاصة إلى إبرام اتفاقات تحكيمية (الفرع الأول) و ذلك إما بموجب قوانينها الوطنية أو بمناسبة إبرام بعض الاتفاقيات الدولية، على أنه تم تتويج هذا الموقف تجاه التحكيم بتبني هذا الأخير في منازعات الأشخاص المعنوية العامة بمناسبة إبرامها للصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دلائل لجوء الأشخاص المعنوية العامة و الخاصة للتحكيم

على الرغم من الحظر الذي تضمنه أول تقنين للإجراءات المدنية(الملغى)² بخصوص لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم³ ، إلا أن الواقع العملي كان يتجه إلى مخالفة المادة 3/442 من ق ا م (قبل تعديل 1993)⁴ فبموجب المذكرة الوزارية و البعض يصفها بالمنشور الوزاري الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 13 نوفمبر 1982، حسمت هذه المذكرة أهلية المؤسسات العمومية القائمة في إطار مصالح الحكومة باللجوء إلى التحكيم الدولي، بحيث يجوز للمؤسسات العمومية الوطنية و المحلية و التي تتمتع بالاستقلال المالي والإداري أن تلجأ إلى التحكيم⁵، غير أنه يلاحظ على هذه المذكرة أنها لم ترتب أي أثر بالنسبة لمضمون المادة 3/442 لكون أن المؤسسات المعنية بالتحكيم لا

1 - اشترطت المادة 9 من قانون التدبير المفوض في النزاعات بين المفوض إليه و المرتفقين على ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح أولا قبل أي إجراء تحكيمي أو قضائي.

2 - القانون رقم 66-154، المؤرخ في 03 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ، المؤرخة في 03 يونيو 1966.

3 - كانت تنص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) على أنه: " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"

4 - **تراري ثاني مصطفى**، أشخاص القانون العام و التحكيم، أشغال الملتقى الوطني حول مستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المنظم يومي 20 و 21 جانفي 2009، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009، ص87.

5- " Pour ce qui est de la question de savoir qui peut valablement compromettre, le conseil interministériel a admis que nos entreprises publiques nationales ou locales, dès lorsqu' 'elles ne sont pas assimilables à des personnes morales de droit public et qu'elles sont dotées de l'autonomie financière, pouvaient, comme par le passe, compromettre", cité par: **Zerrifi Mohammed**, L'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile, mémoire de magister droit privé, faculté de droit, université d'Oran, 2009-2010, p.76

تخضع للقانون العام، كما أن المذكرة لم تدخل أي إضافة جديدة ما عدا تأكيدها للتفسير الضيق لنص المادة 03/442 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى)¹.

كذلك يمكن الإشارة إلى الاتفاق الجزائري - الفرنسي المبرم بتاريخ 21 جوان 1982 و الملحق بتبادل رسائل مؤرخة في 27 مارس 1983² و الذي جاء في سياق تنظيم الحكومتين الجزائرية- الفرنسية لعلاقتهما الاقتصادية³ و قد جعلت هذه الاتفاقية من التحكيم مرجعاً لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة بين البلدين، كما أنها حددت نظاماً تحكيمياً متكاملاً من أجل ذلك⁴.

بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية -المؤسسات العمومية الاشتراكية آنذاك- فقد كان المشرع الجزائري يجبرها على أن تطلب التحكيم في منازعاتها و ذلك استناداً لنص المادة الأولى من الأمر 75-44⁵ (الملغى) حيث جاءت المادة كما يلي: "لا تعرض أبداً على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق

¹ - Zerrifi Mohammed, *op-cit*, p.76

⁴ - انظر:

- **Mebroukine Ali**, Le règlement d'arbitrage Algéro-français du 27 mars 1983, *in* Revue de l'arbitrage, 1986, p.191

³ - يهدف التعاون في المجال الاقتصادي طبقاً لما جاء في ديباجة بروتوكول التثائي إلى ضمان للجزائر بصفتها دولة في طور النمو درجة نمو مماثلة و متبادلة، و على هذا الأساس تضمن البروتوكول فصلين يتضمن الأول المبادئ العامة التي يجب أن يبنى عليها التعاون و يتضمن الفصل الثاني تحديد المجالات التي ينصب فيها التعاون.

و قد جاء ضمن المادة 5 من البروتوكول التثائي الأهداف الأساسية و التي تكمن في:

- المساهمة في تطوير القدرات الإنتاجية الجزائرية و تنويعها

- تسهيل عملية الولوج إلى الأسواق المالية.

أشار إليه:

- **عمروش فتحى**، اتفاقيات الشراكة الجزائرية الفرنسية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص.ص 41-42.

⁴ - جاءت المادة 406 منه كما يلي: "إن تسوية الخلافات التي قد تحدث عند إبرام أو تنفيذ العقود الموجودة تتم بين الطرفين بطرق ودية و في حالة عدم التمكن من تسوية الخلافات بطرق ودية يتم حلها آنذاك طبقاً لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل الخلافات و أن يوافق الطرفان على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات.."

أشار إليه:

- **محمد بن عمر**، المرجع السابق، ص 60.

⁵ - الأمر رقم 75-44، المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات ج ر العدد 53، (الملغى).

الناجمة عن تنفيذ عقود التوريد و الأشغال أو الخدمات التي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية و الوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي و تعاونيات الثورة الزراعية و كذا الشركات ذات الاقتصاد المختلط. و التي تكسب فيها الدولة غالبية الأسهم".

و لقد نص هذا القانون¹ على لجان التحكيم و التي تنقسم إلى لجنة وطنية مقرها بالجزائر العاصمة، و لجان ولائية تنشأ على مستوى كل ولاية²، أما عن تشكيلة لجان التحكيم فإنه و إن كانت القاعدة العامة هو أن هيئة التحكيم تشكل وفق الإرادة الحرة للإطراف باستثناء حالة التحكيم المؤسسي، فإن القانون 75-44 قد جاء ببعض الخصوصية³ في هذه النقطة أين يجد الأطراف أنفسهم أمام قائمة محددة من المحكمين يعينون بموجب مرسوم بالنسبة للجنة الوطنية، و بموجب قرار من الوالي بالنسبة للجنة الولائية، و تتجسد الخصوصية أيضا في أن نوعية المحكمين تشكل فارقا إذ أنهم ينتقون من رجال الدولة و الذين يمثلون مختلف الوزارات أو الشركات التي تكون تحت وصاية الدولة⁴.

غير أنه يمكن إبداء ملاحظتين حول هذا القانون:

الملاحظة الأولى: إن التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون ليس بتحكيم تجاري دولي بل هو تحكيم من نوع خاص له طابع إداري كانت تقوم به لجان وطنية ومحلية وكان يسمى بـ "تحكيم الدولة".

الملاحظة الثانية: لم يعد هذا القانون ساري المفعول حيث ألغى سنة 1988.

بصدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية سنة 5⁵ 1988⁶، أشارت المادة 03/20 منه على إمكانية لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى المصالحة¹ طبقا لما هو وارد في

¹ - لقد سلك المشرع المصري مسلك المشرع الجزائري، حيث صدر القانون رقم 97 لسنة 1983 و الذي تضمن نصوصا تقن نظام التحكيم الإجباري في المنازعات التي تنشأ بين هيئات القطاع العام. و قد قضت المحكمة الدستورية العليا بخصوص هذا القانون على أن الأصل العام أن التحكيم يكون وليد اتفاق، و لكن ليس هناك ما يمنع من وجود أوضاع خاصة في منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة ما دام كان هناك الالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي.

² - المادة 02 من القانون 75-44.

³ - Amor Zahi, L'État et l'arbitrage, OPU et publisud, 1992, p.144

⁴ - *ibid*, p.144

⁵ - القانون رقم 88-01، المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، العدد 01، (الملغى).

⁶ - قبل الإصلاحات الاقتصادية التي جاء به القانون 88-01 كان هناك حذر حقيقي تجاه التحكيم التجاري الدولي و الذي ترجم بحظر اللجوء إلى التحكيم كمبدأ، و لم يسر هذا المبدأ على الأشخاص المعنوية العامة فحسب بل شمل كل المؤسسات الاقتصادية ذات التمويل العام.

قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، غير أن نص المادة أثار بعض الاختلافات الفقهية فقد رأى البعض بأن القانون قد سمح صراحة للمؤسسات العمومية الاقتصادية حق اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى المادة 01/442 من ق ا م التي نصت على التحكيم²، أما عن الاتجاه الرفض³ لخضوع هذا النوع من المؤسسات للتحكيم فقد بنى موقفه على أن خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم يتعارض مع ما جاءت به الفقرة الأولى⁴ من نص المادة 20 من القانون 01-88 التي تؤكد على أن رأس المال التأسيسي للمؤسسة مملوك للدولة و بالتالي لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها.

لكن يبدو أن الإشكال المتعلق بتحديد طبيعة ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قد زال بمجرد صدور القانون المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و خصوصتها بموجب الأمر 01-04⁵ و الذي ألغى القانون التوجيهي 01-88، بحيث نص على أن ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية التابعة للقانون العام أو الخاص قابلة للتصرف فيها و التنازل عنها طبقا لقواعد القانون العام و قواعد القانون التجاري⁶.

و نتيجة للتعديل الذي عرفه قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم التشريعي 09-93 (الملغى)⁷ يكون المشرع الجزائري قد أزال التناقض بين النصوص القانونية و التطبيق العملي، حيث أجاز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فيما يخص علاقاتها التجارية الدولية.

انظر:

- **Didier Baisset**, *op-cit*, p.147

1 - " كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لزمة المؤسسات العمومية الاقتصادية موضوع مصالححة حسب الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 66-154".

و قد جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: " و يمكن التصرف في هذه الممتلكات و بيعها طبقا لقواعد القانون التجاري".

2 - **Mahiou Ahmed**, *L'arbitrage en Algérie*, in *Revue algérienne* n 04, 1989, p.705.

3- **Terki Noureddinne**, *L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie*, in *Revue arbitrage*, 1990, pp.592-593.

4 - " تكون الممتلكات التابعة لزمة المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة رأسمال التأسيسي للمؤسسة".

5 - القانون 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها، ج ر، العدد 11، المعدل و المتمم بالأمر 01-08، المؤرخ في 28 فيفري 2008.

6 - تنص المادة 03 من القانون 01-04: "ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و قابلة للتصرف فيها طبقا لقواعد القانون العام أو أحكام هذا الأمر".

7 - المرسوم التشريعي رقم 09-93، المؤرخ في 25 ابريل 1993، المعدل و المتمم للأمر 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، العدد 27، (الملغى)، و الذي جاء في المادة 3/442 (المعدلة) على أنه: " و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

الفرع الثاني: لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الصفقات العمومية

بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي يعتبر ذروة الإصلاحات التشريعية التي قام بها المشرع الجزائري، وضع هذا الأخير حدا لقانون الإجراءات المدنية الذي طالما عملت بأحكامه المحاكم الجزائرية¹، و ما يلفت النظر في هذا القانون تنظيم المشرع الجزائري للطرق البديلة لحل النزاع ضمن الكتاب الخامس تحت عنوان " في الطرق البديلة لحل النزاعات"، و قد تضمن الباب الثاني الجزء المتعلق بالتحكيم، حيث جاءت المادة 1006 منه : " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

و بالإضافة إلى نص المادة 1006 من ق ا م ا ، فإن المشرع الجزائري قد نص على جواز التحكيم في الصفقات العمومية ضمن المادة 975 من ق ا م ا² ، لكن إذا تفحصنا موقع المادة 975 نجد أنها جاءت ضمن الباب الخامس تحتوي عنوان " في الصلح و التحكيم" الذي ورد هو الآخر في الكتاب الرابع المعنون " في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، كذلك فإن كل المواد المتعلقة بالصلح و التي جاءت ضمن أحكام الباب الخامس تتعلق بالصلح الذي تقوم به الجهات القضائية الادارية³، مما قد يتبادر إلى أذهاننا أن التحكيم المنصوص عليه في المادة 975 من ق ا م ا هو الآخر تسعى إليه الجهات القضائية الإدارية في الخصومة الإدارية، إذن بقي علينا أن نطرح التساؤل التالي: لماذا تم إدراج نص المادة 975 من ق ا م ا ضمن الكتاب المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية؟ في حين أنه كان بإمكانه الاكتفاء بنص المادة 1006 من ق ا م ا و التي جاءت بطريقة ممنهجة ضمن الأحكام المتعلقة بالطرق البديلة إلى حل النزاع.

بالإضافة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي عالج موضوع التحكيم في الصفقات العمومية باعتباره قانون إجرائي، فإن موضوع التحكيم قد تم التطرق إليه و لأول مرة بصفة صريحة ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حيث أفرد قسما خاصا بعنوان " التسوية الودية للنزاعات" كما يلاحظ أنه تم التمييز بين الصفقة العمومية الوطنية

1 - منقور قويدر، العوائق الإجرائية أمام إعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي احمد زبانة، غليزان، العدد 05، ديسمبر 2015، ص 26 .

2 - " لا يجوز للأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية".

3 - انظر المواد من 970 إلى 974 من ق ا م ا.

التي تخضع منازعاتها إلى الحل الودي التفاوضي¹ و بين الصفقة الدولية التي تلجأ إلى التحكيم الدولي في إطار التسوية الودية مع ضرورة الموافقة المسبقة من مجلس الحكومة².

بالإضافة إلى النص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات الدولية في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نجد أن اللجوء إلى التحكيم يستوح ضمناً من فحوى النصوص القانونية التي تحدد البيانات الإلزامية التي تحتويها الصفقة العمومية³.

و من ناحية أخرى فإن معظم المراسيم المنظمة للصفقات العمومية و عند الإشارة إلى تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية تستعمل العبارة الآتية: "تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها"⁴ فهل يعني ذلك الإشارة إلى الطرق البديلة لحل النزاعات بما في ذلك التحكيم المنصوص عليها في قوانين أخرى؟

للإجابة عن التساؤل المطروح يجب أن نفرق بين المراسيم التنفيذية و المراسيم الرئاسية، فالنسبة للمرسوم التنفيذي فإنه لا يمكنه أن يحيل إلى التشريع سواء التشريع بالقوانين أو التشريع بالأوامر الرئاسية نظراً لكون أن المرسوم التنفيذي يأتي محددًا لكيفيات تطبيق و تنفيذ القوانين⁵، أما المرسوم الرئاسي الذي يعتبر من قبيل السلطة التنظيمية الممنوحة لرئيس الجمهورية في غير الحالات الممنوحة

1 - تنص المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تتشأ لدى كل وزير و مسؤول هيئة عمومية في الوزارة و الهيئة العمومية و كل وال للتسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين".

2 - تنص المادة 7/153 من المرسوم الرئاسي 15-247: "و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء مجلس الحكومة".

3 - في هذا الإطار نجد المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على إلزامية الإشارة القانون المطبق و شرط تسوية الخلافات،

4 - نذكر على سبيل المثال بعض المواد التي جاءت بهذه العبارة:
-المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 05، (الملغى).

-المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58، (الملغى).

5 - غالباً ما تحتوي معظم القوانين ذات الطابع التقني على عبارة: "تحدد كيفيات تطبيق هذا القانون عن طريق التنظيم"

للبرلمان، و بالتالي يمكنه أن يحيل المرسوم الرئاسي إلى أحكام تشريعية، و لكن حتى و إن أخذنا بهذا الاحتمال فإنه لا يمكن تطبيقه على التنظيم المتعلق الصفقات العمومية نظرا للأسباب التالية:

- إن المشرع لم ينص على جواز التحكيم في الصفقات العمومية إلا سنة 2008 بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، في حين أن المراسيم المنظمة للصفقات العمومية تنظم منذ الاستقلال، و بالتالي لا يمكن الإحالة إلى مسائل قانونية منعدمة.

- كذلك لم تكن كل الصفقات العمومية تنظم بموجب مراسيم رئاسية، فالبعض منها نظم بموجب مراسيم تنفيذية زيادة على ذلك لم تعرف المنظومة التشريعية في فترة الثمانينات مصطلح المرسوم الرئاسي و التنفيذي.

- إن تسوية الخلافات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة تندرج في إطار الحلول الودية التفاوضية التي تختص بها لجان الصفقات العمومية، و إلا فما جدوى الجديد الذي جاء به قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بخصوص النص صراحة على جواز التحكيم في الصفقات العمومية الدولية.

بالإضافة إلى إدراج التحكيم ضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، تضمن هذا الأخير لأول مرة الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام¹ التي تعتبر نوعا من أنواع الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص و ذلك قياسا على ما جاء به المشرع الفرنسي، و بإسقاط المقارنة بين التشريعين نجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 لم يعتبر أن تفويضات المرفق العام صفقات عمومية و اكتفى بالنص على أن اتفاقيات تفويض المرفق العام تخضع لمبادئ إبرام الصفقات العمومية²، كذلك يسجل على تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام أنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في اتفاقيات التفويض بخلاف نظيره الفرنسي.

يمكن القول بأن إقرار المشرع الجزائري للتحكيم في الصفقات العمومية يصنف في خانة بحث المشرع عن تكييف التشريع الإجرائي بما يتماشى مع تسهيل اندماج الجزائر في النظام الاقتصادي

1 - تم تنظيم الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام ضمن أربع مواد ابتداء من المادة 207 إلى المادة 210.
2 - تنص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " تخضع اتفاقيات المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"
و تنص المادة 5 من ذات المرسوم على ما يلي: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

العالمي، إذ يعتبر فض النزاعات بواسطة التحكيم معيار من معايير المنظمة العالمية للتجارة، و في نفس السياق يؤكد اتفاق الشراكة الذي يجمع الجزائر بالاتحاد الأوروبي¹ على التحرير التدريجي للصفقات العمومية و يمثل التحكيم مظهرا من مظاهر التحرير².

المبحث الثاني: موقف الفقه من القابلية الشخصية للتحكيم

لقد شكل موضوع التحكيم في المادة الإدارية هو الآخر على غرار كل المواضيع المستجدة في الساحة القانونية محل نقاشات فقهية تنوعت بين المعارضة (المطلب الأول) و التأييد (المطلب الثاني)، و قد بنيت مواقف الفقه على جملة من الأسانيد و الحجج التي تثبت و تؤكد الرؤية المتبناة من طرف كل فريق .

المطلب الأول: موقف الاتجاه المعارض

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن التحكيم لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام متميز و غير مألوف عن النظام الذي تخضع له باقي العقود لأن التحكيم لا يعتد بالتمييز بين العقود المدنية و العقود الإدارية³، و لا بين القانون العام و القانون الخاص، كما أكد أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالخصوصية التي تتميز بها العقود الإدارية، فهذه الأخيرة مرتبطة من حيث نشأتها و تطورها بنشأة القانون الإداري و التي أصبحت بموجبها الدول التي تأخذ بنظام الازدواجية القضائية تخضع هذا النوع من العقود لنظام قانوني و قضائي خاص و هو القضاء الإداري الذي يكفل ضمانات لا تتحقق أمام أية جهة أخرى، كما قد يؤدي سوء اختيار المحكمين إلى الإضرار بالمصلحة العامة.

الفرع الأول: مساس التحكيم بسيادة الدولة

يؤكد أنصار الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية أن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة ذلك أن الدولة عندما أقرت دستورا ليحكم تصرفاتها و أسست بمقتضاه سلطاتها المختلفة و منها

1 - تنص المادة 46 من المرسوم الرئاسي 05-159، المؤرخ في 27 افريل 2005، المتضمن الاتفاق الاورو متوسطي لتأسيس اتفاق الشراكة بين الجمهورية الجزائرية و المجموعة الأوروبية و الدول الأعضاء فيها، ج ر، العدد 31 على ما يلي:

" يسعى الطرفان من اجل التحرير المتبادل و التدريجي للصفقات العمومية"

2 - منقور قويدر، المرجع السابق، ص 28.

3 - بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، تخصص قانون و إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص 79.

السلطة القضائية فإنها أخضعت ما قد ينشأ عن عقودها من منازعات إلى السلطة القضائية دون غيرها.

إن الحصانة القضائية تعد مظهرًا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف فيها و لا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص، كما أنّ قيام هيئة دولية للتحكيم بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الدولة و الشخص الخاص الأجنبي يستدعي أحياناً مناقشة و تقييم أعمال هذه الدولة و في ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة¹، فالتحكيم ينطوي على سلب الاختصاص من القضاء الوطني و كذا استبعاد تطبيق القانون الوطني، ذلك أنه بموجب اتفاق التحكيم تتجه إرادة الأطراف إلى تسوية النزاع بعيداً عن قضاء الدولة و بواسطة محكمين يفصلون طبقاً لقواعد يتفق عليها الخصوم و قد تتضمن تطبيق قانون أجنبي.

و في سبيل ذلك تعتبر الحصانة القضائية مبدأ ملازمًا لطبيعة الدولة و يبرز ذلك في أن الدولة قد تستعين بسيادتها كمبرر حقيقي للتملص من إجراءات التحكيم، و قد أثبت الواقع العملي أنّ الدولة بعد قبولها لنظام التحكيم تعمل على التهرب من شرط التحكيم الذي قبلته بمحض إرادتها من خلال الدفع لحصانها القضائية أمام هيئات التحكيم أو قضاء الدول الأجنبية.

غير أن هيئات التحكيم في أحكامها² أقرت بأن الدولة التي تقبل إدراج شرط التحكيم في عقودها لا يمكنها التمسك بحصانها القضائية أمام هيئات التحكيم، و قد سايرت هذا الموقف بعض أحكام القضاء الفرنسي³ بخصوص الدفع بالحصانة القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية.

1 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 203.

2 - من تلك الأحكام التحكيمية نجد الحكم التحكيمي الصادر في قضية ليامكو Liamco ضد الحكومة الليبية حيث رفض المحكم الفرد "غالب المحمصاني" في حكمه التحكيمي المؤرخ في 12 افريل 1977 التذرع بالحصانة القضائية التي دفعت بها الحكومة الليبية. أشار إليه:

- اشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص 287.

3 - ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 نوفمبر 1968 في قضية بين الشركة الأوروبية للأبحاث ضد حكومة يوغوسلافيا بان إدراج الدولة لشرط التحكيم في العقود التي تبرمها يعد قبولاً منها للخضوع للمحكمين، كما انه يفيد قبولها لان يكون حكم التحكيم مشمولاً بالأمر بالتنفيذ.

الفرع الثاني: مساس التحكيم بالنظام العام

يعد مصطلح النظام العام من الأفكار القانونية الغامضة، و غالباً ما يتم تداول هذا المصطلح في النشاط الإداري و القضائي، إلا أنه و رغم صعوبة إيجاد تعريف جامع له، فإن فكرة النظام العام ترمي إلى حماية المجتمع و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها أيًا كان المجال الذي يستخدم فيه و أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية المطروحة عقدية أو غير عقدية، ذات طابع وطني أو دولي، فالنظام العام في كل العلاقات الداخلية أو الدولية يرمي إلى تحقيق هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني و دعم استمرارية قوانين الدولة الأساسية و ثباتها باعتبارها تعكس واقع الأوضاع الاجتماعية و الاقتصادية و حتى الثقافية و التاريخية.

و يمكن استخلاص بعض عناصر النظام العام التي جاء بها الفقه المعارض يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: المساس بقواعد توزيع الاختصاص القضائي

ذهب جانب من الفقه بأنّ الاتفاق على حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم فيه اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري و على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية و القضائية و في ذلك تساءل الفقيه ادوارد لافريار Edouard Laferriere في مقولته الشهيرة "كيف يتصور قبول الدولة لمحكمين يفصلون في قضاياها في حين لا تسمح لقضاة القضاء المدني بالنظر في منازعاتها؟"¹.

و تبريراً لذلك، يرى الفقيه رني شابس René Chapus² أن مبدأ منع الأشخاص العمومية الفرنسية من اللجوء إلى التحكيم يعد من المبادئ العامة للقانون، و التي تعني أن مصالح الأشخاص

و قد أكدت ذات المحكمة في حكمها الصادر في 11 جوان 1991 في قضية شركة S.O.A.B.I ضد دولة السنغال بأن قبول الدولة لاتفاق التحكيم يعني تنازلها عن الحصانة القضائية أمام المحكمين و أمام القضاء المنوط به تنفيذ حكم التحكيم.

أشار إليه:

- اشرف محمد خليل حماد، المرجع نفسه، ص 293.

¹ - انظر :

- **Edouard Laferriere**, Traité de la juridiction administrative, tome I, 1888, p. 145, cité par **Lotfi Chedly**, op- cit, p. 181

² - **René Chapus**, Droit du contentieux administratif, Paris 1996, p. 210, cité par : **Turgut Tan**, Le droit administratif et l'arbitrage, in Revue turkisch public administration annual, volume 24-26, 1998-2000, p.21

العامة لا يمكن لها أن تحمى إلا من قبل الهيئات القضائية الرسمية، و يؤيده في ذلك الفقيه شارل جارسن¹ الذي يعتبر بأن التبرير الحقيقي لمبدأ المنع من اللجوء إلى التحكيم ينبع من الإرادة التي تهدف إلى احتفاظ قضاء الدولة بالاختصاص في المنازعات العامة و إقصاء كل اختصاص تنافسي.

كذلك، فإنّ مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند على مبدأ احترام قواعد الاختصاص القضائي بشكل عام، فجواز التحكيم في المنازعات الإدارية ستسمح للقاضي العادي بأن يمارس الرقابة على قرار المحكمين في حالة الطعن أو حالة بطلان اتفاق التحكيم، و بالتالي تكون المنازعات الإدارية من اختصاص القضاء العادي، و بالنتيجة سيخلق هذا إخلالا بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، و يؤدي إلى قلب النظام القانوني للاختصاص عندما يجد القاضي المختص نفسه مستبدلاً.

ثانياً: الاعتداء على المصلحة العامة

يرى الفقه الرفض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية على أنّ النظام العام في مجال القانون الإداري يقصد به تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة²، فالمصالح العليا للمجتمع تسمو على المصالح الفردية، و أن المحكم لن يلتزم في تحكيمه سوى بالقواعد القانونية التي يحددها له الأطراف بغض النظر عمّا إذا كان هذا التطبيق سوف يؤدي إلى تغليب المصالح العام على المصالح الخاص أم لا³.

كما أضاف الفقهاء وفقاً لما سبق أنّ ثمة تعارض بين منهج الدعوى الإدارية⁴ و بين التحكيم فالدعوى الإدارية يتجسد فيها بوضوح فكرة حماية المصلحة العامة و التي تبرر للإدارة استخدام مظاهر السلطة العامة في عقودها الإدارية.

المطلب الثاني: موقف الاتجاه المؤيد

على عكس الاتجاه الرفض لفكرة الأخذ بالتحكيم في منازعات القانون العام، أثبت الاتجاه المؤيد أهمية التحكيم في المنازعات العامة، خاصة على ضوء التغيرات التي طرأت على الدور الذي تضطلع به الدولة في العصر الحديث.

¹ - Charles Jarrosson, L'arbitrage en droit public, in Revue AJDA, numéro spécial, 1997, p.19

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 75.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 76.

⁴ - علي سليمان الظماوي، المرجع السابق، ص 539.

الفرع الأول: التحكيم لا يتعارض مع سيادة الدولة

ذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا يوجد تبرير لحظر أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم إلا التبرير المعنوي الذي يقوم على فكريتي القدوة و سمو الشخص العام، و معناه أن تكون الدولة دائما قدوة للأفراد فلا تتصل من رقابة القضاة الذين سبق و أن قامت بتعيينهم، كما لا يصح أن تخضع لرقابة هيئة خاصة¹.

فالبغرم من كون التحكيم يعتبر في الحقيقة سلبا لاختصاص قضاء الدولة، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح للدولة و هيئاتها أن تلجأ إلى التحكيم في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، و هذا يعني أن الدولة قد تنازلت عن كافة الصلاحيات التي يمنحها لها مبدأ السيادة، و هذا ما يتفق أيضا مع الاتجاه نحو تدويل العقود الإدارية و تدويل التحكيم و إبعاده عن القوانين الوطنية التي لا تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية²، و بالإضافة إلى ذلك فإن اللجوء إلى التحكيم لا يستبعد دائما تدخل القضاء وتظهر الصلة بينهما في عدّة مسائل منها تشكيل الهيئة التحكيمية، إدارة أدلة الإثبات الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي و كذا الطعن في القرار التحكيمي.

كذلك فقد تغير الأمر على الصعيد الدولي أين كان مبدأ الحصانة القضائية و التنفيذية سائدا في حال المثل أمام المحاكم الأجنبية، بحيث أصبح هذا المبدأ غير صالح اليوم بمجرد أن أصبحت الدول تتدخل في المجالات الاقتصادية الدولية³.

الفرع الثاني: التحكيم لا يتعارض مع النظام العام

يعتقد أنصار هذا الاتجاه بأن التحكيم يراعي التوفيق بين المصالح العامة و الخاصة تحقيقا لمبدأ المشروعية، ذلك أنّ تقسيم العقود إلى عامة و خاصة لا يستند إلى اختلاف طبيعة كل من النوعين و إنما يهدف إلى تحقيق العبء الثقيل الذي كان ملقى على مجلس الدولة الفرنسي باعتباره القاضي العام في نظر المنازعات الإدارية، هذا و قد أثبت الواقع العملي قيام الدولة بإدارة المشاريع الاقتصادية الهامة و إدارة أموالها العامة و الخاصة الأمر الذي يعطي لها الحرية التعاقدية في أن تبرم اتفاقات التحكيم في المعاملات الدولية التي تتعلق بهذه الأموال و بالتالي فإن اختيارها للتحكيم و لو كان قانونها الوطني يمنعها من ذلك لا يجعل التصرف باطلا و ذلك لسببين:

¹ - Jean Rivero, Personnes morales de droit public et arbitrage, in Revue de l'arbitrage, n 2, 1973, p.268

² - محمد شوراق، الأساس الفقهي و التشريعي للتحكيم في عقود الدولة، ص 86.

³ - صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري و القضاء التحكيمي، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002، ص 49.

السبب الأول: و هو أن إبرام الدولة لاتفاق التحكيم ليس تصرفاً قانونياً مخالفاً للنظام العام الدولي، و هو المرجع الذي يجب الاعتماد عليه للقول بصحة أو بطلان الاتفاق باعتباره ورد بشأن المعاملات التجارية الدولية.

أما السبب الثاني: فلجوء الدولة للتحكيم رغم الحظر المفروض عليها في قانونها الوطني يعني التنازل من قبلها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء المنع، فالدولة كما وصفه الفقه بأنها هي من تسن القانون و تستطيع أن تعفي نفسها من القواعد التي وضعتها¹.

المبحث الثالث: موقف القضاء من القابلية الشخصية للتحكيم

يحتل القضاء إلى جانب الفقه و التشريع مساحة واسعة في الإدلاء بمختلف الإشكالات القانونية المطروحة، و قد كانت له مناسبات عديدة للإفصاح عن موقفه تجاه التحكيم في المواد الإدارية، و قد امتازت تلك المواقف بالارتباك و التردد أحيانا و بالصرامة تارة أخرى ، فنجد أنّ المحاكم غالباً ما تعالج هذه المسألة موفقة بين محتوى التشريع وبين ضروريات الواقع مرجحة في ذلك كفة متطلبات الحياة الاقتصادية².

المطلب الأول: موقف القضاء الفرنسي

انقسم الاجتهاد القضائي بفرنسا بين موقف القضاء العادي الذي حاول الخروج من قاعدة الحظر المفروضة على الأشخاص العمومية الفرنسية بخصوص لجوئها إلى التحكيم محاولاً بذلك التمييز بين العقود الإدارية الداخلية و الدولية، و بين موقف القضاء الإداري الذي اتسم بموقفه الراض للتحكيم في العقود الإدارية كأصل عام.

الفرع الأول: موقف القضاء العادي

بنتج أحكام القضاء العادي الفرنسي، يتضح أنه مرّ مراحل متميزة، ففي مرحلة أولى ساير القضاء العادي نظيره الإداري في تطبيق مبدأ الحظر الوارد في القانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم (المادتين 83 و 1004)، ثم مع بداية النصف الثاني من القرن العشرين، بدأ يتجه نحو إقرار جواز التحكيم في العلاقات الدولية بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص و ذلك مراعاة

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.ص 197-198.

² - Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administratif, LGDJ, 1997.P.103.

لدور الدولة و تدخلها المتزايد في الحياة الاقتصادية و دخولها في عمليات التبادل الدولي مع أشخاص و شركات من القطاع الخاص و لقد تعددت أحكام القضاء في هذا المجال نذكر منها أهم التطبيقات:

أولاً: قضية ميرتن ستمشيب

إنّ سنوات الخمسينات تذكر بحكم محكمة استئناف باريس¹ بتاريخ 10 أبريل 1957 في قضية ميرتن ستمشيب² Myrtoon Steamship و الذي أحدث حماسة و إثارة من طرف الفقه المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية، هذا الأخير الذي كان يطالب بإزالة الحظر على الأقل على المستوى الدولي و هو بالفعل ما قضت به محكمة استئناف باريس التي اعتبرت شرط التحكيم المدرج في العقد صحيحاً لكون أنّ الحظر الوارد في المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية يقتصر نطاق تطبيقه على العقود التي تتعلق بالنظام القانوني الداخلي و لا يمتد إلى الاتفاقيات التي تأخذ شكل الطابع الدولي.

إنّ قرار المحكمة استئناف باريس كان محل انتقادات و ملاحظات من قبل الفقه الفرنسي، فيعتبر الفقيه ابوستولو باتريكيس³ Apostolos Patrikios بأن الرابط بين التوقيع على شرط التحكيم و التخلي في نفس الوقت عن الحصانة القضائية يشكل في حد ذاته انتقاداً لأن كلا الإشكاليين لديه طبيعته و أساسه القانوني الذي يختلف عن الآخر، فمن المؤكد بأن التوقيع على شرط التحكيم يعني بالضرورة محو مشكل الحصانة القضائية، و لكن حسب رأي الفقيه جورج ففال Georges Vedel فإن وجود السلطات العمومية يخلق صعوبات تكمن في رفع الحدود التي تحد من قدرة هؤلاء الأشخاص

¹ - CA de paris, 10 avril 1957, Sté Myrtoon streamship, "La prohibition faite à l'État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et sans imbrication pour les conventions ayant un caractère international; qu'en effet il résulte des termes de l'article 83 du même code, que l'interdiction de compromettre faite aux collectivités publiques a pour seul fondement la protection spécial dont elles bénéficient auprès des juridictions française par suite de la communication des causes qui les concernent au Ministère public; or considérant que l'État peut valablement et à l'avance renoncer à l'immunité dont il jouit, acceptant la compétence des juridictions étrangères, et par conséquent abandonner ainsi la protection du ministère public français", cité par: **Apostolos Patrikios, op-cit., P.105**

² - تدور وقائع النزاع حول عقد إيجار سفينة تابعة لشركة Myrtoon Sreamship و الذي أبرمته إدارة النقل البحري التابعة للحكومة الفرنسية مع مالك السفينة بتاريخ 29 فبراير 1940، تم إدراج شرط التحكيم في هذا العقد، وتم اتخاذ لندن مقراً للتحكيم، غير أنّ الحكومة الفرنسية باعتبارها سلطة عامة قامت بفسخ العقد، فتقدم مالك السفينة بدعوى أمام هيئة التحكيم لتعويضه، و صدر القرار التحكيمي لصالحه بتاريخ 26 جانفي 1951، وتقدم لإعطاء الصيغة التنفيذية أمام رئيس المحكمة المدنية السين، غير أنّ وزارة البحرية اعترضت على الأمر بالتنفيذ على اعتبار أنّ الدولة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم.

أشار إليه:

- **Apostolos Patrikios, op-cit, p.104**

³ - *ibid*, P.105

بالجوء إلى التحكيم و ليس التخلي عن الحصانة القضائية لأنها تتبع اللجوء إلى التحكيم¹، كذلك فإن التفرقة بين العقود الداخلية و المعاهدات الدولية يمكن أن تكون صحيحة، إلا أنه لا يمكن الخروج عن النص القانوني و هو بالضبط ما أكده جورج فدال².

و من ناحية أخرى، فإن تفسير النص القانوني الذي اعتمدت عليه محكمة الاستئناف التي ذهبت على أساسه إلى تفضيل التحكيم كطريق بديل على أساس التفرقة بين العقد الداخلي و الدولي ربما كان هو الحل الوحيد في القانون الوضعي الفرنسي، و لكن على العكس تماما، فإنه و بالإحالة إلى قانون العقد لم يرد هذا الأخير أي حل قانوني صحيح، و بالتالي فإن إشارة محكمة استئناف باريس إلى القانون الانجليزي (قانون العقد) الذي لا يعرف أية قيود بخصوص التحكيم و أشخاص القانون العام لم يكن حلا صائبا، و في هذا الصدد يلاحظ الفقيه هنري موتولسكي Henri Motulsky رغم كونه أحد أهم الفقهاء المؤيدين للتحكيم بأن قانون العقد لا يمكنه أن يتجاهل حالات المنع المنصوص عليها في القانون الفرنسي، و أنّ الأهلية للتقاضي في القانون الدولي الخاص تكون وفقا للقانون الشخصي و ليس قانون العقد³.

ثانيا: قضية سان كارلو

في قضية سان كارلو⁴ San Carlo، سارت محكمة النقض الفرنسية على نفس المنهج، معتبرة أنّ الحظر المقرر في قانون الإجراءات المدنية يتعلق بالنظام العام الداخلي لا النظام العام¹ الدولي، فضلا عن كون القانون الواجب التطبيق هو القانون الايطالي و الذي لا يعرف مسألة الحظر².

¹ - **Georges Vidal**, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personne de droit privé, in revue de l'arbitrage 1961, p. 127, cité par: **Apostolos Patrikios**, *op-cit.*, P.105

² - " *Ou bien la cour de Paris veut dire que les articles 1004 et 83 du code de procédures civiles n'édicte qu'une prohibition limitée.....mais qui est assez contestable car elle ne trouve aucun fondement dans les textes en question*", cité par: **Apostolos Patrikios**, *op-cit.*, P.106

³ - **Henri Motulsky**, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, p.367

⁴ - كان موضوع الدعوى حول نزاع ثار بمناسبة عقد ابرم بين المؤسسة العامة للذرة و ريان السفينة الايطالية San Carlo و الذي تضمن شرط تحكيم وفقا للهيئة التحكيمية بإيطاليا، و نتيجة للأضرار التي لحقت بالبضاعة التي كانت متجهة من إثيوبيا إلى فرنسا قامت المؤسسة برفع دعوى تعويض على ريان السفينة أمام المحاكم الفرنسية ممثلة في محكمة مرسيليا و التي قضت باختصاصها.

رفع المدعي عليه (ريان السفينة) استئناف أمام محكمة أول درجة يقضي بإلغاء حكم محكمة مرسيليا لعدم اختصاصها في النظر في النزاع على أساس أن وثيقة الشحن التي وقعت عليها المؤسسة الفرنسية تقضي بخضوع المنازعات للتحكيم طبقا لأحكام القانون الايطالي وبالفعل صدر الحكم لصالح الريان بتاريخ 05 ماي 1959، و نتيجة لذلك قامت المؤسسة العامة برفع طعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية.

أشار إليه:

ثالثاً: قضية غلاكيس

بمقتضى الحكم الصادر في قضية غلاكيس³ Galakis، قرّرت محكمة النقض الفرنسية أنّ الحظر الوارد في القانون الفرنسي على أهلية الأشخاص الاعتبارية الفرنسية في قبول شرط التحكيم لا يعمل به في إطار العلاقات الدولية⁴، أي أنّ كل شرط تحكيم وافقت عليه هيئة عامة فرنسية يعتبر صحيحاً طالما كان الشرط موجوداً في عقد أبرم بخصوص التجارة الدولية، و لم يكتف القضاء الفرنسي بهذا الأمر بل مدّد هذه القاعدة المادية إلى جميع القوانين الأجنبية التي تتميز بنفس المنع الموجود في القانون الفرنسي⁵. و عليه يبدو واضحاً من قرار محكمة النقض أنها تخلت عن منهج تنازع القوانين الذي اتبعته في أحكامها السابقة و استندت إلى قاعدة مادية مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم من طرف الدولة و الأشخاص المعنوية العامة طالما أنّ الأمر يتعلق بعقد دولي⁶.

و استمر القضاء العادي في موقفه في مناسبات عديدة، ففي قضية الإخوة باك⁷ Bec Frères ذهبت محكمة الاستئناف الفرنسية⁸ إلى أنّ الحظر الوارد على الأشخاص الاعتبارية في قبول شرط

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 193.

¹ - Cass.civ, 14 avril 1964, Capitaine du San Carlo c. office national interprofessionnel des céréales: "La cour d'appel avait seulement à prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale édictée les contrats internes, devait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passe pour les besoins et les conditions conformes aux usages du commerce maritimes", cité par: **Alain Feneon**, La participation à l'arbitrage des personnes morales de droit public (l'exemple de l'OHADA), in Les modes alternatifs de règlement des conflits 1, colloque international organisé, par l'université d'Alger, le 06 et 07 mai 2014, p.157

² - **علي سليمان الظماوي**، المرجع السابق، ص 486.

³ - Cass.civ, 2 mai 1966, Trésor public c. Galakis.

⁴ - **Alain Feneon**, *op-cit*, p.157

⁵ - **مصطفى بونجة**، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 194.

⁶ - **علي سليمان الظماوي**، المرجع السابق، ص 487.

⁷ - تتمحور القضية حول قيام الدولة التونسية بإبرام صفقة عمومية دولية مع الشركة الفرنسية "الإخوة باك" Bec Frères بتاريخ 1981 و 1982 لإنشاء الطرق و غيرها من المشاريع و قد تضمن العقد شرط التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس (طبقاً للمادة 1 24.66 من العقد)، و نتيجة لفسخ العقد من جانب الطرف التونسي قررت الشركة الفرنسية إثارة شرط التحكيم، فأصدرت الهيئة التحكيمية حكم ضد الوزارة التونسية للتجهيز و الإنشاء، غير أنه تم الطعن في حكم التحكيم أمام القضاء الفرنسي لأنه مقر التحكيم، حيث استندت وزارة الأشغال التونسية إلى قانون أصول المحاكمات التونسي الذي يمنع الأشخاص الاعتبارية قبول شرط التحكيم، إلا أن محكمة استئناف باريس رفضت الطعن.

أشار إليه:

- **مصطفى بونجة**، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص 194.

انظر كذلك:

- **Trari Tani Mostefa**, Droit algérien de l'arbitrage, Berti édition, Alger, 2007, p.49

⁸ -CA, 24 février 1994

التحكيم يعمل به في العلاقات الداخلية البحتة و أنّ هذا الحظر لا يتعلق بالنظام العام، و أنّه يكفي القول بصحة شرط التحكيم أن يكون هذا الشرط قد ورد في عقد أبرم للوفاء بالعلاقات الدولية و تم إبرامه وفقا لمقتضيات التجارة الدولية و الأعراف السائدة¹.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري

لقد تميز موقف القضاء الإداري الفرنسي مجسدا في مجلس الدولة الفرنسي² بالمعارضة الشديدة للتحكيم في مجال العقود الإدارية و ذلك نظرا للعديد من الاعتبارات لعل أبرزها أنّه صاحب الاختصاص في القضايا التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية في علاقاتها الداخلية أو الدولية طرفا فيها و ذلك في أغلب القرارات و الآراء الصادرة عنه.

أولا: قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل

من خلال نظره في هذه قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل Société national de vente des surplus³، قرّر مجلس الدولة الفرنسي أنه و بناء على مقتضيات المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فإنّ المؤسسات العامة يمنع عليها اللجوء إلى التحكيم في حل نزاعاتها، فعلى الرغم من أن النزاع كان أحد أطرافه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي أنكر عليها حق اللجوء إلى التحكيم⁴.

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص 194 .

2 - لقد أسس مجلس الدولة الفرنسي مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم منذ القرن التاسع عشر، و ذلك بموجب قرار له سنة 1824 في قضية "فرارد" ضد وزير الحرب Ouvrard c. Ministère de la guerre حيث اعتبر أن مبدأ الحظر يقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات و أن شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة الفرنسية من شأنه أن يغير في النظام القضائي الفرنسي.
أشار إليه:

- Jean Michel Jacquet, *op-cit*, p.122, et,
- François Deseilles, *op-cit*, p.506

3 - تتلخص وقائع القضية في انه قد أثبتت أمام محكمة استئناف باريس مسألة مدى شرعية المادة 10 من المرسوم الذي يجيز لمجلس إدارة الشركة الوطنية لبيع الفضائل باعتبارها مؤسسة عامة ذات طابع صناعي و تجاري إبرام اتفاق التحكيم، فقررت محكمة استئناف باريس إيقاف البث في النزاع إلى حين فصل مجلس الدولة الفرنسي في الإشكال المطروح.

أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 183.

4 - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 475.

كما أن مفوض الحكومة "غازي" Gazier آنذاك اعتبر في تقريره المقدم ضمن وثائق القضية أنه وبالرغم من الطابع التجاري و الصناعي للمؤسسة العمومية فإن ذلك لا يكفي ليكون سببا في تطبيق مقتضيات المادة 631 من القانون التجاري الفرنسي، بل يجب أن يكون هناك تميز يتماشى مع طبيعة ارتباط هذه المؤسسات بالمرفق العام، و من بين مظاهر هذا التميز الذي تحظى به المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري يتمثل في عدم خضوع منازعاتها للتحكيم¹.

ثانيا: قضية أورو ديزني لاند

في قضية أورو ديزني لاند Eurodisney Land ، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن الأشخاص العامة الفرنسية لا يمكنها الإفلات من القواعد القانونية التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية، فلقد رفض مجلس الدولة في رأيه الاستشاري الصادر عن الجمعية العامة² الاعتراف بمشروعية إدراج شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية و بين الشركة الأمريكية لإنشاء مدينة التسلية بفرنسا إلا إذا نصّ على ذلك اتفاق دولي أو قانون داخلي.

و لقد أشار مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم إلى نص المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الملغى و التي استبدلتا بالمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، كما اعتمد أيضًا على فكرة المبادئ العامة للقانون و التي مفادها وجود المعيار العضوي لتقرير هذا الحظر³.

ثالثا: قضية شركة تسيير الطرقات لمنطقة "رون الب"

بقى مجلس الدولة إلى هذا التاريخ متمسكا بموقفه المتشدد تجاه التحكيم، ففي قراره الصادر بتاريخ 03 مارس 1989⁴ في - قضية شركة تسيير الطرقات بمنطقة "رون الب" Société des

¹ -Conclusion Gazier sur CE. Ass, 13 décembre 1957, société national de vente des surplus.

² -CE, avis n 339710 du 6 mars 1986: "Il résulte des principes généraux du droit public français...que les personnes morales de droit public ne peuvent pas soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties ", cité par: **François Deseilles**, *op-cit*, p.506

³ - **علي سليمان الطماوي**، المرجع السابق، ص 478 .

⁴ -CE,3 mars 1989,Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes: "Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux public et appartient par nature à l'État...quel que soit le statut du concessionnaire; que le contentieux survenu ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative"

أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 185.

autoroutes de la région Rhône-Alpes - اعتبر بأن منازعات العقد الإداري (عقد الأشغال العمومية في قضية الحال) تخضع لاختصاص مجلس الدولة دون غيره.

رابعاً: قضية سيور و آخرون

من التردد إلى الليونة، هذا هو الوصف الذي يليق بهذه القضية الحالية، فبمناسبة الطعن بإلغاء المقتضيات المتعلقة بالتحكيم التي تضمنها القانون المتعلق بعقود الشراكة المرفوع أمام مجلس الدولة الفرنسي، قضى هذا الأخير برفض الطعن بالإلغاء و أقر بصحة المقتضيات المتعلقة بالتحكيم و يتعلق الأمر بقضية سيور و آخرون¹ Sueur et Autre، أين اعتبر مجلس الدولة أن الجانب الاقتصادي في عقود الشراكة يستوجب حل النزاعات المترتبة عن هذه العقود عن طريق التحكيم، كما أن القانون جاء محترماً لجميع مقتضيات الرقابة الواجب ممارستها من طرف المجالس التداولية خاصة الجماعات المحلية، و كذلك لواجبات الإعلام تجاه المرتفقين².

الفرع الثالث: موقف محكمة التنازع الفرنسية في قضية المعهد الوطني للصحة و الأبحاث

الطبية الفرنسي

يعتبر القرار الصادر في هذا القضية نقلة نوعية في تاريخ التحكيم و العقد الإداري، إذ شكل هذا القرار مناسبة لمعرفة موقف محكمة التنازع الفرنسية من التحكيم في العقود الإدارية، فقد اعتبرت هذه الأخيرة بأنه و بالرغم من الاتفاق المبرم بين المعهد الوطني للصحة و الأبحاث الطبية الفرنسي Inserm³ و بين الشركة الأجنبية النرويجية الخاصة من أجل تشييد مركز مخصص للبحث العلمي

¹ -CE,29 octobre 2004: " En ce qui concerne les autres dispositions de l'ordonnance attaquée: Considérant qu'aux termes de l'articles 11 de l'ordonnance attaquée: Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives aux modalités de préventions et de règlement des litiges et au conditions....être faire recours à l'arbitrage; que des dispositions similaires figurent au de l'article L 1414-12 du code général des collectivités territoriales.....; que compte tenu de la complexité des contrats en causes liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en œuvre, rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges.."

أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 186.

² - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص 185.

³ - بتاريخ 4 أوت 1998 أبرم المعهد الوطني للصحة و الأبحاث الفرنسي INSERM عقد عرفي تحت تسمية "بروتوكول اتفاق" مع شركة نرويجية Letten. F.Saugstad و هي تابعة للقانون الخاص، و قد اتفق الطرفان على تضافر الجهود من أجل تحقيق إنجاز مشروع بناء قطب أبحاث متخصص في علم الأعصاب المسمى "بالمعهد المتوسطي لعلم الأعصاب (IMED) مركز الأبحاث Saugstad-INSERM" بجامعة أكس مارساي Aix-Marseille و قد تضمن الاتفاق في غياب الوساطة اللجوء إلى التحكيم كحل ودي للنزاع، من جهتها التزمت الشركة النرويجية بدفع

لفائدة المؤسسة العمومية الفرنسية، إلا أن هذا العمل يندرج في إطار أعمال التجارة الدولية و لا يكتسي أية صبغة إدارية .

إن قضية الحال قد بددت جميع الشكوك التي تتعلق بقابلية النزاع للتحكيم موضوع العقود الإدارية الدولية، بحيث يسمح معيار دولية العقد إلى التفرقة بين العقد الداخلي و الدولي، و بالنتيجة يسمح بتحديد قابلية هذا الأخير للتحكيم حتى و إن كان العقد ذو صبغة إدارية¹.

و بالتالي سمح الاجتهاد القضائي للمؤسسات العمومية اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية متى كانت تمس مصالح التجارة الدولية، التي تتحقق بوجود القيمة المالية أو الخدمات أو السلع أو العملة الصعبة شريطة أن ينتج عن هذه القيم حركة و مرور عبر الحدود الدولية².

و من ناحية أخرى تصدت محكمة التنازع الفرنسية في قضية الحال إلى مسألة توزيع الاختصاص القضائيين بين العادي و الإداري، فإحالة القضية من طرف مجلس الدولة الفرنسي إلى محكمة التنازع كان لهذه الأخيرة هي الأخرى الفرصة للإدلاء بموضوع الاختصاص القضائي فيما يخص الرقابة على أحكام التحكيم.

إن القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 12 ابريل 2010 لم يكن بالشيء الهين حيث أن القرار يحمل في طياته جملة من الرهانات الأساسية بما فيها مبدأ قابلية النزاع للتحكيم و كذا النظام القانوني الواجب التطبيق على أحكام التحكيم الدولية³.

مبلغ إجمالي يقدر ب 25 مليون فرنك تدفعها الشركة على ثلاثة أقساط، و بالفعل قدمت الشركة بتاريخ 28 أبريل 1999 الشطر الأول من المبلغ الذي قدر ب 2 مليون فرنك غير أنه و نتيجة لبعض الصعوبات أبلغت الشركة النرويجية المعهد الوطني للأبحاث بتاريخ 28 اوت 2000 فسخ العقد.

و بموجب أمر استعجالي تم تعيين المحكم " قيق " M.Guige الذي اصدر حكمه بتاريخ 4 ماي 2007 معتبرا أن برتوكول الاتفاق يكتسي اتفاق مبدأ و قد قضى المحكم برفض طلبات المعهد الوطني الرامية إلى الحصول على المبالغ المالية فطعت هذه الأخيرة في حكم المحكم أمام الهيئات القضائية الفرنسية مستندة في ذلك إلى عدم صحة شرط التحكيم.

أشار إليه:

- **Mattias Guyomar**, Conclusions sur tribunal des conflits, 17 mai 2010, n c. 3754, institut national de la sante et de la recherche c. Fondation Letten F.Saugstad, in RFDA, n 5, septembre-octobre 2010, pp.959-968.

¹ -**Francois Desseilles**, Les musées à forme d'établissement public administratif peuvent-ils recourir à l'arbitrage?, in Revue de la faculté de droit de l'université de Liège, n 03, 2015,p.511.

² -*ibid.*, p.512

³ -Avis du comite français de l'arbitrage dans l'affaire INSERM c/fondation Letten F.Saugstad, p.02

و من اجل إزالة الغموض حاولت المحكمة من خلال قرارها وضع جملة من المبادئ من باب الملائمة(أولا) و كيفية تطبيق تلك المبادئ(ثانيا) و إدراج بعض القواعد(ثالثا)

أولا: مبادئ الملائمة

جاءت محكمة النقض الفرنسية بجملة من المبادئ تلخصت فيما يلي:

1- مبدأ توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري

إن تكريس محكمة التنازع لمبدأ توزيع الاختصاص تقوم على أن المظهر العام أو الخاص لعقد متنازع فيه لا تؤثر بأي شكل من الأشكال على توزيع النزاعات في مجال التحكيم الدولي، لأن مبدأ توزيع الاختصاص يهتم في الأساس بالقواعد المعنية، فإذا كانت هناك قواعد آمرة تابعة للقانون العام الفرنسي يكون القاضي الإداري مختصا و على العكس من ذلك يكون القاضي العادي صاحب الاختصاص¹.

و استطرقت المحكمة في تحليلها على أن القاضي العادي يكون مختصا و إن تعلق الأمر بالمادة الإدارية إذا كان النزاع ينصب على مصالح التجارة الدولية، كما أن القضاء العادي له خبرة في مجال العلاقات الدولية و له دراية بالإجراءات التي تخص الدولة الأجنبية و جماعاتها الإقليمية² بالمقابل يكون القاضي الإداري مختصا في العلاقات ذات الصلة بالقانون العام الداخلي و ذلك نظرا لضرورة وجود قاض متخصص في النزاعات المتعلقة بالتصرفات الانفرادية و الاتفاقية التي تصاحب عقود الإدارة³.

ب- مبدأ القابلية للتحكيم

من بين الأسانيد التي اعتمدت عليها محكمة التنازع أيضا قابلية النزاع للتحكيم، فإذا كان الطعن ضد أحكام التحكيم الصادرة في نزاعات العقود الدولية للإدارة الفرنسية يتوزع بين نظامين قضائيين فإن محكمة التنازع تركز و بوضوح هذا الحل بمعنية أن النزاع يكون قابلا للتحكيم، و بالتالي إذا رأته

¹ - **Sophie Lemaire**, Arbitrage et droit public: le tribunal des conflits déçoit, in Recueil Dalloz, n 39, 11 novembre 2010,p.2636

² - **Dominique Foussard** ,L'arbitrage en matière administrative (histoire, hazard ,prejuges, raisan),in Revue des juristes, n02, avril 2010 p.35

³ - *ibid.*, p.36

المحكمة أن نزاعا ما يكون من اختصاص القاضي الإداري فذلك يفتح باب التخمين على أن النزاع المعروض أمامه قابل للتحكيم¹.

و يشكل قرار المحكمة في هذه النقطة تقدما متميزا يضاف إلى ما جاء به تقرير لابتول المقدم في شهر مارس 2007، بحيث تطرقت مجموعة العمل إلى قابلية التحكيم في منازعات الإدارة².

ثانيا: كيفية تطبيق قواعد توزيع الاختصاص القضائي

باستقراء قرار محكمة التنازع الفرنسية نجد أنها رتبت جملة من الشروط من أجل إعمال قواعد توزيع الاختصاص القضائي في مراقبة أحكام التحكيم الدولية و هي في مجملها:

1- تحديد النزاع

لما يتعلق الأمر بتحديد القاضي المختص فإنه من المهم معرفة أن النزاع يتعلق بتنفيذ أو إلغاء العقد، فعلى الأقل تفترض المحكمة صدور نطق بحكم تحكيمي في نزاع يتعلق بفسخ العلاقة التعاقدية و التي جرى فيها التماس القضاة و هي بذلك تقصي المنازعات المتعلقة بالإبرام من مجال التحكيم.

2- تحديد العقد

تلح محكمة التنازع على الأخذ في الحسبان أن العقد محل النقاش ينصب على مصالح التجارة الدولية و ذلك طبقا للصيغة الواردة في البند 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و هذا يعني أن العملية الاقتصادية للعقد المتنازع فيه تحقق تحويل الأموال و الممتلكات و الخدمات خارج الحدود، و بالإضافة إلى ذلك تأخذ محكمة التنازع في الحسبان الأطراف المتنازعة فيبدو أنها تهدف بالخصوص إلى العقود المبرمة بين شخص معنوي عام للقانون الفرنسي و شخص خاص خاضع للقانون الأجنبي، و لكن يبقى التساؤل مطروحا حول العقود المبرمة بين الأشخاص العمومية الفرنسية و التي تخدم مصالح التجارة الدولية فهل تكون هي الأخرى معنية؟

في الأخير خلصت المحكمة إلى تحديد ثلاثة أنواع من العقود تجيز اختصاص القاضي الإداري و هي:

-الصفقات العمومية

¹ -Avis du comite français de l'arbitrage, *op-cit* p.02

² - **Sophie Lemaire** , *op-cit* , p.2636

- عقود الشراكة

- عقود تفويض المرفق العام

و يبدو أن القائمة ليست مكتملة لكون معظم القوانين المتعلقة باستغلال القطاع تنص على اختصاص القاضي الإداري¹.

ثالثا: القواعد المدرجة و المعنية

وفقا لما جاءت به محكمة التنازع الفرنسية فإن القاضي الإداري هو صاحب الاختصاص إذا تعلق الأمر بمراقبة مدى تطابق الأحكام التحكيمية مع القواعد الآمرة للقانون العام الفرنسي المتعلقة بشغل القطاع العام أو تلك التي تحدد الحاجات العامة.

غير أن الأمر يستدعي إبداء ملاحظة في غاية الأهمية و التي تتعلق بمصطلح "الحاجات العامة" فهذه الأخيرة يجب تحديدها، في هذا الإطار توصل محافظ الحكومة الفرنسي إلى أن الاشتراطات الدستورية المتعلقة بالحاجات العامة تتطلب المساواة و حماية المال العام و حسن استعماله²، و بخصوص القواعد التي تحكم الحاجات العامة فهي ضرورية عند إبرام العقود سواء كانت صفقات عمومية أو عقود الشراكة أو عقود تفويض مرفق عام الأمر الذي يبدو متناقضا مع ما جاء سابقا في كون أن القاضي الإداري يختص بنزاعات التنفيذ أو فسخ العقود³.

يمكن القول و بعد هذا التحليل أن محكمة التنازع حاولت إيجاد حل للتمييز بين اختصاص القضاء الإداري في مجال التحكيم في العقود الإدارية من جهة و من جهة أخرى مجال تدخل القضاء العادي في التحكيم في المادة الإدارية، حيث و - كما سبق في التحليل - أن الطعن المنصب على القرارات التحكيمية الصادرة في فرنسا و المتعلقة بنزاع حول تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام الفرنسي و أشخاص القانون الخاص المنصبة على مصالح التجارة الدولية يعود الاختصاص فيها لجهة القضاء العادي⁴.

¹ - **Sophie Lemaire**, *op-cit*, p.2637

² -CC ,décision n 2003-473-DC, 26 juin 2003

³ - **Sophie Lemaire**, *op-cit*,. p.2638

⁴ -Le tribunal des conflits décide:

Article 01: *La juridiction judiciaire est compétente pour connaître du recours en annulation forme par l'INSERM a l'encontre de la sentence arbitrale rendue dans le litige qui l'oppose a la fondation Letton F Saugstad aussi que la demande en paiement dirigée contre celle-ci* ".

و عليه يتضح جليا من قرار محكمة التنازع الفرنسية في القضية الحالية أنها حدّدت صراحة العقود المعنية و هي تلك العقود الإدارية التي تمس مصالح التجارة الدولية المنفذة في الإقليم الفرنسي و بالتالي يمكن وضع العقود المبرمة من قبل الأشخاص العامة الفرنسية التي تكون محل تنفيذ في الخارج جانبا¹.

و رغم كل المحاولات و الاجتهادات التي أدلى بها قضاة المحكمة إلا أن قرارهم أثار نقاشات فقهية حادة بين المناصرين للتحكيم الإداري و الرافضين له، حيث كتب الأستاذ ايمانيل غيلارد² Gaillard Emmanuel بأن تواجد الازدواجية القضائية يشكل فاجعة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب و من ثم يبدو أن الحل معرض لانتقادات كثيرة لأن قاعدة توزيع الاختصاص غير مؤكدة و غير محققة.

و على النقيض من ذلك أقر البعض الآخر بأن الحل المؤسس من قبل محكمة التنازع يشكل قفزة نوعية من سابقه³ و مهما تكن الانتقادات الموجهة فقد حاولت المحكمة التوفيق بين مختلف المواقف الفقهية المناصرة للتحكيم في العقود الإدارية و تلك المنادية بوحدة التحكيم و تغليب الطابع التجاري على العقود الإدارية الدولية، كما أنها حاولت إيجاد حل للتمييز بين اختصاص القضاء الإداري و اختصاص القضاء العادي⁴.

المطلب الثاني: موقف القضاء المصري

سايرت أحكام القضاء المصري تغيرات التشريع في مجال التحكيم في العقود الإدارية و ذلك في مرحلتين بارزتين الأولى في ظل قانون 1994(أولا)، أما الفترة الثانية و التي تعتبر بداية نيرة لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية في ظل أحكام قانون 1997 (ثانيا).

الفرع الأول: مرحلة القانون رقم 27 لسنة 1994

بصدور قانون 27 لسنة 1994، توالت الاجتهادات القضائية في مصر و ذلك نظرا للجديد الذي أوجده هذا القانون على الساحة القانونية بموجب المادة الأولى منه و اختلفت بذلك الاجتهادات القضائية للنظاميين القضائيين العادي و الإداري حول جواز التحكيم من عدمه في العقود الإدارية.

¹ -Mathias Audit, Arbitrage international et contrats publics en France, in Collection contrats publics et arbitrage international, sous la direction de Mathias Audit, Bruylant, Bruxelles 2011.p. 124

² -Emmanuel Gaillard, Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage, JCP, 2010, p. 1096, cité par: Sophie Lemaire, *op-cit*, p.2637

³ -Sophie Lemaire, *op-cit* p.2635

⁴ - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص.ص 189-190.

أولاً: موقف القضاء العادي

أجاز القضاء المدني في مصر اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة المدنية و التجارية و الإدارية سواء قبل صدور قانون 27 لسنة 1994 أو بعد صدوره، ففي حكمها الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1995 قضت محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم تحكيم في نزاع يتعلق بعقد بين وزارة الدفاع المصرية و شركة أمريكية و ذلك استناداً على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإداري المصري و ليس أحكام القانون المدني و قد اقتضت المحكمة في مناقشتها على القانون الواجب التطبيق دون الخوض في مسألة جواز التحكيم أو حظره في العقود الإدارية¹.

و قد كان لذات المحكمة مناسبة أخرى للإدلاء حول شرعية التحكيم في العقود الإدارية في الحكم الصادر بتاريخ 19 مارس 1997 الذي جاء كما يلي: "...حيث انه عن السبب الثاني و هو الادعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل نزاع هو عقد إداري لا يجوز فيه التحكيم، غير سديد فقد جرت المادة الأولى من قانون التحكيم على أنه تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حوله النزاع إذا كان هذا التحكيم في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون و القاعدة انه لا اجتهاد مع وضوح النص"².

و قد خلصت المحكمة في الأخير إلى "أن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية هو مبدأ عام يطبق في القانون المدني و في إطار القانون الإداري، و أن هذا المبدأ يستوجب أن لا تقوم الهيئة الإدارية بالمتصل من التزاماتها، حيث أن المستقر عليه فقها و قضاء و تحكيمياً أنه لا يجوز للدولة أن تستند إلى قيود تشريعية داخلية للمتصل من الالتزامات التي سبق و أن قبلتها، كما أن إيجاد شرط التحكيم يرجع سببه إلى كون هذا الشرط ضماناً إجرائياً لتشجيع الاستثمار، و من ثم فإنه يجب على الدولة أن تحترم التزاماتها الناشئة عن هذا الشرط"³.

ثانياً: موقف القضاء الإداري

على غرار القضاء الإداري الفرنسي، تميز القضاء الإداري المصري هو الآخر بالتشدد تجاه التحكيم في المواد الإدارية مستنداً في أحكام مجلس الدولة المصري 47 لسنة 1972 في نص المادة

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 233.

2 - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 369.

3 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص.ص 235 - 236.

10 و التي تنص على انه: " تختص محاكم مجلس الدولة دون غير بالفصل في المسائل الآتية:... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر وبناء عليه، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن المقدم لها بأنه" لا يكفي أن تصادق السلطة التشريعية على العقد الإداري الذي يتضمن شرط التحكيم، إن هذا العمل لا يعد قانونيا من حيث الموضوع... كما أن مجلس الدولة يفصل دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام و الأشغال العامة و التوريد...و من ثم فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق بما لا يهدم خصائص العقد الإداري¹.

الفرع الثاني: مرحلة صدور قانون رقم 09 لسنة 1997

إذا كانت أحكام القضاء الإداري المصري قد انصبت في البداية حول التصدي لمسألة جواز التحكيم من عدمه في العقود الإدارية، فإنه بمجرد صدور قانون 1997 المعدل لقانون 1994 انتقلت الأحكام القضائية إلى مناقشة الشروط و الكيفيات التي يصح بها التحكيم، فقد جاء حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بتاريخ 19 فيفري 2006 كما يلي: "...و حيث أنه يتعين التتويه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضا مبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه من مساس بسيادة الدولة و الانتقاص منها و الاعتداء على سلطة القضاء الوطني، و قد شاعره في ذلك مجلس الدولة المصري على ما درجت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي مجيزا التحكيم في بعض العقود الإدارية، كما تدخل المشرع المصري بالقانون 9 لسنة 1997 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه...و من ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي اشترطها النص بمن يوافق عليه"².

المطلب الثالث: موقف القضاء المغربي

لم يحظ موضوع التحكيم في العقود الإدارية بالقدر الكافي من الاهتمام من قبل القضاء المغربي و يرجع السبب في ذلك إلى العدد المحدود من القضايا التي عرضت على القضاء المغربي ليدلي هذا الأخير بموقفه تجاه الموضوع.

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 227.

2 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص 232.

الفرع الأول: موقف القضاء العادي

قد كان لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء رأي بخصوص التحكيم و أشخاص القانون العام بمناسبة الطعن المرفوع إليها، حيث خلصت إلى أن الطاعن¹ بصفته مؤسسة عمومية لا تعتبر أعماله أعمالا إدارية خلافا لاعتقاداته و يظل خاضعا في معاملاته للقانون الخاص بالنسبة لتصريف شؤونه العادية و حيث أن الفقه و القضاء قد اتجها إلى صحة اتفاق التحكيم المبرمة من طرف الدولة و كذا المؤسسات العمومية متى اكتست هذه العقود طابعا مزدوجا دوليا و خاصا، فإن الاتفاق على التحكيم يعتبر صحيحا متى كان محررا كتابة².

يتضح من خلال حيثيات قرار المحكمة أن هذه الأخيرة بنت قرارها على أساس الصفة التجارية التي تتمتع بها المؤسسة في علاقاته مع الغير بحيث تزول صفة الشخص المعنوي العام، وعليه فإن المحكمة بمناسبة القضية الحالية لا يمكن الجزم بأن موقفها كان مؤيدا للتحكيم في العقود الإدارية طالما أن العقد محل النزاع يندرج ضمن فئة العقود الخاصة.

و في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 10 مارس 2004، كان هاجس حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية موجودا، فقد قضت في النزاع المعروض أمامها القائم بين جمعية الأعمال الاجتماعية للوكالات المستقلة لتوزيع الماء و الكهرباء و بين شركة خاصة بصحة الاتفاق على التحكيم انطلاقا من أن أموال الجمعيات رغم كونها أموال عامة إلا أنها ذات نفع خاص بهم فقط و هي بذلك تتعاقد مع الغير بصفتها شخصا عاديا لا امتياز لها و غير محكومة

¹ - تتعلق وقائع القضية في أن المكتب الوطني للشاي و السكر بالمغرب Office National du Thé et du Sucre (ONTS) ابرم عقد بيع مع شركة فلبينية للسكر (Philippines Sugar Company Ltd (PSC) و الذي احتوى على شرط التحكيم وفقا لنظام مجلس جمعية السكر بلندن، و كون أن الطرف المغربي امتنع عن تزويد السكر وفقا للجدول المعد قامت الشركة الفلبينية بتحريك إجراءات التحكيم، و قد تم تنفيذ القرار التحكيمي من قبل رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء.

و بناء على الاستئناف المرفوع من قبل المكتب الوطني أمام مجلس الاستئناف بالدار البيضاء طالب المكتب بإلغاء أمر التنفيذ على أساس انه يتعارض مع النظام العام المغربي لكونه شخصا معنويا عاما. أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص.ص 248-249.

² - Cour d'appel de Casablanca, 21 juin 1981: " Conformément au décret du 7 septembre 1983, ONTS exporte, emmagasine, commercialise et empaquète du the et du sucre, activités pour lesquelles il est soumis au droit commercial en vigueur. L'établissement est donc soumis dans ses activités au droit privé et, contrairement à ce que prétend l'appelant, ONTS est une personne de droit public, certes, mais ses actes ne peuvent être considérés comme tels lorsqu'ils relèvent du droit privé. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent de manière constante la validité d'une clause compromissoire conclue par l'État ou par un organisme public, lorsque le contrat en est l'objet est international et de droit privé. Rien n'affecte donc l'ordre public marocain...", cité par : Nathalie Najjar, op-cit, p. 196

بقواعد القانون العام، و قد اعتمدت محكمة الاستئناف في قضية الحال على نص المادة 306 من قانون المسطرة المدنية المغربي قبل تعديل 2008¹.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري

تميز القضاء الإداري المغربي بنوع من المرونة ، فقد قضت المحكمة الإدارية باكادير² بأن الحكم التحكيمي الصادر بشكل قانوني و المصادق عليه بعد اطلاع الطرفين يكون قد حسم النزاع بشكل نهائي و لا يمكن الطعن فيه، و قد اعتمدت المحكمة على الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية قبل التعديل التي تجيز للأشخاص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق القابلة للتصرف فيها³.

المطلب الرابع: موقف القضاء الجزائري

إذا كان الوصف السائد في القانون المغربي عموما هو قلة الأحكام القضائية التي فصلت في موضوع التحكيم في العقود الإدارية، فإن الاجتهاد القضائي الجزائري يشهد هو الآخر ندرة في هذا المجال .

غير أنه يمكن الاستشهاد بقضية الولايتين مع الشركة الفرنسية، ففي إطار الاتفاق الثنائي الجزائري-الفرنسي أبرمت ولايتين جزائريتين (ولاية قسنطينة و ولاية وهران) عقود أشغال مع شركات فرنسية، و بصدد القرارات التحكيمية المؤرخة في 07 أوت 1989 و 07 أوت 1991، تذرعت

1 - "...و حيث من جهة أخرى فان المادة 306 من ق م م نصت على انه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على عرض النزاع الذي قد يحدث خلال تنفيذ مقتضيات الاتفاق على أنظار التحكيم طبقا للمادة 309...و حيث أن الاستثناء المنصوص عليه في المادة 306 المذكورة بخصوص النزاعات المتعلقة بأموال خاضعة لنظام القانون العام لا تجد تطبيقا لها في نازلة الحال.."

أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 250.

2 - حكم صادر بتاريخ 24 نوفمبر 2005، في قضية تتعلق بعقد ابرم بين موظف و القرض الفلاحي للمغرب

3 - "...و حيث أن الفصل 306 من ق م م ينص على أنه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها، و حيث أن نفس المادة لم تستثن إمكانية التحكيم فيما يخص مستحقات أي موظف بموجب فسخ عقد العمل لدى مؤسسة عمومية كما هو الحال في النازلة، مما يكون معه الحق موضوع النزاع قابلا للاتفاق بشأنه بعقد التحكيم.."

أشار إليه:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص.ص 241-242.

الولايتين بحالة المنع المنصوص عليه في الفقرة 03 من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى).

و بإخطار القضاء الجزائري ممثلا في مجلس قضاء قسنطينة و مجلس قضاء وهران، رفض القضاء الجزائري المشاركة في إجراءات التحكيم لكون أن الصفقات المعنية تحتوي على شرط تحكيمي الأمر الذي يستدعي احترام مبدأ اختصاص الاختصاص و هو ما اعتمدت عليه محكمة التحكيم لإصدار القرار التحكيمي معتبرة بأن الاتفاق الجزائري-الفرنسي له أولوية في التطبيق مقارنة بالقانون الداخلي لكونه ينبثق من النظام العام الدولي¹.

و بطريقة غير مباشرة تطرق القضاء مرة أخرى إلى التحكيم و أشخاص القانون العام في القضية التي عرضت على مجلس قضاء الجزائر العاصمة² و ذلك بمناسبة الاستئناف الذي رفع إليه بعد عرض النزاع أولا على محكمة بيرمراد راييس بالجزائر العاصمة و التي قضت باختصاصها.

لقد تبين لقضاة المجلس آنذاك و بعد التطرق إلى أحكام المادة 03/442 من قانون الإجراءات المدنية -الملغى- بأن حالة المنع المنصوص عليها تجاه الأشخاص المعنوية العامة لا تطبق في هذه الحالة، كما دعم قضاة المجلس موقفهم بأن المستأنف عليه شركة تجارية تخضع لأحكام القانون التجاري، كما أضاف القضاة بأن العقد يخضع لإرادة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري.

يرى الأستاذ تراري ثاني مصطفى³ بأن الحلول التي جاء بها قضاة المجلس آنذاك و إن كانت تبدو مقنعة إلا أنها تبقى بعيدة عن المبررات التي تساق اليوم و التي تتعلق بمقتضيات التجارة الدولية لتأسيس صحة اتفاق التحكيم، كذلك فإن قضاة المجلس قد تجاهلوا تماما أحكام المادة 20 من القانون 01-88 (الملغى) الذي اعترف لهم بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العلاقات الداخلية و الدولية.

¹ - Terki Nouredinne, *op-cit*, p.599.

² - قرار صدر بتاريخ 06 نوفمبر 1989، في النزاع الذي وقع بين المؤسسة العمومية الاقتصادية ENTMP و الشركة الفرنسية CREUSOT-LOIR، و التي أبرمتا عقد انجاز أشغال في الهندسة و كذلك لتوسيع مصنع للمواد الغذائية الحيوانية، و قد تضمن العقد شرط تحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية CCI.

³ - Trari Tani Mostefa, *L'arbitrage commercial international avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algerie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.86

الفصل الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم

إن تحليل مختلف الأنظمة المقارنة يظهر بأن مفهوم القابلية للتحكيم¹ أصبحت اليوم مكرسة من قبل غالبية الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم، و يقصد بالقابلية في شقها الموضوعي إمكانية خضوع نزاع ما للتحكيم، و تشكل هذه المنازعة شرطا قانونيا لصحة شرط التحكيم، و تؤدي بالنتيجة إلى اختصاص المحكمين.

إن قابلية النزاع للتحكيم و خصوصية التحكيم في المنازعات الإدارية تقتضي بالأساس تحليل و تأصيل المعايير التي على أساسها يسمح بالتحكيم في العقود الإدارية (المبحث الأول) ليتم مطابقة معايير القابلية للتحكيم على منازعات الصفقات العمومية الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: البحث في معايير قابلية النزاع للتحكيم

نظرا لعدم وجود معايير موحدة تطبق على قابلية النزاع الإداري للتحكيم، فإن هذا الأخير يخضع للإرادة التشريعية لكل دولة ما، و قد جرت العديد من الدول على النص صراحة على عدم جواز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام (المطلب الأول) كما قد تربط القابلية للتحكيم بالحقوق المالية و جواز التصرف فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جواز التحكيم في المسائل غير الماسة بالنظام العام

يندرج النظام العام في مفهوم قابلية النزاع للتحكيم، كما يظهر كذلك أثناء إجراءات التحكيم من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، و يكون أيضا أحد معايير الرقابة القضائية في مرحلة استصدار الأمر بالتنفيذ أو بطلان القرار التحكيمي².

تشتمل معظم الأنظمة القانونية على قواعد تسمى قواعد النظام العام و التي تحقق المصلحة العامة و تحمي المصالح الاقتصادية و الاجتماعية التجاوزات التي تلحقها عملية التحكيم من خلال

¹ - يعرف هذا المصطلح في القانون الفرنسي و السويسري ب arbitralite ، و في القانون الأمريكي ب Arbitrality و كذلك في القانون الانجليزي، غير أن هذا الأخير يفضل عبارة matters capable of settlement by arbitration التي تعني المواد التي تكون قابلة للتحكيم.

² - Vidal Dominique, Droit français de l'arbitrage interne et international, Gualino editeur, Lexenso édition, France, 2012, p.193

اختيار الأطراف أو مراكز التحكيم للقانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية¹.

و نظرا لكون النظام العام فكرة مطاطية كانت الكتابات الفقهية لهذا المفهوم تبنى وفقا لنظرة مزدوجة أو ما يسميها البعض لعبة الازدواجية²، و يعني هذا المفهوم أن يقسم النظام العام إلى داخلي و دولي، إلى أثاره السلبي و الايجابي، إلى وظائفه الحماية و التنظيم، بين مبادئه الأساسية و قواعده الأمرة كذلك بين النظام العام الذي يعتبر شرطا للاعتراف و بين النظام العام الذي يحدد مدى مشروعية و صحة القرار التحكيمي في البلد الأصلي³.

يتميز النظام العام بأنه فكرة قانونية غير محددة، فالنظام العام نظرية يصعب ضبطها و تحديد تعريف لها، فبالرجوع إلى التعريف الذي استخلص من الأعمال التحضيرية للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نجده جاء عاما حيث عرف بأنه: "المبادئ العامة للقانون" و قد جاء مماثلا لذلك قرار عن المحكمة الفدرالية السويسرية حيث توصلت إلى نتيجة مفادها أن النظام العام فكرة قانونية غير محددة و التي يصعب إعطاء مفهوم واحد ينطبق على كل الأمور⁴.

و قد ارتبط مفهوم القابلية للتحكيم في القانون الفرنسي على غرار بعض التشريعات المقارنة⁵ بمعيار النظام العام الدولي، و يطبق هذا الأخير في مجال التحكيم الدولي خلافا للتحكيم الداخلي الذي تحكمه جملة من القوانين و التي تأخذ بمعيار النظام العام الداخلي.

لقد عرف النظام العام في القانون الفرنسي كمعيار للقابلية للتحكيم خاصة في المادة الإدارية عدّة تطورات، فلقد استقر الاجتهاد الفرنسي في بداية الأمر على أنه يكفي أن يكون النزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق القواعد القانونية الأمرة للنظام العام من قبل التحكيم حتى يكون شرط التحكيم باطلا⁶.

¹ - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص 85.

² - Homayoon Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international a l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant et LGDJ, 2005, p.129

³ - *ibid.*, p.129

⁴ - *ibidem*, p.137

⁵ - انظر المادة 02/1006 من ق ا م ا، و المادة 11 من قانون التحكيم المصري لسنة 1997.

⁶ - Paris, 9 février 1954 "Le compromis est nul chaque fois que l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public et qu'aucune contestation concernant l'application ou l'interprétation de règles d'ordre public ne peut être réglée par voie d'arbitrage", cité par: Vidal Dominique, *op-cit*, p.197

تعرض هذا الاجتهاد القضائي للنقد نظرا لعدة اعتبارات أهمها أنه لم يقدم تفسيراً مقنعاً للصلة بين القاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام و عدم القابلية للتحكيم، كما أن التطبيق الحرفي للنصوص القانونية سيؤدي إلى إقصاء كل المنازعات التي تندرج في إطار النظام العام من مجال التحكيم¹.

ثم تطور مفهوم النظام العام كمعيار للقابلية من استبعاد النزاع من مجال التحكيم إلى تحديد النزاعات القابلة للتحكيم، و يمكن كذلك على أساسه تجزئة القابلية للتحكيم، فمثلا يكون التحكيم باطلا في قانون العمل إذا تعلق بشرط حماية الأجير و يكون صحيحا في غير ذلك إذا تعلق مثلا بعقد العمل الذي لم يتم تنفيذه، و كذلك يكون الأمر مشابها في القانون المتعلق بحماية المستهلك، فهو يرتبط بالنظام العام الداخلي و الدولي في الوقت نفسه².

و قد نادى الفقه الفرنسي في الأخير إلى ضرورة الفصل التام بين فكرة النظام العام و القابلية الموضوعية للتحكيم، و إفساح المجال للمحكم للنظر في المنازعات التي تتعلق بالنظام العام سواء كان العقد محل النزاع مخالفا للنظام العام أو لا، لأن الحكم التحكيمي سيخضع في الأخير إلى رقابة القضاء.

المطلب الثاني: جواز التحكيم في الحقوق المالية القابلة للتصرف فيها

يعني هذا المعيار أنّ كل نزاع ذو طابع مالي يكون قابلا للتحكيم، أي أنّ كل نزاع يمكن تقويمه بمال يمكن أن يكون موضوع اتفاق تحكيم وقد تم تبني هذا المعيار في عديد من الدول بدافع تطوير أنظمتها القانونية الخاصة بالتحكيم، و من هذه الدول ما مدّ نطاق تطبيق هذا المعيار على التحكيم الدولي ومنها ما قصره على التحكيم الداخلي، و أفضل نموذج لهذا المعيار المشرع السويسري و الألماني، كل منهما نصّ على أنّ كل قضية ذات طابع مالي تكون موضوع تحكيم³.

فالمشرع السويسري و على خلاف المشرع الفرنسي تبنى معيارا ماديا مفاده أن كل نزاع يتعلق بالذمة المالية يمكن أن يكون محل اتفاق تحكيم، و قد وردت هذه القاعدة الموضوعية ضمن أحكام القانون الدولي الخاص لسنة 1987⁴، هذا و يبدو أن الطبيعة المالية للنزاع تبدو مفهوما أوسع و هي

¹ - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 553

² - Vidal Dominique, *op-cit*, p198

³ - رضاني مصطفى، التحكيم في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012-2013، ص 42.

⁴ - l'article 177/01 dispose: "Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage"

تشمل كل الطلبات و الادعاءات ذات القيمة المالية للأطراف، سواء كانت أصول أو خصوم، أو بالأحرى كل الحقوق أو يمكن تقديرها بالمال.

غير أن التساؤل الذي طرح في هذا المجال هل يكفي أن يكون المعيار المالي لتحديد القابلية للتحكيم أم يستلزم فضلا عن ذلك أن يكون الحق قابلا للتصرف فيه؟ أم أن القابلية للتصرف توجي بأن ذلك الحق هو حق مالي و من ثم تكفي القابلية للتصرف كمعيار محدد لقابلية النزاع للتحكيم؟

ذهب جانب من الفقه¹ إلى أن الأمر يتمثل في مجرد اختلاف على مستوى الصياغة القانونية للمصطلحات و هو اختلاف لا ينفي وحدة المعيار، فالقابلية للتصرف لا ترد إلا على حق مالي بطبيعته و العكس صحيح، و بمعنى آخر أن الحق المالي هو الحق الذي يقبل التصرف.

في حين ذهب فريق آخر² أن القابلية للتصرف في الحقوق يعتبر معيارا غير صائب، و يجب أن يستبدل بمعيار أكثر سهولة يتوافق مع أسس القابلية للتحكيم و هو أن يكون معيار النزاع ماليا، و على الرغم من أن المشرع الجزائري قد نص على معيار القابلية للتصرف في نص المادة 1006 من ق ا م ا، إلا أن بعض الفقه رأى أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع الذي يعني أن مجموع النزاعات التي تتعلق بالمسائل المالية يمكنها أن تخضع للتحكيم.

و مهما كانت آراء الفقهاء، إلا أنه ينبغي التثبيت بداية من توفر هذا الحق، سواء كان هذا الحق له طابع مدني أو تجاري أو إداري، المهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع مالي³، و قد تكون العلاقة القانونية الناشئة عن معاملة مالية تصرف قانوني بسيط أو تصرف قانوني مركب من عدة عقود متكاملة كما هو الحال بالنسبة لعملية إقامة مصنع معين، فهي تقتضي إبرام مجموعة عقود

¹ - حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر 2003، ص 47 .

² - **Emmanul Gaillard**, Arbitrage commercial international (Arbitrabilité), J-cl.dr.int, Fasc, 586-3, n 38, 1994. أشار إليه:

- **بوالصلصال نور الدين**، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة نيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011، ص 83 .

³ - **علي سليمان الطماوي**، المرجع السابق، ص 550.

مترابطة تشمل: عقد مقاوله، عقد توريد معدّات، عقد نقل تكنولوجيا...، وكذلك الحال بالنسبة لعملية المقاوله التي تقتضي إبرام عقد مقاوله أصلي وعقود مقاوله من الباطن¹.

المبحث الثاني: تطبيق معايير القابلية للتحكيم على منازعات الصفقات العمومية

بإسقاط معايير القابلية الموضوعية للتحكيم على منازعات الصفقات العمومية، نجد أن منازعات الإبرام مستثناة من مجال التحكيم (المطلب الأول) في حين تكون المنازعات المتعلقة بالتنفيذ قابلة بحكم طبيعتها المالية للتحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استثناء منازعات الإبرام من مجال التحكيم

تعد المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية من النظام العام نظرا لعدة اعتبارات، فنجد أن المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية تأخذ طابعا إستعجاليا يستوجب الفصل فيها عدم التماطل بغية المحافظة على المال العام و ضمان السير الحسن للمرافق العمومية و إتمام المشاريع ذات الأهمية البالغة، فقد فقدت الكثير من المشاريع ذات النفع العام أهميتها الاقتصادية و زادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة الموضوع، و من أجل ذلك تكون المنازعات المتعلقة بالإبرام بنص القانون خاضعة لإحدى المسلكين إما اللجوء إلى الطعن القضائي (الفرع الأول) و إما اللجوء إلى الطعن الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اللجوء إلى الطعن القضائي الاستعجالي

تدخل منازعات الإبرام في مجال الاستعجال ما قبل التعاقد²، و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية اختصاص القضاء أأاستعجالي الإداري بمنازعات الإبرام في الفصل الخامس تحت

1 - تستعمل هذه التقنية غالباً من طرف بلدان العالم الثالث في علاقاتها الاقتصادية، فتلجأ إلى عقود المقاوله من الباطن التي تبرم بين طرف أجنبي رئيسي وأحد المقاولين الفرعيين المتواجدين في البلد المستقبل للاستثمار.

2 - أدخل الاستعجال ما قبل التعاقد لأول مرة في القانون الفرنسي سنة 1992، بموجب القانون 10/92 و قد تم إدراجه تحت تأثير المجموعة الأوروبية للصفقات العمومية و ذلك من أجل تحقيق التجانس بين القوانين الوطنية و الشفافية في منح الصفقات العمومية.

انظر:

- La loi 92/10 du 04 janvier 1992, relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, JO, n05.

عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات"¹، فباستقراء المادة 946 من ق ا م ا فإن الفقرة الأولى منها حددت صنف المنازعات التي تدخل في اختصاص قضاء الاستعجال و تتمثل في منازعات الإبرام بسبب مخالفة الإجراءات السابقة عن إبرام الصفقة العمومية لاسيما الإخلال بقواعد الإشهار التي تضمن الشفافية و المساواة بين المتنافسين².

و يعتبر إخلالا بقواعد الإشهار و المنافسة ما يلي:

- خرق قواعد الإعلان و الإشهار الصحفي³

- اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب

- احتواء الإعلان على عنصر تفضيلي

- الحرمان من الصفقة دون وجه حق

- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد.

بالرجوع إلى نص المادة 946 من ق ا م ا نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع هذا النوع من الاستعجال لشروط عامة لرفع الدعوى الإدارية (أولا) و شروط خاصة (ثانيا).

1 - تكمن الغاية التي ابتغاها المشرع من وراء استحداث القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد فيما يلي:

- الحفاظ على المال العام.

- تعزيز آليات الرقابة في مجال الصفقات العمومية

- الحد من الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية و المنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية

- الاتجاه نحو احتواء أكبر قدر من الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية.

2 - ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة نيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 161 .

3 - لقد جاءت المادة 65 من المرسوم الرئاسي بشروط تحرير و نشر الإعلان و هي كما يلي:

- تحرير الإعلان باللغة العربية و بلغة أجنبية على الأقل

- نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي و على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

- يدرج إعلان المنح المؤقت في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض.

أولاً: الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية

نصت الفقرة الأولى من المادة 946 على أن الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية يتم رفعها بموجب عريضة¹، و بالتالي فإنه يتم الرجوع إلى الشروط التي تحكم رفع الدعوى الإدارية التي نظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيجب من الناحية الشكلية أن تكون العريضة موقعة من قبل محام²، بالإضافة إلى احتواء العريضة وجوبا على البيانات الواردة في نص المادة 15 من ق ا م³.

ثانياً: الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية

وسّع المشرع الجزائري من صفة المدعى في الدعوى الاستعجالية الخاصة بالصفقات العمومية، فقد استعملت المادة 946 من ق ا م ا عبارة كل من له مصلحة في إبرام العقد، و بالتالي يندرج ضمن هذا المفهوم المرشحون الذين تم إقصاؤهم أو استبعادهم بعد صدور قرار المنح المؤقت.

كذلك خولت المادة 946 من ق ا م ا الوالي ممثلاً للدولة حق إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة إذا إبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية باعتباره حارساً للشفافية⁴.

أما عن ميعاد رفع الدعوى لم ينص المشرع صراحة على ذلك، لكن يمكن استنتاج الميعاد من عبارة "إذا إبرم العقد أو سيبرم" و هي المدة الزمنية التي يمكن من خلالها للمتضرر أن يرفع الدعوى الاستعجالية.

و في إطار الصلاحيات الممنوحة للقاضي الاستعجالي الإداري يمكنه أن يأمر المتسبب في الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة أن يمتثل للالتزامات مع تحديد اجل لذلك مع إمكانية الحكم بغرامة تهديدية، كما يمكن للمحكمة أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات⁵.

1 - تنص المادة 946 الفقرة الأولى من ق ا م ا: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية".

2 - انظر المادة 815 من ق ا م ا.

3 - انظر المادة 816 من ق ا م ا.

4 - تياب نادية، المرجع السابق، ص 263 .

5 - انظر المادة 946 من ق ا م ا .

و تفصل المحكمة الإدارية في الدعوى الاستعجالية في أجل 20 يوما تسري من تاريخ الإخطار بالطلب المقدم¹، و يمكن تكييف هذه المدة على أنها موجزة قد تكون لصالح الإدارة المتعاقدة.

الفرع الثاني: اللجوء إلى الطعن الإداري

تقدم الطعون أثناء مرحلة الإبرام أمام لجان الصفقات العمومية المعنية² ويكون موضوع التظلم الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة المتعاقدة بنشره في الجرائد اليومية و ذلك بغية اطلاع الجمهور لنتائج الانتقاء و النقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز.

إن أي إخلال يمس إعلان المنح المؤقت، كعدم نشر الإعلان، أو نقص في أحد البيانات³ يؤدي بالمتعهدين المعنيين و الذين قدموا عطاءاتهم أن يرفعوا تظلما أمام لجنة الصفقات المختصة خلال 10 أيام ابتداء من أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة.

إن أثر هذا الطعن يكمن في عدم قيام الإدارة بإتمام إبرام الصفقة وتوقيعها، و بذلك يتسنى للجنة المختصة فرض رقابتها و الفصل في الطعون المرفوعة في أجل 15 يوما من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام، و يبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة و صاحب الطعن⁴.

المطلب الثاني: منازعات التنفيذ بطبيعتها تخضع للتحكيم

تخضع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ بحكم طبيعتها إلى التحكيم، و قد تكون محلا للطرق البديلة الأخرى كنظام المصالحة و نظام الوساطة¹، و قد أخذ المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية و

1 - انظر المادة 947 من ق ا م ا .

2 - تنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".

3 - من بين البيانات الواجب نشرها في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة:

- اسم ولقب الشخص العارض

- اسم المؤسسة أو الشركة المقاول

- موضوع المناقصة وسعرها.

- آجال التنفيذ

- نقاط العرض التقني و المالي.

4 - انظر المادة 82 الفقرة 8 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تفويضات المرفق العام بالتحكيم في مجال التنفيذ²، و يرجع السبب في خضوع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ للتحكيم إلى كون أن منازعات التنفيذ منازعات مالية (الفرع الأول) إضافة إلى كونها من دعاوى القضاء الكامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منازعات التنفيذ منازعات مالية

إذا كان التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية يتعلق في مجمله بمرحلة الإبرام من خلال تعداد النصوص التنظيمية المتعلقة بهذه المرحلة، فإنه و من ناحية أخرى، قد أسهب تنظيم الصفقات العمومية أيضا في تفصيل الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، و باستقراء معظم النصوص الخاصة بهذه المرحلة نجد أنها تتعلق بالجانب المالي للصفقة، و قد تم تنظيمه ضمن وفقا لثلاثة أصناف يتعلق الأول بالأسعار (أولا) أما الصنف الثاني فيتعلق بكيفيات الدفع (ثانيا) في حين تم تخصيص الصنف الثالث للضمانات (ثالثا).

أولا: تحديد الأسعار

نظم المرسوم الرئاسي 15-247 أسعار الصفقة العمومية ضمن القسم الثاني من المادة 96 إلى المادة 107، و قد حددت المادة 96 منه كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد³، كما يمكن للسعر أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة و في هذه الحالة يجب أن تحدد في الصفقة العمومية صيغة المراجعة وكذا كيفيات تطبيق هذه الصيغة.

1 - أخذ المشرع الجزائري بالصلح و الوساطة القضائية في مجال المنازعات العادية، أما في مجال المنازعات الإدارية فقد أخذ بالصلح القضائي في مجال القضاء الكامل مع غياب النصوص القانونية المتعلقة بالوساطة في المادة الإدارية، و هذا خلافا لما جاء به المشرع المغربي الذي أخذ بنظام الوساطة الاتفاقية التي تتم خارج أروقة القضاء، بحيث تم تنظيم أحكامها ضمن قانون المسطرة المدنية في المواد من الفصل 55/327 إلى الفصل 69/327.

2 - تنص المادة 154 على ما يلي: "و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية.."

3 - "يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- السعر الإجمالي و الجزافي

- بناء على قائمة سعر الوحدة

- بناء على النفقات المراقبة

- بسعر مختلط.

ثانيا: تحديد كفيات الدفع

تم التسوية المالية للصفقة العمومية عن طريق دفع المتعامل المتعاقد تسديدات مالية على فترات زمنية من تنفيذ الصفقة، و قد تم تنظيم هذه التسديدات المالية وفق ثلاثة أنواع و هي:

- التسييق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة

- الدفع على حساب: هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة

- التسوية على رصيد الحساب: هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها¹

ثالثا: تحديد كفالات الضمان

نظم المرسوم الرئاسي 15-247 كفالات الضمان ضمن القسم الرابع و ذلك بهدف الوصول إلى أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة العمومية²، و في إطار ذلك تم تنظيم الضمانات المالية وفق ثلاثة أنواع و هي:

- كفالة التعهد: تخص صفقات الأشغال و اللوازم و تقدر نسبتها ب 1% من مبلغ العرض، و تصدر الكفالة فيما يخص المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين عن بنك خاضع للقانون الجزائري، أما عن المتعهدين الأجانب فتصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري مشمولة بضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى³.

- كفالة رد التسييقات: تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري بالنسبة للمتعهدين الجزائريين أما بالنسبة للأجانب فتصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري مشمولة بضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

1 - انظر المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247

2 - انظر المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 - انظر المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247

- كفالة حسن التنفيذ: يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن التنفيذ، و يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار الصلاحيات الممنوحة لها أن تعفي المتعاقد من هذه الكفالة إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر¹.

الفرع الثاني: منازعات التنفيذ من دعاوى القضاء الكامل

تندرج منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بالتنفيذ ضمن دعاوى القضاء الكامل الذي يشمل كل النزاعات المتعلقة بالعقد سواء تعلقت بصحة العقد أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه، و يدخل في ذلك حقوق المتعاقد في التعويض تطبيقاً لنظريات التوازن المالي للصفقة.

و يتفق الفقه بأن دخول منازعات التنفيذ ضمن مجال القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء يرجع إلى افتقار معظم تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء و هو القرار الإداري، فدعوى القضاء الكامل تستهدف حماية الحقوق الذاتية المتولدة عن العقد الإداري².

و يدخل في عداد دعاوى القضاء الكامل الدعاوى المتعلقة:

- المطالبة بالحصول على مبالغ مالية: بحيث يكون من حق المتعاقد الذي أوفى بالتزاماته التعاقدية الحصول على المقابل المالي الذي يأخذ شكل الثمن أو الرسم أو مبالغ مالية ناتجة عن أشغال إضافية، و في سبيل ذلك يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء أو إخطار الهيئات التحكيمية بناء على الشرط التحكيمي المدرج في الصفقة.

- فسخ الصفقة: وتكون نتيجة للإخلال بالالتزامات التعاقدية، أو عدم وجود الاعتماد المادي أو عدم كفايته.

و قد جاء في الشروط النموذجية لقواعد الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية كنيديسي بأن كل نزاع ينشأ عن العقد سواء تعلق بفسخ العقد أو بطلانه يسوى عن طريق التحكيم³، كما يستشف من الشروط النموذجية التي وضعها نظام غرفة التجارة الدولية بأن كل نزاع ناجم عن العقد يتم حسمه وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية¹

¹ - انظر المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012-2013، ص 200.

³ - "Tout litige, différend ou réclamation ne du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, ou à son inexécution, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI".

الفصل الثالث: امتداد القابلية للتحكيم في الصفقات العمومية الدولية من التحكيم التجاري الدولي إلى تحكيم الاستثمار

تعتبر الصفقات العمومية أداة لتلبية الحاجات الوطنية في مختلف مجالات الأشغال و التوريد و الخدمات، و نظرا للتطور الذي تعرفه الحياة الاقتصادية يوما بعد يوم، أدى ذلك بالضرورة إلى تطور الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق الغرض المنشود، فأصبحت عقود الصفقات العمومية خاصة الدولية تضاهي عقود الاستثمار بمختلف الأشكال، بل الأكثر من ذلك يرى البعض أن الصور الحديثة للعقود مثل عقود البوت² و عقود التجهيزات الكبرى و عقود المفاتيح في اليد ما هي إلا بنى جديدة للصفقات العمومية الدولية³، كما أنه غالبا ما تحتوي الصفقة العمومية الدولية على مجموعة من العقود خاصة إذا تعلق الأمر بصنف الأشغال، كما يمكن أن تكون في حالة صفقات التوريد التي تتطلب اتفاقات التمويل و النقل و كذا التأمين⁴.

و بالإضافة إلى ذلك أصبحت بعض الصفقات العمومية الدولية تحتوي على عنصر الخطر الذي يتعرض له المتعاملون الاقتصاديون و بالتالي أصبحت تدفع لهم مبالغ مالية محددة مسبقا⁵، و بهذا الشكل أصبحت الصفقات العمومية تتقارب كثيرا مع مفهوم الاستثمار و بالفعل فقد تم تكييف بعض الصفقات العمومية الدولية على أنها استثمار يختص بمنازعاتها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مستعملا في ذلك العديد من الحجج و الحيل القانونية التي تمنحه الاختصاص (المبحث الأول) و نجد ذلك واضحا في بعض النماذج التطبيقية (المبحث الثاني).

¹ - " Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranches définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément a ce règlement.

Les parties sont libres d'adapter la clause selon les circonstances du cas..."

² - تعتبر عقود البوت البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T (Build Operate and Transfer) بأنها آلية من آليات تمويل مشاريع التنمية الأساسية يتولى بواسطتها القطاع الخاص تشييد و بناء المشروع على حسابه الخاص على أن يتولى في نهاية المشروع أن ينقل الملكية إلى الشخص المعنوي العام.

يأخذ هذا النوع من العقود صورا عديدة أبرزها:

- عقود البناء و التملك و التشغيل B.O.O

- عقود البناء و الإيجار و نقل الملكية B.L.T

- عقود التصميم و البناء و التمويل و التشغيل D.B.F.O

³-Ibrahim Refaat Mohamed El Behery, *op-cit*, p.109.

⁴ - *ibid*, p. 109

⁵ - *ibidem*, p.120

المبحث الأول: أسباب إدراج بعض الصفقات العمومية الدولية ضمن

تحكيم الاستثمار

يرتكز التحكيم التجاري الدولي على موافقة الأطراف بإحالة النزاع القائم بينهم إلى التحكيم و ذلك وعيا بدور الإرادة في نظام التحكيم الذي لم يكن له وجود لولا اتفاق الأطراف، و تتجسد تلك الإرادة في إبرام شروط تحكيمية و إدراجها ضمن بنود العقد، غير أن التحكيم الدولي على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد ينعقد اختصاصه حتى في غياب الاتفاق و ذلك بمجرد مصادقة الدولة أو أحد رعاياها على الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار، و هو ما يعرف اليوم بالتحكيم دون خصوصية، كما ينعقد الاختصاص للمركز إذا ما تبين أن النشاط يشكل استثمارا.

المطلب الأول: الانضمام إلى الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار

صادقت الدولة الجزائرية على العديد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار، كما صادقت على اتفاقية واشنطن الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹، الأمر الذي يساهم بشكل كبير في إدراج بعض الصفقات العمومية ضمن تحكيم الاستثمار.

الفرع الأول: المصادقة على اتفاقية واشنطن

تسعى الدول من خلال مصادقتها على اتفاقية واشنطن إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة و كذا توفير المناخ الملائم لها، و بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تكون الدول قد تخلصت من أحد أهم الصعوبات التي ظلت تواجه الاستثمارات و التي تتمثل في أساليب تسوية المنازعات و التي كثيرا ما كانت تحدث الخلاف بين المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار².

تتشرط اتفاقية واشنطن أن يكون أحد أطراف النزاع الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية في المنازعة و يكون الطرف الأخر مواطنا يحمل جنسية دولة مصادقة على ذات الاتفاقية.

¹ - المرسوم الرئاسي 95-346، المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، المتضمن

المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر، العدد 66.

² - بن سهلة ثاني بن علي، نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية، العدد 03، 2008، ص 09.

إن الدولة الجزائرية عند مصادقتها على اتفاقية واشنطن لم تنص على أن أثر الاتفاقية يمتد إلى بقية الأشخاص الاعتبارية العامة، لكن يبدو أن المركز الدولي لتسوية الاستثمار و بغية توسيع اختصاصه قد يلجأ إلى توسيع مفهوم الهيئات العامة تحت مسمى الدولة .

الفرع الثاني: المصادقة على الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار

إن أهم ما يميز التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الدولة و المستثمر الأجنبي في التحكيم التجاري الدولي يتمثل في أن الاختصاص لهذا النوع من التحكيم قد ينعقد لمجرد وجود اتفاقية خاصة بالاستثمار .

قبل تأسيس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كانت اتفاقيات الاستثمار الثنائية (TBI) تحتوي على بنود أفقية لتسوية المنازعات بين الدول و لم تكن البنود العمودية لتسوية المنازعات بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة موجودة إلا في عقود الاستثمار المبرمة مباشرة بين المستثمر وبين الدولة المضيفة، و بعد الانضمام إلى اتفاقية واشنطن بدأت الإشارة إلى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضمن الاتفاقيات الثنائية و هو ما يعرف بنظام الإحالة على المركز، فبعدما كان هذا الأخير يعقد اختصاصه بوجود اتفاق تحكيم بالمفهوم التقليدي أصبح اليوم يقبل الاختصاص حتى في غياب الاتفاق، حيث قضى المركز في أحد القضايا المعروضة أمامه بأنه يكفي وجود نص في الاتفاقية يحيل إلى المركز لكي ينعقد الاختصاص¹.

و بالفعل فلقد أبرمت الدولة الجزائرية العديد من الاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع الاستثمارات، و قد تضمنت بنود الاتفاقية الإحالة إلى نظام المركز نذكر منها:

¹ - كان ذلك في أول قضية يقبل فيها المركز الاختصاص استنادا إلى نص اتفاقية ثنائية في قضية "ابال" ضد سيرلنكا AAPT c/ Srilanka حيث نصت المادة 1/8 من الاتفاقية المبرمة بين المملكة البريطانية و حكومة سريلانكا على موافقة كل دولة متعاقدة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد و رعية أو شركة تابعة للطرف الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أشار إليه:

- قبائلي طيب، التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، 2010، ص 94.

- Hadi Slim, Les rôles respectifs du droit international et des droits nationaux dans l'appréciation de la responsabilité des États dans l'arbitrage relative aux investissements internationaux, colloque du Mans sur "L'arbitrage détache des lois étatiques", organisé le 15 décembre 2011, pp.62-71

- الاتفاقية المبرمة مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي¹، حيث جاءت المادة 09 منه كما يلي: " في حالة عدم التوصل إلى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاهم بالطرق الدبلوماسية خلال ستة أشهر من تاريخ الإشعار يعرض هذا الخلاف بناء على طلب من أحد الطرفين المعنيين بذلك الخلاف لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات".

- الاتفاقية المبرمة مع المملكة الإسبانية²، حيث منحت المادة 11 منها للمستثمر حق الخيار بين اللجوء لدى محكمة تحكيمية طبقاً لنظام الغرفة التجارية بستوكهولم أو محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس أو طبقاً لمحكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض أو بناء على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

- الاتفاقية المبرمة مع حكومة الجمهورية الإيطالية³ والتي ستكون مرجعاً في القضية الموالية.

المطلب الثاني: اعتبار الصفقة الدولية استثماراً

تنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن على أن الاختصاص ينعقد للمركز إذا كان النزاع يتعلق باستثمار و كان ذو طبيعة قانونية، غير أن الملاحظ على أن الاتفاقية لم تشر إلى أي تعريف يخص الاستثمار وكذا النزاع القانوني، و يسود الاعتقاد لدى البعض تعمد عدم وضع تعريف محدد لمصطلح الاستثمار تماشياً مع رغبة أطراف العلاقة في تحديد المنازعات التي يرغبون بإحالتها على المركز، كما أن عدم تحديد مفهوم الاستثمار ينسجم مع الرغبة في توسيع نطاق تطبيق هذه الاتفاقية مع مختلف المعاملات التي يمكن أن تعتبر استثماراً⁴.

و في هذا الصدد نجد أن الصفقات العمومية قد تتداخل مع مفهوم الاستثمار، فقد نظم المرسوم الرئاسي 15-247 مسألة الالتزام بالاستثمار و ذلك أثناء إعداد دفا تر الشروط المتعلقة بالمنافسة الدولية التي يجب أن تتضمن الالتزام بالاستثمار في إطار شراكة، و يكون الاستثمار في مشاريع

1 - المرسوم الرئاسي 91-345، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و الاتحاد البلجيكي المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ج ر، العدد 46.

2 - المرسوم الرئاسي 95-88، المؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و المملكة الإسبانية و المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر، العدد 23.

3 - المرسوم الرئاسي 91-346، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، يتضمن الموافقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر، العدد 46.

4 - بن سهلة ثاني بن علي، نعي مي فوزي، المرجع السابق، ص 13.

تحدها السلطات العمومية المعنية¹، مع أن المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 (الملغى) كانت أكثر وضوحا بحيث أنها كانت تلزم المتعامل أن يستثمر في نفس ميدان النشاط ، كما أن الشراكة كانت تتم مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأس المال الاجتماعي جزائريون مقيمون.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية عن تحكيم الاستثمار في الصفقات الدولية

بعد محاولة البحث في الأسباب التي تخرج الصفقات العمومية من مفهومها التقليدي(عقود إدارية) إلى مفهوم أوسع لترقى إلى درجة الاستثمار، نقدم نماذج عملية لما جاء بيانه نظريا.

المطلب الأول: قضية "اليسي- ديبونتا" ضد الحكومة الجزائرية

تعتبر قضية "اليسي-ديبونتا"² LESI-DIPENTA قضية متعددة الأطوار و متشعبة الإجراءات، فبعدما أصدر المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار قراره بموجب إجراءات التحكيم الأولى بعدم الاختصاص (الفرع الأول) ذهب هذا الأخير إلى مناقشة مجمل الإشكالات القانونية التي طرحتها القضية الحالية و ذلك بمناسبة إخطاره للمرة الثانية (الفرع الثاني)، و يمكن إجمال المحاور التي طرحتها قضية ليسي-ديبونتا فيما يلي:

- انعقاد الاختصاص للمركز دون وجود اتفاق تحكيم

- اعتبار الصفقة الدولية محل النزاع استثمارا

- توسيع مفهوم الهيئات العامة باعتبارها سلطة عامة.

¹ - تنص المادة 1/84 من المرسوم الرئاسي 15-247" يجب أن تنص دفاتر الشروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها و بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها".

² - Sentence CIRDI N ARB/03/08 Groupement LESI-DIPENTA C/République Algérienne Démocratique et Populaire.

الفرع الأول: إجراءات التحكيم الأولى

و سنتطرق في هذه النقطة إلى أهم الوقائع التي عرفتھا القضية الحالية (أولاً) ثم بيان ادعاءات الأطراف و أسانيدھم (ثانياً) وصولاً إلى قرار الهيئة التحكيمية (ثالثاً).

أولاً: عرض الوقائع

بتاريخ 14 سبتمبر 1992 أعلنت وزارة التجهيز و الموارد المائية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بواسطة الوكالة الوطنية للسدود عن مناقصة دولية موضوعها إنشاء سد " كدية اسردون" بولاية البويرة، و يهدف هذا المشروع إلى تزويد مدينة الجزائر بالمياه الصالحة للشرب.

تم الفوز بالمناقصة الدولية من طرف مجموعة مكونة من شركتين تحملان الجنسية الايطالية "ليسي" شركة ذات أسهم و "ديبونتتا" شركة ذات أسهم، و بتاريخ 20 ديسمبر 1993 تم الإمضاء على الصفقة بين المجمع و الوكالة الوطنية للسدود، و قد تعهد المجمع تجاه الوكالة بانجاز الأعمال وفقاً لدفتر الشروط و تم تحديد القيمة الإجمالية للصفقة مع إعطاء مهلة 50 شهراً لانجاز الصفقة¹.

لكن أمام الصعوبات التي طرأت على تنفيذ الصفقة²، أدى بالوكالة الوطنية للسدود إلى فسخ الصفقة بالإرادة المنفردة و هذا ما رفضه المجمع مما أدى بهذا الأخير إلى إقامة دعوى تحكيمية أمام المركز.

ثانياً: ادعاءات الأطراف و الأسانيد المقدمة

بإقامة الدعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، طالبت الجهة المدعية (المجمع) بالحصول على تعويضات عن العطل و الضرر نتيجة الصعوبات التي طرأت على الصفقة، غير أن الجهة المدعى عليها (الحكومة الجزائرية) دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم لكون أن المستثمر لا يملك صفة التقاضي³ كما أن النزاع المطروح لا يشكل استثماراً، بالإضافة إلى عدم وجود الشرط التحكيمي المكتوب.

¹ - لظفي الشاذلي، تعليق على قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الدعوى التحكيمية بين Astaldi et

Lesi ضد الحكومة الجزائرية، مجلة التحكيم، العدد 03، 2009، ص 707.

² - يراع في ذلك الوضع الأمني و المتأزم الذي آلت إليه الدولة الجزائرية.

³ - طرأت تعديلات على اسم المجمع من ليسي-ديبونتتا إلى ليسي-استا.

إن الحجج التي دفعت بها الدولة الجزائرية في القضية الحالية تؤكد أن تحكيم الاستثمار في مجال الصفقات الدولية يشكل استثناء ، لكون أن التحكيم التجاري الدولي يختلف تماما عن تحكيم الاستثمار الذي لم يكن مقبولا من طرف الدولة الجزائرية زيادة على كونها لم توقع على أي اتفاق تحكيم.

ثالثا: قرار الهيئة التحكيمية

بتاريخ 10 كانون الثاني 2005، أصدرت الهيئة التحكيمية قرارها بعدم الاختصاص الذي بني على أساس انعدام الصفة، حيث اعتبرت هيئة التحكيم أنها غير مختصة للبحث في مطالب المجمع الايطالي ليسي-ديبونتو لأنه ليس صاحب الحقوق و الواجبات المنصوص عليها في العقد الذي تم تنفيذ الاستثمار بموجبه، و قد وجهت ذات الهيئة للمجمع الدعوة إلى إمكانية إقامة دعوى جديدة باسم المجمع "ليسي-استالدي"¹.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الثانية

بتاريخ 19 شباط 2005 تقدمت المجموعة "ليسي-استالدي" LESI-ASTALDI بطلب تحكيم جديد أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مؤسسة طلبها بما يلي:

- المادة 36 من معاهدة واشنطن

- المادة 8.2 من الاتفاق الثنائي للتنمية و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و ايطاليا

- المواد من 01 إلى 06 من نظام الإجراءات الخاص بالتقدم بطلبات التوفيق و التحكيم أمام المركز.

و بتاريخ 12 جويلية 2006 أصدرت هيئة التحكيم قرارها بالاختصاص على أساس توفر الشروط التي جاءت بها المادة 25 من اتفاقية واشنطن أين تم معالجة القضية وفقا لثلاث محاور أساسية :

¹ - لظفي الشاذلي، المرجع السابق، ص 679 .

- في توسيع مفهوم النزاع القانوني: فرغم احتجاج الطرف الجزائري بأن النزاع المطروح ذو طبيعة مالية محاسبية باعتباره يخص طريقة تحديد قيمة الخسارة، إلا أن هيئة التحكيم وقفت إلى جانب المستثمر معتبرة أن تحديد قيمة الخسارة يندرج في مفهوم النزاع القانوني¹.

- في توسيع مفهوم الاستثمار: لا يمكن إخفاء الصعوبات الكبيرة التي واجهتها هيئة التحكيم بخصوص هذه النقطة في غياب مفهوم الاستثمار ضمن اتفاقية واشنطن، و قد حاول المحكمون آنذاك البحث عن المعايير الموضوعية لإضفاء الطابع الاستثماري و قد تمثلت فيما يلي:

1- نسبة المساهمة من طرف المستثمر في الدولة المعنية

2- مدة المساهمة و بالتالي استحضار عنصر الخطر

3- التنمية الاقتصادية في البلد المضيف².

- هل النزاع يخص الدولة: اعتبرت هيئة التحكيم أن الأفعال التي وقع بشأنها النزاع ذات طبيعة حكومية ترجع مسؤولياتها إلى الدولة الجزائرية و ذلك من خلال أعمال المعياريين الهيكلي و الوظيفي³.

المطلب الثاني: قضية سالييني و اتلسترد ضد المملكة الهاشمية الأردنية

تمثل قضية سالييني و اتلسترد⁵ Italstarde et Salini مناسبة أخرى لعرض الاستثناء في موضوع دراستنا و الذي يتمثل في اعتبار الصفقة العمومية الدولية استثمارا ينعقد بذلك الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

¹ -Julien Fouret-Dany Khayat, Centre international pour le règlement des différends relatives aux investissements (CIRDI), in Revue québécoise de droit international, n 18, 2005, p.316

² - Julien Fouret-Dany Khayat, op-cit, pp.317-318.

³ - لطفى الشاذلي، المرجع السابق، ص.723

⁴ - عرفت هيئة التحكيم المعيار الهيكلي بأنه المعيار الذي يسمح بمعرفة ما إذا كانت الوكالة الوطنية للسدود مخولة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، أما عن المعيار الوظيفي فهو الذي يحدد ما إذا كانت الأفعال موضوع النزاع من صلاحيات السلطة العامة الممنوحة لهذا الجهاز.

⁵ - انظر:

- تراري ثاني مصطفى، تعليق حول المراجعة التحكيمية بين سالييني و اتلسترد ضد المملكة الهاشمية الأردنية قضية رقم 02/13، مجلة التحكيم، العدد 02، 2009، ص 601.

الفرع الأول: عرض الوقائع

تتلخص وقائع القضية في نزاع نشب بين الشركتين الايطاليتين "سالييني" و "اتلستراد" وهيئة نهر الأردن التابعة لوزارة المياه و الري في المملكة الهاشمية الأردنية في عقد بناء مشروع للري، و قد تم إخطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من طرف الشركتين الايطاليتين بناء على ما ورد في بنود العقد¹، غير أن هذه القضية أخذت وقتا في فحص مسألة الاختصاص نظرا للدعوات التي أدلى بها كل طرف.

الفرع الثاني: ادعاءات الأطراف و الأسانيد المقدمة

بناء على جملة الأسانيد التي اعتمدت عليها الجهة المدعية (الشركتين الايطاليتين) التي ذهبت إلى وجود الدولة طرفا في التحكيم على اعتبار أن هيئة الأردن و وزارة المياه و الري هيئتان حكوميتان تابعتان للمملكة، و وجود اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار المبرمة بين المملكة الأردنية و جمهورية إيطاليا في 21 تموز 1996 ، صرّحت الجهة المدعية بما يلي:

- وجود اتفاق شفوي يقضي بإحالة النزاع إلى التحكيم طبقا للمادة 1.67 من الشروط العامة للعقد و ذلك على إثر الاجتماع الذي جمع الوزير الأول الايطالي و الوزير الأول الأردني في 20 فبراير 2000، صرّح بموجبه الوزير الأول الأردني صراحة على أنه سيسعى للوصول إلى اتفاق ينهي الخلاف، و في غياب ذلك يتم اللجوء إلى التحكيم طبقا لدفتر الشروط.

- اعتبار أن الطرف الأردني خرق الاتفاق الثنائي الموقع بين إيطاليا و الأردن في مجال الاستثمار، مما ينتج معه اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

- إن الطرف المدعي من حقه اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بناء على شرط الدولة الأكثر رعاية.

¹ - جاء في المادة 1.67 من الشروط العامة للعقد على أن كل نزاع:

- لم يصبح قرار المهندس في شأنه ملزما و نهائيا،

- و لم يتمكن الأطراف من بلوغ اتفاق فيه، يمكن حله نهائيا عن طريق رفعه إلى محاكم المملكة الأردنية، ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم،

- و أنه إذا كان الطرف الأول حكوميا أو مؤسسة عمومية أو وزارية أو سلطة محلية يرغب في التحكيم فعليه الحصول على إذن مسبق من مجلس الوزراء .

أشار إليه:

- تراري ثاني مصطفى، تعليق حول المراجعة التحكيمية، المرجع نفسه، ص 600 .

من جهتها أنكرت المملكة الأردنية وجود أي اتفاق تحكيم بين الطرفين، و إن وجد فهو لا يسري على الأطراف المدعية بل يقتصر على الدولتين فقط، و أن مجلس الوزراء لم يوافق على التحكيم، كما أن عدم الإحالة على التحكيم لا يشكل خرقاً للاتفاقية الثنائية للاستثمار¹.

الفرع الثالث: قرار الهيئة التحكيمية

بتوفر الشروط لانعقاد الاختصاص، أصدرت الهيئة التحكيمية قرارها في الاختصاص (أولاً) ثم تطرقت بعد ذلك إلى الشق الموضوعي لقضية الحال لتصدر قرارها فيه (ثانياً).

أولاً: قرار الهيئة التحكيمية في الاختصاص

أقرت هيئة التحكيم بأنها مختصة بالنظر في ادعاءات المستثمر بناء على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الأردن و إيطاليا دون الرجوع إلى بنود العقد الأمر الذي أصبح مألوفاً لدى المركز بغض النظر عن الطبيعة القانونية للعقد محل النزاع، بالإضافة إلى توفر عنصر الرضا الذي تتطلبه المادة 25 من اتفاقية واشنطن و الذي يدخل في نطاق الاتفاقية الثنائية بين إيطاليا و الأردن.

ثانياً: قرار الهيئة التحكيمية في الموضوع

بخصوص تمسك الجهة المدعية بالاتفاق الشفوي الذي أدلى به الوزير الأول الأردني في اجتماع 20 فبراير 2000، أفصحت المحكمة بأنه على المدعيتين إثبات الصفة الإلزامية للاتفاق المزعوم²، خاصة و أن الجهة المدعى عليها تفند هذا الاتفاق، كما أنه و رغم اختلاف الأنظمة القانونية حول تفسير سكوت الطرف بين الرفض أو القبول، إلا أن الهيئة التحكيمية تميل إلى تفسيره على ضوء الظروف المحيطة بقضية الحال، و هي بذلك تفيد رفض التحكيم، لأن عدم إثبات أن مجلس الوزراء الأردني قد تداول في مسألة التحكيم بعد التصريح الذي أدلى به الوزير الأول الأردني لا يمكن أن يستخلص منه قبول التحكيم و عليه تكون الشركتين المدعيتين قد فشلتا في إثبات الاتفاق الشفوي على إحالة النزاع إلى التحكيم³.

1 - تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 602.

2 - لم ترتكز محكمة التحكيم على شكل الاتفاق في قضية الحال و إنما طالبت الجهة المدعية بإثباته، مستندة في ذلك على أنه و من الرغم من أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 تشترط الكتابة في الاتفاقات، إلا أن الاتفاقات ليست لها شروط شكلية يتطلبها القانون الدولي.

3 - تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 598.

الباب الثاني: الذاتية الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية الدولية

إذا كانت الصفقة العمومية الدولية بحكم انتمائها إلى فئة العقود الإدارية الدولية، و بحكم خصوصيتها العضوية و الموضوعية، قد أثارت إشكالية قابليتها الموضوعية و الشخصية للتحكيم فإن التساؤل يطرح بخصوص مدى امتداد هذه الإشكالية إلى الجانب الإجرائي للتحكيم في الصفقة العمومية الدولية بعد أن تم حسم الجدل لصالح قابلية الصفقة العمومية الدولية للتحكيم.

فالنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، هي نزاعات إدارية في أصلها و تخضع لولاية القاضي الإداري حال عرضها على القضاء، و القاضي الإداري ينظرها شكلا و يحقق فيها وفقا للإجراءات القضائية الإدارية، و يفصل في موضوعها مطبقا مبادئ القانون الإداري و قواعده، فهذه الاعتبارات كلها تلقي بثقلها على النظام الإجرائي للتحكيم في الصفقة العمومية الدولية.

إن التحكيم في الصفقة العمومية الدولية يبقى محصلة لاتفاق الأطراف الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد فكرة التحكيم الجبري و بالتالي يبقى القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص النوعي بنظر منازعات الصفقات العمومية مهما كانت طبيعتها إذا لم تتفق أطراف الصفقة على اللجوء إلى التحكيم.

لكن حتى و لو اختارت الأطراف المتنازعة في الصفقة العمومية الدولية التحكيم بدلا عن القضاء الإداري، فإن هذا الأخير يرافق العملية التحكيمية طبقا للمبادئ العامة التي تحكم الخصومة التحكيمية.

و علاقة القضاء بالتحكيم على مدار الخصومة التحكيمية تتخذ مظهرين، فالأول يتمثل في دور القضاء كداعم للعملية التحكيمية (فيما يخص إجراءات الخصومة التحكيمية)، أما المظهر الثاني فيتمثل في دور القضاء كرقيب على العملية التحكيمية (تنفيذ أحكام التحكيم و الطعن فيها).

و طبيعة الصفقة العمومية الدولية و اختلافها عن غيرها من عقود القانون الخاص المدنية و التجارية من حيث الجانب العضوي و الموضوعي، تجعل للتحكيم فيها ذاتية إجرائية معينة ، مقارنة بالتحكيم في غيرها من المجالات التعاقدية، الأمر الذي يستدعي التساؤل حول طبيعة هذه الذاتية، التي ستعالج في هذا الباب من حيث اتفاق التحكيم (الفصل الأول) و الخصومة التحكيمية (الفصل الثاني) و القرار التحكيمي (الفصل الثالث).

الفصل الأول: اتفاق التحكيم

تكمن أهمية اتفاق التحكيم باعتباره المرحلة الأولى التي توضع فيها الأسس و المبادئ التي تحكم عملية التحكيم بصفة عامة و مركز الثقل في نظام التحكيم التجاري الدولي، و بمعنى أدق فإن اتفاق التحكيم يعتمد أساسا على إرادة أطراف النزاع بدلا من الاعتماد على قضاء الدولة التي يقيم فيه الأطراف و هذا عملا بمبدأ سلطان الإرادة¹، و في هذا السياق يؤكد جانب من الفقه على أن الأساس الاتفاقي للتحكيم يستمد وجوده و قوته من مبدأ سلطان الإرادة لكون اتفاق التحكيم عقد يتم باتفاق الأطراف و يعتبر مظهرا لسلطان إرادتهم².

لم تتطرق معظم الاتفاقيات الدولية و أنظمة التحكيم إلى إعطاء مفهوم لاتفاق التحكيم باستثناء المفهوم الذي ورد في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي عرف اتفاق التحكيم بأنه عقد يقرر بموجبه الأطراف الخضوع للتحكيم في كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية و يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم و عقد التحكيم³.

المشعر الجزائري هو الآخر لم يعط مفهوما لاتفاق التحكيم و اكتفى بتحديد نطاقها الزمني بموجب المادة 1040 من ق ا م⁴، و لكن يفهم من صياغة المادة أن الاتفاق يشمل شرط التحكيم و عقد التحكيم.

عرف المشعر الجزائري شرط التحكيم بأنه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الإطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم⁵".

ما يستنتج من نص المادة أن شرط التحكيم يكون:

- سابقا للنزاع

- في الحقوق القابلة للتصرف فيها

¹ - جارد محمد، المرجع السابق، ص 17 .

² - جارد محمد، المرجع نفسه، ص 18.

³ - L'article 07/1 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. 1985

⁴ - "تسري اتفاقية التحكيم على المنازعات القائمة و المستقبلية".

⁵ - المادة 1007 من ق ا م ا.

- في نزاع قائم أو احتمالي

و شرط التحكيم يطلق عليه لفظ الشرط لأنه يرد في أغلب الأحوال في صلب العقد الأصلي بحيث يكون شرطا ضمن باقي شروط العقد سواء كان العقد مدنيا، تجاريا أو إداريا، بحيث يتفق طرفا العقد على ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة هيئات التحكيم.¹

و عادة ما يرد شرط التحكيم في نهاية بنود العقد المبرم بين الطرفين، فغالبا ما تنتهي العقود الدولية ببنود تتعلق بشرط الاختصاص القضائي و كيفية تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد.²

أما عن عقد التحكيم فقد جاء تعريفه في نص المادة 1011 ق ا م ا بأنه "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"

إن هذه التفرقة بين النوعين هي تفرقة نظرية لأنه و على مستوى الممارسة العملية فإن شرط التحكيم هو الأكثر تطبيقا و ذلك راجع للأسباب التالية:

- بالحديث عن أفضلية شرط التحكيم عن عقد التحكيم في الممارسة الدولية، فإن هيئات و أنظمة التحكيم اقترحت شروط تحكيم نموذجية و نادرا ما اقترحت عقودا تحكيمية.

- من الصعب جدا أن يتفق الأطراف لاحقا على حل ودي لأنهما في مرحلة خلاف.³

المبحث الأول: القواعد العامة لاتفاق التحكيم

يخضع اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية كبقية العقود التي تحتوي ضمن بنودها على اتفاق التحكيم إلى قواعد تحكم إبرام هذا الاتفاق، ففي البداية يخضع اتفاق التحكيم للقاعدة الموضوعية التي كرسها الاجتهاد القضائي الفرنسي و هي استقلالية شرط التحكيم (المطلب الأول) و من ثم التطرق للشروط الشكلية و الموضوعية التي تثبت صحة اتفاق التحكيم المدرج في الصفة العمومية (المطلب الثاني).

1- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ضوابطه، دار الفكر و القانون، مصر، 2011، ص 66.

2- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 66 .

3 - Trari Tani Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage commercial, *op-cit*, p.35

المطلب الأول: مبدأ استقلالية شرط التحكيم

يعتبر مبدأ استقلالية شرط التحكيم من المبادئ الجوهرية التي تجعل من اتفاق التحكيم عقدا مستقلا عن العقد الأصلي، و بالتالي فهو يخضع لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي مما يترتب على ذلك أثر هام و هو صحة الاتفاق و إن كان العقد باطلا.

و لقد شكل الاجتهاد القضائي الأرضية الأولى¹ التي تم فيها الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم، فدخل فلسفة فضل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي المستلهمة من الأحكام القضائية كان من خلال تطبيق تلك الأحكام لمنهج منتظم من القواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدولية² أبرزها مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وقد كانت لمحكمة النقض الفرنسية فرص عديدة للتذكير بمبدأ استقلال شرط التحكيم استقلالا قانونيا³ شكلت منازعات الصفقات العمومية إحدى تلك المناسبات (الفرع الأول) أين تم الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساس و عن كل القوانين الوطنية الأمر الذي استبعده المشرع الجزائري (الفرع الثاني) أخذا باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساسي.

الفرع الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في الاجتهاد القضائي الفرنسي (قضية دالكو)

بمناسبة نزاع حول صفقة عمومية تخص عقد الأشغال حول نظام نقل المياه المبرم بين تجمع الشركات الدنماركية دالكو Dalico⁴ مع بلدية خمس الليبية ، و نتيجة لفسخ الصفقة، تم إخطار الهيئة التحكيمية لدى غرفة التجارة الدولية من طرف المجمع دالكو، وقد استجابت الهيئة التحكيمية بأن عقدت اختصاصها على أساس وجود شرط التحكيم ضمن وثائق الصفقة العمومية بالرغم من عدم توقيعه⁵.

على إثر ذلك تم الطعن في القرار التحكيمي من قبل الطرف الليبي أمام القضاء الفرنسي مستندا في ذلك على عدم وجود اتفاق تحكيم باعتباره غير موقعا، و قد قضى القضاء ممثلا في مجلس

1 - طرحت مسألة استقلالية شرط التحكيم لأول مرة في قرار غوسات Gosset بتاريخ 07 ماي 1963، حيث جاء نصه كما يلي:

"En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité cet acte", cité par : Nathalie Najjar, *op-cit*, p.148

2 - Emmanuel Gaillard, La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, conférence donnée à la cour de cassation le 13 mars 2007, p.7

3 - *ibid*, p.9

4 - انظر الملحق رقم III

5 - Cass.civ.1, 20 décembre 1993, société Dalico contractors c. comité de la municipalité de Khoms El Mergeb, cité par Emmanuel Gaillard, *op-cit*, p.8

استئناف باريس بموجب قراره المؤرخ في 26 مارس 1991 و قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 20 ديسمبر 1993 بأن شرط التحكيم مستقل عن الأحكام التي يتضمنها العقد الأساسي بما في ذلك القانون الداخلي المطبق عليه، باستثناء النظام العام الدولي خاصة ما تعلق بالقابلية للتحكيم¹.

لعل التفسير الراجح في استثناء النظام العام الدولي الفرنسي خاصة ما يتعلق بقابلية النزاع للتحكيم هو أن المشرع الفرنسي لم يكن يعرف آنذاك التحكيم في مجال الصفقات العمومية و العقود الإدارية ، مع العلم أن العقد محل النزاع يشكل صفقة عمومية من جانب الطرف الليبي و لا يخص بأي شكل من الأشكال الأشخاص العمومية الفرنسية.

تعرض قرار دالكو للنقد الشديد من قبل الفقه الفرنسي، بحيث اعتبر هذا الأخير بأن قضاة المحكمة قد طبقوا في قضية الحال نظرية العقد بدون قانون، غير أن الفقهاء الذين ناصروا فكرة الاستقلالية في قرار دالكو حاولوا التخفيف من حدّة الانتقادات الموجهة معتبرين بأن الأمر يقتصر فقط على القانون الذي يحكم الاتفاق، بحيث يكون هذا الأخير بعيدا عن تنازع القوانين².

هذا و قد كان لمحكمة استئناف باريس فرصة أخرى للإدلاء بمبدأ استقلالية شرط التحكيم في نزاع يتعلق بصفقة عمومية دولية مبرمة بين الدولة التونسية و الشركة الفرنسية الإخوة باك Bec Frères³، حيث اعتبرت بأن مبدأ استقلال شرط التحكيم ذو تطبيق عام على المستوى الدولي بعيد عن أية إحالة لنظام تنازع القوانين⁴.

¹ - " *Qu' en vertu de la règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient ou référence et que son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français de l'arbitrage et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il nécessaire de se référer à une loi étatique*", cité par: **Gérard Pluyette**, 1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, texte de la conférence à l'association française d'arbitrage, le 15 octobre 2013, p.04 et,

-**Vincent Bolard**, Le rôle de la magistrature dans la développement de l'arbitrage, *in* Revue journal des tribunaux, n 38, 5 avril 2015, Luxembourg, p. 35

² - **تراري ثاني مصطفى**، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري المعاصر، مجلة دراسات قانونية، العدد 09، افريل 2003، ص.ص 14-16.

³ - انظر الصفحة من 42 هذه الرسالة.

⁴ - Cour d'appel de Paris, arrêt du 24 février 1998: " *En matière internationale, le principe d'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois*", cité par: **Trari Tani Mostefa**, Droit algérien de l'arbitrage, *op-cit*, p.50

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاستقلالية

خلافًا لما جاء به الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص قضية دالكو، استبعد المشرع الجزائري بمقتضى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن أي قانون وطني¹، آخذًا باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساسي دون القانون الوطني .

و يعتبر اتفاق التحكيم صحيحًا إذا استجاب للشروط التي يضعها القانون المتفق عليه أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائمًا²، و مقارنة بقانون الإجراءات المدنية الملغى فإن المشرع الجزائري ظل وفيًا للمنهج التنازعي التبادلي³ الذي أخذ به في نص المادة 458 مكرر 01 بحيث يعتبر اتفاق التحكيم صحيحًا بالنظر إلى القانون الذي اختاره الأطراف (قانون الإرادة) أو بالنظر إلى القانون المطبق على موضوع النزاع (بالتبعية) .

من أهم النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم أن مصير العقد الأساس ليس له أثر على اتفاق التحكيم الخاص به، أما عن الآثار غير المباشرة لهذا المبدأ هو منح الهيئة التحكيمية سلطة الاختصاص و ذلك نظرًا إلى أن مبدأ الاستقلالية يتصل بمبدأ الاختصاص لكونهما مرتبطين و لهما نفس الغاية، فحتى و لو كان العقد الأساس معيبًا فإنه لا يؤثر مباشرة على اتفاق التحكيم و بالتالي على اختصاص الهيئة التحكيمية.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية و الموضوعية لاتفاق التحكيم

يستمد التحكيم شرعيته من اتفاق التحكيم و هذا الأخير ككل عقد أو اتفاق يجب أن ينشأ صحيحًا أي مستوفيا لشروطه الموضوعية و الشكلية من تراض و محل و سبب و كتابة تحت طائلة البطلان، و تعتبر هذه القواعد من المسائل الهامة التي تثار أمام هيئات التحكيم لعقد الاختصاص أو أمام المحاكم الوطنية للاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي⁴.

¹ - **Trari Tani Mostefa**, Le nouveau droit algérien de l'arbitrage commercial international (2008-2009) comparé au nouveau droit français de l'arbitrage, in Annales de la faculté de droit, université d'Oran, n 03, 2011, p.61.

² - انظر المادة 1040 من ق ا م ا.

³ - **Trari Tani Mostefa**, Le nouveau droit algérien, *op-cit*, p.61

⁴ - **تراري ثاني مصطفى**، أشخاص القانون العام و التحكيم الدولي، أشغال الملتقى الوطني حول الجديد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المنظم يومي 20 و 21 جانفي 2009، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص 88.

الفرع الأول: شرط الكتابة

يعني شرط الكتابة في اتفاق التحكيم أن تفرغ إرادة الأطراف المتجهة إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في وثيقة مكتوبة تحوي كل التفاصيل المتعلقة بتنظيم و سير إجراءات التحكيم كطريقة تعيين المحكمين و كيفية اختيارهم، و تحديد مقر التحكيم، و إدراج القانون الواجب التطبيق .

و قد اعتبر الفقه أن شرط الكتابة له بالغ الأهمية من الناحية العملية، فمن أجل تحقيق شرط التحكيم الوارد في عقود التجارة الدولية فاعليته و يكون له أثر فعال في تسوية النزاعات الناشئة عن العقد يجب أن يكون محلا لصياغة محددة و دقيقة و ذلك لإلزام الطرف الآخر به¹.

و من أجل تسهيل ظروف التجارة الدولية و تحريرها من القيود لما تتطلبه هذه الأخيرة من سرعة و مرونة لم تحدد التشريعات صيغة محددة يرد فيها اتفاق التحكيم، فمثلا اكتفت معاهدة القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية للتحكيم التجاري الدولي بورود الاتفاق في شكل مراسلات أو برقيات أو أية وسيلة أخرى تثبت وجود اتفاق التحكيم².

يخضع اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية هو الآخر إلى الشروط الشكلية التي أوجبها القانون (الفرع الأول) غير أن الممارسة العملية في هذا المجال قد تأخذ منحى آخر (الفرع الثاني).

أولا: شرط الكتابة في التشريع الجزائري

طبقا للمادة 1040 من ق ا م ا ، فإن انعدام شرط الكتابة يكون تحت طائلة البطلان حتى بالنسبة للتحكيم الدولي، و هذا يعني أن الكتابة تعتبر في هذه الحالة شرط انعقاد، و يبرز موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة تأثره بالمشرع السويسري، حيث جاء في نص المادة 178 الفقرة 01 من القانون الدولي الخاص على أنه يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي، أما بالنسبة لاتفاق التحكيم المدرج في الصفقة العمومية الدولية، فإن المسألة لا تطرح إشكالا على الأقل بالنسبة للجانب النظري ذلك لكون أن الصفقات العمومية بنص المرسوم تعتبر عقود مكتوبة³ وفق التشريع المعمول به، و بالتبعية فإن الاتفاق المدرج ضمنها يجب أن يكون مكتوبا.

¹ - جارد محمد، المرجع السابق، ص 21.

² -L'article 07/2 de la loi type du CNUDCI sur le commerce international, 21 juin 1985.

³ - تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به."

وقوفا عند عبارة "وفق التشريع المعمول به" فإنه و بالرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالكتابة الالكترونية التي أدرجها لأول مرة بموجب القانون 05-10 في نص المادة 323 مكرر¹، و تعتبر ذات المسألة واردة في المادة 1040 من ق ا م ا التي وسعت من مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية².

و قياسا على ما سبق قوله يمكن الحديث مستقبلا عن إمكانية إبرام اتفاق تحكيم بالطريقة الالكترونية خاصة و أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد نظم مسألة الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية³ و الأهم من ذلك أنه أشار إلى إمكانية تكييف جميع الإجراءات التي تتم ورقيا مع ما هو معمول به الكترونيا⁴.

ثانيا: شرط الكتابة في الممارسة التحكيمية

خلافا للقانون الجزائري الذي يبقى مرتبطا بنظام قانوني ضيق فيما يخص شكل و إثبات اتفاق التحكيم⁵، فإن الممارسة التحكيمية على المستوى الدولي تتسم بقدر كبير من المرونة و التحرر من القيود الشكلية التي يخضع لها الاتفاق، ففي إطار التحكيم التجاري الدولي اعتبرت هيئة التحكيم على مستوى غرفة التجارة الدولية بموجب قرارها الابتدائي في قضية دالكو بأن شرط التحكيم المدرج ضمن وثائق الصفقة يعتبر صحيحا بالرغم من عدم توقيعه و هذا خلافا لشرط إسناد النزاع للمحاكم الليبية الذي كان موقعا، بالرغم من أن القانون الليبي يشترط الكتابة في شرط التحكيم⁶، و في كل البنود التي تستثني اختصاص المحاكم الليبية⁷.

و في ذات القضية أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بأن شرط التحكيم المدرج في الصفقة مستقل قانونيا عن القوانين الوطنية مما يعني بمفهوم المخالفة أن اتفاق التحكيم قد لا يخضع للشكل القانوني الذي تفرضه تلك القوانين.

1 - " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

2 - **Trari Tani Mostefa**, Le nouveau droit algérien, *op-cit*, p.62

3 - تم تنظيم هذه الأحكام في المادتين 203 و 204 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4 - جاء في نص المادة 204 الفقرة 03 ما يلي: " كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الالكترونية".

5 - **Trari Tani Mostefa**, Le consentement à l'arbitrage d'investissement dans l'espace méditerranéen, in Collection vers une lex mediterranea des investissement, Bruylant, Bruxelles, 2016, p.269.

6 - L'article 742 du code de procédure civil libyen : "Le compromis d'arbitrage ne peut être établi que par écrit"

7 - L'article 150 du code civil libyen: "Nulle toute clause limitant la compétence des tribunaux étatique, qui ne se présente pas sous la forme écrite"

و من باب المقارنة و في إطار أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتجه تحكيم الاستثمار إلى التخلي تدريجيا عن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم و ذلك من خلال استحداث تقنية حديثة تعرف بقبول التحكيم دون اتفاق¹ و يندرج ذلك في إطار توسيع المركز لاختصاصه نظرا للعدد المحدود من القضايا التي باتت تعرض عليه بناء على الإجراء التقليدي المؤسس على اتفاق التحكيم شرطا كان أم عقدا تحكيمي².

و في إطار تفعيل هذه التقنية، ينعقد الاختصاص للمركز بناء على نص قانوني يرد في قوانين الاستثمار للدولة المضيفة أو بناء على الاتفاقيات المبرمة في مجال تشجيع و حماية الاستثمار و التي تشير أو تحيل إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار³، حيث اتجهت هيئات التحكيم المشكلة في إطاره إلى التوسيع من نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن و اكتفت لتقرير اختصاصها بوجود نص قانوني يشير إلى اختصاص المركز.

ففي قضية النزاع المعروف أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية ليسي-ديبونت-المشار إليها سابقا- تم انعقاد الاختصاص للمركز بناء على اتفاقية واشنطن المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية و كذا الاتفاق الثنائي للتنمية و الحماية المتبادلة للاستثمارات المبرم بين الحكومتين الجزائرية الايطالية بالرغم من الدفع التي قدمها الطرف الجزائري في كونه لم يوقع على اتفاق التحكيم.

يترتب على هذا النوع من التحكيم نتائج هامة و هي استثناء المستثمر وحده حق اللجوء إلى التحكيم، إذ لا يحق للدولة مقاضاة المستثمر أمام تحكيم المركز نظرا لانعدام العلاقة التعاقدية التي تتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم، و بالتالي يكون أساس المقاضاة هو الإخلال بالتزامات الواردة في الاتفاقية الثنائية أو الجماعية المبرمة في مجال الاستثمار و ليس العلاقة القانونية الخاصة التي تربط الأطراف المتنازعة⁴.

1 - أطلق الفقه على هذا النوع من التحكيم عدة تسميات من بينها :

- التحكيم دون اتفاق خاص

- التحكيم المستقل عن أية رابطة تعاقدية

- التحكيم من طرف واحد.

2 - **Trari Tani Mostefa**, Le consentement à l'arbitrage d'investissement, *op-cit*, p.275

3 - قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 92 .

4 - قبايلي طيب، المرجع نفسه، ص 96 .

كذلك أصبحت الكتابة المشتركة كركن شكلي في اتفاق التحكيم تتلاشى تدريجيا في مجال التجارة الدولية خاصة مع ظهور بعض النماذج نذكر منها:

- اتفاقية التحكيم الواردة في الشروط العامة: و تحصل هذه الحالة إذا تم إرفاق اتفاق التحكيم ضمن الشروط العامة للعقد، و يكتفي الأطراف بالتوقيع على الشروط العامة دون اتفاق التحكيم، و قد اعتبر القضاء الايطالي بالرغم من اشتراط القانون المدني الايطالي التوقيع على اتفاق التحكيم الوارد ضمن الشروط العامة توقيعيا خاصا أن الاتفاق غير الموقع يعتبر صحيحا مستبعدا بذلك القيود الواردة في القانون المدني باعتباره قانونا داخليا¹.

- اتفاقية التحكيم عن طريق الإحالة إلى العرف: و يقصد بها تلك القواعد التي تسود في سوق عالمية معينة أو عرف مهني أو تجارة معينة.

- اتفاقية التحكيم الناتجة عن تعامل سابق: فقد يحدث أن تنشأ عادة بواسطة تعامل سابق يتمثل في أن اللجوء إلى التحكيم هو الوسيلة التي كان يلجأ إليها المتعاقدان خاصة في عقود المدة، سواء كان الارتباط راجع إلى أن العقد الثاني هو تنفيذ لأول أو أنه يساهم مع العقد الآخر في أي نشاط اقتصادي و بالتالي إذا ابرم عقد جديد دون اتفاق كتابي ينص على التحكيم، فإن الأطراف ملزمين باتفاق التحكيم الوارد في العقد السابق².

إن هذا التحرر من القيود الشكلية على مستوى التجارة الدولية قد يكون مسموحا به في مجالات محددة كالمعاملات البحرية أو التجارية التي عرفت ممارسة ميدانية قوية على المستوى الدولي، بحيث أصبح المتعاملون في مثل هذه المعاملات أهلا للثقة و التلقائية سواء ما تعلق بكيفية إبرام العقود الدولية أو وسائل فض النزاعات التي تنشأ عن هذه العقود، أما عن العقود الإدارية الدولية و بالأخص الصفقات الدولية فنحن نرى بأن هذا التحرر قد لا يشمل هذه الطائفة نظرا لكونها عقود رسمية تخضع لشكليات يشترطها القانون، كما أن اللجوء إلى إبرام اتفاق التحكيم يخضع اليوم لإجراءات الموافقة المسبقة من قبل الجهات الإدارية المختصة ما لم يثبت واقع التحكيم التجاري الدولي عكس ذلك.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

يخضع اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية إلى الشروط الموضوعية التي تثبت صحته و التي تتمثل أساسا في ركن الأهلية و ركن المحل و ركن السبب.

¹ - بوالصلصال نور الدين، المرجع السابق، ص 116.

² - بوالصلصال نور الدين، المرجع نفسه، ص 118.

أولاً: الأهلية

إذا كانت أهلية الشخص الطبيعي لإبرام التصرفات القانونية تثبت لصالحه ببلوغه السن القانوني¹ فإن أهلية الشخص المعنوي، و من المتعارف عليه أن الآثار المترتبة عن اكتساب الشخصية المعنوية تتمثل في الاستقلالية المالية و الإدارية و اكتساب أهلية إبرام التصرفات القانونية الأحادية و التعاقدية بالإضافة إلى اكتساب صفة التقاضي أمام الجهات القضائية².

و عليه فإن أهلية الشخص المعنوي العام أو الخاص تعتبر أثراً من أثاره كشخص معنوي، و إذا كان اللجوء إلى التحكيم يتم عن طريق إبرام تصرف قانوني تعاقدي يتجسد في اتفاق التحكيم فإن الأشخاص المعنوية تملك بالنتيجة الأهلية القانونية التي تسمح لها بإبرام هذا الاتفاق.

غير أن جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال القانون العام يبقى مرهوناً بضرورة وجود نص تشريعي يجيز هذا التصرف، ففي ظل التشريع الجزائري يبقى اللجوء إلى التحكيم مقيداً ببعض الشروط القانونية و هي:

– أن يكون الشخص المعنوي العام من بين الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 800 من ق م ا.

– أن يكون النزاع موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بصفقة عمومية أو في إطار الاتفاقيات الدولية.

و تجدر الإشارة إلى أن أهلية الشخص المعنوي العام في إبرام اتفاق التحكيم تختلف تماماً عن مسألة ضرورة الحصول على إذن مسبق لإبرام الاتفاق من قبل الجهات الإدارية المعنية إذا ما اشترطه القانون، فالأهلية هي قدرة الشخص على إصدار إرادة يعتد بها قانوناً لمباشرة التصرفات القانونية³، أما الموافقة على التحكيم فتعد بمثابة ترخيص للجوء إلى التحكيم في المجالات التي تخص علاقات القانون العام.

1 – تعرف بأهلية الأداء و هي تثبت للشخص الطبيعي ببلوغه 19 سنة كاملة و تعرف بأنها: "القدرة على مباشرة الأعمال دون تصرف (أهلية الإدارة) أو بجواز التصرف (أهلية التصرف).

2 – انظر المادة 50 من ق م ج.

3 – علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 434.

ثانيا: الرضا

يعد ركن الرضا أساس العملية التعاقدية بصفة عامة و ركنا أساسيا في اتفاق التحكيم على وجه الخصوص، إذ يمثل ركن التراضي الإرادة المشتركة للأطراف لإخضاع النزاعات الناشئة أو المحتملة الوقوع إلى محكم أو عدة محكمين خواص.

و تبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لفض منازعات الصفقات العمومية في كون أن التحكيم يشكل استثناء من الأصل الذي يجعل من القضاء الإداري مختصا نوعيا بتسوية تلك المنازعات.

يجب أن يظهر الأطراف بوضوح رغبتهم في الخضوع إلى التحكيم، ذلك أن الوعد بإبرام الاتفاق لا يولد أي أثر في النظام القانوني للتحكيم فيجب أن تكون الإرادة واضحة و صريحة دون غموض، غير أن السؤال يطرح حول العبارة التي يجب استعمالها للتعبير عن الرضا، فهل يكون عن طريق استعمال فعل يفيد "إمكانية" الخضوع للتحكيم أو بقية الطرق البديلة لحل النزاع أو أن التعبير عن الرضا يكون باستعمال فعل يفيد صراحة تخلي الأطراف عن قضاء الدولة و الخضوع للتحكيم؟

في هذا الإطار يجب على المحكمين تفسير الإرادة و تقدير شروط تكوين اتفاق التحكيم من أجل التأكيد على أن التراضي كان وفقا للشكل الذي يفرضه القانون المطبق و ذلك بغية عقد اختصاصهم، غير أن هذه التقنية ليست بسيطة دائما على اعتبار أن الشروط التعاقدية المتعلقة بالطرق البديلة لا تحرر دائما بطريقة واضحة و دقيقة، بحيث يمكن أن تحتوي على أحكام غامضة أو تصاغ بطريقة ركيكة¹ و بالتالي تؤثر على المحتوى، و تكون هذه الحالة واردة جدا عندما لا يحتوي العقد الأساس على شرط التحكيم و إنما يفهم من خلال صياغة الشروط العامة لإبرام العقد أو يندرج ضمن ملحقات العقد².

ثالثا: المحل

يقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع النزاع و يشترط في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و إلا وقع اتفاق التحكيم باطلا، و الحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة و إشرافها أو لرقابة

¹ - انظر:

- Trari Tani Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage, *op-cit*, pp.54-56

² -Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p.98

القضاء الوطني، بحيث تخضع تلك المسائل لقواعد و إجراءات محددة قد لا تحقق في حالة اللجوء إلى التحكيم¹.

رابعاً: السبب

يجب أن يكون السبب في اتفاق التحكيم مشروعاً و قد تتداخل مشروعية السبب في هذه الحالة مع مشروعية السبب في العقد الأساس، و طبقاً للقواعد العامة فإنه يفترض في كل عقد مهما كانت طبيعته أن يكون مشروعاً ما لم يثبت العكس².

تثبت مشروعية السبب في الصفة العمومية بالرجوع إلى دفاتر الشروط التي تعدها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها لكل نوع من أنواع الصفقات العمومية فالمصلحة المتعاقدة عند إعدادها لهذه الوثيقة الرسمية تحدد كفاءات اختيار المتعاقد و سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها مستعملة في ذلك كل الخبرات و تجنيد الإطارات من أجل إدراك الأهداف المسطرة.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنه أوجد ثلاث أنواع من دفاتر الشروط و هي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة: المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات المشتركة: التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة: التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفة عمومية³.

كذلك تفترض مشروعية السبب في الصفة العمومية بالنظر إلى المبادئ التي تخضع لها هذه الأخيرة في إبرامها و التي تهدف إلى تحقيق النزاهة و الشفافية في العملية التعاقدية، و قد أشار

¹ - بلقواس سناء، المرجع السابق، ص 99 .

² - تنص المادة 98 من ق م ج على " أنه كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيه".

³ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المرسوم 15-247 ضمن أحكامه الأولى إلى جملة المبادئ الأساسية التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وطنية كانت أم دولية من أجل تحقيق نزاهتها و هي:

- مبدأ حرية الاستعادة من الطلب:

انطلاقاً من كفاءات إبرام الصفقة العمومية و كفاءات الإعلان و الإشهار عنها، يكون بذلك قانون تنظيم الصفقات العمومية قد أولى عناية واضحة لتوسيع نطاق الدعوة لكافة المتعهدين المؤهلين قانوناً بما يحقق المشاركة الواسعة للتنافس من أجل الوصول إلى الأفضل.

- مبدأ المساواة في التعامل مع المرشحين:

يجسد هذا المبدأ تطبيقاً لأهم مبدأ دستوري و هو مبدأ المساواة أمام القانون، كما يعتبر من المبادئ العامة للقانون و الذي اعترف به مجلس الدولة الفرنسي¹، كما تبناه الإعلان الأوروبي لحقوق الإنسان والمواطن و كذا ديباجة الدستور الفرنسي لسنة 1946 ودستور 1958 و الذي يعني أن كل شخص يعامل مثلما يعامل الآخر إذا كان في وضعية قانونية.

- مبدأ شفافية الإجراءات:

يعني هذا المبدأ أنّ إجراءات إبرام الصفقة العمومية يجب أن لا تكون مخفية، و أنّ كل المراحل المختلفة التي تمر بها الإجراءات يجب أن تتجنب كل أنواع التمييز، و كذا إعطاء المعلومة و المنافسة المشروعة ما بين مختلف المتعهدين²، و تتجلى الممارسة العملية في تطبيق هذا المبدأ عن طريق إشهار الإعلان عن المنح المؤقت و النهائي للصفقة العمومية و كذا نشر الإعلان عن جدوى الصفقة.

إن المحكم باعتباره قاض خاص مكلف هو الآخر بحماية المصلحة العامة يقع على عاتقه البحث في مشروعية العقد المتأثر بشأنه النزاع، ففي قضية تخص الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية³، و بعد أن تبين للمحكم "غونار لارجرجن" Gunnar Largregen من خلال فحصه للمستندات

¹ - CE- Ass, 07 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes -lièges d'Algérie. Cité par **Christophe Lajoie**, Droit des marchés publics en annexe le code algérien des marchés publics, Berti Éditions, Alger, 2007, P.61

² - **Christophe Lajoie**, *op-cit*, P.62.

³ - تتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية، و من أجل الحصول على المناقصة تعاقدت شركة بريطانية مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة لصالح الشركة البريطانية مقابل دفعها له نسبة 10% من قيمة الصفقة، غير أن مساعي الوسيط لم تتجح و فازت إحدى

و الوثائق أن الصفقة المبرمة بين الطرفين كانت بقصد دفع مبالغ مالية في شكل رشاوى للموظفين، قرّر المحكم "غونار لارجرجن" عدم اختصاصه معتبرا بأن قضية الحال تنطوي على مخالفة صارخة للأخلاق الفاضلة و النظام العام الدولي، و لا يمكن لأي محكمة أن تقر بصحة هذا العقد¹.

و في قضية مشابهة، قضت هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ببطلان الصفقة المبرمة بين الحكومة الإيرانية و الشركة الفرنسية² لكون سببها غير مشروع و فيه مخالفة للنظام العام الدولي، كما قضت هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بأن الرشوة تتعارض كذلك مع النظام العابر للحدود³.

و يظهر من خلال تحليل مختلف الأنظمة القانونية الداخلية أن الرشوة لها طابع جنائي⁴، إلا أن المحكم و من خلال إصدار قراراته فإن هذه الأخيرة ترتب آثار ذو طبيعة مدنية، فالمحكم لا يملك

الشركات الألمانية بالصفقة، غير أنه و إثر سقوط النظام السياسي بالأرجنتين قامت الحكومة الجديدة بالإعلان عن المناقصة من جديد و استطاعت الشركة البريطانية الفوز بالمناقصة، و قد عاود الوسيط مطالبة الشركة بدفع العمولة لتوسطه لها، إلا أنها رفضت ذلك الأمر الذي أدى بإحالة النزاع أمام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية CCI. أشار إليه:

- اشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.ص 111-112.

1 - اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع نفسه، ص 113.

2 - تتمحور القضية في كون أن إحدى الشركات الفرنسية تعاقبت مع ويسط إيراني للتوسط لها أمام حكومته من اجل الفوز بعقد الأشغال العامة الدولية مقابل دفع عمولة مالية على مرحلتين أثناء التعاقد و عند انتهاء إجراءات الإبرام غير أن الشركة الفرنسية عند حصولها على الصفقة رفضت دفع الشطر الثاني من العمولة للوسيط، و بما أن العقد تضمن شرطا تحكيميا لنظام غرفة التجارة الدولية تم إحالة النزاع إلى هذه الهيئة. أشار إليه:

- ماهر محمد حامد، اثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص 50.

³ - CCI, n 8891 rendue en 1998: " Un contrat incitant ou favorisant la corruption de fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational", cité par: **Isabelle Barriere-Brouse**, Ethique et lex mercatoria, in Collection Éthique et déontologie, librairie de l'université d'Aix-en-provence éditeur, 2003, p.05

4 - تخضع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري إلى قانون مكافحة الفساد رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، المعدل و المتمم للقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر، العدد 44، و الذي حل محل المواد 123 و 124 و 125 و 128 مكرر و 128 مكرر 1 من قانون العقوبات .

و تقسم جرائم الصفقات العمومية إلى:

- الامتيازات غير المبررة (انظر المادة 26 من القانون 11-15)

سلطة متابعة الطابع الجنائي للفعل أو المخالفة لكونه يفقر إلى وسائل و سلطات التحقيق في المادة الجنائية، فهو لا يمارس عدالة باسم الدولة و بالتالي فهو غير ملزم باحترام المصلحة أو المصالح العامة، لكن و بالنظر إلى المسألة من زاوية النظام العام الدولي أو العابر للحدود فإن فقه مجتمع التجار يتجه إلى إعطاء المحكم حرية التقدير للأفعال غير المشروعة، و بالنتيجة ليس هناك ما يمنع من استعمال المقاييس المعتمدة في المادة الجنائية لتقدير جريمة الرشوة¹.

و ينظر المحكم في إطار سلطته التقديرية إلى جملة العناصر و الظروف التي أدت إلى وجود الرشوة في العقد، فقد اعتبرت هيئة التحكيم بأن الهدف غير المشروع يكتف وراء الشروط التعاقدية و عليه لا يملك المحكمون خيارات أخرى سوى الاعتماد على هذه المؤشرات².

على إثر القضايا المتعلقة بجريمة الرشوة و الفساد التي عرضت على التحكيم، قامت غرفة التجارة الدولية بتقنين قواعد انضباط و توصية من أجل مكافحة جريمة الرشوة و الابتزاز³، و التي تمحورت حول ثلاث نقاط أساسية و هي:

- تحديد مفهوم القواعد الجوهرية و وصف الإجراءات الواجبة التطبيق من اجل الانتساب إليها طواعية.

- عرض مختلف الأنشطة المؤمنة من قبل لجنة مكافحة الفساد التابعة لغرفة التجارة الدولية، و هذا من اجل الرقي بقواعد الانضباط.

- عرض أعمال لجنة مكافحة الفساد التي تعمل بالتعاون مع المنظمات العالمية و الحكومات الوطنية لدعم الإطار القانوني و الإداري بغية القضاء على جريمة الابتزاز و الرشوة¹.

- الرشوة (انظر المادة 27 من القانون 11-15)

- أخذ فوائد بصفة غير قانونية (انظر المادة 35 من القانون 11-15).

و يحيل قانون مكافحة الفساد بدوره إلى قانون الإجراءات الجزائية من أجل تحريك الدعوى العمومية .

هذا و قد جاء المرسوم الرئاسي 15-247 بأحكام تتعلق بمكافحة الفساد ضمن المواد من 88 إلى المادة 94، ففي إطار الجانب الوقائي تعد سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة و إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

¹ - **Daniel Goldenbaum**, L'arbitre international face à la corruption, in revue de règlement des différends de McGiLi, volume 2, 2016, p.92

² - CCI n 8891: " L'objet illicite est généralement dissimulé derrière des dispositions contractuelle d'apparence anodine, c'est pourquoi les arbitres n'ont souvent d'autre choix que de se fonder sur des indices", CCI n 12990: " l'exigence en matière de preuve peut se limiter à une présomption reposant des indices", cité par **Daniel Goldenbaum**, op-cit, 94

³ - Règles de conduite et recommandation de CCI pour combattre l'extorsion et la corruption, édition révisée en 2005.

و من بين مجالات التعاون بين اللجنة التابعة لغرفة التجارة الدولية و الحكومات الوطنية نجد مادة الصفقات العمومية، بحيث ينبغي على الحكومات تبني الشفافية في مادة إبرام الصفقات العمومية خاصة ما تعلق منها بمرحلة طلب العروض و نشر معايير المناقصة، كما يوصى أيضا بان قواعد مكافحة الرشوة و الفساد يجب أن تكون شرطا أوليا تخضع لها العقود العامة، كما ينبغي أيضا ان تنعكس مبادئ الشفافية في الالتزامات التعاقدية للأطراف².

المبحث الثاني: كيفية إدراج اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية

يتخذ اتفاق التحكيم في صورته العادية شكل الشرط الذي يكون قبل إثارة النزاع كما يكون في شكل عقد تحكيمي و ذلك بعد وقوع النزاع، غير أن الاتفاق على التحكيم و كيفية إدراجه في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود، ذلك أن الصفقات العمومية دولية أو وطنية هي عقود إدارية تركز في الأساس على فكرة المال العام، فانه و من الطبيعي أن تكون هناك إجراءات خاصة ابتداء من مرحلة الإبرام إلى غاية التنفيذ النهائي للصفقة³، كذلك فان اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية يمتاز بحدود صلاحيته وفق ما هو منصوص عليه في المقتضيات القانونية الخاصة بالموافقة و المداولة في هذه المسألة من طرف الإدارة المبرمة للصفقة الحاملة لهذا الشرط، فعلى سبيل المثال إذا كانت المصلحة المتعاقدة لا تتخذ قراراتها إلا بالحصول على الموافقة من طرف الإدارة المركزية في إطار التسلسل الإداري، فانه إذا ما اتفقت هذه المصلحة مع المتعاقد معها على أعمال شرط التحكيم دون الرجوع إلى الإدارة المركزية قصد الموافقة، فان هذه الشرط يقع باطلا بالرغم من توفره على جميع الشكليات المنصوص عليها قانونا⁴.

و نظرا إلى أن المصلحة المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية الدولية تلجا حسب الحالات المحددة إما لطريقة طلب العروض⁵ أو طريقة التراضي¹، فان و بالنتيجة يتبع ذلك اتفاق التحكيم

¹ - Règles de conduite et recommandation de CCI pour combattre l'extorsion et la corruption, *op cit*, p 14.

² - *ibid*, p.14

³ - **نويوة هدى**، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في المؤسسات الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012 ص 44.

4 - **محمد شوراق**، التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 92.

⁵ - عرفت أحكام المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 طلب العروض بأنها " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

نلاحظ أنه و بمقتضى أحكام المرسوم الجديد المنظم للصفقات العمومية فقد احدث هذا الأخير فارقا على مستوى المصطلحات، حيث تم استبدال مصطلح المناقصة بمصطلح طلب العروض، و هو أمر يبدو في غاية الوضوح مما

سواء في طريقة طلب العروض (المطلب الأول) أو طريقة التراضي البسيط (المطلب الثاني) إذا توفرت شروط إتباعها.

المطلب الأول: إدراج اتفاق التحكيم في الصفقة المبرمة عن طريق طلب العروض

لا توجد أية قاعدة تفرض بان يدرج اتفاق التحكيم في نفس التصرف القانوني، فإذا ما كانت طبيعة العقود العامة تفرض بان شرط التحكيم يدرج ضمن العقد الأساس، فانه من الواسع قبول بان هذا الشرط يمكن إدراجه في وثائق مختلفة خاصة باعتبار أن شرط التحكيم هو عمل إجرائي يختلف عن العقد الذي يحتويه، بمعنى آخر انه مستقل عنه و يمكن احتواؤه في العقد الأساس كما يكمن أن يشكل في حد ذاته وثيقة ملحقة^{2 3}.

تمر الصفقات العمومية وفق أسلوب طلب العروض بمراحل عديدة بدءا بالإعلان عن طلب العروض ثم مرحلة إيداع العروض التقنية و المالية، تليها مرحلة الفحص لترسو الصفقة على الشخص المؤهل قانونا، حيث يتم الاتفاق على بنود الصفقة و من بينها البند المتعلق بشرط تسوية الخلافات و هنا يدرج الطرفان شرط التحكيم كبند من بنود العقد أو بموجب وثيقة مستقلة تلحق بالصفقة، و بمجرد التوقيع على الصفقة يعتبر شرط التحكيم موقعا، و كأخر مرحلة تتم المصادقة على الصفقة من قبل الجهات الإدارية المختصة.

كان عليه سابقا، حيث كثر التساؤل عن كيفية إدراج المزايدة كنوع من أنواع المناقصة، و هو الإشكال الذي لا يطرح في ظل هذا المرسوم، كذلك نجد أن المرسوم الجديد اوجد بعض الإضافات بخصوص المفاهيم، فكان في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى يكتفي بان المناقصة تمنح للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض، أما المرسوم الحالي فاشتراط في المتعهد أن يقدم المزايا الاقتصادية و هو ما يتماشى مع الرغبة السياسية للدولة الجزائرية في ترقية الاقتصاد الوطني.

¹ - عرفت المادة 41 التراضي على انه: "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكالية إلى المنافسة.."

² - Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p.99

³ - Conseil d'État Colombien, n 32871: " La clause compromissoire peut être contenu dans le contrat lui-même ou dans un document sépare. La clause compromissoire en matière de contrats publics doit produire tous ses effets juridiques si elle stipulée par écrit, soit en tant que clause de contrat public, soit l'ors qu'elle est stipulée en document sépare qui contient l'identification des parties et le contrat auquel la clause fait référence...Ainsi si la convention d'arbitrage a été prévu dans le cahier de charges de l'appel d'offre, la convention d'arbitrage devient obligatoire pour les parties car le cahier de charge fait partie du contrat public", cité par: Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p.99

المطلب الثاني: إدراج اتفاق التحكيم في الصفقة المبرمة عن طريق التراضي

استثناء من القاعدة أجاز المرسوم المنظم للصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقات عن طريق التراضي، و ذلك وفقا لحالات محددة حصراً¹، و طبقاً لهذا الأسلوب تتمتع الإدارة بقدر كاف من الحرية لاختيار المتعاقد و كذلك اختزال كل المراحل الطويلة التي تتطلبها طريقة طلب العروض، و يتم إدراج شرط التحكيم مباشرة بعد إتمام إجراءات التراضي، و يمثل أسلوب التراضي المجال الطبيعي لإدراج شرط التحكيم.

المبحث الثالث: الحصول على الموافقة المسبقة

يخضع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية و الصفقات العمومية إلى ضوابط إجرائية خاصة تقتضي ضرورة الحصول على إذن مسبق من الجهات الإدارية المعنية، و ذلك نظراً للطابع الاستثنائي للتحكيم في مجال تلك العقود.

¹ - و بالرجوع إلى نصي المادة 49 و 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنّ التراضي يتقسم إلى تراضي بسيط وتراضي بعد الاستشارة:

التراضي البسيط: و يكون ذلك في الحالات التالية:

- وجود احتكار لدى متعامل اقتصادي واحد، أو حماية حقوق حصرية أو اعتبارات تقنية، فنية، أو ثقافية.
 - حالة الاستعجال الملح والمعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار .
 - حالة تموين مستعجل ذي شروط خاصة.
 - مشروع ذو أهمية وطنية: وهنا تجدر الإشارة أنّ الإدارة ملزمة بإتباع إجراءات استصدار رخصة من مجلس الوزراء .
 - عندما ينمح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية.
 - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج¹.
- التراضي بعد الاستشارة: ويكون وفق الحالات الآتية:
- الدعوة إلى المنافسة غير مجددة.
 - صفقات الدراسات و اللوازم والخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.
 - صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية وسيادية.
 - في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، و كانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عرض جديد.
 - العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي والعلاقات الثنائية بين دولتين.

و قد نصت العديد من التشريعات على هذا الإجراء، فبصدور نظام التحكيم السعودي بدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في المنازعات الإدارية شريطة إخضاع التحكيم لموافقة مجلس الوزراء¹، هذا و قد جاءت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة بقرار من مجلس الوزراء على أن المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين و رأت اللجوء إلى التحكيم، يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في النزاع، و ذلك لرفع المذكرة إلى مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم².

المشروع المصري و بموجب قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية لسنة 1997، نص في المادة الأولى على أن الاتفاق على التحكيم يكون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، هذا و قد ورد في المذكرة الإيضاحية لذات القانون تبرير اشتراط موافقة الوزير المختص في حالة لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بقولها: "رؤى إدخال تعديل بالإضافة إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في منازعات العقود الإدارية و يحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق و اعتماده ضابطاً لاستعمالها و ضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام، و يجب أن يكون المراد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة"³.

و جدير بالذكر أنه و بمقتضى قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 يكون العقد الإداري الذي يحتوي على شرط تحكيمي صحيحاً بالنظر إلى أخذ رأي الإدارة المختصة⁴، و كذا أخذ الرأي الاستشاري لمجلس الدولة المصري نظراً لكونه صاحب الاختصاص الحصري في المنازعات الادارية⁵.

إن اشتراط موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية يتسم بنوع من المبالغة و الخطورة لكون أن التفسير يتجه نحو موافقة الدولة على التحكيم ممثلة في الوزير المختص

1 - تنص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 على أنه: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

2 - خالد بن عبد الله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432، ص 153.

3 - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 174.

4 - تنص المادة 58 منه على ما يلي: "و لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن 5000 جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

5 - تنص المادة 10 من القانون 47 لسنة 1972: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام و الأشغال العامة و التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

و من ثم إقحام الدولة في التحكيم رغم كونها ليست طرف في العقد، الأمر الذي عانت منه الدولة المصرية في قضية هضبة الأهرام¹ أمام هيئات التحكيم ممثلة في غرفة التجارة الدولية بباريس و كذا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

¹ - يرجع النزاع في القضية إلى تاريخ 1974/9/23 حين قام وزير السياحة ممثلاً لحكومته للهيئة العامة للسياحة و الفنادق "يجوث" EGOth (انظر الملحق رقم V) بتوقيع بروتوكول نوايا مع شركة ممتلكات الباسيفيك SPP و فرعها SPPME المتواجد بهونج كونج بهدف إنشاء مركزين سياحيين، و بتاريخ 1974/12/12 تم إبرام الاتفاق الأصلي بين شركة ايجوث و شركة الباسيفيك و تمت الإشارة إلى البروتوكول النوايا، و قد تضمن العقد إنشاء شركة مساهمة باسم "الشركة المصرية للتنمية السياحية".

تم إرفاق العقد بملحقين تضمن احدهما شرط التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية CCI و تم توقيع العقد بين الشركتين إضافة إلى توقيع وزير السياحة، و نتيجة لانتفاضة الشعب المصري تم توقيف المشروع و إلغائه من قبل الحكومة المصرية، غير أن شركة الباسيفيك تمسكت بشرط التحكيم مطالبة بالتعويض، و قد استجابت هيئة التحكيم للطلب بإدانة الدولة المصرية بدفع مبلغ 5،12 مليون دولار و فوائد قدرت بنسبة 5% و كذا دفع مبلغ 730704 دولار أمريكي كمصاريف قضائية، غير أن الدولة المصرية طعنت في الحكم التحكيمي أمام محكمة استئناف باريس لإبطال الحكم متمسكة بحصانيتها القضائية و مخالفة سيادة الدولة و النظام العام الدولي، و قد قضت المحكمة بتاريخ 1984/7/12 ببطالان حكم التحكيم معتبرة بان توقيع الوزير ممثلاً للهيئة العامة للسياحة و الفنادق لا يعني إلزام الدولة المصرية بشرط التحكيم.

و نتيجة للموقف ذاته من قبل محكمة النقض الفرنسية أثر الطعن المرفوع من قبل شركة الباسيفيك SPP ، توجهت هذه الأخيرة إلى إخطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للمطالبة بالتعويض نتيجة الفسخ بالإرادة المنفردة فاستجاب المركز لطلب العارض رغم دفع الدولة المصرية حول خرق المادة 25 من اتفاقية واشنطن، و تمت إدانتها ب 6،27 مليون دولار أمريكي بتاريخ 0992/5/20.

انظر:

- **Patrick Rambaud**, L'affaire des Pyramides (arrêt du 12 juillet 1984 de la cour d'appel de Paris), in *Annuaire français de droit international*, volume 31, 1985, pp.508-520. Et,
- **Patrick Rambaud**, L'affaire des "pyramides" suite et fin, in *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, pp.568-576, et,
- **Leila Lankarani El-Zein**, Quelques remarques sur la sentence SPP c la république arabe d'Égypte, in *Revue de droit international*, n 2, 1994, pp.534-558

و جدير بالذكر أن القضية الحالية تعتبر أول قضية تم النظر فيها أمام المركز بناء على نص قانوني خاص بالاستثمارات المنجزة على إقليم جمهورية مصر، حيث جاءت المادة 08 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974: "تم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية و دولة المستثمر، أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر".

أشار إليه:

- قبائلي الطيب، المرجع السابق، ص 93.

كذلك ذهب المشرع المغربي بمقتضى قانون المسطرة المغربي 08-05 إلى أنه: "يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات و الشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها و تكون الاتفاقات المتضمنة لشروط التحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة"¹، غير أن هذه الأحكام تنطبق على التحكيم الداخلي باعتبار أن المشرع المغربي لم يعترف صراحة بلجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الدولي في عقودها.

هذا و قد تضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2015 أن لجوء الدولة إلى التحكيم بمناسبة إبرام صفقات الشراكة يكون بناء على مرسوم يصدر بناء على اقتراح من الوزير المعني و الوزير المكلف بالاقتصاد².

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإذا كانت الصفقات العمومية لا تعتبر صحيحة و نهائية إلا بموافقة السلطة المختصة³، انه و من باب أولى أن يكون اتفاق التحكيم المدرج في تلك الصفقات خاضعا هو الآخر لموافقة ذات الجهات الإدارية، و هو ما تضمنه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 154 و التي جاءت كما يلي: "... و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

يلاحظ من صياغة المادة المذكورة أعلاه أن جميع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة المتمثلة في الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و التي تحتوي على شرط التحكيم تخضع في هذه الحالة إلى موافقة مجلس الحكومة الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل الأتي: هل تقتصر الموافقة المسبقة للجوء إلى التحكيم على الصفقات العمومية المبرمة من قبل الدولة فقط أم تمت لتشمل أيضا صفقات المصالح الأخرى؟

¹ - الفصل 02/311 من القانون 08-05.

² - L'article 90/2 du l'ordonnance 2015-899.

³ - تنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة:

-مسؤول الهيئة العمومية

-الوزير

-الوالي

-رئيس المجلس الشعبي البلدي

-المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية

إذا كان الأمر كذلك فما هي الفائدة من إدراج المادة 976 من ق ا م ا التي تنص على أن لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الصفقات العمومية يكون بمبادرة من الوزير بالنسبة لصفقات الدولة، و بالنسبة لصفقات الولاية و البلدية يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الممثل القانوني أو من قبل السلطة الوصية التي يتبعها.

و إن كانت صياغة المادة 976 هي الأخرى ركيكة نوعا ما، فقد كان من المفترض أن يستعمل المشرع الجزائري مصطلح "الجهاز التداولي" بدلا من مصطلح "المبادرة" لان عرض التحكيم على الجهات الإدارية المختصة يمر عبر أجهزة التداول لتلك الجهات.

و إن كان الأمر مغايرا لوجهة نظرنا فإنه ينبغي إدراج أحكام الموافقة لبقية المصالح المتعاقدة ضمن المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و كذا تعديل صياغة المادة 976 من ق ا م ا أو حذفها و الاكتفاء بالمادة 154 تماما على النحو الذي عمل به المشرع الفرنسي، بحيث نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم وضوابطه ضمن قانون الصفقات العمومية مع الإحالة إلى القواعد الإجرائية للتحكيم الواردة ضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹ لكون أن بقاء نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي جاءت غير مطابقة لأحكام المادة 976 من ق ا م ا من شأنه أن يخلق إشكالا كبيرا أمام هيئات التحكيم في اعتبار الدولة الجزائرية طرفا في التحكيم على أساس الموافقة المسبقة التي يمنحها مجلس الحكومة .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للموافقة المسبقة

إذا كان اتفاق التحكيم ذو رابطة تعاقدية اتفاقية فإنه و في مجال الصفقات العمومية ينشأ هذا الاتفاق بموجب إذن مسبق، إذ أن مناقشة التحكيم تأخذ طابعا تداوليا (الفرع الأول) يرتب آثار القرار الإداري الأمر الذي يطرح إمكانية الطعن فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموافقة على التحكيم عمل قانوني إداري

تتم الموافقة على التحكيم في الصفقات العمومية عن طريق المسالة على جهاز التداول التابع لإحدى المصالح المتعاقدة، فالنسبة لصفقات الدولة يعرض التحكيم على مجلس الحكومة، أما الصفقات التي تبرمها البلدية و الولاية فيعرض التحكيم على المجالس المنتخبة التابعة لها، و يعرض

¹ - انظر صياغة المادة 90 من الأمر 15-899 المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

التحكيم على مجلس الإدارة بالنسبة للصفقات التي تيرمها إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

تخضع المداولات للشروط و الإجراءات المحددة قانونا، فعلى سبيل المثال تضبط مداولات مجلس الحكومة بموجب جدول أعمال و يتولى الوزير الأمين العام للحكومة مهمة تحضير الجدول بالاتصال مع الوزير الأول و ديوان رئيس الجمهورية و كذا أعضاء الحكومة، كما يقع على عاتقه مهمة موافقة أعضاء الحكومة بالاستدعاء لاجتماع الحكومة و بالوثائق المرفقة و مشاريع القوانين و المراسيم و العروض التي ينبغي أن تكون موضوع موافقة مسبقة¹.

إن المسائل المعروضة في اجتماع الحكومة و مجلس الوزراء تتمثل من حيث الشكل في ثلاث أنواع:

- نصوص ذات طابع قانوني: و تشمل مشاريع القوانين التي تجب بشأنها المداولة و كذا المراسيم التي يجب اتخاذها بعد الاستماع إلى مجلس الوزراء أو نصوص أخرى قد يرى رئيس الجمهورية أو الوزير الأول ملاءمة في عرضها على تقدير الحكومة.

- عروض تتجسد في مسائل تهم السياسة العامة للحكومة يقدمها وزراء معنيون و ذلك في الغالب قصد استصدار قرارات.

- تعيينات تتجسد في مراسيم تدعى قرارات فردية².

و بخلاف المشرع الفرنسي الذي نصّ على أن الموافقة على التحكيم تأخذ شكل المرسوم، لم يحدد المرسوم الرئاسي 15-247 الشكل الذي تأخذه الموافقة المسبقة و بالتالي يرجح أن تندرج الموافقة المسبقة للتحكيم فيما يخص صفقات الدولة ضمن الفئة الأولى بحيث تأخذ شكل مرسوم تنفيذي أو رئاسي، كما يرجح أن تأخذ شكل عروض يقدمها الوزير المعني أثناء انعقاد مجلس الحكومة.

كذلك تخضع مداولات المجالس الشعبية البلدية للشروط المحددة، فيجري المجلس الشعبي البلدي مداولاته باللغة العربية و تحرر المحاضر بنفس اللغة¹، و يتخذ القرار أثناء المداولات بالأغلبية

¹ - مهام و تنظيم و سير الأمانة العامة للحكومة، وثيقة رسمية صادرة عن رئاسة الجمهورية و منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية www.joradp.dz ص 03.

² - المرجع نفسه، ص 04.

البيسطة الحاضرين، و في حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس، و طبقا لنص المادة 55 من قانون البلدية تسجل المداولات في سجل خاص يؤشر عليه رئيس المحكمة المختصة، و في آخر مرحلة تودع المداولات في أجل 08 أيام لدى الوالي للمصادقة عليها².

و بالرجوع إلى قانون الولاية³، فإن نظام المداولات لا يختلف كثيرا عن البلدية بحيث يتخذ القرار بالأغلبية البسيطة لأعضاء المجلس الشعبي الولائي و في حالة التساوي يرجح صوت الرئيس، كما يرسل مستخلص المداولة في غضون 08 أيام إلى الوالي مقابل وصل الاستلام⁴.

الفرع الثاني: إمكانية الطعن في قرار الموافقة المسبقة للتحكيم

ترتب المداولات أثر القرار الإداري، الأمر الذي يجعل هذا الأخير محل دعوى قضائية تستهدف القرار الإداري غير المشروع تعرف بدعوى الإلغاء، بحيث يجوز لصاحب المصلحة رفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار رفض التحكيم إذا كان مشوبا بعيوب المشروعية الداخلية و الخارجية للقرار الإداري في نطاق الشروط و الإجراءات القانونية المقررة للمطالبة بإلغاء قرار إداري غير مشروع.

غير أن السؤال يطرح بخصوص الموافقة على التحكيم التي تأتي من قبل الهيئات التداولية للسلطة التنفيذية المركزية في شكل مرسوم فهل يعتبر هذا الأخير قابلا لرقابة القضاء؟.

عند الرجوع إلى النظام القانوني الفرنسي فإننا نجده يعامل المراسيم مهما كانت طبيعتها معاملة القرارات الإدارية و بالتالي فهي ليست محصنة ضد رقابة القضاء، أما بالنسبة للنظام القانوني الجزائري فنلاحظ أنه لا يوجد أي نص دستوري أو قانوني يحصن المراسيم ضد رقابة القضاء، علما بأن المراسيم تتوفر فيها جميع المعايير الشكلية و الإجرائية و الموضوعية التي تجعلها تكيف قانونا كقرارات إدارية.

إلا أنه و من الناحية العملية نسجل على مجلس الدولة باعتباره الجهة القضائية المختصة نوعيا بالطعون التي ترفع ضد قرارات السلطات الإدارية المركزية¹ قد أتاحت له الفرصة للنظر في دعوى

¹ - المادة 53 من القانون 10-11، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية ج ر، العدد 37.

² - المادة 55 من القانون 10-11.

³ - القانون 07-12، المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، المعلق بالولاية، ج ر، العدد 12

⁴ - المادة 52 من القانون 07-12.

إلغاء مراسيم تنفيذية²، إلا أنه لم يسجل على مجلس الدولة تلقيه دعاوى ضد إلغاء مراسيم رئاسية و بالتالي لم تتح له الفرصة لمعرفة موقفه من هذه المسألة.

بالنسبة لموقف الفقه في هذه المسألة، يرى الفقيه بيار دلفولفي Pierre Délvolvé أنه طالما يشترط القانون الفرنسي في الصفقات التي تبرمها الدولة ترخيص يأخذ شكل مرسوم من مجلس الوزراء و بعد اخذ رأي الوزير المختص في القطاع المعني و وزير الاقتصاد و المالية، و عقد مداولات من طرف الجمعية المداولة فيما يخص الصفقات التي تبرمها الجماعات الإقليمية، فإننا نرى- على حد تعبير الفقيه- و بوضوح وجود قرارات إدارية انفرادية تنفيذية منفصلة عن العقد الذي يتجسد في شرط التحكيم، الأمر الذي يتيح للأطراف إمكانية الطعن في هذه التصرفات أمام القاضي الإداري عن طريق دعوى الإلغاء، و هذا قياسا على نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة³.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن مخالفة إجراء الموافقة

يثور التساؤل عن الأثر المترتب على مخالفة الموافقة المسبقة من قبل السلطة المختصة، و إن كانت هذه النقطة لا تثير إشكالا بالنسبة للتشريع الجزائري لأن الهيئة المخول لها بإصدار قرار الموافقة على التحكيم هي طرف في الصفقة المبرمة في الوقت نفسه، و بالتالي ليس من المعقول أن يرتب الجزاء على الهيئة التي تصدر قرار الموافقة، لكن يظل الإشكال مطروحا بالنسبة للتشريع المصري الذي يخضع كل شرط تحكيمي مدرج في عقد إداري إلى موافقة الوزير المختص.

1 - تنص المادة 09 من القانون العضوي 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 37، المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 03 أوت 2011، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 43، المعدل و المتمم بالقانون رقم 18-02، المؤرخ في 04 مارس 2018، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 15، على ما يلي: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية".

تنص المادة 901 من ق ا م ا: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية".

2 - قرار مجلس الدولة رقم 6656 الصادر بتاريخ 2003/04/15 في قضية (خ.ع) ضد رئيس الحكومة و من معه، قرار غير منشور، قرار مجلس الدولة رقم 13949 الصادر بتاريخ 2003/05/20 في قضية (ت.ع) ضد رئيس الحكومة، قرار غير منشور

أشار إليه:

- عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 222.

³ - Pierre Délvolvé, Arbitrage et droit administratif, conférence donnée à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, le 17 septembre 1990, p. 28

و لدراسة هذه المسألة ينبغي معرفة موقف الفقه (الفرع الأول) و موقف القضاء (الفرع الثاني) و كذا موقف هيئات التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف الفقه من الإخلال بالموافقة المسبقة

في ظل تجاهل معظم التشريعات للأثر القانوني المترتب عن الإخلال بشرط الموافقة، حاول الفقه التصدي لهذا الفراغ التشريعي و ذلك من خلال تقديم جملة من الحلول التي يمكن إجمالها فيما يلي:

الاتجاه الأول: ترتيب المسؤولية الإدارية

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن رفض اللجوء إلى التحكيم من جانب السلطة المختصة يرتب المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المرفقي، و تلتزم الإدارة المتعاقدة تعويض المتعاقد معها جراء إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على الموافقة الأولية طالما أن المتعاقد كان حسن النية معتقداً أن الإدارة استوفت جميع الإجراءات السابقة على التعاقد¹.

الاتجاه الثاني: ترتيب البطلان

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن عدم استقاء شرط الموافقة المسبقة يرتب بطلان الاتفاق، غير أنه يجوز الحصول على الموافقة أثناء سير إجراءات التحكيم، و بذلك تكون الموافقة اللاحقة من الوزير المختص صحيحاً لهذا البطلان².

الاتجاه الثالث: إقرار صحة الاتفاق

ينادي أنصار هذا الفريق بأن الإدارة المتعاقدة لا تتصل من اتفاق التحكيم بحجة عدم حصولها على الموافقة لما في ذلك من مخالفة النظام العام، بحيث يعتبر الاتفاق صحيحاً لأنه لا يجوز لأي شخص من الأشخاص المعنوية العامة التذرع بمخالفة القانون الوطني و الإجراءات التي يفرضها هذا الأخير على العقود التي تبرمها تلك الأشخاص³.

1 - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 183.

2 - شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 183.

3 - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.ص 420-421.

الفرع الثاني: موقف القضاء

كان لمحكمة القضاء الإداري المصري فرص عديدة للإفصاح عن مواقفها تجاه مسألة الموافقة الأولية على اتفاق التحكيم من قبل الجهات المختصة، فقد أفصحت محكمة القضاء الإداري بموجب الحكم الصادر في 19 فبراير 2006¹ بعبارة واضحة عن اتجاهها في شأن طبيعة موافقة الوزير المختص و اعتبرته شرطا لسلامة التعاقد، و يترتب على تخلف هذا الشرط البطلان المطلق، حيث جاء في حيثيات المحكمة ما يلي: "...الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة دون جواز التفويض في ممارسة هذا اختصاص بما يفيد الاتصال و الترابط بين اتفاق التحكيم في هذه العقود و بين الموافقة، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، و من ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي اشترطها النص بمن يوافق عليه" و أضافت المحكمة: "...و حيث أنه تطبيقا لما تقدم و لما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص -وزير النقل- لم يوافق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد محل المنازعة بما يعني أن هذا الشرط وقع باطلا بطلانا مطلقا، و بما يفيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الإدارية" .

كما كان للمحكمة الإدارية العليا الدور البارز في هذا الخصوص حيث أبدت ما ذهبت إليه أحكام محكمة القضاء الإداري السالفة الذكر و قضت برفض الطعون المقدمة، ففي حكمها الصادر بتاريخ 19 مارس 2006 ذهبت المحكمة إلى بطلان اتفاق التحكيم بالرغم من وجود موافقة الوزير بموجب كتاب موجه إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مبررة موقفها أنه لا يوجد ثمة تعاقد بين الطرفين حيث أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم هو من عقود التزام المرافق العامة و الذي لا يتم إبرامه إلا بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص، و نظرا لعدم صدور هذا القرار تصبح الموافقة باطلة لورودها على غير محل لعدم وجود تعاقد من الأساس.

4- تتمثل وقائع القضية في أن الهيئة العامة المصرية للطيران المدني أعلنت عن مناقصة دولية لإنشاء و إدارة و استغلال مطار بمدينة سدر و قد فازت شركة "ماليكوب ليميتد" و تم إبرام العقد الذي تضمن طبقا للبند (21-3-3) أي نزاع يتعد حله وديا... يتم تسويته عن طريق التحكيم التجاري الدولي بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي طبقا للقواعد السارية في تاريخ عقد الامتياز"، و نظرا لما شاب العملية من أخطاء جسيمة قامت الشركة بإقامة دعوى تحكيمية أمام المركز ضد الحكومة المصرية للمطالبة بالتعويض، و أثناء التداول في الدعوى لجا وزير الطيران المدني إلى محكمة القضاء الإداري و أقام دعوى استعجاليه لوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الموضوع المتمثل في بطلان شرط التحكيم لكون أن الوزير المختص لم يوافق على التحكيم على النحو الذي تطلبه المشروع .
أشار إليه:

- علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.ص. 580-581

الفرع الثالث: موقف هيئات التحكيم

في هذا الصدد نميز بين الأحكام المؤيدة لإجراء الموافقة (أولا) و بين الأحكام التي قضت بوجوب إلغاء الإجراء المتعلق بالموافقة الأولية (ثانيا).

أولا: الأحكام المؤيدة

اتجهت أحكام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة إلى بطلان شرط التحكيم لعدم توقيعه من الوزير المختص و هي أحكام في مجملها انصبت على قضايا تحكيمية داخلية، فبتاريخ 29 مايو 2003 أصدر المركز قرارا تحكيميا¹ يقضي بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى لتخلف موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم مما يبطل الاتفاق، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: "..... و من حيث أنه يثبت لهيئة التحكيم من نظرها أوراق الدعوى و العقد المبرم بين طرفي التحكيم، و من مذكرات الطرفين و دفاع كل منهما أن الوزير المختص لم يوقع على شرط التحكيم..... الأمر الذي يكون معه اتفاق التحكيم في النزاع المائل صادرا من غير مختص و من غير صفة في إبرام الاتفاق، و من ثم يبطل اتفاق التحكيم و تنحصر هيئة التحكيم عن النظر في النزاع".

و كان للمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة نفس الموقف في ذات المسألة، و ذلك بمناسبة القرار الصادر بتاريخ 12 مارس 2005 في قضية تتعلق بعقد مقاوله يحتوي على شرط التحكيم²، حيث قضى المركز بما يلي: ".....حيث أن الهيئة العامة المصرية لم تبادر إلى الحصول على موافقة الوزير...فإن الهيئة المحتكم ضدها كانت لديها سوء النية في عدم الحصول على الموافقة لكي تقوت على الشركة فرصة اللجوء إلى التحكيم...". و عليه قضت هيئة التحكيم بإلزام الهيئة العامة بدفع كامل المصاريف و أتعاب التحكيم³.

ثانيا: الأحكام المعارضة

اتجهت بعض أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في قضايا تحكيمية دولية سواء تطبيقا للمعيار الاقتصادي أو المعيار القانوني إلى رفض هذه القيود التي تعرقل مصالح التجارة الدولية فبخصوص القضية المتعلقة بشركة "ماليكورب ليميتد" و رغم أن الوزير لم يوقع

¹ - القضية التحكيمية رقم 292 لسنة 2002

² - جاء في البند 21 ما يلي: " شرط التحكيم تحت رعاية و إشراف مركز القاهرة الإقليمي ووفقا لقواعده و إجراءاته التنظيمية على أن يخضع التحكيم و إجراءاته للقانون المصري".

³ - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 605.

على الاتفاق، ذهبت إلى أن اتفاق التحكيم ملزم و منتج لأثاره¹، و في مناسبة أخرى أكدّ المركز على اتجاهه السابق إلى عدم بطلان شرط التحكيم لعدم توقيع الوزير فذهبت بالقول: "...الثابت و المستقر أن الإدارة هي القائمة باستكمال جميع الإجراءات، و بالتالي إذا أغفلت عمداً أو إهمالاً مسألة معينة فنتحمل تبعات ذلك².

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية

في حالة وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف المتنازعة في الصفقة العمومية الدولية فإن الخصومة التحكيمية لا يمكن لها أن تتعدّد إلا بجملة من الإجراءات التي لا تصح من دونها (المبحث الأول) و التي قد تستدعي تدخل القضاء خاصة فيما يتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية، و أحيانا و بعد تشكيل هذه الأخيرة، فإنها لا يمكنها البت في موضوع النزاع إلا بعد الفصل في بعض التدابير الوقتية و التحفظية التي تطلبها الأطراف المتنازعة .

بعد انعقاد الخصومة التحكيمية تتصرف الهيئة التحكيمية إلى النظر في موضوع النزاع (المبحث الثاني) و هنا فإن أول إشكالية يقع على عاتقها تسويتها هي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، و علاوة على ذلك فإن الهيئة التحكيمية قد تجد نفسها مضطرة للتعامل مع القرارات الإدارية المرتبطة بالصفقة العمومية الدولية المثار بشأنها النزاع أمام الهيئة التحكيمية.

المبحث الأول: إجراءات انعقاد الخصومة التحكيمية

يقصد بالجانب الإجرائي للخصومة مختلف المراحل و الخطوات التي من أجلها تتعدّد الخصومة و تسير بالشكل المطلوب، غير أننا سوف نتطرق إلى النقاط الجوهرية التي تشكل نوعاً من الخصوصية في هذه الدراسة و ذلك بدراسة الخصومة التحكيمية من زاوية تدخل القضاء الوطني فيها في مرحلة تشكيل الهيئة التحكيمية و كيفية تعيين المحكمين (المطلب الأول)، و اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية التي تكون واجبة لسير الخصومة (المطلب الثاني) و كذا إدارة أدلة الإثبات (المطلب الثالث).

¹ - القضية التحكيمية رقم 383 لسنة 2004 جلسة 07 مارس 2006.

² - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 615.

المطلب الأول: تشكيل الهيئة التحكيمية

يمثل تعيين الهيئة التي تتولى الفصل في موضوع النزاع من قبل الأطراف مظهرا من مظاهر سيادة الأطراف المتنازعة أمام التحكيم التجاري الدولي، و تبرز هذه الحرية في مجال التحكيم الخاص، بحيث يتمتع الأطراف بالقدر الكاف من الحرية في اختيار المحكمين و كذا القواعد الإجرائية المطبقة على موضوع النزاع (الفرع الثاني) على أن هذه الإرادة و السيادة بدأت تتلاشى نوعا ما في ظل ظهور مراكز تحكيمية دائمة¹ في حقل التجارة الدولية (الفرع الأول).

الفرع الأول: تعيين المحكمين في إطار التحكيم المؤسسي

أصبحت المراكز التحكيمية الدائمة تحظى بمكانة خاصة في مجال التجارة الدولية لما تشتمل عليه من أنظمة تحكيم مستقرة و ثابتة يسهل الرجوع إليها لإدارة عملية التحكيم.

ففي ظل هذا النوع من التحكيم و بالرجوع إلى إحدى المراكز التحكيمية القائمة، فإنه ليس من الضروري الاتفاق مسبقا على كيفية اختيار المحكمين طالما أن المركز يوفر أنظمة تحكيم مفصلة في مجال تشكيل محكمة التحكيم، إذ يعد المركز مسبقا قوائم بأسماء المحكمين المختصين حسب أهمية النزاع و طبيعته و تأخذ هذه القوائم حكم أحد بنود العقد المبرم بين الأطراف، كما يحدد النظام القواعد الإجرائية التي تسير عليها عملية التحكيم².

إن التحكيم المؤسسي القائم على مراكز تحكيمية دائمة يتماشى مع طبيعة التحكيم في مجال القانون العام القائم على فكرة وجود شخص معنوي عام يتمتع بقدر كاف من السلطة و السيادة، فيكون بذلك التحكيم المؤسسي هو الخيار الأمثل الذي يضمن الأمن القانوني³.

¹ - يقوم التحكيم المؤسسي على هيئات أو منظمات أو مراكز تحكيمية دائمة دولية كانت أو إقليمية و يتم وفقا لقواعد و إجراءات محددة مسبقا . و من الأمثلة على ذلك نجد:

- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
- غرفة التجارة الدولية بباريس
- محكمة التحكيم الدولية بلندن
- غرفة التجارة بستكهولم

² - جارد محمد، المرجع السابق، ص 149.

³ - Apostolos Patrickios, *op-cit*, p.180

و من خلال استقراء المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 و في إطار الإفصاح الصريح عن إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة في النزاعات الناتجة عن التنفيذ إلى التحكيم الدولي يبدو لنا واضحا أن النية قد اتجهت إلى تبني التحكيم المؤسسي و هو ما يستشف من صياغة المادة التي جاءت كما يلي: "و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة...إلى هيئة تحكيم دولية..".

الفرع الثاني: تعيين المحكمين في إطار التحكيم الخاص

يشكل التحكيم الخاص المجال الطبيعي لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الأطراف في اختيار الهيئة التحكيمية (أولا) و لكن قد تعترض صعوبات تحول دون الاتفاق على تشكيل الهيئة التحكيمية الأمر الذي يستدعي بالضرورة تدخل القضاء الوطني لإزالة تلك العقبات (ثانيا).

أولا: تعيين المحكمين عن طريق الأطراف

يخضع تعيين المحكمين في مجال التحكيم الخاص لإرادة الأطراف بحيث يكون بالإمكان تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم أو استبدالهم على أن يراعى في ذلك مبدأ الحرية و المساواة في

1- عرف مبدأ الأمن القانوني لأول مرة في القضاء الأوروبي المشترك، حين تطرقت إليه محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 06 ابريل 1962 في قضية كلدينغ فاركوب بادريجف Kleding verkoop bedrijf، أين تم الاعتراف به كقاعدة قانوني ثم كمتطلب أساسي.

و قد أجمع غالبية الفقه على صعوبة إعطاء مفهوم دقيق لهذه المصطلح، غير انه يمكن استخلاص مفهومه من خلال جملة العناصر المرتبطة به و هي:

- احترام مواعيد الطعون
 - وضوح التشريع و الاستشراف التشريعي لما قد يستجد في المستقبل
 - عدم رجعية الأحكام القانونية
 - شرعية الجرح و شرعية العقوبات
 - احترام الحقوق المكتسبة و مبدأ حماية الثقة المشروعة
- هذا و قد تولد عن اجتهاد محكمة العدل الأوروبية في القضية السالفة أن مبدأ الأمن القانوني يفرض الآثار التالية:
- يجب أن يكون كل تصرف قانوني واضح من حيث محتواه و من حيث المتطلبات الإجرائية التي يستجيب لها
 - يجب أن يحمل كل تصرف قانوني علما يقينا للمخاطب به، من اجل أن يعلم هذا الأخير بالمهلة التي تبدأ فيها الآثار القانونية التي ينتجها هذا التصرف
 - يجب أن يكون كل تصرف قانوني واضح ومحدد من اجل تحصيل الحقوق و تحمل الالتزامات من طرف المتقاضين.

انظر:

- Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen, in Service de documentation, des études et du rapport de la cour de cassation, version révisée le 27 octobre 2015, p.02

اختيار الهيئة التحكيمية، فلا يكون لأحد الأطراف الأفضلية في الاختيار على حساب الطرف الثاني بحيث يتولى كل طرف تعيين محكم على أن يتولى المحكمان تعيين المحكم المرجح أو الرئيس.

المشعر الجزائري و على غرار أغلب التشريعات تبنى بموجب تنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي¹ الطبيعة الاتفاقية لتعيين المحكمين مع وضع ضوابط تضمن صلاحية أداء المحكم لمهامه².

ثانيا: تعيين المحكمين عن طريق القضاء

لقد اعترف المشعر الجزائري للقضاء بمهمة دعم و مساعدة الهيئة التحكيمية من أجل استكمالها و ذلك في حالة عدم التعيين أو وجود صعوبات تعترض تشكيل الهيئة التحكيمية³ لاسيما في الحالات التالية:

- عدم الاتفاق على إختيار المحكم

- عدم تعيين محكم من قبل الطرف الثاني

- عدم تعيين المحكم الرئيس.

و نظرا لكون أن التحكيم يمس الصفقات العمومية و الأشخاص المعنوية العامة، فإن الإجراءات التي تخص التحكيم و التي تتطلب تدخل القضاء تأخذ منحى آخر عن تلك المتعلقة بأحكام التحكيم التجاري الدولي عموما و ذلك بالنظر لعدة اعتبارات لاسيما في ظل نظام الازدواجية القضائية الذي

1 - تنص المادة 1/1041 من ق ا م ا: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم.."

2 - تنص المادة 1014 من ق ا م ا: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا يتولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم" و قد أضافت المادة 1015 تقول: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم

إذا علم المحكم انه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم."

3 - تنص الفقرة الثانية من نص المادة 1041 من ق ا م ا: "في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان يجري بالجزائر

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"

يقوم على هرمين: الهرم القضائي العادي و الهرم القضائي الإداري و بالتالي تكون مسألة تحديد الاختصاص القضائي بين العادي و الإداري من أولى المسائل المطروحة في هذا النوع من الدراسة.

بتنظيمه لأحكام التحكيم بموجب ق ا م ا و كذا إقراره للتحكيم في الصفقات العمومية، تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة الاختصاص النوعي للقضاء الإداري في هذا النوع من التحكيم في مجال الإجراءات التي تشمل تشكيل الهيئة التحكيمية و اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية و كذا إدارة أدلة الإثبات و هو ما يبدو واضحا من نص المادة 976 من ق ا م ا¹، و بالتالي ينعقد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية مع مراعاة الاختصاص الإقليمي المنصوص عليه في المادة 1040 من ق ا م ا.

و من خلال استقراء المادة 1041 من ق ا م ا و كذا المادة 1009² من نفس القانون، نجد أن صلاحية تعيين المحكم أو المحكمين من قبل القضاء الجزائري³ تندرج في مجال القضاء الإستعجالي إذ يفصل رئيس المحكمة المختصة في المسألة الإستعجالية بموجب أمر على عريضة⁴ من أجل تعيين الهيئة التحكيمية.

غير أن القضاء الإستعجالي في المادة الإدارية يختلف عن ما هو معمول به في الإجراءات المدنية، إذ جعل المشرع الجزائري بموجب ق ا م ا القضاء الإستعجالي الإداري من اختصاص تشكيلة جماعية⁵ و بذلك يكون المشرع قد أخذ بنفس النهج المتبع في دعوى الموضوع بغية إضفاء الانسجام⁶ بين الأحكام القضائية الموضوعية و الإستعجالية.

1 - "طبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية".

2 - تخص المادة 1009 من ق ا م ا القواعد العامة للتحكيم، و قد جاءت كما يلي: "إذا اعترضت تشكيل محكمة التحكيم بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

3 - إن إدراج القضاء الجزائري في تعيين المحكمين من شأنه حماية الطرف الجزائري لأنه سيؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري كما أنه يستبعد تدخل القضاء الأجنبي خاصة في ظل وجود صفقة عمومية دولية مما ينبغي معه تعيين المحكم الكفء حفاظا على التوازن في أطراف العلاقة و تقدير المصلحة العامة.

4 - تنص المادة 310 من ق ا م ا: "الأمر على عريضة أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

5 - تنص المادة 917 من ق ا م ا: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة المنوط بها البث في دعوى الموضوع"

6 - تياب نادية، المرجع السابق، ص 261 .

لكن في مقابل ذلك نص المشرع في ذات القانون على أن بعض حالات الإستعجال لا تحتاج إلى إجراءات وجاهية، بحيث يتم الفصل فيها بمجرد أمر على عريضة من قبل قاضي الإستعجال و من أمثلة ذلك ما ورد في المواد 921 و 922 و 930 و 940 من ق ا م ا .

و عليه إذا عدنا إلى صياغة المادة 1041 من ق ا م ا التي استعملت عبارة " من يهمله التعجيل" في إطار تعيين المحكم، فإن الطرف المستعجل في الخصومة التحكيمية سوف يقدم طلبه إلى الجهة القضائية الإدارية المختصة إقليمياً و نوعياً، و هذه الأخيرة ليست ملزمة بأن تتبع إجراءات قضائية وجاهية للفصل في الطلب نظراً لوجود طلب من طرف واحد و عدم وجود مدعى عليه، إذ يتم الفصل في الطلب بمجرد أمر على عريضة لعدم وجود خصومة قضائية من طرف رئيس المحكمة الإدارية مع مراعاة مقر التحكيم الذي يحدد الاختصاص الإقليمي.

المطلب الثاني: اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية

اختلف الفقهاء حول المقصود بالإجراءات التحفظية، فمنهم من قسمها على أساس الغرض منها إلى إجراءات تهدف إلى حفظ العلاقة القانونية و توازنها بين الخصوم و إلى إجراءات تهدف إلى وضع أو إحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم، و قسمها البعض الأخر على أساس مفهومها إلى اتجاه موسع بحيث يعد إجراء وقتياً كل إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة و إلى اتجاه ضيق و هي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم و يكون الغرض منها تنفيذ الحكم¹، كما ذهب الفقه إلى محاولة وضع معيار فاصل للتمييز بين التدابير المؤقتة و التدابير التحفظية على أساس أن التدابير الوقتية تشكل حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية، في حين أن التدابير التحفظية تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه مستقبلاً².

و مهما تكن الاختلافات حول إعطاء مفهوم موحد و واضح للتدابير الوقتية و التحفظية، إلا أنها تشتمل في مجملها على الخصائص و الميزات التالية: أنها استعجالية، ثانوية، مؤقتة و لا تمس بأصل الحق.

1 - بن عمران سهيلة، المرجع السابق، ص 137.

2 - قطاف حفيظ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014-2015، ص 58.

تعد التدابير الوقائية و التحفظية في مجال التحكيم مجالا مشتركا بين القضاء و التحكيم، و هو النهج الذي سلكه المشرع الجزائري بموجب المادة 1046 من ق ا م ا و إن كان الأصل في ذلك يعود لمحكمة التحكيم ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

الفرع الأول: المحكم و التدابير الوقائية و التحفظية

إن البعد المؤسسي القائم على الإرادة المنشئة للتحكيم و البانية لنظامه تحت لواء مبادئ القانون الإجرائي كان وراء اكتساب التحكيم فاعلية ذاتية، و كان موضوع الاختصاص بنظر المسائل الوقائية و التحفظية و كذا اتخاذ الوسائل المستعجلة الملائمة و تأمين فاعليتها محك فاعلية التحكيم الذاتية، بالتالي استقلالية التحكيم نظاما و تنظيما¹.

تلعب التدابير الوقائية و التحفظية في شكلها الواسع دورا هاما في مجال التحكيم و ذلك قبل أو أثناء الخصومة التحكيمية، فهي تهدف في الأساس إلى الحفاظ على وضعية واقعية أو قانونية و كذا ضمان التحضير للتنفيذ الناجع و الأسرع للقرار التحكيمي².

لقد اعترف المشرع الجزائري للمحكم باختصاصه لإصدار التدابير الوقائية و التحفظية، و يشكل هذا الاعتراف في الوقت نفسه تأكيدا لاستقلالية التحكيم و تقليص تدخل قضاء الدولة في إجراءات التحكيم و إن كانت هذه الصلاحية محدودة قد تصل إلى فقدان بسبب غياب سلطة الإلزام لدى المحكم³.

و في ذات السياق، تطرقت العديد من أنظمة التحكيم إلى مسألة التدابير الوقائية و التحفظية فقد جاء في نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة من أجل التجارة الدولية CNUDCI بأنه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بالتدابير الوقائية قبل النطق بالحكم النهائي الفاصل في النزاع"⁴.

هذا و قد جاء في سياق المادة 28 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس بأنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بالتدابير الوقائية و التحفظية، كما أجاز النظام في ظل الظروف الخاصة للأطراف إمكانية اللجوء إلى السلطة القضائية دون أن يشكل هذا الطلب مخالفة لاتفاق التحكيم.

¹ - الحسين السالمي، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، مجلة القضاء التجاري، العدد الخامس، 2015، ص 16.

² - Nabil Rachdi, Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage, in Collection le juge et l'arbitrage, sous la direction: S. Bostanji, F.Horchani, S. Manciaux, éditions A.Pedone, 2014, p.71

³ -Hocine Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat en droit, université de MOULOUD MAMERI,Tizi-Ouzou, 20 juin 2012, p.175.

⁴ -L'article 26 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version révisée en 2010.

و بموجب مراجعة نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية سنة 2012¹، تم استحداث منصب يعرف "بالمحكم الإستعجالي"² بحيث يجوز للأطراف في عدم إمكانية انتظار تشكيل الهيئة التحكيمية إيداع عريضة طبقا للقواعد التي تنظم المحكم الإستعجالي، و تقبل هذه العريضة من قبل الأمانة العامة شريطة أن لا يتم إيداع الملف أمام الهيئة التحكيمية³.

هذا و قد أضاف المقطع السادس من المادة 29 من ذات النظام بأن الأحكام المتعلقة بالمحكم الإستعجالي لا تطبق في الحالات التالية:

- إذا تم إبرام اتفاق التحكيم قبل دخول النظام حيز التطبيق

- إذا اتفق الأطراف على إقصاء تطبيق الأحكام المتعلقة بالمحكم الإستعجالي

- إذا اتفق الأطراف على إجراء آخر.

نرى من خلال استحداث وظيفة المحكم المستعجل أنه يحقق عدة مزايا لعل أبرزها تحقيق وحدة موضوع النزاع و الإلمام بكافة عناصره من قبل الهيئة التحكيمية، بحيث يخول لها النظر في النزاع بشقيه الموضوعي و الإستعجالي، و من ناحية أخرى فإن استحداث هذه الوظيفة يشكل حلا في الفترة السابقة على تشكيل الهيئة التحكيمية⁴ أو انقضائها و التي تتطلب اتخاذ تدابير لا يحتمل بطبيعتها التأخير أو الإجراء، فمثلا يثير عقد الأشغال العامة العديد من الإشكالات التي تستوجب التدخل لاتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتمل التأخير كإثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها أو التحقق من قيام القوة القاهرة أو إجراء الخبرة للمطالبة بالتعويض.

فحتى و لو سلمنا بأن القضاء الإستعجالي الإداري في مثل هذه الحالة يخول له أيضا اتخاذ التدابير المطلوبة في الصفة العمومية إلا أن ذلك يتوقف على موافقة الهيئة التحكيمية بعد تشكيلها⁵ الأمر الذي قد يلحق ضررا بأطراف العلاقة التعاقدية.

1 - دخل هذا النظام حيز التطبيق ابتداء من 1 جانفي 2012 و هو يخص الأحكام المتعلقة بالمحكم الإستعجالي.

2 - L'article 29 du nouveau règlement d'arbitrage 2012 de la CCI: arbitre d'urgence.

3 - L'article 19/1 du règlement de CCI.

4 - لقد جاءت المادة 29 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية مطابقا لهذا الطرح بحيث يجوز اللجوء إلى محكم

استعجالي في الحالة التي لا يستطيع فيها الأطراف انتظار تشكيل محكمة التحكيم و قد جاءت المادة كما يلي:
"Toute partie sollicitant des mesures conservatoires ou provisoires urgents qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral (mesures d'urgence) peut déposer une requête à cette fin conformément aux règles relative à l'arbitre d'urgence.."

5 - على الأقل بالنسبة للتشريع الجزائري بمقتضى نص المادة 1046 من ق ا م ا .

و لكن إذا ما اقتنعنا بالامتيازات التي توفرها وظيفة المحكم الإستعجالي يجب أن لا ننسى أن التحكيم في مجال القانون العام له خصوصية تكون أن السبب الجوهرى يكمن في وجود المصلحة العامة التي تعد من أهم ركائز القانون الإدارى، و بالتالى يكون الاستعجال ضروريا لصالح الإدارة المتعاقدة ليس ضدها، الأمر الذي يتطلب القدر الكافى من الدراية الفنية و القانونية التي تقتضيها ضرورة المصلحة العامة، خاصة مع مراعاة أن الطلبات المستعجلة في منازعات الصفقات العمومية التي تكتسى أهمية قصوى و ذلك لاعتبارات تقتضيها المصلحة العامة و سير المرفق العام.

الفرع الثانى: مزاحمة القاضى الإدارى الإستعجالى لمهمة المحكم

(إذا طرد القاضى الوطنى من الباب فإنه يعود من النافذة)¹ و هذه المرة عن طريق التدابير الوقتية و التحفظية، بحيث يكون تدخل القضاء الإستعجالى ضروريا قبل انعقاد الهيئة التحكيمية أو أثناء انعقادها، لأن تجميع كل الصلاحيات من قبل المحكم قد يكون من شأنه إلحاق الضرر بمصالح الأطراف خاصة قبل إخطار الهيئة التحكيمية، لذلك يأتي تدخل القضاء ضروريا للمعالجة التحفظية للقضية الاستعجالية و من أجل إلزام الطرف بالتدبير المتخذ².

من أجل ذلك حرصت التشريعات المنظمة للتحكيم على إقرار إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة بغية الحصول على تلك الحماية العاجلة المبتغاة، غير أنها تفاوتت بين إسناد تلك المهمة من حيث الأصل للتحكيم مع إمكانية الاستعانة بقضاء الدولة في الحالات التي تستدعي ضرورة تدخلها بينما هناك نظم قانونية أخرى أبقت على القاعدة الأساسية و هي اختصاص قضاء الدولة بتوفير الحماية العاجلة مع إمكانية الاستعانة بالتحكيم³.

أولاً: موقف الفقه

بوجود قاعدة عدم الاختصاص القضائى اختلف الفقه في تقديره لمسألة توزيع الاختصاص فيما يخص اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية بين القضاء و التحكيم، و قد تمخض عن هذا الاختلاف ثلاث اتجاهات تشمل:

¹ - Nabil Rachdi, *op-cit*, p.69.

² - *ibid* p.71.

³ - عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر و القانون، مصر، 2014، ص 269.

أ- الاتجاه الأول: انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة

ذهب الجانب الغالب للقول بأن الأثر السالب لاتفاق التحكيم لا يشمل إلا الاختصاص بنظر أصل النزاع، و لا يشمل غير ذلك من الإجراءات العارضة أو التبعية و منها التدابير الوقتية و التحفظية¹، فالقضاء الوطني هو الوحيد المخول له النظر في الإجراءات الوقتية و التحفظية المتصلة بالنزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، و ذلك لاعتبارات عملية منها:

- إن أساس اتفاق التحكيم القائم على العقد له أثر نسبي و لا ينال من المسائل التي لها اتصال بالنظام العام على غرار التدابير الوقتية و التحفظية .

- وجود ضمانات لدى القضاة لدرائتهم و معرفتهم للقانون، قد يفنقها المحكم.

- كذلك فإن المحكم يفنق لسلطة الإجبار بوصفه قاضيا خاصا في مواجهة الأطراف و الغير كما أنه لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه الموضوعية و الاستعجالية² .

غير أن هذا التداخل بين القضاء و التحكيم قد ينجر عنه صعوبات لعل أبرزها هو محاولة التهرب من التحكيم و التملص من أية وسيلة متصلة باتفاق التحكيم، كذلك فإن الخضوع الإرادي للأطراف للتدابير التحفظية يجب أن تكون مؤسسة و ذلك خشية الأطراف من انزعاج محكمة التحكيم و إدانتهم في القرار النهائي هذا من جهة، كما أن الإرادة المبالغ فيها قد تعرقل السير الحسن لعدالة التحكيم التي يجب أن لا تخرج عن نطاق التحكيم³.

ب: الاتجاه الثاني: انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم

يستند هذا الاتجاه إلى إرادة الأطراف، فيجري المفعول السالب لاتفاق التحكيم على المسائل الوقتية و التحفظية، و بالنتيجة يكون الاختصاص بنظر الإجراءات الوقتية و التحفظية هو من اختصاص التحكيم، و يختص المحكم دون غيره بالفصل فيها، و من ثم فلا حاجة للجوء إلى القضاء و أن هيئة التحكيم تملك السلطة التقديرية في ملائمة مدى اتخاذ التدابير من عدمها.

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 18.

² - بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011، ص 138.

³ - Hocine Farida, *op-cit*, p.175

من أهم الانتقادات التي وجهت لهذا المذهب أن قضاء التحكيم لا يتمتع بالولاية العامة في اتخاذ كل الإجراءات بما في ذلك الاستعجالية و بالتالي يرجع الأمر لقضاء الدولة¹.

ج: الاتجاه الثالث: المنهج التوزيعي بين القضاء و التحكيم

ينادي أنصار هذا التيار بالاختصاص التوافقي بين القضاء و التحكيم و ذلك من منطلق معاينة الواقع القانوني الذي يوزع الاختصاص بين التحكيم و القضاء العام، هذا و يجمع الفقه الحديث على أن مجال الاشتراك يقوم على عناصر ثلاث:

- إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير التحفظية رغم وجود اتفاقية التحكيم على أساس ما له من ولاية عامة و سلطان السيادة اللذان يمكنانه من تجاوز قصور التحكيم بسبب غياب سلطة الجبر.

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في أصل النزاع الذي يدخل تحت ولاية التحكيم..

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة المزاحم لا يعني إقصاء التحكيم من اتخاذ التدابير الاستعجالية بصفة أصلية سواء على أساس المنشأ الاتفاقي المباشر أو استنادا إلى الطبيعة القضائية لوظيفة التحكيم².

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

يتضح من خلال استقراء المادة 1046 من ق ا م ا أنه زيادة على اعتراف المشرع للهيئة التحكيمية باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية كأصل عام، قد أخذ أيضا بمبدأ اختصاص القاضي الإستعجالي باتخاذ تلك التدابير و ذلك في حالتين:

1- قبل انعقاد هيئة التحكيم

ففي هذه الحالة لا وجود لفكرة الاختصاص المشترك في اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية بل القاضي الإستعجالي هو المخول له باتخاذ تلك التدابير.

1 - بن عمران سهيلة، المرجع نفسه، ص 140.

2 - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص.ص 20-22.

ب- انعقاد هيئة التحكيمية

تعد هذه المرحلة تشاركية بين القضاء الإستعجالي و الهيئة التحكيمية و ذلك نظرا لافتقار هذه الأخيرة لسلطة الإلزام و الجبر، فقد نصت المادة 1046 في الفقرة الثانية على " إذا لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

أمام عدم تحديد المادة 1046 من ق ا م ا بدقة للمقصود بالقاضي المختص و جب الرجوع إلى الأحكام العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي الواردة في المادة 1041 من ق ا م ا، و الاختصاص النوعي الوارد في المادة 921¹ من نفس القانون التي تعطي للقاضي الإستعجالي الإداري صلاحية الأمر بكل تدبير ضروري بموجب أمر على عريضة.

المطلب الثالث: إدارة أدلة الإثبات

تقتضي مهمة هيئة التحكيم للوصول إلى الحقيقة إدارة الخصومة التحكيمية على الوجه الأمثل و يتحقق ذلك بالوقوف على واقع و معطيات النزاع، و ذلك بإقامة الدليل من خلال سماع الشهود أو تعيين الخبرة أو طلب الحصول على بعض المستندات التي تكون بحوزة الغير و لها بالغ الأهمية لحل النزاع .

إن الشخص العادي و هو يحاول إقامة الدليل أمام الشخص المعنوي العام عادة ما يصطدم ببعض العراقيل التي هي نابعة من طبيعة القانون الإداري في حد ذاته بجميع قواعده موضوعية كانت أو إجرائية، و من بين هذه العراقيل أنّ الإثبات في المواد الإدارية يغلب عليه الطابع الكتابي و بالتالي فإنّ الأوراق الإدارية التي تخدم ادّعاءات المدّعي عادة ما تكون بحوزة المدّعي عليه و هو الشخص المعنوي العام (الإدارة)، هذا الأخير عادة ما يماطل في تسليمها للمدّعي، و حتى إن سلمتها فقد يسلم تلك القليلة الأهمية منها التي لا تؤثر في النزاع و يبقى محتكراً للوثائق الأخرى الأكثر أهمية و المؤثرة في النزاع².

1 - أطلق الفقه على هذا النوع من الاستعجال بالاستعجال التحفظي و قد جاءت المادة كما يلي: " في حالة الاستعجال القسوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ قرار إداري.."

2 - عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الكتاب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 78.

فوجود الإدارة كطرف في النزاع ينجم عنه صعوبة الحصول على الدليل إذ تعتمد المصلحة المتعاقدة إخفاء بعض الوثائق و المستندات كعدم تقديم دفاتر الشروط أو الملاحق التي أبرمتها المصلحة المتعاقدة نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية للصفقة، كذلك ما يزيد من إقدام الإدارة على احتكار الدليل الكتابي هو عدم وجود جزاء صارم يترتب عليها، فحتى و إن وجدت النصوص القانونية الإجرائية التي تجيز للقاضي مطالبة الإدارة بتقديم الوثائق و المستندات، لكن ذلك لا نجده مقروناً بجزاءات صارمة أو تدابير جبرية تتخذ ضد الإدارة التي في الغالب تمتنع عن الاستجابة لهذه الطلبات.

و نظرا لكون هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم فإنها لا تملك سلطة الأمر و الإلزام التي يحوزها قضاء الدولة الأمر الذي يحول دون الحصول على وسائل الإثبات ففي هذه الحالات قد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى قضاء الدولة من أجل تقديم الأدلة و هي صورة أخرى تعبر عن منافسة القاضي للمحكم¹.

و قد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ مساعدة القضاء للتحكيم في مجال الإثبات، بحيث يجوز للأطراف ممن يهمله التعجيل و بعد موافقة الهيئة التحكيمية اللجوء إلى القاضي الإستعجالي الإداري الذي يأمر حسب الحالة بموجب أمر على عريضة باتخاذ كل التدابير الضرورية للخبرة أو التحقيق².

و بالرجوع إلى المادة 1048 من ق ا م ا فإن هذه الأخيرة نصت على أن تدخل القضاء يرافقه تطبيق قانون بلد القاضي، و بالتالي يتم تطبيق الأحكام المتعلقة بوسائل التحقيق المتبعة أمام الهيئات القضائية الإدارية³.

المبحث الثاني: الفصل في موضوع النزاع

بعد استقاء كل الإجراءات اللازمة لتشكيل الهيئة التحكيمية يذهب المحكم من خلال عقد اختصاصه إلى التصدي لموضوع النزاع المطروح أمامه المتعلق بالصفقة العمومية الدولية، بحيث يتطلب هذه الخصومة التحكيمية في شقها الموضوعي ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول) .

¹ - Hocine Farida, *op-cit*, p.177

² - تنص المادة 940 من ق ا م ا : " يجوز لقاضي الاستعجال بناء على عريضة و لو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق "

³ - انظر المواد من 858 إلى 865 من ق ا م ا .

الصفات العمومية ترافقها أحيانا التصرفات الأحادية للإدارة، أو ما يعرف بالأعمال المنفصلة، و التي تصدرها المصلحة المتعاقدة من أجل السير الحسن و الأمثل للمرفق العام، فهي تمتد اختصاص المحكم في الصفة الدولية إلى ما يتصل بها من الأعمال الأحادية التنفيذية للإدارة؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق

تشكل مسألة القانون الواجب التطبيق المحور الأساس في الخصومة التحكيمية لأنه يشكل الفيصل للدعوى التحكيمية و بالتالي اكتساب الحقوق و فرض التزامات للأطراف المتنازعة، و نظرا لما للموضوع من أهمية عملت مختلف التشريعات الخاصة بالتحكيم و كذا أنظمة التحكيم¹ على احتواء هذه الموضوع خاصة فيما يخص كيفية تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع (الفرع الأول) و نظرا لكون أن موضوع الدراسة يتسم بالخصوصية و المتعلقة بالتحكيم في الصفات العمومية نحاول معرفة القاعدة القانونية الملائمة للنزاع الإداري القائم أمام الهيئة التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من المسائل الشائكة و المعقدة التي تواجه التحكيم التجاري الدولي، بحيث تعتبر من أولى اهتمامات المحكم في البحث عن القواعد التي تحكم النزاع التي يشير إليها قانون الإرادة (أولا) أو المحكم نفسه (ثانيا) كما أن القانون الواجب التطبيق قد يمس أحيانا بعض الاعتبارات الأساسية في القوانين الوطنية و مثال ذلك قواعد البوليس (ثالثا).

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قانون الإرادة

تعرف معظم القوانين و القواعد المؤسساتية الناشطة في مجال التحكيم مبدأ استقلالية الأطراف في مجال التحكيم باعتباره عدالة خاصة مختارة من قبل الأطراف، و تتجسد تلك الاستقلالية في

¹ - تم اقتراح توحيد القواعد الدولية ذات العلاقة بالقانون الواجب التطبيق في مادة العقود الدولية، حيث تم إنشاء مجموعة عمل من طرف لجنة الحقوق و المعاملات التجارية لغرفة التجارة الدولية و التي قدمت للجانها الوطنية مشروع يتعلق بتعليمات في مادة القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن النزاعات بين الأطراف تطرح دائما مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود، كما أضافت غرفة التجارة الدولية أنه من الممكن الموافقة على طلب المحكم الأخذ بعين الاعتبار قواعد تنازع القوانين في القضايا التي تكون القانون الواجب التطبيق غير مطروح، غير أن هذا الاقتراح لم يلق رواجاً كبيراً و لم يتبع لحد اليوم.

اختيار المحكمين و مكان التحكيم و كذا القواعد التي على أساسها يتم حسم النزاع¹، بحيث يمثل اختيار القانون الواجب التطبيق أحد أهم مظاهر سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية التجارية و الإدارية.

لقد حرصت الاتفاقيات الدولية المبرمة في إطار التحكيم على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، فنجد أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار أخذت بهذا المبدأ بموجب المادة 42 الفقرة الأولى، و هي بذلك تعطي للأطراف حق تحديد القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع و يشمل قانون دولة معينة أو نظام قانوني متكامل أو طائفة معينة من القواعد.

كما تبنت ذات المبدأ أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1985 في المادة 28 الفقرة الأولى و التي تنص على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع أو قانون دولة ما أو نظامها القانوني...."، و قد نصت قواعد غرفة التجارة الدولية² على حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع، و هو ما جاء أيضا في الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي³، و أيضا نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية⁴.

و بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق، فنجد أنه أعطى الأولوية لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يروونه مناسباً من قواعد القانون الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في حالة الإرادة الصريحة للأطراف، و يستشف من عبارة "قواعد القانون"⁵ أن المشرع الجزائري قد وسع من محتوى القانون الذي يختاره الأطراف مما يستفاد منه خضوع العقد لأكثر من نظام قانوني.

ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق المحكم

في غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، يقع على عاتق المحكم البحث عن القانون الذي لم يحدده الأطراف، و في سبيل ذلك يمكن للمحكم الرجوع إلى أية قاعدة قانونية قد يجدها ملائمة للفصل في النزاع المعروض أمامه سواء كان مصدرها قانون

¹ -Ivana Radic, Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, conférence de la Haye de droit international privé, mars 2007,p.04

² -L'article 17/01 du règlement d'arbitrage de la CCI de 1998:"les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige..."

³ -L'article v de la convention européenne sur arbitrage commercial international de Genève 1961:"les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige..."

⁴ -L'article 33 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI 1985: "le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige.."

⁵ - تنص المادة 1050 من ق ا م ا: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

وطني أو أجنبي، كانت مقننة أو عرفية أو تتحدر في كونها مبدأ من المبادئ العامة للقانون، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل في حالة غياب قانون الإرادة الصريح، بحيث يمكن للمحكم اختيار القانون الذي يراه ملائماً للفصل في موضوع النزاع¹.

ثالثاً: تصادم القانون الواجب التطبيق مع قوانين البوليس

إلى جانب قواعد النظام العام، يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم آخر يستبعد تطبيق القانون الأجنبي يعرف بقوانين البوليس²، و قد ارتبط ظهور هذه القواعد ب بروز تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي خلال القرن 19 و ذلك بغية الحفاظ على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و تحقيق النفع العام من خلال خلق قواعد قانونية تتسم بالصفة الأمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها³.

و تختلف قواعد البوليس عن قواعد النظام العام في كون أن الأولى تمتاز بالطابع المنهجي⁴ و يعني ذلك إعطاء الأولوية في تطبيق تلك القواعد عن بقية القوانين الأخرى بحيث يكون المحكم ملزماً بتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر إلى تصنيفها كقواعد تابعة للقانون العام أو تابعة للقانون الخاص و دون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد.

بإقراره للتحكيم في صفقات الشراكة بموجب المادة 90 من الأمر 2015-899، رهن المشرع الفرنسي قابلية هذه العقود للتحكيم بضرورة تطبيق القانون الفرنسي و هو النهج الذي سلكه بموجب الأمر المتعلق بالشراكة لسنة 2004 الملغى، و في ذلك ترجمة حقيقية لعقلية المشرع الفرنسي النرجسية القائمة على احتكار المجال في تطبيق قواعد القانون الفرنسي من قبل القاضي الفرنسي.

¹ - تنص المادة 1050 من ق ا م ا : "...و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة"

² - اختلف الفقه في تحديد المصطلح الأدق لهذا النوع من القواعد، و قد أدى ذلك إلى ظهور المصطلحات المرادفة التالية:

- قوانين البوليس و الأمن
 - القواعد ذات التطبيق الفوري
 - قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي
 - القواعد ذات التطبيق المباشر.
- ³ - جارد محمد، المرجع السابق، ص 98.

⁴ - Homayoon Arfazadch, *op-cit*, p.180

غير أن عمومية المصطلح الذي جاءت به المادة 90 من ذات الأمر " القانون الفرنسي " يستشف منها أن المسألة لا تقتصر على تطبيق الأحكام المتعلقة بصفقات الشراكة و إنما يمتد التطبيق ليشمل مجمل القوانين الفرنسية و على وجه الخصوص كل القوانين التي تحكم العقود الإدارية¹.

و إذا كانت هذه الحتمية " ضرورة تطبيق القانون الفرنسي " موجهة في المقام الأول إلى هيئة التحكيم باعتبارها الهيئة الفاصلة في النزاع، فإنه بإمكان المحكم أن يفسر تلك الحتمية المتعلقة بضرورة تطبيق القانون الفرنسي وفقا لكيفيات مختلفة، فقد يركز على مبدأ الحظر الذي يفرضه القانون الفرنسي و المكرس في بعض الاجتهاد القضائي الفرنسي على الأشخاص العمومية الفرنسية مما قد ينتج عنه رفض التحكيم، كذلك يؤدي تحديد القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق إلى اعتبار الشراكة بين القطاع العام و الخاص إلى اعتبارها كعناصر أجنبية خاصة إذا كان موطن تنفيذ العقد أو جزء من التزاماته يتم في الخارج².

و مهما تكن الفرضيات المحتملة، إلا أن النص على ضرورة تطبيق القانون الفرنسي يترجم الإرادة التشريعية الفرنسية في إلزام المحكمين الدوليين في تطبيق تلك القواعد و عدم إخضاع العقد لأي قانون أجنبي في الاتفاق المبرم من طرف الأشخاص العمومية الفرنسية في العقود التي تكيف بأنها صفقات شراكة و ذلك بالنظر إلى قواعد القانون الإداري و القواعد التي تحكم صفقات الشراكة³.

الفرع الثاني: إشكالية القاعدة القانونية الملائمة للتحكيم في المادة الإدارية

إن المحكم يمكنه الرجوع إلى أية قاعدة قانونية يهتدي إليها من أجل الوصول إلى حل للنزاع، فإذا ما تمت الإشارة إلى قانون ما فإن المحكم يرجع إلى ذلك القانون بمجمله بكل فروعه و انقساماته، فيمكن للمحكم أن يطبق مزيجا من القواعد القانونية التابعة للقانون الخاص المدني و التجاري و حتى تلك التابعة للقانون الإداري⁴.

أولا: تطبيق نظرية توطين العقد

تعتبر نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية من أهم النظريات المعتمدة في مجال العقود الإدارية، فبخلاف قواعد القانون الخاص التي تقوم على مبدأ تساوي المراكز، فإن المتعاقد في مجال

¹ -**Mathias Audit**, Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, in Revue de l'arbitrage, n 03, 2004, p.551.

² - *ibid*, p.552

³ - *ibidem*, p.553

⁴ -**Trari Tani Mostefa**, Arbitrage international et contrats publics en Algérie (l'exemple des contrats de recherches et d'exploitation des hydrocarbures, in Collection contrats publics et arbitrage international, sous la direction de Mathias Audit, Bruylant, Bruxelles 2011, p.181.

الصفقات العمومية يتعرض أثناء تنفيذ الصفقة - نتيجة لتدخل المصلحة المتعاقدة نظرا للسلطات التي تمتلكها في مواجهة المتعاقد معها- إلى زيادة الالتزامات أو إنقاصها لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، الأمر الذي يستوجب حصوله على مقابل مالي نتيجة التغيرات الجديدة .

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية النشأة يعود للقضاء الفرنسي الفضل في ظهورها، و هي بدورها تقوم على عدة نظريات منها ما هو مشترك بين القانون العام و القانون الخاص، و أخرى نظريات خالصة ابتدعها القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية.

أحكام التحكيم بدورها اعترفت بنظرية التوازن المالي للعقد الإداري، ففي ظل حكم التحكيم الصادرة عن المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، ذهب هذا الأخير إلى شرح مبررات خلق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه و القضاء لكونها تحقق نوعا من التوازن بين المتعاقدين بقولها: "تطبيق أحكام العقد بوصفها أحكاما يحيط بها النظام التشريعي و الفقهي للعقد الإداري لا يفيد وحده الالتزام بما يؤيد السلطات الخاصة بجهة الإدارة بالنسبة للمتعاقد معها، لكنه يستلزم مع ذلك وجوب الالتزام بما اقره فقه العقود الإدارية و تشريعاتها من وجوب مراعاة التوازن المالي للعقد، و الحاصل أن مبدأ التوازن المالي للعقد و نظرية الظروف الطارئة إنما تقررا في مجال العقد الإداري ليتحقق بهما التوازن الواجب للمتعاقدين مع جهة الإدارة في مواجهة ما تملكه من سلطات استثنائية.."¹

1- نظرية الظروف الطارئة

تتعد نظرية الظروف الطارئة عندما تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف و أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد يترتب عنها إرهاق المتعامل المتعاقد بشكل يزيد من كلفة الأشغال و يترتب خسارة فادحة غير عادية، و لا يستقيم التوازن المالي للعقد إلا بمشاركة الإدارة في تحمل الخسائر.²

عمد القضاء الإداري الفرنسي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة³ و ذلك لسببين الأول و هو أن القضايا التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصال وثيقا بالصالح العام، و لذلك يحرص

1 - القضية التحكيمية رقم 394 لسنة 2004، أشار إليها **علي سليمان الطماوي**، المرجع السابق، ص 911 .

2 - **محمد القصري**، القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه و القضاء، العدد 46، بدون سنة، ص 127.

3 - تطرق مجلس الدولة الفرنسي لهذه النظرية للمرة الأولى في قضية الشركة العامة للإضاءة بمدينة بوردو *compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* حيث قضى مجلس الدولة بقراره المؤرخ في 30 مارس 1916 بتعديل العقد المبرم بين الجهة الإدارية و الشركة بما يتناسب مع الأسعار الجديدة.

القضاء الإداري على أن يوفق بين تطبيق القواعد القانونية و بين المصلحة العامة، أما السبب الثاني فهو أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقاضي العادي، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعله يتماشى مع الظروف¹.

و تتحقق نظرية الظروف الطارئة بتوفر الشروط التالية:

- أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة

- أن تكون الحوادث غير متوقعة

- أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا

أخذت نظرية الظروف الطارئة تعرف تطبيقا لها في نطاق القانون الخاص، حيث أخذت العديد من التشريعات بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني على غرار المشرع الجزائري²، و لكن يبرز وجه الاختلاف في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود المدنية و في مجال الصفقات العمومية في السلطات الممنوحة لكل من القاضي العادي و الإداري أمام تطبيق هذه النظرية فالقاضي العادي يمكنه تعديل العقد بإرجاع الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و خلافا لذلك يقتصر دور القاضي الإداري في الحكم بالتعويض.

و الحقيقة أن عدم إمكانية تعديل الالتزامات التعاقدية في الصفقات العمومية من قبل القاضي الإداري أمر يتفق مع دواعي المصلحة العامة التي تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة³.

و إذا كان القاضي الإداري باعتباره القاضي العادي للإدارة لا يملك سوى الحكم بالتعويض، فإنه و من باب أولى أن يقتصر دور المحكم على الحكم بالتعويض أيضا، و قد تعرض المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة⁴ لآثار نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني و القانون الإداري و

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي، لبنان، بدون سنة، ص 715.
² - تنص المادة 2/107 من ق م ج على انه: " غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

³ - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 886.

⁴ - القضية التحكيمية رقم 343 لسنة 2005 مشار إليها في: علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.ص 918-920.

درجة الضرر الذي يؤدي إلى استحقاق التعويض بقولها: " من المقرر قانونا أن أثار أعمال نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني تختلف عن أثار أعمالها في مجال العقود الإدارية، فالقاضي المدني يحق له تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أما القاضي الإداري لا يحق له تعديل نصوص العقد بل ينحصر دوره في الحكم بالتعويض متى تكشف له توافر شروط تطبيق النظرية" و استطرقت المحكم في قولها: " استقر الفقه و القضاء على انه ليس للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عن نقصان الأرباح أو الكسب الفائت... فيجب النظر إلى كامل عناصر العقد عند تقدير قيمة الخسارة و مؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره...".

2- نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي ترتب أثاراً ضارة بالمتعاقد و تزيد في أعبائه التعاقدية كما هي محددة في العقد، فيؤدي ذلك إلى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي تلحق به¹.

و قد يتخذ فعل الأمير صوراً متعددة، كأن تعدل الإدارة شروط العقد على نحو يرهق المتعاقد و يؤثر على ظروف تنفيذه، كما يمكن أن يكون في صورة اتخاذ قرارات إدارية فردية تؤثر على تنفيذ العقد، كما يمكن أن يكون في قيام الإدارة بأعمال مادية من شأنها إرهاب المتعاقد².

و تتحقق النظرية بالشروط التالية:

- أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعاقد عن الإدارة.
- أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة مشروعاً غير مخالف للنظام العام و إلا تحملت المسؤولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة.
- أن يؤدي العمل المشروع للإدارة إلى قلب اقتصاديات العقد بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد³.

فإذا ما تحققت الشروط السالفة الذكر، جاز للمتعاقد المطالبة بالحصول على جميع التعويضات التي من شأنها أن تؤدي إلى التوازن المالي للعقد و يشمل التعويض الذي يقدره القاضي عند المنازعة ما لحق المتعاقد

1 - محمد القصري، المرجع السابق، ص 125.

2 - محمد القصري، المرجع نفسه، ص 125.

3 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 230.

من خسارة و ما فاتته من كسب، الأمر الذي يشكل اختلافا في تحديد التعويض تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

3- نظرية القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة على أنها حدث غير متوقع و غير ممكن دفعه و مستقل عن إرادة الأطراف يطرأ بعد العقد و يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا¹، و هو ما يختلف عن الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكنا و لكنه مرهق.

و يشترط في الاستحالة أن تكون ناتجة عن سبب أجنبي عن المدين أو المتعاقد، و يقصد بالسبب الأجنبي ذلك السبب الذي يكون خارج إرادة المدين، فلا يد له فيه و لم يكن يتوقعه و لا يستطيع مقاومته و لا تقاويه²، و قد جاءت نظرية القوة القاهرة في أحكام القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 127 من ق م ج : "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر"³.

في الغالب يتفق الأطراف في مجال العقود الدولية على أن التغيرات السياسية و الاقتصادية تعد تغيرات أساسية في العقد ، ففي غالب الأحيان يدرج الأطراف شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة و يكون الغرض منها تحديد المقصود بها و ذلك إما بالإحالة إلى قانون العقد و يجوز للمحكم في هذه الحالة أن يفسر الشروط التعاقدية وفقا للقانون الواجب التطبيق أو وفقا للعادات الدولية⁴، أو تحديد إجراء حصري يتضمن بيانا جامعا للأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح .

1 - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 232.

2 - علي الفيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2014، ص 470.

3 - نلاحظ أن المشرع الجزائري جاء بمرادفات عديدة منها: القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، السبب الأجنبي و هو ما دفع البعض إلى القول بان القوة القاهرة و الحادث المفاجئ و السبب الأجنبي شيء واحد، إلا أن البعض الآخر يوضح أن السبب الأجنبي هو مصدر من مصادر القوة القاهرة، أما عن الحادث المفاجئ فالعبرة بعدم إمكانية التوقع و القوة القاهرة العبرة فيها بعدم إمكانية الدفع.

4 - علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 920.

و قد درجت هيئات التحكيم الدولية¹ على تطبيق مبدأ تبدل الأحكام بتغير الظروف تطبيقاً صارماً و البحث عن مسألة تغير الظروف الجوهرية في قانون التجارة الدولية و القانون الداخلي للدولة الطرف في التحكيم.

ثانياً: تطبيق نظرية تدويل العقد

لطالما أقر الاجتهاد التحكيمي بأن تطبيق القانون الوطني لا يشكل أي عائق أمام تكملة العقد بالعادة المهنية أو المبادئ العامة للقانون أو القانون العابر للحدود أو العادات التجارية الدولية، و هو ما يمكن إجماله في مصطلح قواعد التجارة الدولية².

1- تطبيق العادات و الأعراف التجارية الدولية

تعمل مراكز التحكيم الدائمة على إيجاد قواعد دولية مستقلة عن الأنظمة الوطنية لحل النزاعات المعروضة عليها، و هو ما نتج عنه توسيع نطاق تطبيق العادات و الأعراف التجارية الدولية، حيث تعمل هذه المراكز على إبراز الصفة القانونية لهذه القواعد من خلال لوائحها و ضمان الاحترام لها و ذلك من خلال فرض جزاءات على المتعاملين الاقتصاديين المنتمين إلى المؤسسات المهنية لكون أن تطبيق مثل هذه الأعراف يكون دون الحاجة إلى اختيار أطراف النزاع لها بصفتها قواعد قانونية تتمتع بالتزام ذاتي³.

عرف الفقيه بيار موسرون⁴ Pierre Mousseron العادات التجارية الدولية على أنها سلوكيات مخصصة لكيفيات معينة و التي تعطىها قوة قانونية مستقلة، و هي بذلك تختلف عن العادات الجيدة التي و إن كان لها دور اجتماعي راقى في مجال التحكيم، إلا أنها تفتقر لصفة الإلزام، كما يرى الفقيه بيار بأن العادات وفقاً لهذا المفهوم تختلف عن المبادئ العامة للقانون، فالعادات ترتبط بسلوكيات محددة و دقيقة في حين أن المبادئ العامة للقانون تحيل دائماً إلى قواعد عامة⁵.

¹ - من أهم التطبيقات العملية الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 7365، حيث ذهب إلى القول بان التغيير الذي حدث اثر ثورة و الاتجاه المختلف للحكومة الجديدة يمثل تغيرات أساسية تجيز للطرف المتعاقد فسخ العقد . مشار إليه في علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 921.

² -Trari Tani Mostefa, Arbitrage international et contrats publics en Algérie (l'exemple des contrats de recherches et d'exploitation des hydrocarbures ,*op-cit*, pp.181-182

³ - جارد محمد، المرجع السابق، ص 169.

⁴ -Pierre Mousseron, Les usages de l'arbitrage, in Petites affiches, n 32, 13 février 2013, p.27

⁵ -*ibid*, p.27

تجد الأعراف و العادات التجارية الدولية مصدرها عادة في الشروط العامة للعقود النموذجية التي تعبر عن واقع مهني مرتبط بمجتمع التجارة الدولية و المتعاملين بهذه العقود، فقد أدت التطورات الاقتصادية إلى ظهور العقود النموذجية (كعقود التامين و التوريد) التي تجري على نسق واحد تفرضه طائفة معينة من التجار² أو منظمة ما³، و على أثر ذلك متى اتخذ العقد الدولي صورة العقد النموذجي أخذت فيه الرضائية شكلا جديدا، و ذلك بحلول الإرادة الجماعية للجماعة التي ينتمي إليها العقد، و بالتالي تكون الفرصة متاحة أمام المحكم للتدخل في العلاقة التعاقدية من خلال تطبيقه للعادات و الأعراف التجارية الملائمة لموضوع النزاع.

2- تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون

من المؤكد أن المحكم الدولي يطبق جملة من العادات و الأعراف التجارية الدولية أكثر من تطبيقه لقانون دولة ما، لكن قد تكون هذه الأعراف لا تتكيف مع التسيير العمومي الذي يميز العقود الدولية⁴، و بالتالي يمكن الرجوع إلى ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون و التي تدخل في نطاق تطبيق القواعد التجارية الدولية⁵ و التي تعطي للمحكم مساحة واسعة للبحث عن الحل الأكثر عدالة لتسوية النزاع¹.

1 - في هذا الصدد يقترح الفقيه ايمانويل Emmanuel Graillard بالاحتفاظ بمصطلح العادات التجارية الدولية فيما يخص الممارسات المعتادة في فرع معين من الأنشطة التجارية و تمييزها عن المبادئ العامة للقانون التي تشكل قواعد حقيقية عابرة للحدود.

انظر:

- Emmanuel Graillard, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in Études offertes à Pierre Bellet, 1991, p.203

2 - فمثلا يعتمد المحكمون في عقود البيع الدولي إلى تطبيق شروط البيع "فوب" FOB و هو ما قضت به محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 168 لسنة 1971 في نزاع يتعلق بتنفيذ بيع بشروط FOB ، و كان على المحكم أن يفصل فيما إذا كان البائع أو المشتري هو الذي يتحمل دفع المصاريف الإضافية بسبب تأخر السفينة عن الوصول في الميعاد المحدد، و قد انتهى المحكم في الأخير إلى أن المشتري هو من يتحمل المصاريف الإضافية بالرغم من أن العقد الدولي لم يحمل أية إشارة لتطبيق هذه القواعد.

انظر:

- جارد محمد، المرجع نفسه، ص 172.

3 - نشير هنا مثلا إلى عقود البناء و التشييد التي تخضع للشروط النموذجية التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين " الفديديك" FIDIC .

4 - Mathias Audit, Les conventions transnationales, op-cit, p.356

5 - يعتبر بعض من الفقه بأنه لا وجود لفارق بين المبادئ العامة للقانون و العادات التجارية الدولية، و ذلك بالنظر إلى طريقة تكوينها فهي في الأساس وجدت لخلق قانون قيادي واسع و مستقل عن القوانين الوطنية.

تعد المبادئ العامة للقانون أحد المصادر الأساسية للقانون الدولي، حيث نصت عليها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، و توضح الأعمال التحضيرية لهذه المادة أن إضافة هذا المصدر كان الهدف منه تزويد المصادر الأخرى بضمان احتياطي ضد ما قد يعترضها من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي^{2 3}، ففي هذه الحالة تكون هذه المبادئ مجرد ضابط كضابط النظام العام، و من ثم لا يكون لها من الناحية النظرية سوى دور محدود كمصدر مكمل عند وجود حاجة لذلك⁴.

و قد حاول الفقه⁵ إعطاء تعريف للمبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة، فيقصد بها تلك القواعد التي لا تستوحى من نظام قانوني واحد، و إنما تستخرج عن طريق المقارنة بين مختلف القوانين الوطنية أو مباشرة من المصادر الدولية مثل المعاهدات الدولية سواء المصادق عليها أو لا، كما تستخرج أيضا من اجتهادات المحاكم الدولية.

غير أن عرض مسألة المبادئ العامة للقانون أمام التحكيم يطرح تساؤلين هامين و هما : متى يمكن أو يجب على المحكين تطبيق هذه المبادئ؟ و كيف يستطيعون اكتشاف وجودها ضمن مختلف المصادر الدولية؟ للإجابة على التساؤل المطروح و دون التقليل من حجم السؤال، فإنه يمكن عمليا استخراج مثل تلك القواعد من خلال تحليل قانون مقارن أو مصدر دولي، على أن تلك القواعد لا تتعارض مع المبادئ العامة الموجودة في كل القوانين⁶.

إن التحكيم قد استطاع بالفعل أن يتوصل إلى العديد من المبادئ المشتركة و أن يستخلص منها ما يناسب العلاقات الاقتصادية الدولية، حتى أصبح لهذه المبادئ طابعها المميز الذي يتفق و طبيعة المجتمع الدولي للتجار، و أصبحت بذلك عنصرا مكونا للقانون التجاري الدولي، فقد استخدم المحكم

انظر :

- **Loquin Eric**, La réalité des usages du commerce international, in Revue générale de droit économique, 1989, p. 163.

1 - **جعفر عبد الملك الحمادي**، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 830.

2 - **عدي محمد عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 355.

3 - تنص المادة الأولى من ق م ج: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها"

و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة"

4 - **جعفر عبد الملك الحمادي**، المرجع السابق، ص 830 .

⁵ - **Emmanuel Graillard**, op-cit, p. 205

⁶ - *ibid*, p. 206

الدولي فكرة المبادئ العامة لاستلهاام و استخلاص بعض القواعد ذات الطابع الأخلاقي و التي تستوجب محاربة الفساد و استعمال الوساطة في العقود المبرمة و احترام القوانين الداخلية الآمرة¹.

3- تطبيق القانون العابر للحدود

يتشكل القانون العابر للحدود من خلال العادات و الأعراف التجارية الدولية التي يتبعها المتعاملون في الأوساط التجارية الدولية، مما يجعله يتجدد و يستمر، و يمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد و المبادئ و العادات المستمرة في الأوساط التجارية الدولية و التي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها.

غير أن الفقه اختلف في شأن تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني، فيرى الفريق المناهض أن هذه القواعد مجرد عادات و ممارسات تجارية لا تتمتع بقوة الإلزام و لا يكون لها ذلك إلا إذا أحال إليها طرفا المعاملات أو أحال إليها القانون الوطني وفقا لقواعد الإسناد، و يستند أنصار هذا الفريق على عدم استقاء هذه القواعد لصفتي العمومية و التجريد، كما أنها تفتقر للجزاء المادي².

أما عن الاتجاه المناصر، فيرى هذا القانون بالمعنى المتعارف عليه مما يجعله يشكل نظاما قانونيا مستقلا بذاته، و يدعم أنصار هذا التيار موقفهم في أن الترابط الداخلي و الخارجي لمجمل قواعد هذا القانون تجعله نظاما قانونيا منفردا و مستقلا بذاته، فالترابط الداخلي ينعكس من خلال انتهاج المتعاملين لنهج معين في ميدان محدد حتى يغدو إلى كونه شرطا تعاقديا جدير بأن يتبناه قضاء التحكيم، بينما يكفل الترابط الخارجي محاولة التصدي للعقبات التي تقف أمام إعماله مقارنة بقواعد القانون الوطني و استنادا إلى اعتباره القانون الحقيقي لمجتمع التجار³.

المطلب الثاني: نظرية القرار الإداري أمام المحكم

إلى جانب الصفة العمومية و التي تعرض منازعاتها على هيئات التحكيم، قد تقترن بالصفة العمومية ذاتها بتصرفات قانونية أخرى لعل أبرزها القرارات الإدارية التي تكون مزامنة لمرحلة تكوين الصفة و تكون هذه القرارات منفصلة عن الصفة العمومية، لذلك اصطلح عليها فقها بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة.

1 - اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 161.

2 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 353.

3 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 354.

الفرع الأول: مفاهيم أساسية حول نظرية القرار الإداري المنفصل

تعتبر نظرية الأعمال المنفصلة من النظريات التي ابتدعها القضاء بحيث تكون هذه الأعمال مرتبطة بالعملية التعاقدية و في الوقت نفسه قابلة للانفصال عنها مما يرتب إمكانية الطعن فيها بالإلغاء.

أولاً: النشأة القضائية لنظرية الأعمال المنفصلة

لقد كان مجلس الدولة الفرنسي و حتى السنوات الأولى من القرن الماضي يرفض الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر ضمن عملية إدارية مركبة، و الطريق الوحيد للمتضرر هو اللجوء إلى دعوى القضاء الكامل، و يرجع السبب في ذلك إلى الدفع بوجود الدعوى الموازية و نظرية الحقوق المكتسبة¹، ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و ذلك منذ بداية القرن العشرين إلى إمكانية الطعن بالإلغاء ضد هذا النوع من القرارات.

و لعل أبرز التطبيقات العملية للقرار الإداري المنفصل، الحكم الشهير في قضية مارتن ضد مداولات لوار و شار LOIR et CHER، و استقرت أحكام مجلس الدولة منذ هذا التاريخ على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري سواء قدم الطعن من أحد المتعاقدين أو من الغير².

هذا و قد جاء الفقه مؤيداً للموقف الذي اتخذه مجلس الدولة الفرنسي آنذاك معتبراً بأنه لا توجد دعوى قضائية أخرى يمكن أن تحقق من الناحية القانونية كل ما تحققه دعوى الإلغاء، كذلك تم تقليص شرط عدم وجود طعن موازي كشرط لقبول الطعن بالإلغاء حيث تحولت من دعوى احتياطية إلى دعوى الشريعة العامة³.

على صعيد القضاء المصري، أخذ القضاء الإداري المصري بنظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية و طبقها في أحكامه المختلفة، فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "يجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق الرباط التعاقدية و بين القرارات

¹ - محمد سمير جمعه، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 49، مصر، ص 190.

² - انظر:

- Arrêt rendu par conseil d'État le 4 mai 1905, n 14220 sur la recevabilité des recours dirigés par les tiers contre des actes administratifs détachables du contrats, in Recueil Lebon- recueil des décisions du conseil d'État 1905, Dalloz, 2014.

³ - محمد سمير جمعه، المرجع نفسه، ص 196.

الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد و يجوز الطعن فيها بالإلغاء"¹.

طبق القضاء الجزائري هو الآخر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، بحيث اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بأن قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز قرار إداريا منفصلا بتاريخ 18 افريل 1969².

ثانيا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

يعرف القرار الإداري المنفصل بأنه تلك "الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية و من ثم يمكن فصلها عن تلك العقود المرتبطة بها، و بالتالي يمكن الطعن فيها بالإلغاء لاستقلالها عن العملية التعاقدية".

كما يعرف أيضا بأنه القرار الذي يدخل في تكوين العقد الإداري، يستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن العقد و يختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائز³.

يلاحظ من التعريف السابق أن القرار الإداري يصدر في أية مرحلة من مراحل تكوين العملية التعاقدية فقد يكون سابقا لها⁴ أو مزامنا لها⁵ أو تكون لاحقة للعملية المركبة⁶، بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إصدار هذا النوع من القرارات المرتبطة بالصفقة لضمان السير الحسن للمرفق العام.

1 - أشارت إليه:

- تياب نادية، المرجع السابق، ص 217.

2 - أشارت إليه:

- تياب نادية، المرجع نفسه، ص 217.

3 - قريمس إسماعيل، محل دعوى الإلغاء - دراسة في التشريع و القضاء الجزائريين -، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 111.

4 - من الأمثلة عن القرارات السابقة على إبرام العقد:

- الترخيص أو الموافقة على إجراء التعاقد

- القرارات الصادرة باستبعاد المرشحين من المناقصة

5 - من الأمثلة نجد:

- اعتماد الصفقة أو إبرامها

6 - من الأمثلة نجد:

- القرارات الإدارية التي تهدف إلى التعديل

تقتضي نظرية القرار المنفصل أنه إذا أمكن فصل القرار الإداري غير المشروع عن العملية التعاقدية جاز الطعن في مشروعيته أمام الجهات المختصة، و أمام ذلك حاول الفقه إيجاد معايير لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة:

1- تحديد القرار المنفصل وفقا للمعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي هو ذلك المعيار الذي يركز على المركز القانوني أو الصفة الشخصية لرافع الدعوى ، و يتألف هذا المعيار في مجال القرارات الإدارية المنفصلة من عدة عناصر أهمها مركز الغير في العملية المركبة و عنصر عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق و المراكز القانونية إلا بواسطة دعوى الإلغاء، و قد طَبَّقَ القضاء الفرنسي المعيار الشخصي في قضية مارتن Martin لإلغاء مداوات المجلس لوار و شار، حيث استندت قضاة مجلس الدولة في حكمهم إلى أن الطاعن في القرار ليس من أطراف العقد المبرم بين المديرية و صاحب العقد.

2- تحديد القرار المنفصل وفقا للمعيار الموضوعي

يمكن تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال بالاعتماد على المعيار الموضوعي الذي يقوم على أساس تحديد طبيعة القرار ما إذا كان جوهريا في تكوين العملية التعاقدية، بحيث يتوقف عليه وجودها من عدمها، و يقوم هذا المعيار كمثلته على جملة من العناصر أبرزها:

- صفتي العمومية و التجريد في القرار محل الفصل

- عنصر القرار الجوهري و الفعال في تكوين العملية التعاقدية¹.

ثالثا: أسباب الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل

لا يخرج الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري في كونه تطبيقا لمبدأ رقابة القضاء على مشروعية كافة القرارات الإدارية و هو المبدأ القانوني العام الذي لا يحتاج لنص تشريعي من أجل تأكيده²، لذا يشترط لقبول الطعن أن يبنى هذا الأخير على مخالفة وجه من أوجه

-القرارات التي تهدف إلى الحث على التنفيذ

-القرارات التي تهدف إلى توقيع الجزاء

¹ - قريمس إسماعيل، المرجع نفسه، ص 116.

² -بوغازي وهيبية، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009-2010، ص 48.

عدم المشروعية الداخلية و الخارجية للقرار الإداري، لكن قد يختلف الطرح من تصرف قانوني لآخر فإذا كان القرار المنفصل مرتبط بالصفة العمومية فهل تقتصر عدم مشروعية القرار على مخالفة أحد أركان القرار الإداري أم يمتد الأمر إلى عدم مشروعية العقد المرتبط بالقرار؟

يستبعد أغلب الفقه و القضاء امتداد عدم مشروعية العقد المبرم إلى القرار الإداري المنفصل إلا إذا كان هذا الأخير غير مشروع، لأنه لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من أسباب الطعن بالإلغاء فهذه الأخيرة هي جزء مخالفة المشروعية بالمعنى الموضوعي أما الالتزامات المترتبة عن العقد تبقى التزامات شخصية¹.

الفرع الثاني: البحث في إمكانية إلغاء القرار الإداري من قبل المحكم

ما إن يجيز التشريع إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعة عقدية ما يتبادر إلى الأذهان أن هذا التشريع يحمل في فحواه - بإفصاحه عن جعل منازعة إدارية بين يدي محكم - مساواة بين المحكم و القاضي العمومي²، بحيث تصبح صلاحيات المحكم في مجال منازعات الصفقات العمومية الدولية واضحة و تماثل تلك التي ينفرد بها القاضي الوطني، بحيث تسمح له تلك الصلاحيات إمكانية إلغاء القرار الإداري المرتبط ارتباطا وثيقا بتشكيل الصفة أو تنفيذها، و تندرج هذه الإمكانية في إطار مبدأ استقلالية شرط التحكيم المتفق عليه.

1 - بوغازي وهيبة، المرجع السابق، ص 49.

2 - في هذا الصدد يرى الأستاذ كلاي توماس CLAY THOMAS بأن المحكم و على غرار القاضي الوطني يشترك في ممارسة الدور القضائي، إلا أن مهام القاضي الحكومي يتمثل في ثلاثة خصائص: أنه قاض عمومي، في صالح الأطراف و يمارس نشاطا دائما، أما دور المحكم فيختلف شيئا ما فهو قاض خاص، يعتمد من قبل الأطراف و ينتهي عمله ريثما تنتهي القضية المكلف بها.

كما يضيف توماس كلاي بأنه و من الناحية التاريخية، فإن المحكمين مارسوا المهمة القضائية بدلا من الدور القضائي، فالمهمة هي ظرفية و تعني تكليف شخص بغية تأدية فعل ما، أو انجاز شيء ما، أما الدور فيعني الممارسة في الوظيفة أو أثناء المهمة في حد ذاتها، فعندما يتفق الأطراف بكل حرية على اللجوء إلى التحكيم، فهنا تسند إلى المحكم مهمة الفصل في النزاع.

غير أن الأستاذ هنري موتولسكي يرى أنه بخصوص طبيعة التحكيم في فرنسا فانه توجد عدالتان: عدالة الدولة و عدالة التحكيم، فالمحكم و إن كان قاض ذو طبيعة خاصة، فإنه ينسجم مع كل نقاط التعريف، فينجز أعمال من الناحية المادية (الحل و الفصل) و أعمال من الناحية الشكلية (الإجراءات) و كذلك من الناحية العضوية (التأهيل) فهنا لا يكمن الفرق في هيكل الفعل لكن فقط المكونات الخارجية بمعنى توفر شروط الانطلاق.

انظر:

- Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p.16

غير أن تحديد سلطات المحكم بالنظر إلى القرارات المرتبطة بالعقد الإداري أو الصفقات العمومية يشكل مهمة جد معقدة و ذلك بالنظر إلى عدم وجود مفهوم دقيق (أولا) و إلى الخصائص الجوهرية لدعوى الإلغاء (ثانيا) و إلى السلطات الحصرية للقاضي الإداري في دعوى الإلغاء (ثالثا).

أولا: بالنظر إلى صعوبة تحديد مفهوم دقيق للقرار الإداري

يعتبر الفقيه ايف كودمي بأن القرار الإداري لا يقف على مفهوم موحد لا من قبل الفقه أو الاجتهاد القضائي الإداري، فالمفاهيم تختلف من رأي لأخر من باب أن هناك ارتباطات بمنافع قانونية دقيقة، لذلك يكون من الواجب التعايش مع عدد من المفاهيم المتعلقة بالقرار الإداري بحيث يكون كل مفهوم له منفعة ذاتية¹.

فقد يعرف القرار الإداري بحسب المعيار العضوي، و هو كل قرار يصدر من الهيئات العامة كما يعرف وفقا للمعيار الموضوعي و الذي يتمثل في النظر إلى مضمون القرار الذي يعني مداه العام أو الفردي، فإذا ما تم تطبيق المعايير المختلفة أمام المحكم، يكون حسب المعيار العضوي عدم اختصاص المحكم بإصدار حكم في القرار الإداري حتى و إن كان هذا الأخير مرتبطا ارتباطا وثيقا بالصفة محل النزاع، أما عن المعيار المادي فيكون المحكم مختصا بالنظر في المحتوى الممكن للقرار الإداري الفردي²، غير أن التساؤل الذي يبقى مطروحا ما هو المعنى القانوني للمحتوى الممكن فهل يعني ذلك مجرد تفسير القرار أو فحص مشروعيته أم يتعدى الأمر إعدام القرار الإداري و بالتالي التأثير على المراكز القانونية؟

في محاولة منه للإجابة عن التساؤل المطروح، تطرق بعض من الفقه الفرنسي³ لمسألة القرار الإداري أمام معتبرا في ذلك أن الهيئة التحكيمية يمكنها النظر في تقدير و تفسير مشروعية القرار الإداري و إعطاء المحكم اختصاص القضاء الكامل، و بالتالي الحفاظ على المنافع العملية للجوء إلى التحكيم، لكون أن القرار التحكيمي سيخضع في الأخير لرقابة القضاء الإداري⁴.

ثانيا: بالنظر إلى الخصائص الجوهرية لدعوى الإلغاء

تتميز دعوى الإلغاء بجملة من الخصائص التي تتفرد بها و هي:

¹- Yves. Gaudmet, Traite de droit administratif, LGDJ, Paris, 2001, p.513, cité par : Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p.327

² - Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p...328

³ - Anne Courreges, Celia Verot, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques: quelque éclairages sur rapport récemment remis au garde des Sceaux, in RFDA, n 03, mai-juin 2007, p.490

⁴ -Apostolos Patrikios, *op-cit*, p.p.219-220

1- دعوى الإلغاء من دعاوى المشروعية

تعد دعوى الإلغاء الوسيلة القضائية لحماية الحقوق و المراكز القانونية فهي ليست بدفع قضائي كما أنها ليست بتظلم إداري بل هي دعوى قضائية تهدف إلى إعدام القرار الإداري غير المشروع المطعون فيه بالكيفية التي حددها القانون و ضمن الآجال المحددة¹ 2.

2- دعوى الإلغاء دعوى موضوعية

و هي من قبيل ذلك لكون أن المدعي لا يخاصم شخصا معنويا و إنما يخاصم القرار الإداري لعدم مشروعيته دون النظر إلى الحقوق الشخصية التي يرتبها ذلك القرار، كما أن حكم الإلغاء لا ينقرر لفائدة الطاعن فقط، و إنما لفائدة المشروعية³ التي تسري أثارها لكل ذي مصلحة.

فإذا كان القاضي الإداري مختصا بالفصل في النزاعات الموضوعية و الشخصية أو النزاعات الذاتية و غير الذاتية، فإن المحكم لا يكون مختصا إلا فيما يتعلق بالحقوق الذاتية الناجمة عن علاقة تعاقدية، و بالتالي لا يمكنه الإدلاء بصحة القرار الإداري من عدمه.

و قد كان المشرع المغربي واضحا إلى حد كبير في هذا الخصوص، فقد استثنى الفصل 310 من القانون 05-08 من حالات المنع من اللجوء إلى التحكيم النزاعات المالية الناتجة عن التصرفات الأحادية للدولة و التي يجوز أن تكون محل عقد تحكيم⁴.

و يلاحظ على المشرع المغربي أنه اكتفى بعقد التحكيم دون شرط التحكيم، و هي غاية ابتغاها المشرع المغربي في تقادي تدخل الإدارة المسبق⁵ في استبعاد التحكيم أثناء إبرام شرط التحكيم، و عليه كان الأفضل الاكتفاء بعقد التحكيم.

1 - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 269.

2 - انظر المادة 829 من ق ا م ا .

3 - عادل بوعمران، المرجع نفسه، ص 270.

4 - ينص الفصل 310 من القانون 05-08 على ما يلي: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية، غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي".

5 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 151.

ج- دعوى الإلغاء من النظام العام

ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على عدم تحريكها و رفعها، كما أنه لا يجوز الاتفاق على التنازل عنها بعد تحريكها و تمثل هذه الخاصية النتيجة الطبيعية لكون دعوى الإلغاء دعوى موضوعية.

فالقاضي الإداري يمتلك الاختصاص الشامل على القرارات الإدارية الأفعال و المهام و كذا أعمال الإدارة، و بالتالي هو الوحيد المخول له مراقبة صحة النشاط المنوط بالإدارة، لأن الأمر يتعلق بحماية النظام العام و علاقته الوثيقة مع الدولة و مؤسساتها و كذا المصالح العامة للمجتمع، و هكذا يكون المحكم مختصا فقط في النزاعات ذات الطبيعة الممكنة الناجمة عن تنفيذ الصفقة أو إنهائها، مع العلم أن المحكم يفصل في النزاع المعروض أمامه في إطار احترام النظام العام¹.

ثالثا: بالنظر إلى سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء وسيلة المتقاضى من أجل المطالبة بإلغاء قرار إداري غير مشروع، و هي بذلك تمثل جزاء لعدم المشروعية، و فضلا عن ذلك، تعد دعوى الإلغاء من أكثر الدعاوى الإدارية تداولاً أمام القضاء الإداري مقارنة بالدعاوى الأخرى، و المتعلقة بفحص و تفسير المشروعية.

إن القاضي الإداري باعتباره القاضي الطبيعي لدعوى الإلغاء، إذ هو قاضي المشروعية يمتلك مجموعة من السلطات تمتد من تاريخ تحريك الدعوى إلى غاية النطق بالحكم فيها.

إن الصلاحيات الواسعة للقاضي الإداري بمناسبة النظر في الدعوى تثير سؤالا جوهريا، و هو هل أن السلطات الممنوحة قانونا للقاضي الإداري يمكن أن تنتقل إلى المحكم عندما يتولى الفصل في النزاعات ذات الصبغة الإدارية، و بالأخص في دعوى الإلغاء؟

1- سلطات القاضي في الشكل

عند توصله بالدعوى يتولى القاضي الإداري فحص دعوى الإلغاء في شكلها و في هذا الإطار يمتلك سلطات واسعة يمكن إجمالها فيما يلي:

- تمتعه بسلطة اعدار المدعي من أجل تصحيح العريضة المشوية بعيب في الشكل².

- يتمتع القاضي بسلطة أمر الإدارة بتمكين الطاعن بنسخة من القرار الإداري موضوع الطعن¹.

¹ - Myriam Salcedo Castro, *op-cit*, p336

² - المادة 848 ق ا م ا

- يتمتع القاضي بسلطة الفصل في الإشكالات المتعلقة بالإعفاء من الرسم القضائي و الإشكالات المتعلقة بإيداع و جرد المذكرات و المستندات بأمر غير قابل لأي طعن².

2- سلطات القاضي في التحقيق

بعد النظر في الجوانب الشكلية للدعوى يتصدى القاضي الإداري لمسألة التحقيق، و هو في هذه الحالة يمتلك سلطات تحقيقية واسعة تعكس الطبيعة التدخلية في الدعاوى الإدارية عموما و دعوى الإلغاء خصوصا، فالقاضي الإداري يحدد القاضي المقرر في القضية و يجوز له أيضا طلب كل وثيقة أو مستند من الخصوم متى كانت تلك الوثيقة مفيدة في النزاع، كما له سلطة اختتام التحقيق او الاستغناء عنه.

و في سبيل تحقيق ذلك يستعين القاضي بمختلف وسائل التحقيق كالخبرة و سماع الشهود و المعاينة و الانتقال إلى الأماكن و مضاهاة الخطوط و التسجيلات السمعية أو الصوتية أو البصرية، و هذا فضلا عن الانابات القضائية³.

و في إطار السلطات الممنوحة قانونا للمحكم في مجال اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية أن المحكم لا يرق دوره إلى الوظيفة التدخلية في الخصومة بل يكفي بإدارة أدلة الإثبات دون البحث عن فمهمة البحث تقع على عاتق الخصوم.

3- سلطات القاضي في الموضوع

إضافة إلى فحص شكل الدعوى و التحقيق فيها يمتلك القاضي سلطات أثناء النظر في موضوع الدعوى، فقبل التصدي لموضوع المطالبة القضائية المتمثلة في إلغاء القرار الإداري، يملك القاضي الإداري سلطة الأمر بوقف تنفيذ القرار عندما يطاب منه ذلك أولا و ذلك عند توفر شروط الأمر بوقف التنفيذ⁴.

1 -المادة 819 ق ا م ا

2 -المادة 825 ق ا م ا

3 -انظر المواد من 858 إلى 865 ق ا م ا

4 -انظر المواد من 833 إلى 837 ق ا م ا

الفصل الثالث: تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

تمثل عملية تنفيذ القرار التحكيمي المحطة الأخيرة في العملية التحكيمية و التي يتوقف عليها نجاح الخصومة التحكيمية و فعالية القرار التحكيمي من عدمه، و بصدر الحكم التحكيمي يكون الأطراف أمام خيارين، الأول و هو التنفيذ الودي للحكم، أما الخيار الثاني و هو تحريك آلية التنفيذ الجبري الذي يتم وفقا لإجراءات التنفيذ المتبعة داخل الدولة.

يجسد التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم الصورة المثلى التي يجب أن يظهر عليها التحكيم، فهو يتلاءم تماما مع الغاية المرجوة منه و التي تكمن في تسوية الخلافات القائمة بطريقة سليمة، كما أن التنفيذ الودي يتناسب مع طبيعة المؤسسة التحكيمية التي تسير في جو يسوده حسن النية المتبادل كما يجعل القرار خاليا من أي عيب¹، لكن لا يمكن إقصاء الحالة التي يرفض فيها الأطراف التنفيذ بمحض إرادتهم خاصة إذا تعلق الأمر بوجود شخص معنوي عام مما يستدعي تدخل القضاء.

قبل الولوج في المسائل الإجرائية التي يتطلبها تنفيذ القرار التحكيمي و نظرا لكون أن التحكيم يخص منازعات الصفقات العمومية يجب الفصل منذ البداية في النظام القانوني الواجب التطبيق على القرار التحكيمي.

بالنسبة للتنفيذ وفق نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يمثل هذا الأخير نظاما قائما بذاته فيما يتعلق بالمنازعات الناجمة عن استثمارات و السؤال الذي يطرح هل من الممكن أن يخضع القرار التحكيمي في الصفقات العمومية لهذا النظام؟

في بادئ الأمر فإن الدولة الجزائرية و عند مصادقتها على اتفاقية واشنطن فإنها لم تشر إلى أن الاتفاقية المصادق عليها يسري مفعولها إلى باقي الهيئات العامة² و المتمثلة في الجماعات المحلية الإقليمية و كذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و من جهة أخرى يجب فحص الشروط التي جاءت بها الاتفاقية، فهذه الأخيرة و لكي ينعقد الاختصاص للمركز يجب أن تكون الدولة طرفا في النزاع و أن يكون النزاع يتعلق بعقد استثمار³، فحتى و إن تحقق الشرط الأول، إلا أن طبيعة حكم التحكيم الدولي الصادر في الصفة الدولية التي تخرج عن مفهوم الاستثمار ينفي تماما إمكانية التنفيذ وفقا لنظام المركز الدولي للاستثمار.

¹ -Apostolos Patrikios, *op-cit*, p.294

² -Trari Tani Mostefa, Arbitrage international et contrats publics en Algérie (l'exemple des contrats de recherches et d'exploitation des hydrocarbures, *op-cit*, p.184

³ - بن سهلي ثاني بن علي، نعيمة فوزي، المرجع السابق، ص 12.

أما بالنسبة للتنفيذ وفقا لاتفاقية نيويورك¹، فإن هذه الأخيرة تشمل الأحكام الأجنبية التي تصدر في دولة ما و يطلب تنفيذها في دولة أخرى، فهي أيضا مستبعدة لأن المشرع الجزائري اعتمد عبارة الأحكام الدولية و التي تختلف عن الأحكام الأجنبية و هو خلافا لما جاء به المشرع الفرنسي الذي جمع بين الاثنين معا².

يبقى التنفيذ وفقا لما جاء به ق ا م ا في شقه المتعلق بأحكام التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة الأحكام الخاصة في المادة الإدارية لاسيما تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي.

المبحث الأول: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها

تعتبر مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي مرحلة جديدة ترفع فيها يد المحكمين عن الدعوى، و في هذه المرحلة تتغير المعادلات، فإن كان قانون الإرادة هو السائد في الخصومة، فإنه يتراجع ليفسح المجال أمام قانون بلد التنفيذ، و من ثم يستوجب الأمر تطبيق القانون الداخلي في مجال التحكيم التجاري الدولي³.

و في مرحلة التنفيذ يمارس القضاء دورا رقابيا فعّالا من خلال إصدار الأمر بالاعتراف و التنفيذ، حيث يباشر القاضي رقابة خارجية على الحكم التحكيمي بحيث يتناول الحكم من جانبه الشكلي و التأكد من خلوه من موانع التنفيذ⁴.

ذهب أغلبية الفقه في تحديد نوعية الرقابة التي تباشرها الجهات القضائية المختصة إلى أن القاضي لا يتمتع بسلطة النظر من الناحية الموضوعية من خلال تقدير صحة القرار أو بطلانه، فهو ليس جهة استئناف كما أنه ليس بالجهة المختصة بنظر بطلان القرار و عليه فإن رقابة القضاء على

¹ - المرسوم 88-233، المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق ل 05 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها، ج ر، العدد 48.

² - Chapitre III du code de procédure civile français (dernière modification le 01 janvier 2017) : La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.

³ - صديق بغداد، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري و القانون الدولي، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس 2013-2014، ص 475 .

⁴ - صديق بغداد، المرجع السابق، ص 478.

أعمال الهيئة التحكيمية من خلال الأمر بالتنفيذ هي رقابة تدقيقية¹ و هو المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري في المادة 1056 ق ا م ا .

و تجب الإشارة إلى ضرورة تحديد الفرق بين الاعتراف بأحكام التحكيم و بين تنفيذها، فالاعتراف يعتبر نتيجة فورية للتحكيم الدولي و بالفعل فأى إصدار لحكم في إطار دولي من الواجب تنفيذه وفق نظام قانوني مختلف، و بالتالي يحتاج هذا الحكم أن يعترف به النظام القانوني الذي سيندرج فيه².

هذا و يصبح للترقية أهمية بالغة عندما يتعلق الأمر بمتابعة التنفيذ فهنا تطرح مسألة الاعتراف مع ما يتناسب مع الأمر بالتنفيذ، الأمر الذي يجعل المستفيد في حالة انتظار للاستفادة من الحقوق المقررة له، و على العكس من ذلك ينوي الخاسر رفض هذه السلطة الممنوحة للمستفيد.

و في هذا السياق يرى الفقيهين ردفارم و هنتر Redferm et Hunter أن الاعتراف يعتبر إجراء دفاعيا يتم استعماله عندما تخطر إحدى المحاكم الوطنية بطلب يشمل نزاعا يكون خاضعا مسبقا للتحكيم³، أما التنفيذ فهو الإجراء الذي يصدر عن السلطة القضائية في الدولة لما لها من ولاية عامة في التنفيذ الجبري لجميع الأحكام الصادرة عن المحاكم و الهيئات التحكيمية، فالقرار التحكيمي و إن كانت له حجية الأمر المقضي فيه، إلا أنه لا يعد سندا تنفيذيا إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه.

و يعتبر إجراء التنفيذ وسيلة ايجابية تجبر الطرف المتمرد أن ينفذ المنطوق التحكيمي الذي سبق و أن رفض تنفيذه طواعية⁴، غير أنه و بإجراء المقارنة بين الاعتراف و التنفيذ، نجد أن الاعتراف له دور كاشف أي أنه يهدف إلى كشف تصرف قانوني معين، فالاعتراف يستهدف إعداد و وجود القرار التحكيمي دون مراعاة الاستنتاجات القانونية، في حين أن التنفيذ له دور منشأ إذ ينجر عنه حقوق و التزامات.

اهتم ق ا م ا بوضع قواعد تخص الاعتراف و التنفيذ و ذلك من خلال وضع شروط (المطلب الأول) و إجراءات (المطلب الثاني) يتوجب إتباعها ، و لكن ورغم وجود الفرق الواضح بين الاعتراف و التنفيذ قام المشرع الجزائري بتجميعهما في نظام قانوني واحد سواء تعلق الأمر بالشروط أو الإجراءات.

¹ - صديق بغداد، دور إرادة الأطراف، المرجع السابق، ص 478.

² - Hocine Farida, *op-cit*, pp.183-184

³ - *ibid*, pp.183-184

⁴ - *ibidem*, p.184

المطلب الأول: شروط الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية

قررت المادة 1051 ق ا م ا إلزامية إثبات حكم التحكيم الدولي من اجل الاعتراف به أو تنفيذه (الفرع الأول) بالإضافة إلى عدم مخالفة النظام العام الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات حكم التحكيم الدولي

يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية إذا أثبت من يتمسك بها وجودها، فلا يعقل أن يصدر الأمر بالاعتراف دون وجود حكم تحكيمي، و قد بينت المادة 1052 من ق ا م ا الكيفية التي من خلالها يتم إثبات وجود الحكم التحكيمي و يتم ذلك عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها.

و قد استوحى المشرع الجزائري نص المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث تشترط المادة 1515 منه تقديم أصل حكم التحكيم الدولي و اتفاق التحكيم مع إضافة شرط آخر و هو ترجمة الوثائق إلى اللغة الفرنسية¹، و في نفس السياق جاءت المادة 2/04² من اتفاقية نيويورك بضرورة ترجمة الوثائق إلى اللغة الرسمية للبلد المراد التنفيذ فيه.

المشرع الجزائري لم يرد الشرط المتعلق بترجمة حكم التحكيم المراد الاعتراف به و تنفيذه إلى اللغة العربية، و لكن يمكن الرجوع في هذه المسألة إلى المبادئ الأساسية للتقاضي التي نظمها المشرع في ق ا م ا و التي تقضي بضرورة ترجمة كل الوثائق إلى اللغة العربية³.

هذا و قد وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط المتعلقة بأحكام التحكيم منها ما هي شكلية (أولا) و منها ما تتعلق بمضمون القرار (ثانيا).

¹ - " L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagnée de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

² - "إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار أو تنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته و يجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي"

³ - تنص المادة 2/08 من ق ا م ا على ما يلي: " يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول".

أولاً: الحكم التحكيمي من حيث الشكل

كل قرار أو حكم تحكيمي يكون محلاً لإجراء الاعتراف بها و تنفيذه، كما يمكن أن يكون محلاً للرفض و هذا قياساً على أن نفس الأسباب تؤدي إلى نفس النتائج، و عليه فإن كل مقرر تحكيمي ينتج أثره يجب أن يخضع و يستجيب للشروط المحددة قانوناً¹.

و قد حدد المشرع الجزائري جملة من البيانات الواجب ذكرها في الحكم و هي:

- اسم و لقب المحكم أو المحكمين
- تاريخ صدور الحكم
- مكان صدور الحكم
- أسماء و ألقاب الأطراف و مواطنهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي
- أسماء و ألقاب المحامين² أو ممثلي الأطراف عند الاقتضاء
- عرض موجز لادعاءات الأطراف و أوجه الدفاع³
- توقيع الحكم من قبل جميع المحكمين و إن تعذر ذلك فتجب الإشارة إلى ذلك في الحكم⁴.

¹-Hocine Farida, *op-cit*, p199

² - لا يتطلب الحكم التحكيمي الصادر في الصيغة العمومية الدولية من أجل الاعتراف به و أو تنفيذه احتواء هذا البيان لكون أن الأمر يتعلق بوجود شخص معنوي عام في العقد المبرم، فقد جاء في نص المادة 827 من ق ا م ا على أنه: "تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من التمثيل الو جوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل
توقع العرائض و مذكرات الدفاع و مذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم من طرف الممثل القانوني"

³ - المادة 1027 ق ا م ا

⁴ - المادة 1029 ق ا م ا

ثانيا: الحكم التحكيمي من حيث المضمون: مبدأ التسبب

إذا كانت الغاية من تعليل الأحكام القضائية تتمثل في توفير الرقابة على هذه الأحكام و التحقق من مدى حسن استجابة القاضي لوقائع النزاع، فإن تعليل أحكام المحكمين لا تخرج عن هذه القاعدة، إذ يمثل تسبب أحكام التحكيم ضرورة تقتضيها رقابة القضاء على هذه الأحكام¹.

غير أنه و على خلاف الأحكام القضائية و بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للتحكيم، فإن تعليل أحكام التحكيم لا يشكل القاعدة ذلك أن التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم لم تتخذ موقفا موحدا من إلزامية تعليل المقررات التحكيمية².

يعتبر التسبب أحد الضمانات التي تضاف إلى رصيد الثقة بالتحكيم و الرقابة على عمل المحكمين و الطريق الذي سلكه المحكمون للوصول إلى النتائج، و لمبدأ التسبب مبررين، المبرر الأول يكمن في كون التعليل يعطي شرحا لأطراف النزاع حول أسباب منطوق القرار التحكيمي و هو ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس³ إلى أن تعليل المحكم لقراره هو تحليل و ذكر لأسباب المقرر انطلاقا من مبادئ التحكيم و مركزاته المحددة في مبدأ سلطان الإرادة و استقلالية التحكيم و مبادئ قانون التجارة الدولية، أما المبرر الثاني فيكمن في إعطاء نظرة على طريقة عمل المحكمين⁴.

و لقد اهتمت مختلف الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم بمسألة تعليل الأحكام التحكيمية و تباينت مواقفها بين إلزامية التعليل و بين جوازيتها، فالرجوع إلى اتفاقية نيويورك نجد أن هذه الأخيرة قد أحالت المسألة إلى قانون بلد التنفيذ⁵ بينما نص عليه صراحة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹.

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 277.

2 - نص المشرع الجزائري على إلزامية تسبب أحكام التحكيم و ذلك بموجب المادة 02/1027 ق ا م ا و يسايره في ذلك المشرع المغربي في الفصل 327 من القانون 05-08 لكن يبرز الاختلاف بين التشريعين في كون أن التشريع المغربي أعطى دورا لإرادة الأطراف في ذلك فيماكانهم الاتفاق على خلاف ذلك: "...يجب أن تكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم أو كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم

أما الحكم المتعلق بنزاع يكون أحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيه فيجب أن يكون دائما معللا".

3 - صدر القرار بتاريخ 13 ماي 1988

4 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 278.

5 - جاءت المادة 03 كما يلي: "تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار وفقا للشروط المقررة"

أما عن المشرع الجزائري، فإنه قد أخذ بمبدأ إلزامية تسبيب القرار التحكيمي دون فتح المجال لإرادة الأطراف من أجل الاتفاق على خلاف ذلك و هو ما جاء في نص المادة 1027 ق ا م ا و التي تنص على أن: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

هذا و قد أصبح تسبيب أحكام التحكيم الدولي في تحكيم الاستثمار يأخذ منحى آخر، فقد أدى لجوء الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية إلى تحكيم الاستثمار على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI إلى إدخال مصطلح الشفافية الأمر الذي نتج عنه تضيق لبعض قواعد سرية التحكيم².

فخصوصية التحكيم أمام المركز جعلته من بين أولى أنظمة التحكيم التي أدخلت بعض الليونة على قواعد السرية، حيث سمح نظام التحكيم الخاص بالمركز لغير أطراف النزاع بحضور الجلسات³ و متابعتها و إمكانية السماح لهم بتقديم ملاحظات و استفسارات حول الخصومة التحكيمية و القرار التحكيمي⁴، كما يقتضي الأمر إمكانية نشر حكم التحكيم إذا رضي الأطراف المختصة صراحة بذلك، إذ يقوم المركز بنشر القرار التحكيمي في فضاء الانترنت أو في المجلة الخاصة به "foreign investment law journal"، و وفقا لإحصائيات قَدِّمها المركز فقد تم نشر نصف العدد من القرارات التحكيمية بموافقة من الأطراف⁵، و في حالة عدم الحصول على الموافقة للنشر، يتم نشر مستخرج من القواعد القانونية المحتواة في حكم التحكيم و هذا طبقا للمادة 4/48 من نظام المركز.

هذا و قد تمخض عن الأشغال الخاصة بمراجعة نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية كنيديسي CNUDCI إلى إدراج نظام خاص بالشفافية في تحكيم الاستثمار⁶، بحيث يمكن نشر

¹ -L'article 31/02 de la loi type du CNUDCI dispose : *La sentence est motivée sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30*"

² - نور الدين بوصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأكسيد و نظام اليونسترال -دراسة مقارنة-، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 10، 2015، ص 113.

³-L'article 32/2 du règlement du CIRDI modifié en 2006.

⁴ - L'article 37/2 du règlement du CIRDI modifié en 2006

⁵ -Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, Déclaration du comité de l'investissement de l'OCDE, juin 2005, p 06

⁶ -Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur traite, avril 2013

الوثائق¹، و إمكانية حضور الجلسات من قبل الغير و إعطاء الملاحظات² مع إمكانية استثناء تطبيق الشفافية و بالتالي الحفاظ على سرية المعلومات³.

تطرق تقرير لابتول هو الآخر إلى موضوع الشفافية في إجراءات التحكيم، ففي المجال العمومي تشكل قواعد الشفافية ضرورة أساسية تكمن في تنظيم نوافذ الإشهار الملائم لإجراءات التحكيم ذات الصلة بالأشخاص العمومية، بحيث يصبح بالإمكان اطلاع الغير من المواطنين و الجمعيات و غيرهم على النزاعات التي تهم الأشخاص العامة⁴، غير أن مجموعة العمل طرحت بعض المسائل، فمن ناحية التحقيق فإن المداولة تتم سرّياً، و من ناحية ثانية يجب نشر القرار التحكيمي؟ هذا و يزداد الأمر صعوبة حول ما إذا كانت إجراءات التحكيم مهياًة لتنظيمها في جلسة علنية؟

لاعتبارات تبدو مناسبة في نظر مجموعة العمل ذهبت إلى تنظيم التحكيم في جلسة علنية و يكمن الهدف من ذلك هو إزالة كل الشكوك التي تراود أذهان الجمهور حول لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى قضاء خاص و سري الذي قد يثيره التحكيم⁵.

الفرع الثاني: عدم مخالفة النظام العام الدولي

رهن المشرع الجزائري شرط إثبات حكم التحكيم الدولي بشرط آخر و هو عدم مخالفة النظام العام الدولي⁶، و هو ما كانت تنص عليه سابقا المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية الملغى فلا يكفي التعارض مع القواعد الأمرة الوطنية لرفض الاعتراف و إنما يجب على القاضي مراعاة النظام العام الدولي⁷.

إن النظام العام الدولي على خلاف النظام العام الداخلي يجد مصدره في مجتمع الدول و مجتمع التجار، و إن كان لا يعبر عن توافق الدول، إلا أنه يبقى الضمان الأكيد لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الحكم ببطانها إذا كانت مخالفة له⁸.

¹ -L'article 03 du règlement du CNUDCI sur la transparence.

² - L'article 04 du règlement du CNUDCI sur la transparence.

³ - **Lise Johson-Nathalie Bernasconi**, Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence : son application, son contenu et voie à suivre, in Revue investissement treaty news, n 04, volume 04, septembre 2013, pp.03-05

⁴ -**Anne Courreges-Célia Verot**, *op-cit*, p.292

⁵ - *ibid*, p.292

⁶ - انظر المادة 1050 ق ا م ا .

⁷ - **بن عصمان جمال**، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد،مجلة دراسات قانونية، العدد 08، 2008، ص 63 .

⁸ - **ماهر محمد حامد**، المرجع السابق، ص 25.

و يتسم النظام العام الدولي بنوع من المرونة إذا ما تمت مقارنته بالنظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا لا تتوفر فيه معايير الدولية، فهو تلك الصورة المخففة من النظام العام التي تساير المرونة التي تتطلبها التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية¹.

إن دراسة هذه النقطة تستلزم بالضرورة طرح التساؤل التالي: إذا كان القاضي الوطني ملما بقواعد النظام العام الداخلي فهل بإمكانه أيضا استيعاب مفهوم النظام العام الدولي؟

إن مفهوم النظام العام الدولي يمكن توضيحه بالاستناد إلى القواعد المستمدة من المعاهدات الدولية، أو الاستناد إلى أعراف التجارة الدولية أو من الممارسة التحكيمية ذاتها، كذلك يمكن تفسير النظام العام الدولي بالرجوع إلى الظروف و العناصر الواقعية للفعل و التي تنتهي بالقاضي الأمر بالتنفيذ إلى إصدار قراره²، و إن كان النظام العام الدولي يتحدد مفهومه بالرجوع إلى هذه المصادر إلا أنه قد يتقارب إلى حد كبير مع مفهوم و أهداف النظام العام الداخلي³، فإذا افترضنا أن الصفة العمومية الصادر بشأنها حكم تحكيمي دولي كان السبب الخفي من وراء إبرامها رشوة أو استغلال نفوذ الذي يعد مخالفة للنظام العام الدولي _ كما سبق و أن اشرنا- فإن الأمر يعد كذلك بمفهوم القانون الداخلي و ذلك بالرجوع إلى مختلف الأحكام التي تنظم جريمة الرشوة و الفساد في مادة الصفقات العمومية، و عليه يكون القاضي المنوط به تنفيذ حكم التحكيم الدولي إلى جانب المحكم حارسا للنظام العام الدولي.

المطلب الثاني: إجراءات الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها

إن أحكام التحكيم الدولية لا تكون قابلة للتنفيذ الجبري بمجرد صدورها و إنما يستلزم ذلك وضع الصيغة التنفيذية على هذه الأحكام لتصبح بعدها سندا تنفيذيا، و من أجل ذلك حدّدت المادة 1053

¹ - تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، المرجع السابق، ص 17.

² - Issad Mohand, Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur: De la révision au contrôle, thèse pour le doctorat en droit, 7 mars 1968, publication de l'université d'Alger; 2012, p.165-167

³ - في هذا السياق، يرى الأستاذ محند بأنه لا يوجد مفهومين للنظام العام أحدهما داخلي و الآخر دولي، و إنما يوجد مفهوم واحد للنظام العام يضطلع بوظيفتين مختلفتين، فيكون الأول حاجزا أمام إمكانية استبدال أي قانون وطني بقانون آخر يكون طبيعيا هو الواجب التطبيق، أما الثاني فإن أثاره تتولد عند وجود تصرف يتجاوز الإقليم الوطني أو نشأ في الخارج.

انظر:

- Issad Mohand, *op-cit*, p.164

ق ا م ا الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن فيكفي أن يقدم الطرف الذي يهمله التعجيل عريضة مرفقة بأصل الحكم و اتفاقية التحكيم أو نسخ منهما مستوفية لشروط صحتها أمام أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة.

و بالمقارنة مع ما كان عليه الوضع في القانون الملغى، فقد أقصى المشرع الجزائري وفقا للقانون الجديد الحالة التي يمكن للمحكم أن يطلب هو أيضا الاعتراف و تنفيذ الحكم وفقا للمادة 458 مكرر 19 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

إن عملية الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم التي تتجسد في إصدار الأمر القضائي بالتنفيذ لا يعني إعطاء الحكم حجية الشيء المقضي فيه، فهذه الصيغة تسند إلى القرار أو الحكم التحكيمي بمجرد صدوره¹ و هي تعني القرينة القاطعة على الحقيقة التي يعلنها القرار الصادر بحل المنازعة على نحو أو آخر، و تعني هذه القرينة أن الوقائع المثبتة و الحقوق المكتسبة لا يمكن مناقضتها من جديد²، أما بخصوص القوة التنفيذية للحكم أو القرار التحكيمي التي يمنحها أمر التنفيذ ما هو إلا مجرد ترخيص ذو طبيعة إدارية تجعل من الحكم سنداً تنفيذياً³.

تعد سلطة إصدار أوامر الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم من اختصاص القضاء الاستعجالي تطبيقاً لنص المادة 2/1051⁴ من ق ا م ا، و بإسقاط أحكام المادة 976 من ق ا م ا على ما جاءت به المادة 1051 من ق ا م ا نجد أن صلاحية الأمر بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية من اختصاص رئيس المحكمة الإدارية مع مراعاة ما إذا كان مقر التحكيم بالجزائر أو بالخارج و ذلك وفقاً لما يلي:

- إذا كان التحكيم يجري بالجزائر: تعتبر قابلة للتنفيذ و بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها.

1 - تنص المادة 1031 من ق ا م ا على ما يلي: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"

2 - بن عمران سهيلة، المرجع السابق، ص. ص 191-192.

3 - تنص المادة 600 من ق ا م ا على ما يلي: "...و السندات التنفيذية هي: أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية و المودعة بأمانة الضبط...".

4 - " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني"

- إذا كان التحكيم يجري خارج التراب الوطني: تعتبر قابلة للتنفيذ و بنفس الشروط بأمر من رئيس المحكمة الإدارية محل تنفيذ الصفة.

و إذا كان الوضع كذلك في التشريع الجزائري، إلا أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بمناسبة قضية المعهد الوطني للأبحاث الطبية الفرنسي لم تتطرق إلى مسألة الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، إلا أنه و من الناحية العملية فإن القاضي العادي هو المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ في العقود التي تمس مصالح التجارة الدولية حتى و إن كانت ذات طبيعة إدارية طبقا لمعايير القانون الفرنسي¹.

المبحث الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الدولية

على غرار الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية تكون أحكام التحكيم هي الأخرى قابلة للمراجعة بطرق الطعن العادية و غير العادية، إلا أنه و في مجال المنازعات الإدارية الصادر بموجبها حكم التحكيم الدولي يجب الفصل أولا في مسألة تحديد الاختصاص القضائي (المطلب الأول) ثم التطرق إلى الطرق التي أقرها التشريع لممارسة الطعون في مجال التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد الاختصاص القضائي للطعن في أحكام التحكيم الدولية

سبق و أن أشرنا إلى أن نظام الازدواجية القضائية يؤثر على تحديد الجهة القضائية المختصة في المسائل إلي تتطلب تدخل هذه الأخيرة كجهة دعم أو رقابة للعملية التحكيمية خاصة إذا طرحت أمام هذه الأخيرة نزاع إداري فيكون من الواجب النظر إلى طبيعة النزاع لمعرفة القضاء المختص.

إن دراسة هذه النقطة تتطلب إسقاط الوضع على الدول التي تأخذ بالمعيار المادي (الفرع الأول) و يقابله في ذلك الدول التي تأخذ بالمعيار العضوي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الاختصاص القضائي بتطبيق المعيار المادي

إن المشرع الفرنسي لم يضع معيارا عاما من أجل تحديد اختصاص القضاء الإداري باستثناء بعض الحالات التي تسجل تدخل المشرع من أجل تحديده للجهة القضائية المختصة لبعض النزاعات على أن تدخله كان قليلا، فمسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري و إن كانت تعود

¹ -**Mathias Audit**, Arbitrage international et contrats publics en France, in Collection contrats publics et arbitrage international, sous la direction de Mathias Audit, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.114

دستوريا للمشرع الفرنسي، إلا إن هذا الأخير اتبع طريقة الشرط العام للاختصاص¹ الأمر الذي ترتب عليه قيام القضاء الفرنسي بدور معتبر في تحديد المعيار المتبع لتوزيع الاختصاص بين الجهتين القضائيتين²، و يعتبر تدخل القضاء في تحديد القضاء المختص أحد أهم النتائج المترتبة عن الأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد النزاع الإداري.

في مجال التحكيم، حاول الفقه في غياب وجود نصوص صريحة التصدي لهذا الإشكال، فترى "إيفا بروس"³ Eva Bruce بأن تدخل القضاء الوطني في التحكيم يجب أن يدرس بالنظر إلى طبيعة التدخل من طرف القاضي، فإذا تدخل هذا الأخير بوصفه مكملًا لمهمة المحكم (تدخلي شكلي أو تقني) فإن قواعد الاختصاص القضائي لا تطبق و في المقابل، إذا تدخل القضاء باعتباره منافسًا للمحكم من خلال الرقابة على القرارات التحكيمية و الطعن فيها فإن تحديد الجهة القضائية المختصة تكون ضرورة و بالتالي يكون القاضي الإداري مختصًا، فإذا كان التقرير الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي سنة 1993⁴ حول الطرق البديلة لحل النزاع الذي نص على أنه تعهد وظيفة قاضي الدعم إلى المحكمة الإدارية مقر التحكيم المشار إليه في شرط التحكيم و إلى المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً، إلا أن الفقه⁵ لطالما رفض هذا الاقتراح معتبراً بأنه من غير المعقول خلق اختصاصين قضائيين في مادة قاضي الدعم، و بالتالي فإن تشكيل المحكمة التحكيمية في مادة العقود الإدارية لا يشكل أية خصوصية مقارنة بنزاع القانون الخاص حتى و إن لم يتم تأكيد ذلك صراحة⁶.

و بالتالي تكون بالضرورة تدخلات القاضي الوطني في موضوع النزاع المعروض أمام التحكيم خاضعة لقواعد توزيع الاختصاص القضائي، و كمنافس للمحكم يكون القاضي الإداري مختصاً في

1 - يعني هذا الشرط هو وضع مبدأ عام الذي من خلاله يتم استخلاص المنازعات التي تعود لكل جهة قضائية.
2 - بدران مراد، تحديد اختصاص القاضي الإداري: دور المشرع أم دور القاضي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية العدد الأول خاص بالملتقى المغربي حول "المقاربة المغربية لمعيار القانون الإداري" المنظم في جانفي 2015، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص 110.

3 - Eva Bruce, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques (remises en question), in revue d'arbitrage, n 01, 2006, pp.65-66

4 - Conseil d'État, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administratives, 4 février 1993, cité par Mathias Audit, Arbitrage international et contrats publics en France, *op-cit*, p. 126

5 - يعتبر الفقيه توماس كلاي بان القاضي العادي هو المختص في كل ما يتعلق بتدخل القضاء كمساعد للعملية التحكيمية على الأقل على المستوى الدولي لأنه و من غير الطبيعة في مادة التحكيم الدولي أن تتم مناقشة طبيعة الاختصاص محل التدخل قبل إخطار قضاء الدولة خاصة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب الذين لم تسمح لهم الفرصة لمعرفة الازدواجية القضائية.

انظر:

- Thomas Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, in recueil Dalloz, 2009, p. 2961

6 - Mathias Audit, Arbitrage international et contrats publics en France, *op-cit*, pp. 126-127

هذه الحالة شريطة توفر معايير اختصاصه، فالقاضي الإداري باعتباره جهة استئناف أو جهة نقض ضد أحكام التحكيم لا يكون مكملا لعمل المحكم بل منافسا له إذ بإمكانه رفض القرار أو تعديله¹.

غير أن تدخل القاضي الإداري في العملية التحكيمية يبدو أمرا معقدا و ذلك بالنظر إلى الطبيعة المختلطة للنزاع التحكيمي و بالنظر كذلك إلى مبدأ حظر التحكيم، فالنسبة إلى العنصر الأول إذا كان النزاع يدخل في مجال تطبيق القانون الإداري و القاضي الإداري فهنا يمكن نقل القرار التحكيمي إلى القاضي الإداري، و لكن إذا كان القرار التحكيمي يرتبط بالقانون الخاص يكون القضاء العادي هو المختص²، أما فيما يتعلق بالتأثير الناجم عن مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم و ارتباطها بتدخل القضاء الإداري فيرى الأستاذ "ايفا بروس" بأن تدخل القاضي الإداري يبدو نفعيا لتعويضه عن كون أن النزاع الذي يتعلق بالأشخاص المعنوية العامة كان من الوهلة الأولى موجه إلى قضاء خاص و في هذه النقطة يتساءل الكاتب حول إمكانية توظيف مبدأ حظر التحكيم في اشتراط اختصاص القاضي الإداري فيما يخص الطعون ضد القرارات التحكيمية؟ إذ يبدو من الصعب نفي تأثير مبدأ حظر لجوء الأشخاص العمومية الفرنسية إلى التحكيم على تحديد القاضي الوطني المختص في النزاع المعروض أمام التحكيم لكون وان هذا المبدأ اعد أساسا للحفاظ على اختصاص القاضي الإداري³.

هذا و قد استخلصت محكمة التنازع الفرنسية في قضية المعهد الوطني للبحوث الطبية الفرنسي بأن تدخل القضاء الإداري كمراقب لأحكام التحكيم يكون في المجالات التالية:

- الصفقات العمومية

- عقود الشراكة (صفقات الشراكة حاليا)

- تفويضات المرفق العام

الفرع الثاني: تحديد الاختصاص القضائي بتطبيق المعيار العضوي

لعلّ من أبرز الآثار التي تتولد على الصفقة العمومية دولية كانت أو وطنية أن تكون منازعاتها خاضعة نوعيا لاختصاص القضاء الإداري، و هذا تجسيدا للمعيار العضوي ذلك أنّه في حالة الصفقة

¹ - Eva Bruce, *op-cit*, pp.81-82

² - *ibid*, pp.82-83

³ -Eva Bruce, *op-cit*, p.90.

العمومية، يكون أحد أطراف النزاع حتما شخص من الأشخاص المعنوية العامة، و من المعلوم أن التشريع الجزائري أخذ بالمعيار العضوي كقاعدة عامة في تعريفه للنزاع الإداري¹.

و بالنتيجة، فإن منازعات الصفة العمومية في حالة عدم اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم²، تكون خاضعة للاختصاص النوعي للقضاء الإداري، و هذا في حد ذاته يمثل امتيازاً لصالح الشخص المعنوي العام خاصة عندما يكون هذا الأخير في موقع المدعى عليه في الخصومة الإدارية و هذا نظراً لمجموعة من الاعتبارات لعل أبرزها:

إن القاضي الإداري يعتبر القاضي الطبيعي بالنسبة للشخص المعنوي العام، فهو يملك دراية واسعة بقواعد القانون الإداري و مبادئه، و متشبعاً بها، و بالتالي فإنه قد يلجأ إلى أعمال هذه المبادئ و القواعد تحت غطاء حماية المصلحة العامة، بالشكل الذي يجعله يميل نحو ترجيح كفة الشخص المعنوي العام الطرف في الصفة، على حساب الطرف الأخر، في حين أنه لو كان القاضي العادي هو المختص نوعياً بمنازعات الصفقات العمومية لكان الوضع مختلفاً، لأن القاضي العادي في هذه الحالة سوف يكون حيادياً وفقاً لما هو متعارف عليه في إطار أصول الإجراءات المدنية.

و إلى جانب ذلك، فإن القاضي العادي أثناء إدارته للخصومة القضائية و الفصل فيها سوف يحتكم إلى قواعد موضوعية، وإجرائية، تختلف عن قواعد القانون الإداري ومبادئه، فقواعد القانون المدني و التجاري التي يعتمد عليها القاضي العادي لو طبقت على الصفة العمومية، ستجعل من هذه الأخيرة ينظر إليها القاضي العادي على أنها مجرد عقد مدني أو تجاري تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين³، و هي القاعدة التي تجعل من جميع أطراف الخصومة يقفون على نفس المسافة من القاضي المعروض أمامه النزاع، و بالتالي يفقد الشخص المعنوي العام تميزه الإجرائي الذي يتمتع به لو عرض النزاع على القاضي الإداري.

1 - تنص المادة 800 من ق.ا.م.ا. على ما يلي:

"المحاكم الإدارية من 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 المؤسسات العامة ذات الصيغة الإدارية طرفاً فيها."

2 - إن الخاصية الاتفاقية (غير الإلزامية) للتحكيم في منازعات عقود الأشخاص المعنوية العامة، تعدّ أحد أبرز الأسباب التي تحول دون لجوء الشخص المعنوي العام للتحكيم، يقيناً منه أن التحكيم لا يمنحه الامتيازات، التي يتمتع بها لو يعرض النزاع أمام القضاء الإداري.

3 - تنص المادة 106 من ق م ج "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرّها القانون."

كذلك، فإنه من الأسباب التي تجعل من اختصاص القضاء الإداري نوعيا بمنازعات الصفقات العمومية امتيازًا لصالح الشخص المعنوي العام في الصفقة يكمن في الحالة التي تكتسب فيها الصفقة العمومية الطابع الدولي، ففي هذه الحالة قد تلعب بعض العوامل كالعامل المتعلق بالسيادة دوراً ما في توجيه إرادة القاضي الإداري المعروض أمام النزاع، و بالتالي لن تكون قناعته النهائية بخصوص النزاع مبنية على اعتبارات قانونية محضة.

تطبيقاً لتبني المشرع الجزائري للمعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من ق ا م ا جاءت المادة 1977¹ من ق ا م ا، و التي تفيد بأن القاضي الإداري هو المنوط بمراقبة أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية الدولية.

جدير بالذكر أنه و إن كان المشرع الجزائري قد كرس و بوضوح اختصاص القاضي الإداري في مجال تدخله في النزاع التحكيمي الذي يخص الصفقات العمومية الدولية، إلا أن تدخل القاضي الإداري في مراقبة أحكام التحكيم (طرق الطعن) يدخل في مجال القضاء الموضوعي بحيث يكون هنا القاضي الإداري الذي يفصل في موضوع النزاع هو المنوط به النظر في الطعون المرفوعة ضد أحكام التحكيم.

و نجد إلى جانب المشرع الجزائري نظيره المغربي الذي طبق هو الآخر المعيار العضوي فيما يخص أحكام التحكيم الداخلي، حيث نص الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية 05-08 في الفقرة الأخيرة على أنه: "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها و إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني" .

و لئن نص المشرع المغربي بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الدولية على الاختصاص فيها يعود لرئيس المحكمة التجارية²، إلا أن القضاء المغربي قد خالف هذا النص و هو ما تجسد في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط³ بمناسبة الطلب المقدم من قبل شركة "سليني كونستروكتوري" ضد المملكة المغربية و الذي جاء كما يلي: "...حيث أن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية و حيث أنه و استناداً

1 - " تطبق المقضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

2 - الفصل 327-46 من قانون المسطرة المغربية 05-08.

3 - صدر الأمر بتاريخ 18 جوان 1012

إلى الفصل 310 فإنه يرجع الاختصاص بالنظر إلى المحكمة الإدارية، فإن الطلب الحالي موجه لجهة غير مختصة و يتعين التصريح بذلك..¹.

هذا و قد أثار الفقه المغربي تساؤلات حول مسألة تبدو في غاية الأهمية و هي هل أن كل النزاعات المترتبة عن العقود المبرمة مع الدولة و الصادر بشأنها حكم تحكيمي تكون كلها خاضعة لاختصاص المحكمة الإدارية؟ الأمر الذي يطرح خلا على مستوى نظام الاختصاص القضائي²، و قد تمخضت هذه التساؤلات نتيجة الصياغة التي أتى بها المشرع المغربي في الفصل 327 من القانون 08-05 حيث أنه لم يميز بين أنواع العقود المبرمة من طرف الدولة و بالإضافة إلى ذلك، لم يستعمل المشرع المغربي مصطلح العقود الإدارية و لو لمرة واحدة ليتم على أساسها الاعتماد على تعريف هذه العقود باستثناء العقود المبرمة من طرف الدولة في إطار قواعد القانون الخاص، فخلافا للمشرع المصري³، كان المشرع المغربي يستعمل تارة عبارة "نزاع يكون أحد الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام طرفا فيه" و تارة أخرى يستعمل عبارة "العقود التي تبرمها الدولة" و هي عبارات لا تسعف في تجاوز الإشكال المطروح⁴.

و على صعيد التشريع الجزائري يبدو لنا أن هذه الإشكالات لا مكان لها للطرح طالما أن المشرع الجزائري كان واضحا في صياغة المادة 1006 من ق ا م ا و التي نصت بوضوح أن التحكيم يجوز في الصفقات العمومية دون غيرها من العقود التي تكون الدولة أو احد أشخاصها المعنوية طرفا فيها.

المطلب الثاني: تحديد طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية

على غرار الأحكام القضائية، تخضع أحكام التحكيم الدولية هي الأخرى لطرق الطعن المنصوص عليها قانونا، غير أنه يجب التمييز بين طرق الطعن التي تمس أوامر الاعتراف و التنفيذ و تلك التي توجه مباشرة ضد الحكم التحكيمي في حد ذاته.

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 270 .

2 - محمد شوراق، التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 94.

3 - الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم المصري و المشار إليها سابقا.

4 - محمد شوراق، المرجع السابق، ص 96.

الفرع الأول: الطعن بالاستئناف ضد أوامر الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و الأمر بتنفيذها

يعتبر الطعن بالاستئناف طريقا عاديا من طرق الطعن ضد الأحكام و القرارات الصادرة بصفة ابتدائية و هو بهذا الشكل يجسد المظهر التطبيقي لمبدأ التقاضي على درجتين المكرس في معظم الأنظمة القضائية و هذا على غرار النظام القضائي الجزائري¹، و من نتائج الطعن بالاستئناف مراجعة الحكم الصادر عن أول درجة أو إلغائه².

و إذا كان المشرع الجزائري قد نص على الاستئناف في مادة التحكيم الدولي إلا أن هذا الطعن لا يوجه مباشرة ضد الحكم التحكيمي و إنما يستهدف الأوامر التي ترفض الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها (أولا)، كما أجاز أيضا استئناف الأوامر القاضية بالاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها وفقا لحالات محددة حصرا (ثانيا).

أولا: استئناف الأوامر الراضية للاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و الراضية لتنفيذها

طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن الأمر القضائي الذي رفض الاعتراف أو التنفيذ يكون قابلا للاستئناف³ و هو أمر يبدو في غاية المنطق و الوضوح لأن المسألة تتعلق بالرفض و يتفق في ذلك المشرع الفرنسي⁴ الذي جعل الأمر الصادر برفض إعطاء الصيغة التنفيذية على أحكام التحكيم قابلا للطعن بالاستئناف شريطة أن يكون الرفض مسببا و هو الأمر الذي يشكل نقطة اختلاف مع التشريع الجزائري.

ثانيا: استئناف الأوامر القاضية بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و القاضية بتنفيذها

نصّ المشرع الجزائري على إمكانية الطعن ضد الأوامر القاضية بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها، غير أنه جعله مرهونا بحالات حددها حصريا بموجب المادة 1056 من ق ا م ا، و خلافا لذلك فإن المشرع الفرنسي قد أغلق الباب أمام إمكانية الطعن ضد هذه الأوامر⁵ و هو أمر يضر في المقام الأول بالخاسر في الدعوى كما أنه يهدر حقوقه، و في هذا الإطار قضت المحكمة

1 - جاء ضمن المبادئ العامة للتقاضي الواردة في ق ا م ا في نص المادة 06 ما يلي: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

2 - انظر المادة 332 من ق ا م ا.

3 - تنص المادة 1055 على أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف لو التنفيذ قابلا للاستئناف"

4 - L'article 1522/2 du CCPF dispose: " Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520"

5 - L'article 1524 du CCPF dispose: "L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522"

الدستورية العليا بمصر بعدم دستورية المادة 58 من قانون التحكيم المصري و التي تقضي بأنه لا مجال للتظلم ضد أوامر التنفيذ، حيث استطردت المحكمة تقول بان الحكم يتعارض أساسا مع مبدأ المساواة بين أطراف النزاع و الإخلال بحقوق التقاضي¹.

و بالرجوع إلى نص المادة 1056 من ق ا م ا نجد أن المشرع الجزائري و على خلاف القواعد العامة في الإجراءات القضائية و التي تقضي بجواز الاستئناف دون حصره في حالات معينة، فإن الاستئناف في مجال التحكيم في هذه الحالة يكون مرتبطا بحالات محددة حصرا مسائرا في ذلك بعض التشريعات المقارنة² ، و هي حالات تتعلق باتفاقية التحكيم و إجراءات التحكيم.

1- الحالات المرتبطة باتفاقية التحكيم

بالرجوع إلى المادة 1056 من ق ا م ا نجد أن المقطع الأول يحدد الحالات المرتبطة بالاتفاقية و هي انعدام اتفاقية التحكيم، أو اتفاقية تحكيم باطلة، أو انقضاء المدة القانونية للاتفاقية.

تثير هذه النقطة بعض الإشكالات القانونية، فقد يطرح التساؤل عن النظام القانوني الواجب التطبيق من قبل القاضي الوطني للنظر في مدى صحة اتفاقية التحكيم؟

حاول الفقه الفرنسي إيجاد مخرج للإشكال المطروح ، فقد اهتدى تيار من الفقه إلى ارتباط القرار التحكيمي ببلد المنشأ و هو التيار المتأثر بالنظرية القضائية للتحكيم، أي أن صحة القرار التحكيمي مرهون بتطبيق القاضي لقانون بلده للنظر في صحة القرار أو الاتفاقية، أما التيار الثاني فيقر بأن

1 - اشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص 272.

2 - أورد الفصل 49-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي 05-08 حالات الاستئناف الأمر القاضي بالاعتراف و هي:

- إذا بنت الهيئة التحكيمية دون اتفاق التحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء اجل التحكيم
 - إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم الفرد بصفة غير قانونية
 - إذا بنت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها
 - إذا لم تحترم حقوق الدفاع
 - إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني.
- كذلك نص المشرع الفرنسي على نفس الحالات و إن كانت هذه الأخيرة تتعلق برفض الاعتراف أو التنفيذ ، و هي حالات مقتبسة من التشريع السويسري.

إجراءات التحكيم متحررة من كل ارتباط بقوانين الدول، و بأن الإرادة المشتركة للأطراف هي مصدر الاتفاقيات التحكيمية و كذلك مصدر الرضا¹.

أما عن حالة التشكيك في وجود الاتفاقية فهي حالة نادرة و إن وجدت فيمكن للطاعن محاولة إثبات عدم صحة العقد أو الاتفاق الذي كان سببا في وجود اتفاقية التحكيم فيثبت بذلك انعدامها، و في سبيل ذلك يمكن للمستأنف إثبات أنه غير ملزم بالعقد الذي احتوى اتفاق التحكيم لأنه لم يوقع عليه ا و أنّ العقد لم يدخل بعد حيز التنفيذ².

و بخصوص الحالة الأخيرة و التي تتعلق بانقضاء المدة القانونية للاتفاقية فهي حالة غالبا ما تحدث بالتبعية بحيث يسهل إثباتها و تثبت بانقضاء المهلة المقررة للتحكيم.

2- الحالات المرتبطة بإجراءات الخصومة التحكيمية

و تتمثل في ما يلي:

1- تشكيل الهيئة التحكيمية مخالف للنظام العام

لقد حدد المشرع الجزائري و بوضوح كيفية تعيين المحكمين و تشكيل الهيئة التحكيمية، كما أنه تصدى لحالة الصعوبات التي تواجه استكمال الهيئة، و عليه كل ما يقع مخالفا لذلك سواء تعلق الأمر بمخالفة إرادة الأطراف أو مخالفة نظام تحكيمي أو قضائي يكون محل طعن بالاستئناف.

ب- مخالفة المهمة المسندة للتحكيم

يستمد التحكيم شرعيته من إرادة الأطراف التي اتفقت على إحالة النزاع إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاع، غير أن هذه الإرادة ليست بالمطلقة فليس من السهل الادعاء على أن المحكم لم يعمد إلى التقيد بمهمته، فلقد أقر الاجتهاد الفرنسي بأن تحوير العقد أو الخطأ في تحديد الوقائع أو الخطأ القانوني لا يمكن أن ينال من الحكم التحكيمي³.

1 - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 114.

2 - بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 70.

3 - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 115.

ج-عدم مراعاة مبدأ الوجاهية

يعتبر مبدأ الوجاهية التي تلتزم الهيئة التحكيمية بإعماله أهم تطبيق لحق الدفاع، أي حق كل خصم في أن يعلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل للدفاع و الحجج و أن يكون هذا العلم يتزامن مع الوقت للرد على الخصم مع مناقشة عناصر الوقائع و القانون التي يطرحها المحكم¹، و يتولد عن احترام مبدأ الوجاهية المساواة بين أطراف الخصومة بخصوص جميع المعلومات التي تتعلق بالنزاع سواء كانت خاضعة للوقائع أو للقانون².

د-عدم مراعاة مبدأ التسبيب أو وجود تناقض في الأسباب ه-مخالفة النظام العام الدولي

الفرع الثاني: الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر

يقصد بالبطلان بوجه عام بأنه ذلك الوصف الذي يلحق التصرف القانوني المعيب الذي انعقد مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية و التي تهدف إلى مصلحة عامة أو سمة جوهرية من مصلحة خاصة فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف و إفقاده لأثاره القانونية³.

يستهدف الطعن بالبطلان حكم التحكيم ذاته و ذلك بإقامة دعوى أصلية ضد حكم التحكيم الذي صدر في إقليم الدولة الجزائرية في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من ق ا م ا، أما تلك التي صدرت خارج إقليم التراب الجزائري فلا يسري عليها هذا الطعن و هو ما جاء في نص المادة 1058 من ق ا م ا و كذلك أضافت الفقرة الثانية من ذات المادة بأن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بالنتيجة الطعن في أمر التنفيذ.

يثير الطعن بالبطلان بعض الإشكالات خاصة من ناحية الآثار القانونية التي ينتجها، فمن السائد أن غالبية أنظمة التحكيم عقد اختصاص النظر في دعوى البطلان لقضاء دولة المقر التي

1 - عاشور ميروك، المرجع السابق، ص.ص 56-57.

2 - جاء في هذا السياق نص المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI: "Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits"

3 - اشرف خليل محمد حماد، المرجع السابق، ص 228.

انعقدت جلسات التحكيم على إقليمها¹، في حين أنه قد لا يوجد تلازم بين القاضي الأمر بالتنفيذ و بين القاضي الذي يطلب منه إبطال حكم التحكيم و هنا يثور الإشكال حول إمكانية ترتيب حكم التحكيم من قبل قضاء دولة المقر لأثار في مواجهة الدولة الأخرى التي قد يطلب منها استصدار أوامر الاعتراف أو التنفيذ؟

مال جانب من الفقه إلى إمكانية تنفيذ القرارات في الدول المطلوب من قضائها إصدار أمر بالتنفيذ لصالح أحد المحتكمين و ذلك على الرغم من القضاء ببطلان القرار في دولة أخرى بناء على طلب الطرف الخاسر في الخصومة ، و هو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في وجهة نظر متفردة تقلل من شأن الأثر الدولي لحجية الطعن بالبطلان، في حين ذهب فريق آخر إلى تشجيع الفعالية الدولية للطعن بالبطلان و ذلك استنادا إلى أن اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قد وضعت نصوصا تضع على عاتق قضاء الدولة المطلوب منها إصدار أمر التنفيذ ضرورة رفض هذا الطلب للأحكام المبطله من قبل دولة المقر أو دولة القانون المطبق على النزاع و هذا من أجل تحقيق الحد الأدنى من التنسيق على الصعيد الدولي².

الفرع الثالث: الطعن بالنقض

بالرجوع إلى نص المادة 1061 من ق ا م ا، فإنه يمكن الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة بعد استئناف الأوامر التي تقضي برفض الاعتراف أو رفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولي (المادة 1055 من ق ا م ا)، و كذا القرارات الصادرة بعد استئناف الأوامر التي تقضي بالاعتراف أو بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي (المادة 1056 من ق ا م ا) و أخيرا ضد القرارات الصادرة بعد الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 1058 من ق ا م ا و الذي سبقت الإشارة إليه، غير أن المشرع لم يشر إلى الحالات التي على أساسها يتم الطعن و لم يحدد مدة الطعن، و بالرجوع إلى القواعد العامة للتحكيم نجد أن المشرع لم ينظم حالات الطعن بالنقض ضد قرارات التحكيم، و بالتالي يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الطعن بالنقض ضد الأحكام القضائية أمام مجلس الدولة، غير أن الرجوع إلى هذه الأحكام يحيلنا هو الآخر إلى تطبيق قواعد الطعن ضد الأحكام القضائية المتبعة أمام المحكمة العليا.

إن حالات الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا حددتها المادة 358 من ق ا م ا، بثماني عشرة وجها و هي كالآتي:

¹ - على غرار المادة 1058 من ق ا م ا نجد أن الفصل 51-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي تنص على انه: "يمكن أن يكون الحكم التحكيمي الصادر في المملكة قابلا للطعن بالبطلان "

² - صديق بغداد، دور إرادة الأطراف، المرجع السابق، ص 473.

- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.
- عدم الاختصاص.
- تجاوز السلطة.
- مخالفة القانون الداخلي.
- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة.
- مخالفة الاتفاقيات الدولية.
- انعدام الأساس القانوني.
- انعدام التسبيب.
- قصور التسبيب.
- تناقض التسبيب مع المنطوق.
- تحريف المضمون الواضح و الدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، و في هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، و إذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.
- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً، و لو كان احد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، و في هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 من ق ا م ا، و يجب توجيهه ضد الحكمين، و إذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء احد الحكمين أو الحكمين معاً.
- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.
- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.

- السهو عن الفصل في احد الطلبات الأصلية.

- إذا لم يدافع عن ناقص الأهلية.

يلاحظ على هذه المادة، إسهابها في تعداد حالات الطعن بالنقض، رغم أن الحالة المتعلقة بمخالفة القانون الداخلي تشمل جميع الحالات الأخرى، فحتى الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الجزائر تصبح بعد المصادقة عليها من قبل رئيس الجمهورية، أو البرلمان الجزائري جزءا من النظام القانوني الداخلي، و متمتعة بالسمو على القوانين¹.

المطلب الثالث: العوائق الإجرائية المترتبة عن آثار الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية

إذا كان من المسلم به أن الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في مادة الصفقات العمومية ترفع أمام الجهات القضائية الإدارية الأمر الذي يجعل الاستئناف يرفع أمام مجلس الدولة، فإن الإشكال يطرح حول أجل الطعن و كذا مسألة وقف التنفيذ أمام مجلس الدولة؟

فإذا ما رجعنا إلى الأحكام المتعلقة باستئناف الأوامر الاستعجالية أمام مجلس الدولة، فإن الأجل يحدد بأجل 15 يوما الموالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ² في حين أن استئناف أوامر الاعتراف أو التنفيذ تحدد بأجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة³ فأى النصين نطبق؟ مع العلم أن قواعد الاختصاص القضائي الإداري تعد من النظام العام، كذلك فإن الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف⁴ باستثناء القرارات القضائية⁵ في حين أن المادة 1060 من ق ا م ا، تنص على أنه يوقف تقديم الطعون و أجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم.

كذلك يثير هذا الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر في المادة الإدارية هو الآخر بعض الإشكالات الإجرائية، فبموجب المادة 1059 من ق ا م ا فان الطعن بالبطلان يرفع

1 - تنص المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على ما يلي: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون !.

و قد كانت تحمل هذه المادة رقم 132 قبل التعديل الدستوري.

2 - انظر المادة 950 من ق ا م ا

3 - انظر المادة 1057 من ق ا م ا

4 - انظر المادة 908 من ق ا م ا

5 - انظر المادة 912 من ق ا م ا

أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه مع أن الأجل المحدد بشهر واحد يخص الطعن بالبطلان ضد الأمر القاضي بالتنفيذ.

لكن و بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي ينتج عن ذلك عدم مراعاة الاختصاص الإقليمي الذي جاءت به المادة 1059 لكون أن الطعن بالبطلان يفترض رفعه في هذه الحالة أمام مجلس الدولة، و بالنتيجة تطرح من جديد الإشكالات المتعلقة بالأجل و كذلك وقف التنفيذ.

أما بالنسبة لأجل الطعن بالنقض في مادة التحكيم و -كما سبق و أن اشرنا- أن المشرع لم يحدد أجل الطعن فهل يتم الرجوع إلى أجل الطعن بالنقض المشار إليه في المادة 956 من ق ا م ا التي نصت على أن الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة يرفع في اجل شهرين (02) يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن.

المبحث الثالث: الإشكالات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية

تنتهي الدعوى الإدارية المرفوعة ضدّ الشخص المعنوي العام عندما ينجح المدّعي في إثبات ادعاءاته بصدور أمر أو حكم أو قرار قضائي لصالحه و ذلك حسب طبيعة الدّعى التي يكون قد رفعها، لكن رغم ذلك تبقى أمام المدّعي المحكوم لصالحه مرحلة أكثر أهمية، إن لم نقل أيضا الأهم و هي تنفيذ المدّعى عليه ما قرره القضاء لصالح المدعي.

إن هذه المرحلة هي الأخرى تختلف و تتميز في المجال الإداري عنها لو كانت في المجال المدني و التجاري، فالتنفيذ في مواجهة الشخص المعنوي العام له خصوصياته التي تجعله يتميز بالصعوبة و هذا لعدّة اعتبارات، فإذا لم تحقق محاولة التنفيذ الاختياري على أشخاص القانون الخاص نتيجة فإنه يمكن اللجوء إلى التنفيذ الجبري و ذلك من خلال الحجز على أموالها، لكن هذا الأمر ليس ممكنا في مواجهة الشخص المعنوي العام الذي تعدّ أمواله غير قابلة للحجز كأصل عام، و هذا ما أكّدت عليه المادّة 636 فقرة 1 من ق.ا.م.ا. التي ورد فيها ما يلي "...لا يجوز الحجز عن الأموال الآتية: الأموال العامة المملوكة للدولة، أو الجماعات الإقليمية أو للمؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...".

إن نسا قانونيا كهذا يبرز مدى صعوبة التنفيذ في مواجهة الشخص المعنوي العام الذي لا يمكن الحجز على أمواله، و لا يمكن تسخير القوة العمومية ضده¹.

و من هنا يثور التساؤل أيضا بخصوص تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بمناسبة نزاع يتعلق بصفقة عمومية، ذلك أن التنفيذ في هذه الحالة من الممكن جدا أن يكون في مواجهة شخص معنوي عام.

إن عملية التنفيذ الجبري لحكم التحكيم و خصوصية هذا الأخير في المادة الإدارية عوامل تطرح إشكالا، لأنه و إن كان القرار التحكيمي يعامل معاملة الحكم القضائي بعد استصدار الصيغة التنفيذية إلا انه و أمام استحالة أو صعوبة التنفيذ ضد الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو حتى مؤسسة عمومية ذات طابع إداري يصبح الأمر بالتنفيذ الذي تصدره الجهة القضائية مجرد أمر وهمي².

لمجابهة إشكالات امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام، حاولت العديد من التشريعات البحث عن الحلول المناسبة و هو ما لمسناه في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: الحلول الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

اتخذ المشرع الجزائري متأثرا بالتجارب المقارنة -أبرزها التجربة الفرنسية- بعض التدابير الرامية إلى التخفيف من صعوبة التنفيذ في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة.

الفرع الأول: الغرامة التهديدية

خلافا للجدل الذي طبع الممارسة القضائية قبل سنة 2008 فيما يتعلق بجواز توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية، فإن قانون 08-09 قد حسم الموقف لصالح جواز ذلك، و بموجب مواده من المادة 980 و إلى غاية المادة 985، على أن تكون الغرامة التهديدية المأمور بتوقيعها مستقلة عن تعويض الضرر الناتج عن الامتناع عن التنفيذ (المادة 982).

إذ تنص المادة 980 من ق ا م ا على أنه: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و 979 أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

¹ - تنص المادة 687 من ق.ا.م.ا. على ما يلي:

"..... يمكن الاستعانة بالقوة العمومية لتنفيذ أمر الحجز عند الاقتضاء".

² -Apostolos Patrikios, *op-cit*, p.294

الفرع الثاني: سلطة توجيه الأوامر

بذريعة مبدأ الفصل بين السلطات كان محظورا على القاضي الإداري أن يوجه الأوامر للإدارة لكن بعد الدعوات التي نادى بها جانب من الفقه، تراجع كل من التشريع الفرنسي و القضاء الفرنسي عن حدة هذا المسلك و أصبح بإمكان القاضي الإداري أن يأمر الإدارة في حدود معينة غير مطلقة و من بينها أمرها بتنفيذ الأحكام القضائية.

و هذا هو المسلك الذي سار عليه المشرع الجزائري بعد الإصلاحات التي جاء بها قانون 08-09 و الأمر الذي يوجه للإدارة من أجل التنفيذ قد يكون في نفس الحكم إذا تم طلبه قبل صدور الحكم (المادة 978)، أو بعد صدور الحكم إذا لم يكن قد طلب قبل صدور الحكم (المادة 979).

لكن الملاحظ أن المادتين 978 و 979 تتعلقان بتنفيذ الأحكام القضائية و ليس بأحكام التحكيم فهل يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة بتنفيذ حكم تحكيمي صادر ضدها؟

يمكن القول بجواز ذلك فالحكم التحكيمي الوطني لن يكون سندا تنفيذيا إلا إذا أمر القضاء بتنفيذه، و كذلك الحكم التحكيمي الأجنبي الذي لا ينفذ إلا إذا اعترف به القضاء الوطني و أمر بتنفيذه.

المطلب الثاني: الحلول الواردة في نصوص قانونية خاصة

و هنا يمكن الإشارة إلى قانون 91-02 المتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية بتعويضات مالية ضد الإدارة، و كذلك قانون العقوبات الذي يجرم الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة.

الفرع الأول: قانون 91-02 المتعلق بتنفيذ بعض أحكام القضاء

تعتبر منازعات الصفقات العمومية منازعات ذات طابع مالي لأنها غالبا ما تتعلق بمرحلة التنفيذ، و بالتالي ينتهي الحكم فيها بالتعويض لصالح الطرف المتضرر، و في حالة امتناع الشخص المعنوي العام عن الدفع تطبق عليه أحكام التشريع المعمول به و هو ما جاءت به المادة 986 من ق م ا : "عندما يقضي الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به بإلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة بدفع مبلغ مالي محدد القيمة، ينفذ طبقا للأحكام التشريعية السارية المفعول"، و يعتبر هذا النص نسخة

أصلية عن ما جاء به القانون 81-539¹ و الذي يخص دعاوى التعويض في فرنسا و الذي يشمل الأحكام القضائية و التحكيمية على السواء.

يقصد بالأحكام التشريعية السارية المفعول القانون 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 المتضمن القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام قضاء، و الذي رسم فيه المشرع الجزائري القواعد الواجب إتباعها لتنفيذ أحكام قضاء التعويض دون سواها، و تتلخص الإجراءات في إمكانية اللجوء إلى أمين الخزينة على مستوى الولاية لاقتضاء الحق منها على أن تتولى الخزينة بعد ذلك خصم المبلغ المدفوع من حساب الإدارة.

و لقبول الطلب يجب إتباع ما يلي:

- تقديم عريضة مكتوبة إلى أمين الخزينة على مستوى الولاية مرفقة بنسخة تنفيذية من الحكم بالإضافة إلى كل الوثائق و المستندات التي تثبت أن إجراءات التنفيذ القضائي بقيت طيلة شهرين بدون نتيجة

- يسدد أمين الخزينة المبلغ خلال اجل أقصاه ثلاثة أشهر².

الفرع الثاني: المتابعة الجزائية لمن يعرقل التنفيذ طبقا لأحكام قانون العقوبات

بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2001 بموجب قانون 01-09 أدرجت فيه المادة 138 مكرر و التي جرمت عمليات عرقلة تنفيذ الأحكام القضائية، و جعلت منها جنحة معاقب عليها بعقوبة الغرامة و الحبس المؤقت، و نظرا لاستحالة المتابعة الجزائية للشخص المعنوي العام، فإن المتابعة الجزائية عند عدم تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد الإدارة توجه ضد الموظف الذي يقع عليه التزام اتخاذ إجراءات التنفيذ لكنه لا يفعل ذلك رغم تبليغه في طلب في ذلك الشأن.

و القول أيضا بصلاحيّة تطبيق هذا الحكم ضد من يعرقل تنفيذ حكم تحكيمي، ذلك أن هذا الأخير لا يتحول إلى سند تنفيذي إلا بعد أن يأمر القضاء بتنفيذه، و عليه من يعرقل تنفيذ حكم تحكيمي أمر القضاء بتنفيذه، إنما يعرقل تنفيذ أمر قضائي و بالتالي يقع تحت طائلة التجريم المنصوص عليه في نص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

¹ -تنص المادة الأولى منه :

"Lorsque une décision juridictionnelle a condamné l'État au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnée dans un délai de quatre mois à compter de la notification"

² -المادة 08 من القانون 91-02.

في الأخير و علاوة عن الحلول التشريعية المشار إليها أعلاه، فإن امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام التحكيم، فعل فيه ضرر يصيب طالب التنفيذ، و عليه فهو يعقد مسؤوليتها و يتيح للمتضرر رفع دعوى قضائية ضدها للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا و نوعيا.

خاتمة

إن دراسة التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في التشريع الجزائري مقارنا، تجعل الدارس يقف أمام حادثة هذا الموضوع في القانون المقارن عموما و التشريع الجزائري خصوصا، كما تجعله أيضا يصطدم بصعوبة التعرف الجانب التطبيقي لهذا الموضوع في الجزائر.

كما يلاحظ على هذا الموضوع أن الجدلية التي لازمته قبل أن يفرض نفسه في القانون المقارن المعاصر قد استمرت معه حتى بعد إقراره، و يظهر هذا من خلال حجم التساؤلات التي لا زالت تطرح بشأن تفعيل العملي للتحكيم في المواد الإدارية سواء في التشريع المقارن أو التشريع الجزائري.

إن مصدر الإشكالات العملية التي تتعلق بتفعيل التحكيم في المادة الإدارية و من بينها الصفقات العمومية الدولية، تجد مصدرها في طبيعة الصفقة العمومية في حد ذاتها و الكيفية التي أدرج بموجبها المشرع التحكيم في الصفقات العمومية الدولية.

فالصفقة العمومية الدولية، تكمن خصوصيتها في طبيعة أطرافها الذين يكون احدهما من أشخاص القانون العام المتمتعين بامتيازات السلطة العامة، باستثناء الحالة الخاصة بالمؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري التي تكون مكلفة بانجاز مشروع ممول بصفة كلية أو جزئية من قبل الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية، إذ يمكنها أن تبرم صفقة عمومية و رغم ذلك يلاحظ حضور الشخص المعنوي العام في هذه الحالة بطريقة غير مباشرة كمول للمشروع المعهود انجازه إلى المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري، و علاوة على ذلك فإن المتعاقد مع الشخص المعنوي العام في الصفقة العمومية الدولية عبارة عن شخص قانوني أجنبي الأمر الذي يزيد من حدة الاعتبارات السيادية و مقتضيات المصلحة العامة التي كانت السبب الرئيس في تأجيل قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في المادة الإدارية عموما.

فرغم كل هذه الاعتبارات التي تميز الصفقة العمومية الدولية، و رغم أن نزاعاتها في أصلها ذات صبغة إدارية يختص بها القضاء الإداري، إلا أن المشرع الجزائري اقر صراحة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية و ذلك بموجب قانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية، و هذا بعد سنوات طويلة تميز فيها موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة بالتذبذب و عدم الحسم النهائي و تبعا لذلك نص تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 15-247 على جواز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات الدولية.

لكن نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المقررة بجواز لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم في الصفقات العمومية الدولية، جاءت شحيحة لم تتجاوز حدود الاعتراف بهذا النوع من التحكيم، و مكتفية بالإحالة على القواعد العامة المطبقة أمام الجهات القضائية الإدارية و ذلك في كل ما يتعلق بالجوانب الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية و الرقابة على القرار أو الحكم التحكيمي.

إن مسلك المشرع الجزائري كان مسلكا غير صائب، إذ خلق فضاء واسعا للغموض و ما زاد حدة ذلك الغموض غياب الممارسة التحكيمية، التي لو كانت موجودة و منتشرة لكان اتصال القضاء بها فرصة له للكشف عن موقفه من تساؤلات لا زالت عالقة.

فأمام أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي في تعريفه للنزاع الإداري من جهة، و إحالة المشرع الجزائري إلى تطبيق القواعد المطبقة أمام جهات القضاء الإداري، و من جهة ثانية العودة إلى الأحكام التي تتعلق بالتحكيم تجعل الدارس لها يخرج بنتيجة مفادها أن القضاء العادي هو الذي يتدخل في الجانب الإجرائي للعملية التحكيمية من لحظة تشكيل الهيئة التحكيمية إلى غاية الطعن في الحكم التحكيمي .

هذه النتيجة الأخيرة فيها تناقض مع المنطق، الذي يقتضي العودة إلى القضاء الإداري في كل ما يتعلق بالجوانب الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية، على اعتبار أن النزاعات الناتجة عن هذه الأخيرة هي إدارية في أصلها، غير انه في مقابل كل هذا نجد أنفسنا أمام واقع تخيم عليه اللاممارسة التحكيمية، التي أنتجت بالضرورة عدمية الموقف القضائي بخصوص هذه الإشكالية.

عند الخوض في هذا الموضوع في التشريع الفرنسي، فانه يلاحظ على هذا الأخير عدم الحسم الصريح للإشكالية، لكن النقطة الفارقة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، أن فرنسا كانت بها ممارسة تحكيمية سمحت للقضاء بإبداء موقفه الذي يسند الجوانب الإجرائية للتحكيم في القانون العام للقاضي الإداري تارة، و للقاضي العادي تارة أخرى.

لكن إذا كان هذا هو موقف القضاء الفرنسي، فإنه لا يوجد أي سند بموجبه يمكن تبرير صلاحية موقف القضاء الفرنسي للعمل به في الجزائر، ذلك أن الإشكال يستدعي تدخل القضاء الجزائري و تبني حل ذاتي و صريح، و هذا رغم صواب موقف القضاء الفرنسي الذي يركز على الأسس القانونية .

كما كان بوسع المشرع الجزائري أن لا يتسبب في هذه الإشكاليات أصلا، لو تخلى عن أسلوب الإحالة و تصدى للتحكيم في المواد الإدارية و قام بتنظيمه من جميع جوانبه الإجرائية، فبهذا الأسلوب

كان سيقطع الطريق أمام الغموض و كثرة التأويلات التي افرزها أسلوب الإحالة، و الحل الأخير هو الأمثل للمشرع الجزائري، الذي يمكن الأخذ به من خلال تعديل عميق لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الجانب المتعلق بالتحكيم الإداري، أو اللجوء إلى تنظيم التحكيم الإداري بموجب قانون مستقل.

في الأخير يمكن القول بأن إدراج عقود تفويضات المرفق العام ضمن تنظيم الصفقات العمومية و اشتراك بعض أحكامها مع تلك التي تخص الصفقات العمومية سينجر عنه في وجهة نظرنا تدريجا الاعتراف لهذا النوع من العقود بمختلف أنواعها جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي قد تتجر عنها ليصبح بذلك الأمر مماثلا للتشريع الفرنسي.

فالتحكيم في مجال القانون العام لا زال يعرف تقدما و توسعا نحو القابلية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لكن بمراعاة نظرة كل دولة لهذا النوع من الطرق البديلة لحل النزاع و مراعاة الأفعال و ردود الأفعال التي تفرزها أوساط المجتمعات تجاه التحكيم في مادة العقود الإدارية بمختلف أصنافه.

المراجع و المصادر

أولاً: باللغة العربية

1- المؤلفات العامة

- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر 2003.
- ماهر محمد حامد، اثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2012.
- مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال-التوريدات-الخدمات)، المكتبة الوطنية، المملكة المغربية، 2009 .
- عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2014.
- عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر و القانون، مصر، 2014.
- عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، دار الكتاب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي، بدون سنة لبنان.
- عمّار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
- علي الفيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2014.

2- المؤلفات الخاصة

- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
- جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري منشورات الحلبي الحقوقية، 2009
- مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية و المدنية، المكتبة الوطنية، المملكة المغربية، 2015.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، منشأة المعارف، مصر، 2006.
- علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، مصر، 2013.
- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ضوابطه، دار الفكر و القانون، مصر، 2011 .

3- المذكرات و الأطروحات

- بوغازي وهيبة، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009-2010.
- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون و إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.

- **بن عمران سهيلة**، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011.
- **بوالصلصال نور الدين**، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة نيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011.
- **جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010.
- **نويوة هدى**، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في المؤسسات الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012.
- **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2010-2011.
- **عمروش فتحي**، اتفاقيات الشراكة الجزائرية الفرنسية، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
- **صديق بغداد**، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري و القضاء التحكيمي، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002.
- **صديق بغداد**، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري و القانون الدولي، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 2013-2014.
- **قريمس إسماعيل**، محل دعوى الإلغاء-دراسة في التشريع و القضاء الجزائريين، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013.
- **قطاف حفيظ**، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014-2015.

- **رمضاني مصطفى**، التحكم في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012-2013.
- **خلف الله كريمة**، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012 -2013.
- **تياب نادية**، آليات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.
- **محمد بن عمر**، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن (الصفقات العمومية نموذجاً)، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الإداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015.

4- المقالات

- **الحسين السالمي**، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، مجلة القضاء التجاري، العدد الخامس 2015، ص. 13
- **بن سهلة ثاني بن علي**، **نعيمي فوزي**، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية، العدد 03، 2008، ص.07
- **بن عصمان جمال**، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مجلة دراسات قانونية، العدد 08، 2008، ص. 64
- **بدران مراد**، تحديد اختصاص القاضي الإداري: دور المشرع أم دور القاضي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد الأول خاص بالملتقى ألمغربي حول "المقاربة المغاربية لمعيار القانون الإداري" المنظم في جانفي 2015، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص. 107
- **بوصلصال نور الدين**، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأكسيد و نظام اليونسترال -دراسة مقارنة-، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 10، 2015، ص. 99

- **محمد سمير جمعه**، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 49، مصر، ص. 190
- **محمد شوراق**، التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية مقارنة اختزالية لمقتضيات القانون رقم 08-05، مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء الإداري، العدد 02، 2015، ص. 81
- **محمد شوراق**، الأساس الفقهي و التشريعي للتحكيم في منازعات عقود الدولة، مجلة الرقيب، العدد الخامس، ديسمبر 2016، ص. 81
- **منقور قويدر**، العوائق الإجرائية أمام أعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي احمد زبانة، غليزان، العدد 05، ديسمبر 2015، ص. 19
- **محمد القصري**، القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقہ و القضاء، العدد 46، بدون سنة، ص. 125
- **لطفى الشاذلي**، تعليق على قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في القضية التحكيمية بين Astaldi S.P.A et Lesi.S.P.A ضد الحكومة الجزائرية، مجلة التحكيم، العدد 03، 2009، ص. 676
- **قبايلي طيب**، التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، 2010، ص. 88
- **تراري ثاني مصطفى**، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري المعاصر، مجلة دراسات قانونية، العدد 09، أفريل 2003، ص. 09
- **تراري ثاني مصطفى**، تعليق حول المراجعة التحكيمية بين سالييني و اتلسترداد ضد المملكة الهاشمية الأردنية قضية رقم 02/13، مجلة التحكيم، العدد 02، 2009، ص. 584.
- **تراري ثاني مصطفى**، أشخاص القانون العام و التحكيم الدولي، أشغال الملتقى الوطني حول مستجدات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، المنظم يومي 20 و 21 جانفي 2009، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص. 85

- خالد بن عبد الله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432، ص. 153

5- النصوص القانونية و التنظيمية

- القانون العضوي 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 37، المعدل و المتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 03 أوت 2011، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 43، المعدل و المتمم بالقانون رقم 18-02، المؤرخ في 04 مارس 2018، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر، العدد 15.

- القانون رقم 66-154، المؤرخ في 03 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، المؤرخة في 03 يونيو 1966، (الملغى).

- القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، العدد 01، (الملغى).

- القانون رقم 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية و تسييرها و خصوصتها، ج ر، العدد 11، المعدل و المتمم بالأمر 08-01، المؤرخ في 28 فيفري 2008.

- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته القانون، المعدل و المتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 11 في 02 أوت 2011، ج ر، العدد 44.

- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر، العدد 21.

- القانون رقم 11-10، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37.

- القانون رقم 12-07، المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر، العدد 12.

- الأمر رقم 75-44، الملغى و المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر، العدد 53، (الملغى).
- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر، العدد 31.
- المرسوم التشريعي رقم 93-09، المؤرخ في 25 ابريل 1993، المعدل و المتمم للأمر 66-154، المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، ج ر، العدد 27، (الملغى).
- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 16 جمادى الثاني 1402 الموافق 10 أبريل 1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر، العدد 15، (الملغى).
- المرسوم رقم 88-233، المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق لـ 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها، ج ر، العدد 48 .
- المرسوم الرئاسي رقم 91-345، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و الاتحاد البلجيكي المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ج ر ، العدد 46.
- المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، يتضمن الموافقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و حكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر، العدد 46.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و المملكة الاسبانية و المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر العدد 23.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 06 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر، العدد 66.

- المرسوم الرئاسي رقم 02-205، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423، الموافق 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 05، (الملغى).
- المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن الاتفاق الأورو متوسطي لتأسيس اتفاق الشراكة بين الجمهورية الجزائرية و المجموعة الأوروبية و الدول الأعضاء فيها، ج ر، العدد 31.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58، (الملغى).
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 6 ذو الحجة الموافق 20 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 57، (الملغى).

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Ouvrages

- *Amor Zahi*, L'État et l'arbitrage, OPU et publisud, 1992.
- *Apostolos Patrikios*, L'arbitrage en matière administrative, LGDJ, 1997.
- *Christophe Lajoie*, Droit des marchés publics en annexe le code algérien des marchés publics, Berti Éditions, Alger, 2007
- *Dominique Vidal*, Droit français de l'arbitrage interne et international, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012.
- *Françoise Ducarouge*, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits, (transaction, médiation, conciliation et arbitrage) en droit public français, RFDF, 1996.
- *Henri Motulsky*, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, tome II, Dalloz, Paris, 1974.
- *Jean Robert*, L'arbitrage, droit interne, droit international, Dalloz, Paris, 1993.
- *Homayoon Arfazadeh*, Ordre public et arbitrage international a l'épreuve de la mondialisation ,Bruylant et LGDJ ,2005.

- **Mathias Audit**, Les conventions transnationales entre personnes publiques, LGDJ, Paris, 2002.
- **Nathalie Najjar**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, France 2004.
- **Trari Tani Mostefa**, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, Alger, 2007.
- **Trari Tani Mostefa**, L'arbitrage commercial international avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie), Bruylant, Bruxelles, 2011.

2- Thèses et mémoires

- **Ching-Lang Lin**, L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs, thèse de doctorat en droit, institut d'études politique de Paris, soutenue le 30 juin 2014.
- **Ibrahim Refaat Mohamed El Behery**, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, université de Nice Sophia -Antipolis, mars 2004.
- **Jeant Pierre**, L'arbitrage impliquant les personnes publiques: tendances et perspectives, mémoire en vue de l'obtention du grade de maîtrise (LLM) en droit des affaires, faculté de droit, université de Montréal, mars 2015
- **Hocine Farida**, L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat en droit, université de MOULOUD MAMERI, Tizi-Ouzou, 20 juin 2012.
- **Issad Mohand**, Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur: De la révision au contrôle, thèse pour le doctorat en droit, 7 mars 1968, publication de l'université d'Alger; 2012.
- **Myriam Salcedo Castro**, L'arbitrage dans les contrats publics colombiens, thèse de doctorat en droit public, université panthéon- Assas, France, juin 2012.
- **Vera Arcangeli**, Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public Policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada, thèse de doctorat en droit, faculté des études supérieures, université de Montréal, soutenue le 26 septembre 2000.
- **Zerrifi Mohammed**, L'habitabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile, mémoire de magister droit privé, faculté de droit, université d'Oran, 2009-2010.

3-Articles

- **Arnoldo Wald**, La résolution par l'arbitrage des conflits entre administration publique et les entreprises privées en droit brésilien, *in* Les cahiers de l'arbitrage, n 02, 17 juillet 2007, p. 07

- **Anne Courrèges, Celia Vérot**, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur rapport récemment remis au garde des Sceaux, *in* RFDA, n 03 2007, p.489
- **Céline Record**, La définition des marchés publics dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, *in* Revue contrats publics n 158, octobre 2015, p.24
- **Charles Jarrosson**, L'arbitrage en droit public, *in* Revue AJDA, numéro spécial, 1997, p.16
- **Daniel Goldenbaum**, L'arbitre international face à la corruption, *in* Revue de règlement des différends de McGiLi, volume 2, 2016, p.83
- **Dominique Foussard**, L'arbitrage en matière administrative (histoire, hasard, préjugés, raison), *in* Revue des juristes, n02, avril 2010, p.29
- **Eduardo Silva Romero**, La dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques, *in* Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, n 02, 2004, p.87
- **Emmanuel Graillard**, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, *in* Etudes offertes à Pierre Bellet, 1991, p. 203
- **Eva Bruce**, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques (remises en question), *in* Revue d'arbitrage, n 01, 2006, p. 65
- **Francois Desseilles**, Les musées à forme d'établissement public administratif peuvent-ils recourir à l'arbitrage?, *in* Revue de la faculté de droit de l'université de Liège, n 03, 2015, p.498
- **Isabelle Barriere-Brouse**, Éthique et lex mercatoria, *in* collection Éthique et déontologie, librairie de l'université d'Aix-en-provence éditeur, 2003, p.05
- **Jean Rivero**, Personnes morales de droit public et arbitrage, *in* Revue de l'arbitrage, n 2, 1973, p.263
- **Jean-Michel Jaquet**, L'aptitude des personnes morales de droit public a compromettre dans l'arbitrage international, *in* Revue camerounaise de l'arbitrage (actes du colloque tenu a Yaoundé les 14 et 15 janvier 2008 sur l'arbitrage en Afrique : questions d'actualité), numéro spécial 2, février 2010, p.121
- **Julien Fouret-Dany Khayat**, Centre international pour le règlement des différends relatives aux investissements (CIRDI), *in* Revue québécoise de droit international, n 18, 2005, p.315
- **Leila Lankarani El-Zein**, Quelques remarques sur la sentence SPP. c la république arabe d'Égypte, *in* Revue de droit international, n 2, 1994, p.533
- **Lise Johson-Nathalie Bernasconi**, Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence : son application, son contenu et voie à suivre, *in* Revue investement treaty news, n 04, volume 04, septembre 2013, p.03

- **Mahiou Ahmed**, L'arbitrage en Algérie, *in* Revue algérienne, n 04, 1989, p.701
- **Mathias Audit**, Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, *in* Revue de l'arbitrage, n 03, 2004, p.541
- **Mathias Audit**, Arbitrage international et contrats publics en France, *in* Collection : contrats publics et arbitrage international, sous la direction de Mathias Audit, Bruylant, Bruxelles 2011.p. 115
- **Mattias Guyomar**, Conclusions sur tribunal des conflits, 17 mai 2010, n c. 3754, institut national de la sante et de la recherche c. Fondation Letten F.Sausgstad, *in* RVDA, n 5, septembre-octobre 2010, p. 959 .
- **Mebroukine Ali**, Le règlement d'arbitrage Algéro-français du 27 mars 1983, *in* Revue de l' arbitrage, 1986, p.191
- **Loquin Eric**, La réalité des usages du commerce international, *in* Revue générale de droit économique, 1989, p. 163
- **Nabil Rachdi**, Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage, *in* Collection : le juge et l'arbitrage, sous la direction de S. Bostanji, F.Horchani, S. Manciaux, éditions A.Pedone, 2014, p. 69
- **Patrick Rambaud**, L'affaire des Pyramides (arrêt du 12 juillet 1984 de la cour d'appel de Paris), *in* Annuaire français de droit international, volume 31, 1985, p.508
- **Patrick Rambaud**, L'affaire des "pyramides" suite et fin, *in* Annuaire français de droit international, volume 39, 1993, p.567
- **Pierre Délvolvé**, L'arbitrage en droit public français *in* Collection : arbitrage en droit public, sous la direction de David Renders, Pierre Delvolve, Thierry Tanquere, Bruylant 2010, p.189
- **Pierre Mousseron**, Les usages de l'arbitrage, *in* Petites affiches, n 32, 13 février 2013, p.27
- **Sophie Lemaire**, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, *in* Revue de l'arbitrage, n 03, 2007, p.407
- **Sophie Lemaire, Charles Jarrosson, Laurant Richer**, Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif, *in* Revue actualité juridique de droit administratif (AJDA), n 12, mars 2008, p.617
- **Sophie Lemaire**, Arbitrage et droit public: le tribunal des conflits déçoit ,*in* Recueil Dalloz, n 39,11 novembre 2010, p.
- **Terki Nouredinne**, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, *in* Revue arbitrage, 1990, p.585

-**Thomas Clay**, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *in* Recueil Dalloz, 2009, p. 2959

-**Trari Tani Mostefa**, Arbitrage international et contrats publics en Algérie (l'exemple des contrats de recherches et d'exploitation des hydrocarbures, *in* Collection: contrats publics et arbitrage international, sous la direction de Mathias Audit, Bruylant, Bruxelles 2011.p. 171

- **Trari Tani Mostefa** , Le nouveau droit algérien de l'arbitrage commercial international (2008-2009) comparé au nouveau droit français de l'arbitrage, *in* Annales de la faculté de droit, université d'Oran, n 03, 2011, p.59

- **Trari Tani Mosefa**, Le consentement à l'arbitrage d'investissement dans l'espace méditerranéen, *in* Collection : vers une lex mediterranea des investissements, Bruylant, Bruxelles, 2016, p.257

- **Turgut Tan**, Le droit administratif et l'arbitrage, *in* Revue turkisch public administration annual, volume 24-26, 1998-2000, p.17

- **Vincent Bolard**, Le rôle de la magistrature dans le développement de l'arbitrage, *in* Revue journal des tribunaux, n 38, 5 avril 2015, Luxembourg, p. 33

4- conférences et colloques

- **Alain Feneon**, La participation à l'arbitrage des personnes morales de droit public (l'exemple de l'OHADA), *in* Les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque international organisé par l'université d'Alger 1, le 06 et 07 mai 2014.

- **Christophe Juhel**, Arbitrage en droit, arbitrage en équité, *in* Les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque international organisé par l'université d'Alger, le 06 et 07 mai 2014.

- **Didier Baisset**, L'internalisation du droit public des affaires face à l'arbitrage international, *in* Les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque international organisé par l'université d'Alger le 06 et 07 mai 2014.

- **Emmanuel Gaillard**, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, conférence donnée à la cour de cassation, 13 mars 2007.

- **Gérard Pluyette**, 1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, texte de la conférence à l'association française d'arbitrage, le 15 octobre 2013.

-**Hadi Slim**, Les rôles respectifs du droit international et des droits nationaux dans l'appréciation de la responsabilité des États dans l'arbitrage relative aux investissements internationaux, colloque du Mans sur "L'arbitrage détache des lois étatiques", organisé le 15 décembre 2011, p.62

- **Lotfi Chedly**, Administration et Arbitrage, une lecture de l'article 7-5 du code tunisien de l'arbitrage, *in* L'administration et son droit : quelles mutations ? Colloque organisé par

l'association Tunisienne des sciences administratives, faculté des sciences juridique, politiques et sociales de Tunisie, le 18 et 19 avril 2002.

- **Pierre Délvolvé**, Arbitrage et droit administratif, conférence donnée à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, le 17 septembre 1990.

- **Ivana Radic**, Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, conférence de la Haye de droit international privé, mars 2007.

5- Textes législatifs et réglementaires

- Ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, modifiée par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008, modifiée par la loi 2009-179 du 17 février 2009 (abrogée).

- Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, JORF, n 0169.

- Décret 2006-975 du 1 août 2006 portant code des marchés publics

6-Lois et Règlements d'arbitrage.

- La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 21 juin 1985.

- Le règlement d'arbitrage de la CCI 1998.

- Le règlement d'arbitrage du CIRDI modifié en 2006.

- Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version modifiée en 2010.

- Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI 2012.

- Le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage investisseurs et États fondé sur des traités 2013.

7-Arrêts / Avis/ Déclarations/ Rapports/ Sentences

- Arrêt rendu par conseil d'État le 4 mai 1905, n 14220 sur la recevabilité des recours dirigés par les tiers contre des actes administratifs détachables des contrats, *in* recueil Lebon- recueil des décisions du conseil d'État 1905, Dalloz, 2014.

- Arrêt rendu par le tribunal des conflits, lecture du lundi 17 mai 2010, n c3754 (affaire INSERM).

- Avis du comité français de l'arbitrage dans l'affaire INSERM c/fondation Letten F.Saugstad.

- Déclaration du comité de l'investissement de l'OCDE sur la transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, juin 2005.

- Document sur le comité de médiation et l'arbitrage des travaux publics, France, 2014.
- Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen, *in* Service de documentation, des études et du rapport de la cour de cassation, version révisée le 27 octobre 2015.
- Règles de conduite et recommandation de CCI pour combattre l'extorsion et la corruption, édition révisée en 2005.
- Rapport du 13 mars 2007, sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes moral de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges.
- Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de paris, mars 2011.
- Sentence CIRDI N ARB/03/08 consorzio groupement LESI-DIPENTA C/République Algérienne Démocratique et Populaire.

قائمة الملاحق

- الملحق رقم (I) يتضمن تقرير مجموعة عمل التحكيم من أجل التفكير حول الفرضيات و الشروط التي بمقتضاه تلجأ الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم "تقرير لابتول" (باللغة الفرنسية).
- الملحق رقم (II) يتضمن قرار محكمة النقض الفرنسية في القضية المتعلقة بالمعهد الوطني للأبحاث الطبية الفرنسي ضد الشركة النرويجية حول مسألة تحديد الاختصاص القضائي (باللغة الفرنسية).
- الملحق رقم (III) يتضمن قرار محكمة النقض الفرنسية في القضية المتعلقة ببلدية خمس الليبية ضد مجمع دالكو حول مسألة استقلال شرط التحكيم "قضية دالكو" (باللغة الفرنسية).
- الملحق رقم (V) يتضمن الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي للاستثمار حول مسألة الموافقة القبلية باللجوء إلى التحكيم من طرف وزير السياحة المصري "قضية ايجوث" (باللغة الانجليزية).

المحتويات	الصفحة
مقدمة.....	1
الباب الأول: مدى قابلية الصفة العمومية الدولية للتحكيم	09
الفصل الأول: القابلية الشخصية للتحكيم	11
المبحث الأول: موقف التشريع من القابلية الشخصية للتحكيم	11
المطلب الأول: موقف التشريع الفرنسي.....	12
الفرع الأول: مبدأ حظر التحكيم.....	12
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر.....	13
أولاً: إقرار التحكيم في قوانين متفرقة.....	14
ثانياً: إقرار التحكيم في الصفقات العمومية.....	17
ثالثاً: الاتجاه نحو أفراد التحكيم في المنازعات الإدارية بقواعد مستقلة.....	18
المطلب الثاني: موقف التشريع المصري.....	22
الفرع الأول: مبدأ حظر التحكيم و الاستثناء الوارد عليه في قانون التحكيم.....	22
الفرع الثاني: إقرار التحكيم في قانون المناقصات و المزايدات.....	23
المطلب الثالث: موقف التشريع المغربي.....	24
المطلب الرابع: موقف التشريع الجزائري.....	27
الفرع الأول: دلائل لجوء الأشخاص المعنوية العامة و الخاصة للتحكيم.....	27
الفرع الثاني: لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الصفقات العمومية.....	31
المبحث الثاني: موقف الفقه من القابلية الشخصية للتحكيم	34
المطلب الأول: موقف الاتجاه المعارض.....	34
الفرع الأول: مساس التحكيم بسيادة الدولة.....	34
الفرع الثاني: مساس التحكيم بالنظام العام.....	36
أولاً: الاعتداء على قواعد توزيع الاختصاص القضائي.....	36
ثانياً: الاعتداء على المصلحة العامة.....	37
المطلب الثاني: موقف الاتجاه المؤيد.....	37

- 39.....المبحث الثالث: موقف القضاء من القابلية الشخصية للتحكيم
- 39.....المطلب الأول: موقف القضاء الفرنسي
- 39.....الفرع الأول: موقف القضاء العادي
- 40.....أولا: قضية ميرتن ستميشيب
- 41.....ثانيا: قضية سان كارلو
- 42.....ثالثا: قضية غلاكيس
- 43.....الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري
- 43.....أولا: قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل
- 44.....ثانيا: قضية اورو ديزني لاند
- 44.....ثالثا: قضية شركة تسيير الطرقات لمنطقة رون-الب
- 45.....رابعا: قضية سيور و آخرون
- الفرع الثالث: موقف محكمة التنازع الفرنسية في قضية المعهد الوطني للصحة و
- 45.....الأبحاث الطبية الفرنسي
- 47.....أولا: مبادئ الملائمة
- 48.....ثانيا: كيفية تطبيق قواعد توزيع الاختصاص
- 49.....ثالثا: القواعد المدرجة و المعنية
- 50.....المطلب الثاني: موقف القضاء المصري
- 50.....الفرع الأول: مرحلة القانون رقم 27 لسنة 1994
- 51.....أولا: موقف القضاء العادي
- 51.....ثانيا: موقف القضاء الإداري
- 52.....الفرع الثاني: مرحلة صدور القانون رقم 09 لسنة 1997
- 52.....المطلب الثالث: موقف القضاء المغربي
- 53.....الفرع الأول: موقف القضاء العادي
- 54.....الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري
- 54.....المطلب الرابع: موقف القضاء الجزائري
- 56.....**الفصل الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم**
- 56.....المبحث الأول: البحث في معايير قابلية النزاع للتحكيم
- 56.....المطلب الأول: جواز التحكيم في المسائل غير الماسة بالنظام العام

- المطلب الثاني: جواز التحكيم في الحقوق المالية القابلة للتصرف فيها.....58
- المبحث الثاني: تطبيق معايير القابلية على منازعات الصفقات العمومية.....60
- المطلب الأول: استثناء منازعات الإبرام من مجال التحكيم.....60
- الفرع الأول: اللجوء إلى الطعن القضائي الاستعجالي.....60
- أولاً: الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية.....62
- ثانياً: الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية.....62
- الفرع الثاني: اللجوء إلى الطعن الإداري.....63
- المطلب الثاني: منازعات التنفيذ بطبيعتها تخضع للتحكيم.....63
- الفرع الأول: منازعات التنفيذ ذات طبيعة مالية.....64
- أولاً: تحديد الأسعار.....64
- ثانياً: تحديد كفاءات الدفع.....65
- ثالثاً: تحديد كفالات الضمان.....65
- الفرع الثاني: منازعات التنفيذ من دعاوى القضاء الكامل.....66

الفصل الثالث: امتداد القابلية للتحكيم في الصفقات العمومية الدولية من

التحكيم التجاري الدولي إلى تحكيم الاستثمار.....67

- المبحث الأول: أسباب إدراج بعض الصفقات العمومية الدولية ضمن تحكيم الاستثمار.....68
- المطلب الأول: الانضمام إلى الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار.....68
- الفرع الأول: المصادقة على اتفاقية واشنطن.....68
- الفرع الثاني: المصادقة على الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار.....69
- المطلب الثاني: اعتبار الصفقة الدولية استثماراً.....70
- المبحث الثاني: نماذج تطبيقية عن تحكيم الاستثمار في الصفقات العمومية الدولية.....71
- المطلب الأول: قضية ليسي - دييونتا ضد الحكومة الجزائرية.....71
- الفرع الأول: إجراءات التحكيم الأولى.....72
- أولاً: عرض الوقائع.....72
- ثانياً: ادعاءات الأطراف و الأسانيد المقدمة.....72

73.....	ثالثا: قرار الهيئة التحكيمية.
73.....	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الثانية.
74....	المطلب الثاني: قضية ساليني و اتلسترد ضد المملكة الهاشمية الأردنية.
75.....	الفرع الأول: عرض الوقائع.
75.....	الفرع الثاني: ادعاءات الأطراف و الأسانيد المقدمة.
76.....	الفرع الثالث: قرار الهيئة التحكيمية.
77.....	الباب الثاني: الذاتية الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية الدولية....
78.....	الفصل الأول: اتفاق التحكيم.
79.....	المبحث الأول: القواعد العامة لاتفاق التحكيم.
80.....	المطلب الأول: مبدأ استقلالية شرط التحكيم.
80.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي الفرنسي قضية دالكو
82.....	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاستقلالية.
82.....	المطلب الثاني: الشروط الشكلية و الموضوعية لاتفاق التحكيم.
83.....	الفرع الأول: شرط الكتابة.
83.....	أولا: شرط الكتابة في التشريع الجزائري.
84.....	ثانيا: شرط الكتابة في الممارسة التحكيمية.
86.....	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.
87.....	أولا: الأهلية.
88.....	ثانيا: الرضا.
88.....	ثالثا: المحل.
89.....	رابعا: السبب.
93.....	المبحث الثاني: كيفية إدراج اتفاق التحكيم في الصفقة العمومية.
	المطلب الأول: إدراج شرط التحكيم في الصفقة المبرمة عن طريق طلب
94.....	العروض.
	المطلب الثاني: إدراج شرط التحكيم في الصفقة المبرمة عن طريق التراضي
95.....
95.....	المبحث الثالث: الحصول على الموافقة المسبقة.

99.....	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للموافقة المسبقة.....
99.....	الفرع الأول: الموافقة على التحكيم: عمل قانون إداري.....
101.....	الفرع الثاني: إمكانية الطعن في قرار الموافقة المسبقة.....
102.....	المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن مخالفة إجراء الموافقة.....
103.....	الفرع الأول: موقف الفقه.....
104.....	الفرع الثاني: موقف القضاء.....
105.....	الفرع الثالث: موقف هيئات التحكيم.....
105.....	أولا: الأحكام المؤيدة.....
105.....	ثانيا: الأحكام المعارضة.....
106.....	الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية.....
106.....	المبحث الأول: إجراءات انعقاد الخصومة.....
107.....	المطلب الأول: تشكيل الهيئة التحكيمية.....
107.....	الفرع الأول: تعيين المحكمين في إطار التحكيم المؤسسي.....
108.....	الفرع الثاني: تعيين المحكمين في إطار التحكيم الخاص.....
108.....	أولا: تعيين المحكمين عن طريق الأطراف.....
109.....	ثانيا: تعيين المحكمين عن طريق القضاء.....
111.....	المطلب الثاني: اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية.....
112.....	الفرع الأول: المحكم و التدابير الوقائية و التحفظية.....
114.....	الفرع الثاني: مزاحمة القاضي الإداري الاستعجالي لمهمة المحكم.....
114.....	أولا: موقف الفقه.....
116.....	ثانيا: موقف المشرع الجزائري.....
117.....	المطلب الثالث: إدارة أدلة الإثبات.....
118.....	المبحث الثاني: الفصل في موضوع النزاع.....
119.....	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق.....
119.....	الفرع الأول: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق.....
119.....	أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قانون الإرادة.....
120.....	ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق المحكم.....

- 121.....ثالثا: تصادم قانون الإرادة مع تطبيق قوانين البوليس
- 122.....الفرع الثاني: إشكالية القاعدة القانونية الملائمة للتحكيم في المادة الإدارية
- 122.....أولا: تطبيق نظرية توطين العقد
- 127.....ثانيا: تطبيق نظرية تدويل العقد
- 130.....المطلب الثاني: نظرية القرار الإداري أمام المحكم
- 131.....الفرع الأول: مفاهيم أساسية حول نظرية القرار الإداري المنفصل
- 131.....أولا: النشأة القضائية لنظرية الأعمال المنفصلة
- 132.....ثانيا: تعريف القرار الإداري المنفصل
- 133.....ثالثا: أسباب الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل
- 134.....الفرع الثاني: البحث في إمكانية إلغاء القرار الإداري من قبل المحكم
- 135.....أولا: بالنظر إلى صعوبة تحديد مفهوم دقيق للقرار الإداري
- 135.....ثانيا: بالنظر إلى الخصائص الجوهرية لدعوى الإلغاء
- 137.....ثالثا: بالنظر إلى سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء

الفصل الثالث: تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في المادة الإدارية...139

- 140.....المبحث الأول: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها
- 142.....المطلب الأول: شروط الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها
- 142.....الفرع الأول: إثبات حكم التحكيم الدولي
- 143.....أولا: الحكم التحكيمي من حيث الشكل
- 144.....ثانيا: الحكم التحكيمي من حيث المضمون: مبدأ التسبيب
- 143.....الفرع الثاني: عدم مخالفة النظام العام الدولي
- 147.....المطلب الثاني: إجراءات الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها
- 149.....المبحث الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الدولية
- المطلب الأول: تحديد الاختصاص القضائي للطعن في أحكام التحكيم الدولية.....149
- 149.....الفرع الأول: تحديد الاختصاص القضائي بتطبيق المعيار المادي
- 151.....الفرع الثاني: تحديد الاختصاص القضائي بتطبيق المعيار العضوي
- 154.....المطلب الثاني: تحديد طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية

الفرع الأول: الطعن بالاستئناف ضد أوامر الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها.....	155
أولاً: استئناف الأوامر الراضية للاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و الراضية لتنفيذها.....	155
ثانياً: استئناف الأوامر القاضية بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و القاضية بتنفيذها.....	155
الفرع الثاني: الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر...158	158
الفرع الثالث: الطعن بالنقض.....	159
المطلب الثالث: العوائق الإجرائية المترتبة عن آثار الطعن في أحكام التحكيم الدولية الصادرة في المادة الإدارية.....	161
المبحث الثالث: الإشكالات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في المادة الإدارية.....	162
المطلب الأول: الحلول الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.....	163
الفرع الأول: الغرامة التهديدية.....	163
الفرع الثاني: سلطة توجيه الأوامر.....	164
المطلب الثاني: الحلول الواردة في نصوص قانونية خاصة.....	164
الفرع الأول: قانون 02-91 المتعلق بتنفيذ بعض أحكام القضاء.....	164
الفرع الثاني: المتابعة الجزائية لمن يعرقل التنفيذ طبقاً لأحكام قانون العقوبات..	165
الخاتمة.....	167
المصادر و المراجع.....	170
الملاحق.....	184
الفهرس.....	185

المخلص:

يعتبر التحكيم منذ وقت طويل، طريق ودي لحل النزاعات، و قد فرض نفسه كبديل عن القضاء للعديد من النزاعات و هذا نظرا لما يتميز به من مزايا مختلفة، و لئن ارتبط التحكيم بعلاقات القانون الخاص في إطار المعاملات المدنية و التجارية فإنه لاقي اعتراضات و تحفظات متعددة من قبل الفقه و القضاء قبل أن يتم الأخذ به في مجال منازعات الأشخاص المعنوية العامة.

في الجزائر و منذ الاستقلال لم تستبعد عمليا التحكيم في مجال العقود العامة في مجال عقود الدولة عموما و في مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص عن طريق النص على القانون الواجب التطبيق.

لكن بصدور قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حسم الإشكال لصالح التحكيم في الصفقات العمومية بشكل صريح و قد تلي ذلك صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي بدوره صرح بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية التي تبرم مع طرف أجنبي.

إن تكريس التحكيم في الصفقات العمومية أثار إشكالات متعددة تتعلق بالخصومة التحكيمية؛ هيئة التحكيم؛ القرار التحكيمي؛ تنفيذه و الطعن فيه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم- قابلية الصفقة العمومية الدولية للتحكيم- علاقة التحكيم بالقضاء الإداري- الخصومة التحكيمية- القرار التحكيمي.

Résumé:

Depuis quelques décennies, l'arbitrage est parfaitement considéré comme étant un moyen cohérent ou une voie avenante et susceptible de dénouer bien des litiges entre partenaires.

Car, sachant qu'il s'y est imposé de lui-même en forme alternative dans la justice à l'égard de nombreux contentieux suivant la particularité de l'avantage variable qu'il offre.

Mais quoique l'arbitrage soit en relation intime au droit particulier dans le cadre des actes civils et commerciaux, il subit encore différentes objections et des réserves eu égard à la jurisprudence et la doctrine avant qu'il ait recours et saisi dans le contexte des contentieux inhérents aux personnes morales publiques.

Au lendemain de l'indépendance nationale, dans notre pays, il n'a nullement été cas d'écarter le fait d'arbitrage dans la sphère d'acte de contrats publiques concernant le cadre des contrats d'État selon cas de figure général et également dans le cadre des marchés publics de façon particulière suivant exemple textuel de droit devant être strictement applicable.

Mais, après la promulgation de la loi 08-09 relative aux procédures civiles et administratives, enfin, il a été tranché l'avantage d'agir de façon évidente à l'actif de l'arbitrage pour ce qui est des marchés publics et encore de suite au décret présidentiel N° 15-247 ayant pour compte la réglementation des marchés publics et les délégations des services publics qui à son tour, lui aussi, ayant affirmé la possibilité au recours à l'arbitrage quant aux contrats des marchés publics lorsqu'il s'agit des contrats conclus avec un partenaire étranger.

La consécration de l'arbitrage relative aux marchés publics a suscité moult problématiques vis-à-vis d'une adversité arbitral ou d'un différent arbitral ; l'institution arbitral ; la sentence arbitrale ; son exécution et le recours à son encontre.

Les mots clés: l'arbitrage ; l'arbitrabilité des marchés publics internationaux ; la relation de l'arbitrage avec la juridiction administrative ; l'adversité arbitrale ; la sentence arbitrale.

Summary:

As general concept, and longtime ago, the arbitration is perfectly considered like a coherent mean or a pleasant way able to untie a lot of disputes between partners.

From knowing that was forced itself to be an alternative shape in justice towards several antagonists' affaires according to the particularity of variable advantages which it offers.

But even if, the arbitration is in proper link to particular law in field of civil facts and trade facts, it still runs to now to submit its self to different objection and in same time the reservation in sight of the jurisprudence and the justice as all before running the recourse and the referring in context of litigious inherent to moral and personnel public.

After recovery of our sovereignty, in our country, it has never been case of clearance in sense of moving away the arbitral fact in field of public agreement when it concerns the frame of government contract according to the general view and also in field of the public deal in particular manner as following of the context of the rule which should be strictly applied.

Day after the promulgation of the law 08-09 relative to civil' procedure and administrative, therefore, it has been resolute the advantage to act in transparent manner to the arbitral account allowing it the right to get in the way itself without restriction no one.

Moreover that fact, the presidential decree under the N° 15-247 incites the organization of public deals and the delegations missions of the public services.

This decree has confirmed the possibility to go to the arbitral recourse In relation to public contract deal when it's question of contract which has concluded with stranger partner.

The consecration of arbitration relative to the public market deal has triggered some issues in opposite of arbitral adversity; arbitral institution; the arbitral verdict; the carrying out it and the recourse against it.

The key word: the arbitration; the international market public arbitrality; the arbitral link with the administration jurisdiction arbitral adversity; the arbitral verdict.