



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة البوادي بن مصيدي - أم البواقي



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون العام

إشراف الأستاذ الدكتور:

مختار بوعبد الله

إعداد الطالبة:

صبرينة جبايلي

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. شيتور جلول	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	رئيسا
د. بوعبد الله مختار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة أم البواقي	مشرفا ومقررا
د. كوسة عمار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة سطيف	عضوا مناقشا
د. مخلوف صيمود	أستاذ محاضر (أ)	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
د. حاج عزام سليمان	أستاذ محاضر (أ)	جامعة المسيلة	عضوا مناقشا
د. عمارة نعيمة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2017-2016

قَالَ تَعَالَى:

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ  
بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ

وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ النساء: ٦٥

# شكر وعرّفان

الشكر أولاً وآخراً لله سبحانه وتعالى الذي منحني نعماً لا تعد ولا

تحصى

فالحمد لله ملاً السماوات والأرض وما بينهما.

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

أتوجه بأسمى معاني الشكر والعرّفان وعميق التقدير والإمتنان

إلى الأستاذ الفاضل الدكتور **بوعبد الله مختار** الذي تكرم

بالإشراف على هذه المذكرة وعلى ما بذله من جهد ووقت وما

قدمه من ملاحظات وتوجيهات التي أنارت أمامي سبيل البحث،

فجزاه الله عني خير الجزاء وأدامه منبعاً للعطاء.

كما أتقدم بالشكر والإمتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل

على قبولهم مناقشة هذا الموضوع، وإبداء ملاحظاتهم

وتوجيهاتهم.

الباحثة: جبايلي صبرينة

# إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع  
إلى والدي الكريمين أعزكما الله ورعاكما  
إلى زوجي وأشكره على دعمه المستمر لإتمام هذا  
العمل

إلى فلذة كبدي ابني حفظه الله.

إلى إخوتي وأختي حفظهم الله

إلى كل الطاقم الإداري بكلية الحقوق والعلوم

السياسية جامعة العربي بن مهدي أم البواقي

الباحثة: جبايلي صبرينة

## قائمة لأهم المختصرات

### أولاً- باللغة العربية

- ج.ر ..... جريدة رسمية.  
ق.إ.م.إ ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية.  
د.ط ..... دون طبعة.  
د.د.ن ..... دون ذكر دار النشر.  
د.س.ن ..... دون ذكر سنة النشر.  
د.ب.ن ..... دون ذكر بلد النشر.  
د.م.ج ..... ديوان المطبوعات الجامعية.

### ثانياً- باللغة الفرنسية

- Ed.....édition.  
Op.cit ..... Ouvrage précédemment cité.  
OHADA ..... Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.  
O.P.U ..... Office des publications universitaires.  
L.G.D.J..... Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.  
Rev.arb. ....Revue de l'arbitrage.  
R.D.P. Revue du Droit public et de la science Politique en France et à l'étranger.  
RIDC. ....Revue Internationale de Droit Comparé.  
Rev.crit. D.I.P. ....Revue critique de Droit International privé.  
C.P.C.A. ....Code de Procédure civil et administrative.

مَقْدَمَةٌ

تزايدت أهمية العقود الإدارية كوسيلة لتحقيق التنمية في ظل توجه الدولة نحو اقتصاد السوق واتخاذها كوسيلة لتنفيذ مشروعات بنيتها التحتية أو تنفيذ خططها التنموية وسد حاجات المرافق العامة فيها، وترتكز عملية إبرام العقود الإدارية من طرف أشخاص القانون العام على أسس لا تجد لها نظيرا في عقود المعاملات بين الأفراد، تجد مبرراتها في أهمية العقود الإدارية في تحقيق المنفعة العامة والوفاء باحتياجات المرفق العام، ويبرز فيها تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ولتحقيق ذلك تخول العقود الإدارية للإدارة عدة إمتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة الانفتاح على التحكيم واتساع آفاقه، باتساع المعاملات المالية والاقتصادية بين الدول من ناحية، وبين الدول والشركات العملاقة من ناحية أخرى كون جل مشاريع الاستثمار الوطنية الكبرى يعتبر فيها العنصر الأجنبي ضروريا، لهذا فقد اتجهت مختلف النظم القانونية إلى إقرار نظام التحكيم وتقريره في مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها، خاصة المنازعات التي تتعلق بعقودها الإدارية.

وقد جسد المشرع الجزائري هذا الإتجاه من خلال نص المادة 1006 قانون إجراءات مدنية وإدارية التي أجازت التحكيم في نطاقالصفقات العمومية.

ومع تسليمنا بأن نظام التحكيم يعمل على حل النزاعات بالسرعة المطلوبة وبالتكلفة الأقل إلى جانب أنه يمنح للمتعاقد ثقة أكبر لدى إقدامه على إبرام مثل هذه العقود، إلا أن هذا النظام وإن كان اللجوء إليه لا يثير الكثير من المشاكل القانونية في عقود القانون الخاص فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام، فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص واستثنائي يميزها عن غيرها من العقود الأخرى، ويعهد للقضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر المنازعات

التي تثور بشأنها، وتخضع بصفة أساسية لقواعد القانون الإداري، وبالتالي فإن من شأن إجازة التحكيم بصدد هذه العقود أن يؤثر بالسلب على خصائصها الذاتية ومركز الإدارة فيها. فمن المعروف أن نظام التحكيم يقوم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية سواء في اختيار الهيئة التي تقوم به أو القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولئن كانت حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون بالاستقرار القانوني، سيما وأن هذا النظام يحررهم من الشكليات والاختلاف في الآراء، والقواعد التي تختلف من دولة إلى أخرى، فمن شأن اللجوء إليه في المنازعات الإدارية وخاصة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أن يؤدي إلى استبعاد القانون الوطني من التطبيق عليها وتطبيق قانون أجنبي قد لا يراعي الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها تلك العقود، ولا يحترم التفرقة بينهما وبين العقود الأخرى خاصة وأن هذه العقود تقع على حدود كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، على نحو يؤدي إلى تصارع كافة هذه الأنظمة القانونية من أجل الفوز بتنظيمها، وهو ما يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة صعبة لا يمكن حسمها على نحو قاطع نظرا لاتصالها بكل هذه الأنظمة لاسيما عن طريق أطرافها.

كما أن وجود شرط التحكيم في عقد من العقود الإدارية يكون له أثر سالب لإختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر المنازعات الناشئة عنه، ومنح هذا الاختصاص لهيئة تحكيم يتم تشكيلها بإرادة الأطراف وفي هذا خطر كبير على نظرية العقد الإداري التي تدور وجودا وعدما مع قواعد القانون الإداري والقضاء الإداري الذي يعتبر مصدر إنشائها، كما أنه يعد مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية، والذي يهدف لمنع القضاء العادي من نظر منازعات العقود التي تكون الدولة طرفا فيها.

فضلا عن أن التحكيم من شأنه الاصطدام بمبدأ سيادة الدولة وتمسكها بحصانتها القضائية، فكل دولة في علاقاتها المتبادلة تحرص على أن لا تخضع لغير سلطان قضائها،

وبدخول دولة في علاقات اقتصادية مع أطراف أجنبية وإدراجها لشرط التحكيم، مع اتجاه أغلب التشريعات المنظمة للتحكيم إلى إعطاء دور فعال للقضاء الوطني في عملية التحكيم في مناسبات عديدة، كما لو اقتضى الأمر اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية عاجلة أثناء السير في إجراءات التحكيم، أو للنظر في الطعون المقدمة من قبل الأطراف ضد حكم التحكيم، وأخيرا لإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم لإعطائه الصيغة التنفيذية من أجل القيام بالتنفيذ الجبري له فإنه إذا ما عرضت المنازعة التي اتفقت الدولة بشأنها على اللجوء إلى التحكيم أمام قضاء وطني لدولة أخرى من شأنه المساس بالحصانة القضائية للدولة وحصانتها ضد إجراءات التنفيذ الجبري.

من هنا تتضح أهمية الدراسة بالنظر لما يثيره موضوع شرط التحكيم في العقود الإدارية من إشكالات باعتباره شرط جديد من الشروط الغير مألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية، ولما كان نظام التحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم الجانب الإجرائي والموضوعي له، وبالتالي فإنه يثير الكثير من المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية والتي تحتاج إلى الدراسة المعمقة مع تمحيص الجوانب الايجابية والسلبية فيها خاصة في ظل ندرة المؤلفات التي تتناول بالدراسة التحكيم من ناحية القانون العام.

الواضح كذلك أن المشرع الجزائري عندما نظم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يراعي الطابع الموضوعي والإجرائي الخاص لمنازعات العقود الإدارية الذي يميزها عن منازعات القانون الخاص، حيث لم يخصص لتلك المنازعات قانون تحكيمي خاص بها، وإنما أخضعها لقواعد الشريعة العامة في التحكيم التي وضعت لتحكم علاقات الأفراد فيما بينهم مما استوجب البحث عن الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصية العقد الإداري ومنازعاته من جهة والطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها لإرادة الأطراف من جهة أخرى.

تلك هي الدواعي التي دفعت لاختيار الموضوع بغية إبراز الحلول النظرية والعملية لمشكلة التحكيم في العقود الإدارية، وكذا الكشف عن بعض الثغرات والنقائص التي تكتنف قانون الإجراءات المدنية والإدارية في إطار تحقيق فعالية نظام التحكيم، لا سيما في ظل ندرة المؤلفات القانونية التي تناولت موضوع التحكيم وتأثيره على العقد الإداري بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور الذي يضطلع بهذا الأخير.

في هذا السياق وإنطلاقاً من تكريس المشرع الجزائري للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من خلال المادة 1006 قانون إجراءات مدنية وإدارية من جهة وخصوصية العقد الإداري الذي تحكمه قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص من جهة أخرى، فإن الأمر يقتضي البحث عن الإشكالية التالية:

### ما مدى ملاءمة نظام التحكيم مع طبيعة وخصوصية العقد الإداري؟

وبندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

كيف يتم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، وكيف يتم تسوية منازعاتها في ظل هذا النظام، وما يترتب عن ذلك من إشكالات قانونية في تحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود فهل تخضع لذات النظام القانوني المتميز الخاص بها على الرغم من وجود شرط التحكيم؟ أم أن إدراج هذا الشرط في هذه العقود من شأنه أن يؤدي إلى إستبعاد القواعد القانونية الخاصة بالعقود الإدارية التي ينظمها القانون الإداري؟ وكيف يمكن الموازنة بين خصوصية العقد الإداري من جهة وبين مزايا نظام التحكيم من جهة أخرى على نحو يكفل الاستفادة من مزايا هذا النظام وعدم التعرض لخصوصية العقد الإداري؟

لذلك ترمي الدراسة إلى تسليط الضوء على معالم نظام التحكيم، ودراسة الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، والتعرض للإشكالية التي ثارت بشأن جواز خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم، إضافة إلى دراسة النظام القانوني للتحكيم على ضوء ما ورد

في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومدى ملاءمة الأحكام الواردة فيه مع طبيعة وخصوصية العقد الإداري، بغية إيجاد الحلول القانونية للإجابة على التساؤلات التي يثيرها الموضوع، كما تهدف الدراسة أيضا إلى الاستفادة من خبرات وتجارب الدول الأخرى في هذا المجال حتى نتفادى الآثار السلبية لهذا النظام .

وبطبيعة الحال فهذا البحث لم يخلو من الصعوبات التي واجهتني في إعدادة نذكر منها:

- ندرة الدراسات والكتب التي تتناول موضوع الدراسة في الجزائر حيث أن الفقه القانوني قد تناول موضوع التحكيم عامة، أو تناول البحث في إشكالية مدى قابلية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم دون التعرض لأثر هذا النظام على نظرية وخصوصية العقد الإداري.

- حداثة موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية أدى لانعدام التطبيقات القضائية في هذا الشأن بالإضافة إلى صعوبة الحصول على الأحكام التحكيمية لسريتها.

- عدم دقة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، وكثرة الثغرات القانونية التي تتعلق بالنظام الموضوعي والإجرائي للتحكيم.

وبغرض توضيح الموضوع سيتم إتباع المنهج التحليلي الوصفي، وذلك من خلال تحليل النصوص والوقوف على المواد منها نصا وروحا بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة لهذا الموضوع، كما سيتم استعمال المنهج المقارن الذي سنحتاجه في بعض فصول الدراسة من أجل مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

لمعالجة الموضوع والإجابة على الإشكاليات التي يطرحها قسمت بحثي إلى بابين:

**الباب الأول:** نتعرض من خلاله لفكرة التحكيم في العقود الإدارية ويقتضي حسن العرض، ضرورة البداية بضبط المصطلحات التي تشكل محور الدراسة في **فصل أول** نبدأ فيه بالحديث عن ماهية نظام التحكيم من خلال وجهة نظر القانون الخاص فضلا عن وضع الأسس العامة

التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية، لنتهي بعرض ما يمكن أن يقدمه نظام التحكيم لنظرية العقد الإداري، ثم ننتقل في **الفصل الثاني** لدراسة مسألة قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي وعرض اتجاهات الفقه والقضاء والمشرع في هذا الشأن، ووضع هذه المسألة بالنسبة للعقود الإدارية المبرمة على الصعيد الدولي.

**الباب الثاني** يتناول دراسة النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية نتناول في **الفصل الأول** أثر التحكيم على النظام الإجرائي لمنازعات العقود الإدارية بداية من دراسة الإجراءات السابقة على اللجوء إلى التحكيم بتبيان مدى أهلية الدولة وأشخاصها العامة للاتفاق على التحكيم وكيفية تعيين المحكمين، وانتهاء بدراسة القواعد الإجرائية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم وتبيان مدى ملاءمتها مع طبيعة منازعات العقود الإدارية، أما **الفصل الثاني** فنخصه لأثر التحكيم على النظام الموضوعي لمنازعات العقود الإدارية من خلال بحث إشكالية القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية خاصة الدولية، ومعالجة مسألة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والمحاولات الرامية لاستبعاده، تمهيدا لدراسة سياسة المحكمين والفقهاء في السعي إلى تدويل العقود الإدارية وتحريرها من سلطان التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة وإخضاعها إلى قواعد تنتمي إلى المجتمع الدولي وتبيان مدى ملاءمة تطبيق هذه القواعد على منازعات العقود الإدارية الدولية.

## الباب الأول

# فكرة التحكيم في العقود الإدارية

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

إذا توافرت للعقد سمات العقد الإداري، أمكن له أن يتخذ أكثر من صورة أهمها عقد الامتياز، عقد التزام المرفق العام، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، وكل هذه العقود لها تأثير على اقتصاد الدولة وتنميتها مما يجعلها تتشابه فيها العلاقات الداخلية والدولية في آن واحد خصوصا ودول العالم الثالث مقبلة على عهد جديد من الانفتاح الاقتصادي مما يؤدي إلى كثرة العقود الإدارية خاصة ذات الطابع الدولي التي يبرمها المتعاقدون مع الإدارة<sup>(1)</sup>.

من ثم فمن الطبيعي في ظل هذا التنوع والتشابه في العلاقات الاقتصادية أن تحدث نزاعات بصدد العقود الإدارية المبرمة بين الأطراف تبحث لحل لها في وسائل بديلة بعيدا عن نظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة، من أهم هذه الوسائل نظام التحكيم باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات خاصة على الصعيد الدولي لما يحمله من مميزات لا تتوفر في قضاء الدولة<sup>(2)</sup>، ومن هنا ظهرت إشكالية التحكيم في العقود الإدارية على الساحة القانونية وأثارت الجدل في الفقه والخلاف في القضاء، وأجريت العديد من الأبحاث والدراسات حول مسألة مدى جواز اللجوء إليه بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها نظرا لما تتمتع به الدولة من سيادة وحصانة، ومركز قانوني متميز باعتبارها أحد أشخاص القانون العام في مواجهة المتعاقدين معها في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية، فالاتفاق على التحكيم من شأنه التقليل من هيبة الدولة وسيادتها إضافة إلى اعتدائه على الاختصاص الأصلي للقضاء الفاصل في المادة الإدارية<sup>(3)</sup>.

(1)- أنور أحمد أرسلان، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1998، ص 113.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2012، ص 12.

(3)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 109.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

---

سوف نضع معالم نظام التحكيم والأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، وما يمكن أن يقدمه نظام التحكيم لهذه الأخيرة (الفصل الأول)، ثم ننتقل لدراسة مسألة قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي وعرض اتجاهات الفقه والقضاء والمشرع في هذا الشأن، ووضع هذه المسألة بالنسبة للعقود الإدارية المبرمة على الصعيد الدولي (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

التحكيم والنظرية العامة للعقود الإدارية

## الفصل الأول

### التحكيم والنظرية العامة للعقود الإدارية

يعد نظام التحكيم ركيزة حقوقية للمستثمر الأجنبي بانعدامها تتعدم الثقة في عدالة الدولة خاصة مع انفتاح الجزائر على الأسواق الدولية وتشجيعها للاستثمار الأجنبي، والذي نجم عنه تطور العقود الإدارية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، أين أصبح اللجوء إليه ضرورة ملحة لحسم المنازعات خاصة على الصعيد الدولي، إذ يشترط المستثمر الأجنبي إدراجه ضمن بنود العقد حتى يضمن اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع الذي يستثمر فيه واختيار الهيئة التي تحكم بينه وبين الدولة المتعاقدة في حالة نشوب نزاع، إضافة إلى ما يحمله من امتيازات لا تتوفر في قضاء الدولة منها البساطة والسرية والسرعة في الإجراءات<sup>(1)</sup>.

ولما كانت العقود الإدارية تتميز بطابع خاص يميزها عن عقود ومنازعات القانون الخاص ذلك الطابع الناتج عن وجود الإدارة كطرف في تلك العقود والتي تعمل على تحقيق الصالح العام، مما يترتب عليه منح الإدارة سلطات وإمتهيازات تؤدي إلى الخروج على مبدأ المساواة المتعارف عليه في علاقات القانون الخاص، فإنه من شأن اللجوء إلى التحكيم أن يفقد الإدارة لأهم السلطات الممنوحة لها في ظل النظرية العامة للعقود الإدارية والقانون الإداري خاصة وأنها نعلم أن نظام التحكيم يضع الخصومة بين يدي هيئة التحكيم قد تنتمي لجنسية بلد لا يعتد بنظرية العقود الإدارية واختلافها عن العقود المدنية<sup>(2)</sup>.

سوف نتناول من خلال هذا الفصل الأسس العامة التي يقوم عليها نظام التحكيم من خلال إبراز ذاتيته والوقوف على أهم أنواعه (المبحث الأول)، ثم ننتقل لتعريف العقد الإداري

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 11-12.

(2)- جار الله جار الله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة، مصر، 2007،

ومعايير تمييزه والوقوف على أهم خصائصه الذاتية لنبين أثر التحكيم على طبيعة تلك العقود وعلى سلطات الإدارة فيها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الأسس العامة لنظام التحكيم

نظرا للتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل في شتى مجالات الحياة، والذي لا يقابله قضاء داخلي أو دولي متخصص، وعلى نفس المستوى الفني لهذه الحركة التكنولوجية إحتل نظام التحكيم مكانا بارزا سواء على المستوى الداخلي أو الدولي فالمطلع على واقع التعامل الاقتصادي خاصة على الصعيد الدولي يجد الأفراد يتجهون أكثر فأكثر وهم بصدد حل منازعاتهم إلى التحكيم لما يتميز به من بساطة في الإجراءات وسرعة الفصل في المنازعات<sup>(1)</sup>. ولما كان التحكيم نظام عدالة خاصة، فإنه يعد من المواضيع التي ثار بشأنها الجدل على جميع المستويات فهو بحق على حد قول أحد الفقهاء<sup>(2)</sup> "من أهم مشكلات القانون بصفة عامة"، فكل تنظيم إجرائي يقف أمامه غير قادر على الوصول به إلى قواعد رشيدة تسلم من النقد وتبتعد بالخصوم نهائيا عن الالتجاء إلى القضاء، وتكمن إشكالية نظام التحكيم في ضرورة التوفيق بين أمرين؛ مبدأ سلطان الإرادة في تنظيمه من جهة وبين تقييد المشرع لتلك الإرادة من جهة أخرى<sup>(3)</sup>.

وتبعاً لذاتية هذا النظام التي يتفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات، سنتناول بالبحث الإطار المفاهيمي للتحكيم من خلال تعريفه وتبيان موقف الفقه من طبيعته القانونية

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص13.

(2)- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص11.

(3)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 123.

لتحديد نطاق بحثنا (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى إبراز ذاتيته من خلال تحديد أنواعه وتمييزه عن غيره من الوسائل البديلة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الإطار المفاهيمي للتحكيم

يعد التحكيم أقدم وسائل فض المنازعات<sup>(1)</sup>، وفي ظل تطور النظم القانونية تحول إلى طريق بديل عن القضاء يلجأ إليه أطراف العلاقة القانونية بإرادتهم لحسم ما سينشأ بينهم من منازعات، وقد تنامت أهميته بتطور العلاقات بين الدول حيث أصبح القضاء الرسمي في الدولة غير ملائم للطبيعة الخاصة لمثل تلك المنازعات، لما تتسم به من ضخامة الاستثمارات والرغبة في سرعة فض النزاع والحفاظ على السرية في الإجراءات<sup>(2)</sup>.

نتناول تعريف التحكيم لغة، وما إذا كان المشرع الجزائري قد وضع تعريفا محددًا له أو ترك الأمر لاجتهاد الفقه، ونحدد أهميته (الفرع الأول)، ثم نعقب ذلك بتحديد طبيعته القانونية، وذلك لبيان النظام القانوني الذي يلحق به، وما يترتب على هذه المسألة من آثار (الفرع الثاني).

(1) - عرف نظام التحكيم عند قدماء المصريين حيث كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات، وعرف عند الإغريق حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية، أما العرب فقد عرفوا التحكيم قبل الإسلام بقرون وكانوا يحكمون الكهنة أو العرافين أو الوجهاء، وكان اختياريًا وغير ملزمًا للخصوم لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد به. محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007، ص 16-18.

(2) - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 08.

## الفرع الأول

### تعريف التحكيم وأهميته

تعددت التعاريف التي قيلت في التحكيم حسب الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعبّر عن ما يكتسبه هذا النظام من مكانة هامة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، وذلك لما يتميز به من خصائص جعلته يفرض نفسه بقوة ويتفوق على كثير من الوسائل الأخرى بما فيها القضاء<sup>(1)</sup>.

### أولاً- تعريف التحكيم

#### 1- التحكيم لغة

إن أصل كلمة تحكيم في اللغة العربية هي مصدر الفعل (حَكَمَ) بتشديد الكاف مع الفتح يقال حكم بالأمر حكماً قضياً، حكم له وحكم عليه وحكم بينهم، (حَكَمَ) فلاناً في الشيء والأمر جعله حكماً (احتكم) الخصمان إلى الحاكم رفع خصومتها إليه واحتكم في الشيء والأمر تصرف فيه كما يشاء، يقال احتكم في مال فلان واحتكم في أمره<sup>(2)</sup>.

ومن معاني التحكيم ومشتقاته الدعوة إلى الفصل في الخصومة، تقول حاكمته إلى الحاكم أي دعوته إلى حكمه، وحاكمته إلى الله تعالى، دعوته إلى حكمه سبحانه، ومنه قوله تعالى: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا»<sup>(3)</sup>.

(1)- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 13.

(2)- المنجد في اللغة والإعلام، دار الشرق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة والعشرون، 1988، ص 146.

(3)- سورة النساء، الآية رقم 59.

## 2- التحكيم اصطلاحا

### التعريف التشريعي

لم يتعرض المشرع الجزائري أسوة بالمشرع المصري والفرنسي لتعريف التحكيم، واكتفى بالنص على شروطه الشكلية والموضوعية، ونظم مختلف أحكامه ضمن الباب الثاني من الفصل الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمقتضى المواد 1006 إلى 1065<sup>(1)</sup> تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء في هذا الشأن.

### التعريف الفقهي:

اختلف الفقه في تعريفه للتحكيم، ومن أهم التعريفات التي قيلت فيه أنه:

- 1- "نظام للقضاء الخاص تسلب فيه خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون عن طريق القضاء العام"<sup>(2)</sup>.
- 2- "الاتجاء إلى طرف ثالث يعرض عليه الطرفان المتخاصمين خلافهما، فيقوم في النهاية بفرض حل ملزم لكليهما"<sup>(3)</sup>.
- 3- "عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي به ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها"<sup>(4)</sup>.

(1)- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 1008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21.

(2)- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2008، ص 36.

(3)-Zaki(B), Dictionary of management sciences, Dar El KitabAlmasri, Cairo,égypt, 1ère éd, P 48.

(4)- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

4- "الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود..."<sup>(1)</sup>.

5- "نظام التحكيم هو بناء قانوني يكون مركبا من ثلاثة إرادات:

- إرادة النظام القانوني الوضعي.

- إرادة الأطراف المحكّمين (أطراف الاتفاق على التحكيم).

- إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

وإذا افترق نظام التحكيم إلى أي من هذه الإرادات فإننا لا نكون عندئذ بصدد نظام التحكيم"<sup>(2)</sup>.

### وقد عرفه الفقه الغربي على أنه:

1- "إنشاء محكمة خاصة بفضلها يتم حل المنازعات التي تطرح على محاكم القانون العام والتي اتفق أطرافها على طرح الحالة للفصل فيها"<sup>(3)</sup>.

2- "تكون بصدد التحكيم متى توافر ما يلي:

\* اختيار الأطراف لشخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات.

\* الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.

\* يصدر المحكم قرارات أو أحكاما إلزامية ونهائية على غرار الأحكام القضائية الداخلية.

\* نطاق مراجعة قرارات المحكم محدود"<sup>(4)</sup>.

(1)- تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003، ص 9.

(2)- محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2001، ص 32-34.

(3)- Jean(R), L'arbitrage-droit interne-droit international privé, 2ème éd, 1993, P 03.

(4)- Jan (R). Mc-Neil, American arbitration law, Oxford University Press, New York, 1992, P 07.

3- "عملية تهدف إلى الفصل في مسألة مهمة بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص آخر أو أكثر (محكم أو محكمين)، الذين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص يخولهم الفصل في المنازعة، دون أن يستمدون سلطاتهم من الدول"<sup>(1)</sup>.

من خلال ما سبق يمكن تعريف التحكيم على أنه عدالة خاصة تعاقدية تمكن الأطراف الذين يملكون أهلية التصرف في حقوقهم اللجوء إلى محكم أو أكثر لحل ما قد يثور بينهم من نزاعات في المسائل التي تقبل الصلح والتصرف.

### **ثانيا- أهمية اللجوء إلى التحكيم**

تتمثل أهمية التحكيم بصفة عامة، والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه والتي تأتي في مقدمتها الحجة المتمثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعاتهم على القضاء، مع ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، علاوة على احتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام، وتقديم إشكالات التنفيذ، التي قد تحكمتها اعتبارات المماثلة في الخصومة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة فرع من الظلم.

### **1- المحافظة على السرية**

إن سير العدالة القائم على مبدئي الشفوية وعلانية المحاكمة ونشر الأحكام القضائية لم يعد يتماشى ومقتضيات المعاملات التجارية خاصة الدولية منها، حيث تحرص أطراف عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط نظرا لحساسية الوثائق والمعلومات التي تحملها خاصة في ما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا أو تراخيص استغلال براءات الاختراع أو العقود التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي نظرا لما يترتب على هذه العقود من آثار

(1)- David(R), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, P 09.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

سياسية واقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول<sup>(1)</sup>، وبالمقابل فإن نظام التحكيم يقوم على مبدأ سرية الإجراءات، وأحكامه لا تعلن للجمهور وغير قابلة للنشر والسرية في التحكيم يمكن اعتبارها قاعدة عرفية إذ تفرض أخلاقيات المهنة على المحكم والمحامي الالتزام بالسرية فلا يمكنهم أن يعلنوا عن موضوع النزاع وتفاصيله إلا بموافقة الأطراف<sup>(2)</sup>.

### 2- السرعة والبساطة في إجراءات التحكيم

تتسم إجراءات التحكيم بالبساطة والسرعة إذا ما قورنت بإجراءات التقاضي القائمة أساسا على شكليات معقدة، بما في ذلك من تعدد للقضاة ودرجات التقاضي المكرسة دستوريا حيث تصدر هيئة التحكيم حكما باتا حائزا لحجية الأمر المقضي فيه، غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية، إلا عن طريق الطعن بالبطلان المقرر بأسباب حصرية في القانون، مع بقاء الحكم قابل للتنفيذ<sup>(3)</sup>.

فالتحكيم بهذا المعنى يعتبر ضمانا إجرائية هامة للشركات الأجنبية المستثمرة ذات الشهرة العالمية، حيث تجد في اللجوء إلى التحكيم ما تتحقق معه مصالحها في السرعة والسرية في كافة إجراءاته بالإضافة إلى تجاوبه مع متطلبات المرونة والمفاهيم الموسعة التي تقتضيها طبيعة التعامل الدولي<sup>(4)</sup>، فإذا كنا بصدد قضية استثمارية كبرى وقضية إنشاءات، أين يجد القاضي نفسه مضطرا إلى ترجمة العديد من المستندات، ثم هذه الأموال الطائلة من الذي يصبر على أن تحبس عدد من السنوات حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها مع بطئ إجراءات

(1) - محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3، 2004، ص 13.

(2) - محمود مختار بريري، المرجع نفسه، ص 14.

(3) - أحمد بركات مصطفى، حق الانتجاع للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، مصر، 2008، ص 26.

(4) - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص 190.

التقاضي، ثم يأتي دور الطعن في الحكم، وتعدد درجات التقاضي وكل هذه الأمور لا تتسق مع مجريات الاستثمارات الدولية<sup>(1)</sup>.

من الجدير بالذكر أنه إن كانت إجراءات التحكيم مبسطة ولا تماثل إجراءات التقاضي العادية، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا القضاء يحقق هذه الميزة على حساب الضمانات الأساسية للتقاضي وذلك من خلال احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتخاصمة واحترام مبدأ الوجاهية، وكذا احترام حق كل خصم في أن يستمع إليه المحكمون، وحق كل خصم في مناقشة طلبات ومستندات خصمه، واحترام مبدأ التسبيب في الحكم التحكيمي، إذا لم يتفق الطرفان صراحة على إعفائه من التسبيب<sup>(2)</sup>.

### **3- حرية الأطراف في قضاء التحكيم**

يقوم نظام التحكيم على قاعدة أساسية مفادها منح الأطراف حرية لا تتحقق لهم في ظل القضاء الوطني، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات التحكيم، تمتد هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على التحكيم ذاته إلى حين صدور الحكم التحكيمي، بل وحتى بعد صدوره، فللأطراف حرية اختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ويناسب نزاعهم، كما لهم أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم ووقته والقانون المطبق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع محل التحكيم، وهذا ما يفنقها لأطراف في القضاء الوطني<sup>(3)</sup>.

(1)- محمد أبو العينين، دور التحكيم في حل منازعات التجارة والاستثمار الدوليين، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، ط1، القاهرة، 1998، ص 28.

(2)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 18.

(3)- حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 27.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

انقسم الفقه في تحديده للطبيعة القانونية للتحكيم في اتجاهات أربع أولها يرى أنه ذو طبيعة قضائية انطلاقاً من طبيعة عمل المحكم، وثانيها ذهب إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استناداً إلى اتفاق الأفراد، بينما ذهب الرأي الثالث إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، في ما يرى إتجاه رابع أنه ذو طبيعة خاصة مستقلة (1).

### أولاً- النظرية التعاقدية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالهدف منه غالباً تلبية رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في التصالح، ويتم في صورته العادية وفقاً لقواعد العدالة واستثناء وفقاً لقواعد القانون (2).

فأساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدر عنه من أحكام (3).

بالإضافة إلى أن مركز النّقل في نظام التحكيم ومصدر أحكام التحكيم الفاصلة في النزاع وقوتها الإلزامية هو اتفاق أطراف النزاع، وتمتد طبيعة التحكيم العقدية إلى هذه الأحكام التي تعد واتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ، لأن هذا الاتفاق يستغرق عملية التحكيم بأكملها ويصلح أساساً لتفسير سائر مراحل حتى صدور الحكم الملزم لأطراف النزاع (4).

(1)- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 35.

(2)- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 550.

(3)- محمود مختار أحمد بريوي، مرجع سابق، ص 08.

(4)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 265.

## 1- أسانيد النظرية

قد أجمع بعض الفقه أسانيد هذه النظرية فيما يلي:

\* حكم المحكمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف، فالتحكيم جوهره هو التقاء إرادة المحكمين بقرار الحكم<sup>(1)</sup>.

\* سلطة المحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

\* المحكمون ليسوا بقضاة وليست لهم في الأصل ولاية الحكم، وأحكامهم تنتقي فيها الطبيعة القضائية، ذلك لأنها تستمد آثارها من إرادة الخصوم الذين اتفقوا سلفاً على الخضوع للتحكيم ولا يغير من الطبيعة العقدية للتحكيم صدور أمراً من القضاء لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمين، ذلك أن هذا الأمر لا يعدو أن يكون عملاً مشابهاً للعمل الذي يتم في عقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء، والتي لم ينازع أحد في طبيعتها العقدية في مثل هذه المجالات<sup>(3)</sup>.

\* يملك المحكم عند الفصل في النزاع سلطات أوسع من سلطات القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون باستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، بينما القاضي يفصل في النزاع مقيداً بقواعد القانون<sup>(4)</sup>.

\* إضافة إلى أن القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة حيث أنه عمل المحكم ليس عملاً قضائياً فقد أجاز أن يكون المحكم أجنبياً وأجاز رفع دعوى ببطلان القرار الذي يصدره، وإذا أخطأ

(1)- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 46.

(2)- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، مصر، (د ط)، 1999، ص 24-25.

(3)- محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 08.

(4)- محمد سامي الشوا، "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf، تاريخ 2015/06/20 الساعة 14:22، ص

المحكم فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة، بالإضافة إلى أنه يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء<sup>(1)</sup>.

## 2- تقدير الاتجاه

وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات أهمها:

\* أخذ على هذه النظرية مبالغتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف مع أن هؤلاء في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وإنما الكشف عن إرادة القانون فالمحكم وهو بصدد الفصل في النزاع يطبق ما جاء في القانون ولا يهتم إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه<sup>(2)</sup>.

\* لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية، كما أن الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثار إجرائية، كتلك التي تترتب على المحكم<sup>(3)</sup>.

\* لا يعتبر اختيار نظام التحكيم تنازلاً عن الحق في اللجوء إلى القضاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في نيويورك<sup>(4)</sup>.

\*تجاهل أنصار النظرية العقدية طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم المكلف بالفصل في النزاع، والدور الذي يجسده في حماية الحقوق والمراكز القانونية حيث هناك الكثير من الأعمال التي تعد أعمالاً قضائية دون أن تكون مرتبطة بخصومة قضائية<sup>(5)</sup>.

(1)- مناني فراح، مرجع سابق، ص 37.

(2)- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 554.

(3)- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 49.

(4)-Giorgios.(I), Zekos, International Commercial and Marine Arbitration, Routledge-Cavendis, Abingdon, 2008, p14.

(5)- محمود السيد عمر التحويي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 307.

\* يختلف اتفاق التحكيم عن كل الاتفاقات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطان اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- النظرية القضائية

أضفى جانب آخر من الفقه على التحكيم طابعا قضائيا لسببين؛ أولهما أن اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم لا يعني سوى التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة مفضلين عليه نوع آخر من القضاء هو التحكيم والذي يعد بمثابة قضاء خاص، وثانيهما أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها فعمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة<sup>(2)</sup>.

### 1- أسانيد النظرية

نورد جملة من أسانيد هذا الاتجاه على النحو التالي:

\* إن نقطة الانطلاق عند أنصار هذا الاتجاه تبدأ من طبيعة عمل المحكم، فالمحكم من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي يمارس وظيفة قضائية كذلك التي يباشرها القاضي<sup>(3)</sup>.

\* التعرف على طبيعة التحكيم يكمن في تغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة التي توكل إلى محكم، والغرض من هذا النظام ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية مثبتتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون القضاة، وعلى ذلك فإن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الأطراف لقول الحق أو ليحكم القانون بينهم<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 25.

(2)- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 69.

(3)-David.(R) , Arbitrage et droit comparé,R.I.D.C, 1959, p 07.

(4)- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 50.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

\* على الرغم من أن التحكيم يبدأ بعمل إرادي، إلا أن هذا العمل بداية لوضع نظام التحكيم بطبيعته القضائية موضع الحركة الذاتية، ويعتبر إجباري ملزم للخصوم عند الاتفاق عليه والتخلص منه يؤدي إلى حلول قضاء الدولة الإجباري محله<sup>(1)</sup>.

\* أحكام المحكمين تتوافر فيها جميع خصائص الأحكام الصادرة عن القضاء، فحكم المحكمين يرتب ذات الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، وهي تمتعه بحجية الأمر المقضي به، فهذه الحجية لا تمنح إلا للأعمال القضائية، وإذا كان حكم التحكيم يحتاج إلى صدور أمر بتنفيذه من القضاء، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر التعاون بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم أو مجرد عملية لاستكمال حكم التحكيم<sup>(2)</sup>.

\* العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، ويتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فكل منها يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنهما يعد حكما قضائيا وذلك خلافا لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثرا من آثار الاتفاق<sup>(3)</sup>.

\* توجد ثلاثة عناصر يجب توافرها في العمل القضائي وهي الادعاء، والمنازعة، والعضو الذي يملك صلاحية حسم النزاع المثار، وإذا أسقطنا هذه المعايير الثلاثة على التحكيم نجدها متوافرة جميعا<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 23.

(2)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص 30.

(3)- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 70.

(4)-Motulsky.(H), Ecrits, études, et notes sur l'arbitrage; préface de. Goldman.(B) et Fauchard.(PH), Dalloz, 1994, p 07.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

\* المحكم شخص يخول له القانون سلطة حسم الادعاء والقول ما إذا كان هذا الادعاء يتطابق أو لا يتطابق مع قواعد القانون، وبهذه المثابة فإن المحكم يباشر ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي وهي حسم المنازعات بين الأفراد، وإن تحديد هذه الطبيعة تكون بالنظر إليها من خلال طبيعة المهمة الموكلة للمحكم والدور الذي يقوم به التحكيم كنظام يسمح به القانون الوضعي لحل المنازعات<sup>(1)</sup>.

تأسيسا على ما تقدم يرتب أنصار هذا الاتجاه على فكرة تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي أثرين هامين؛ الأول ضرورة تمتع المحكم بالاستقلال والحيادة كتلك التي يتمتع بها القاضي الوطني، والثاني يتعلق بخضوع المحكم لذات القواعد التي يخضع لها القاضي فتعيينهم يتطلب توافر نفس الشروط التي يجب توافرها في القاضي، كما يمكن ردهم لذات الأسباب التي يرد القضاة على أساسها<sup>(2)</sup>.

### 2- تقدير الاتجاه

رغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية للتحكيم، إلا أنها لم تسلم من النقد، فيعاب عليها ما يلي:

\* اختلاف طبيعة عمل كل من القاضي والمحكم، حيث تعتبر وظيفة القاضي وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده فالقضاء قد يباشر وظيفته ويصدر أحكاما في قضايا دون وجود نزاع بين الطرفين، بينما تعتبر

(1)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 308.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 40.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

وظيفة المحكم اجتماعية واقتصادية تتمثل في حل النزاع المطروح عليه على نحو يضمن استمرار العلاقات والود بين الأطراف في المستقبل<sup>(1)</sup>.

\* إن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء، رغم ما قد يبدو فيه من تقوية لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم دائماً، لأن التحكيم أسبق من القضاء في الوجود إضافة إلى أن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الأمر والإجبار، فلا يلزم شاهداً بالحضور، أو خصماً على تقديم مستندا تحت يده<sup>(2)</sup>.

\* من الصعب أن نطابق بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء، لأن حكم التحكيم لا ينفذ بنفس الطريقة التي ينفذ بها الحكم القضائي فهو يحتاج لنفاذه صدور أمراً من قبل القضاء بالإضافة إلى أنحكم المحكمين لا يرتب ذات الآثار القانونية التي يرتبها الحكم القضائي، وهي تمتعه بحجية الأمر المقضي به، فهذه الحجية تختلف في الحكم القضائي عنها في حكم المحكمين وذلك من جهتين؛ الأولى أن حجية حكم المحكمين لا تتعلق بالنظام العام، إذ أنه يمكن أن يتفق الطرفان بعد صدور الحكم على إعادة التحكيم مرة أخرى أمام ذات المحكم أو هيئة تحكيم أخرى، هذا خلافاً لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام حتى لو كان موضوع الحكم حقوق يملك الأفراد حرية التصرف فيها<sup>(3)</sup>.

الثانية أن مصدر حجية حكم التحكيم تستند إلى القوة الملزمة للاتفاق على التحكيم أكثر مما تستند إلى طبيعة عمل هيئة التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على ألا يكون للحكم الصادر عن

(1)- وجدي راغب فهمي، "هل التحكيم نوع من القضاء" دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، س17، العدد الأول والثاني، مارس-جوان 1993، ص139.

(2)- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 556.

(3)- كريم الطويجي، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم".

تاريخ [www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keywor](http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keywor)

14:45 الساعة 2015/06/20، ص 01.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

هيئة التحكيم حجية إلا بعد موافقتها عليه أو بعد موافقة جهة أخرى، فإنه لا يكون له حجية قبل هذه الموافقة<sup>(1)</sup>.

\* الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تتكره وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضا بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم<sup>(2)</sup>.

### ثالثا - نظرية الطبيعة المختلطة

يرفض هذا الاتجاه كل من الطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم، ويرى أن القانون يخول للأفراد اختيار أشخاص لإعداد القرار القضائي ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة محل النظر، وليس هذا البحث عملا قضائيا، ولكنه يكون أحد عنصريه أما العنصر الثاني الذي لا يكتمل إلا به هو عنصر الأمر الذي به تطبق إرادة القانون الذي حث عنها وعينها قرار المحكم<sup>(3)</sup>.

فإذا كان التحكيم هو نتيجة للصراع بين مقتضيات احترام سلطان الإرادة ومقتضيات الرضوخ لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع، فإنه يبدو وكأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين التناقضين، ذلك أن هذا النظام يمثل من ناحية فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ناحية أخرى يمثل فكرة القضاء، التي تتجسد في اقتضاء الحق عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة<sup>(4)</sup>.

### 1- أسانيد النظرية

يستند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من الأسانيد منها:

(1)- وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 144.

(2)- مناني فراح، مرجع سابق، ص 43.

(3)- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 558.

(4)- كريم الطوبجي، مرجع سابق، ص 01.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

\* الفكرة الأساسية عند أصحاب هذا الرأي تبدأ من أن التحكيم إذا كان قضاء، إلا أن مصدره يكمن في إرادة الأطراف في إعطاء الغير سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم، وعلى هذا الأساس فإن الصفة العقدية والصفة القضائية للتحكيم صاحبان لا يفترقان في كل مراحل عملية التحكيم، حيث تظهر الصفة العقدية في الجانب الإرادي الذي يتمتع به الأطراف والمتمثل في اتفاقهم على حل النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم، بينما تتمثل الصفة القضائية في الطابع القضائي لوظيفة المحكم والحكم الصادر عنه<sup>(1)</sup>.

\* تعتبر الصفة العقدية والصفة القضائية للتحكيم جزءان من الكل في إجراءات التحكيم الأخذ بإحدهما دون الأخرى يؤدي إلى إخلال في التوازن، مما يتطلب اعتبار نظام التحكيم ذو طبيعة مختلطة تجمع بين هاتين النظريتين، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف، ثم يبدأ هذا العنصر في الزوال تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي<sup>(2)</sup>.

\* إن التحكيم يعتبر نوعاً من القضاء الخاص ذو أساس اتفاقي تتناوب عليه طبيعة التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معاً، وإن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد الحكم القضائي<sup>(3)</sup>.

\* التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يتخذ في كل منها طابعاً مختلفاً فهو من أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم<sup>(4)</sup>.

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 47.

(2)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 598.

(3)- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 74.

(4)- أشرف روية، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"، <http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp?id=535>، تاريخ

20/06/2015 الساعة 15:30، ص 01.

## 2- تقدير الاتجاه

رغم ما يتضمنه هذا الرأي من وجهة ومحاولته الجمع بين الرأيين، إلا أنه لم يسلم من النقد فيما يلي:

\* إختار هذا الاتجاه أسهل الحلول وأبسطها، فضلا عن اتصاف موقفه بالعجز ومحاولة التهرب من جوهر المشكلة ذاتها، كما أن هذه النظرية لا تضيف جديدا في تحديد طبيعة التحكيم، ذلك أنها اعتمدت على ما استند إليه أنصار النظرية العقدية والنظرية القضائية للتحكيم<sup>(1)</sup>.

\* أخذ هذا الاتجاه بفكرة التحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية للتحكيم وهذا يعد هروبا من المشكلة، فالقول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة<sup>(2)</sup>.

\* إن القول بأن حكم التحكيم لا يعد عملا قضائيا، وبالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي به إلا بعد صدور أمرا بتنفيذه من القضاء العام في الدولة، يهدر كل قيمة لنظام التحكيم ويتنافى مع مقصد المشرع، فالمشرع قد قصد من أمر التنفيذ مجرد مراقبة عمل هيئة التحكيم على أساس أن عملها يستمد من الاتفاق عليه، لذا فقد أوجب قبل تنفيذ الحكم أن يخضع لإشراف السلطة العامة في الدولة والمتمثلة في السلطة القضائية للتحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على اتفاق تحكيم، وأن هيئة التحكيم قد راعت الشكل الذي يتطلبه القانون<sup>(3)</sup>.

---

(1)- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص 30.

(2)- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 53.

(3)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 339.

## رابعاً- نظرية الطبيعة المستقلة

أمام الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة، ظهر اتجاه في الفقه يرى أن التحكيم ليس ذو طبيعة عقدية، ولا ذو طبيعة قضائية ولا حتى ذو طبيعة مختلطة يجمع في طياته الجانب العقدي والجانب القضائي، وإنما هو ذو طبيعة خاصة مستقلة<sup>(1)</sup>.

فأصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع، حتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد فمرة يقولون عقد عمل، ومرة أخرى يقولون عقد وكالة، كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض منهم يرى أنه مجرد غطاء للقضاء الوطني، والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم، أما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فيكفي القول بأن موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم<sup>(2)</sup>.

### 1- أسانيد النظرية

\* اعتبار التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب الابتعاد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت أم قضائية ربما كان ذلك ذا فائدة في الماضي، ولكن تلك الفكرة قد

(1)- وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 135.

(2)- أشرف روية، مرجع سابق، ص 01.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

تقف الآن عائقا أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

\* التحكيم له طبيعة خاصة مردها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيدا عن الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة وإجراءاته وتعقيده التي لا تتناسب ومتطلبات التجارة الدولية، فالعقد ليس هو جوهر التحكيم، بدليل وجود تحكيم إجباري، كما أن اتفاق الأطراف على التحكيم وإن تحركت به عملية التحكيم، إلا أنه يتقيد بضرورة مراعاة قواعد القانون التي تحكم سلامة تلك العملية وسلامة الحكم ومراعاة النظام العام<sup>(2)</sup>.

\* التحكيم لا ينبثق من القضاء ولا يختلط معه، وإنما هو نظام يسير معه بصفة متوازنة بمعنى أنه يوجد قضائين يسيران بصفة متوازنة، قضاء الدولة وقضاء التحكيم<sup>(3)</sup>.

\* التحكيم يختلف اختلافا تاما عن القضاء، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي وتكون غايته حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات داخل الدولة، بينما التحكيم يرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية وهي التعايش السلمي بين الأفراد فضلا عن العدل، كما أن المحكمين لا يعينون دائما باتفاق الأطراف فقط وإنما يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة أحيانا أو بواسطة مركز من مراكز التحكيم أحيانا أخرى<sup>(4)</sup>.

\* القانون لا يعتبر المحكم قاضياً لأن المحكم يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له القاضي، فالمحكم لا يمتلك سلطة الأمر والجبر ولا يشترط فيه ما يشترط في

(1) - مناني فراح، مرجع سابق، ص 48.

(2) - وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 135.

(3) - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 28.

(4) - وجدي راغب فهمي، المرجع نفسه، ص 135.

القاضي من صفات كالسن والجنسية والمؤهلات العلمية وغيرها من الشروط ولا يعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن القيام بعمله<sup>(1)</sup>.

## 2- تقدير الاتجاه

لم تسلم هذه النظرية كغيرها من النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من انتقادات الفقه حيث وجهت لها العديد من الانتقادات منها:

\* هذه النظرية ربطت بطريقة خاطئة بين القضاء العام في الدولة وبين تطبيق القانون من جهة وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو العدالة من جهة أخرى، فنصوص القانون ليست سوى مصدرا من مصادر القانون ويوجد بجانبها مصادر أخرى مثل العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويستطيع القاضي العام في الدولة عند عدم وجود نص يحكم الحالة المعروضة عليه أن يستند لأي من هذه المصادر، وهذا الدور تلعبه هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع المطروح أمامها، بل أنها تستطيع في حالة تفويضها بالصلاح بين الأطراف المحتكمة أن تطبق القواعد القانونية تطبيقا حرفيا إذا رأت أن ذلك يحقق العدالة ومن ثم يكون استناد أنصار النظرية المستقلة للتحكيم لهذه الحجة في غير محلها لأن ذلك لا يؤكد استقلال التحكيم وإنما يؤكد على خصوصيته<sup>(2)</sup>.

\* إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه وليس من خلال الأثر المترتب عليه أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء كان نظاماً قضائياً<sup>(3)</sup>.

(1)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 631-632.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 53.

(3)- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، المرجع نفسه، ص 632.

بعد عرض مختلف النظريات التي قيلت في شأن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وتجسيدها في الواقع العملي، والأخذ بإحداها دون الأخرى فإن ذلك من شأنه أن يرتب بعض النتائج الهامة التي ساقها الفقه نوردها فيما يلي:

إن الأخذ بمنطق النظرية العقدية سيؤدي إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر بمجمله في يد الأطراف من أول البدء في عملية التحكيم حتى نهايتها<sup>(1)</sup>، وإذا سلمنا بمنطق النظرية القضائية للتحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى التضييق من مبدأ سلطان الإرادة، وسيادة تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم، في حالة عدم وجود قاعدة خاصة في نظام التحكيم تحكم المسألة المعروضة<sup>(2)</sup>، وإذا أخذنا بمنطق نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم نكون بذلك أمام نظام يعطي الحرية للأطراف، ولكنها تكون حرية غير مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات بمعنى أن هذه الحرية تتعاضم في بداية التحكيم، ثم تتناقص تدريجياً بعد ذلك ليحل محلها المظهر القضائي، وإذا اتبعنا منطق الطبيعة المستقلة للتحكيم فإن ذلك يعني أن التحكيم سوف لا يجد مرجعيته في فكرة القضاء العام في الدولة، وبالتالي فإن عملية تطبيق القواعد العامة للقضاء على التحكيم تكون بطريق القياس متى توافرت علتها أو حكمتها<sup>(3)</sup>.

مما تقدم نرى أن التحكيم نظام قضائي استثنائي خاص، فهو قضائي لأنه يهدف إلى فض النزاعات ولكنه خاص مختلف عن القضاء لأن مصدره العقد، المتمثل في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، ولكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات، والطبيعة القضائية لمهمة المحكم.

(1) - محمود مختار احمد بريري، مرجع سابق، ص 08.

(2) - وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 150.

(3) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 55.

## المطلب الثاني

### ذاتية التحكيم وأنواعه

لا يتخذ التحكيم في الواقع العملي صورة واحدة بل تتعدد أنواعه وأشكاله بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها إليه، فمن ناحية يكون مستندا إلى اتفاق خاص بإرادة الأطراف أو مفروضا عليها هذا ما يؤدي إلى تقسيمه إلى تحكيم إختياري وتحكيم إجباري، وقد يختار الطرفان محكهما والقانون الواجب التطبيق سواء من ناحية الإجراءات أو من ناحية القواعد الموضوعية دون وسيط، وقد يلجآن إلى منظمة أو مركز دائم من مراكز التحكيم المتعددة والمنتشرة في أنحاء العالم، ولذلك فهو ينقسم من هذه الوجهة إلى تحكيم الحر وتحكيم مؤسسي، وإذا كان الأصل أن يفصل المحكمون طبقا لأحكام القانون الواجب التطبيق من ناحية الموضوع، إلا أنه يجوز أن يفوض الطرفان صراحة المحكمين في الفصل في النزاع وفقا لقواعد الصلح وبذلك ينقسم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح، وقد تكون جميع عناصر عملية التحكيم مرتبطة بدولة واحدة، وقد تكون موزعة على أكثر من دولة، وهو ما يؤدي إلى انقسام التحكيم من تلك الناحية إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي<sup>(1)</sup>.

وإذا كان التحكيم وفقا للمفهوم السابق بيانه أنه نظام قضائي استثنائي خاص، فإن له ذاتيته الخاصة التي يتفرد بها، وتميزه عن غيره من الوسائل المعروفة لتسوية المنازعات، لذا يجب التمييز بينه وبين غيره من الوسائل البديلة (فرع أول)، ثم ننتقل لعرض أهم أنواعه التي يتخذها في الممارسة العملية (فرع ثاني).

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 164.

## الفرع الأول

### تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة

يضم قانون الإجراءات المدنية والإدارية ثلاث طرق بديلة لحل النزاعات إثنان منهما مستحدثة (الصلح والوساطة)، بينما يعتبر التحكيم نظاما قديما خاصا ومتميزا بقواعده عن غيره من الوسائل الأخرى، فبالرجوع للقواعد المنظمة للتحكيم نجدها مستقلة عن الدعوى القضائية في حين لا حديث عن الصلح والوساطة خارج دعوى قائمة ومطروحة أمام القاضي.

### أولا- التحكيم والصلح

إذا كان كل من التحكيم والصلح يرتكزان على إرادة الأطراف ويترجمان رغبتهم في حل النزاع المثار بينهم بعيدا عن ساحات القضاء، إلا أن ذلك لا يعني التطابق التام بينهما إذ أن هناك فروقا جوهرية تجعل كل منهما يتباعد عن الآخر، ولتوضيح ما سبق سوف نعرف الصلح ونبين أوجه الشبه والإختلاف بينه وبين نظام التحكيم.

### 1- تعريف الصلح

بالرغم من أن الصلح إجراء أقره المشرع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الكثير من النصوص القانونية التي سبقته لا سيما القانون المدني، إلا أن تصدي المشرع لموضوعه بموجب القانون الجديد أخذ طابعا إجرائيا، في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفية مباشرته<sup>(1)</sup>.

(1)- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط1، 2009، ص 517.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني<sup>(1)</sup> بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

بالموازاة عرفه جانب فقهي على أن: "الصلح أو التسوية الودية، عقد يحسم به الطرفان الخلاف بينهما عن طريق نزول كل منهما عن جزء من ادعائه، ويمكن إبرام عقد الصلح دون وجود دعوى قائمة بين الطرفين أمام القضاء، كما يجوز لهما إبرامه أثناء قيام دعوى قضائية بينهما"<sup>(2)</sup>.

ونظام الصلح يقوم على عنصرين أساسيين هما:<sup>(3)</sup>

1- وجود نزاع قائم محتمل.

2- النزول عن ادعاءات متقابلة لكل من الطرفين.

قد يتشابه الصلح مع التحكيم في أن كلاهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية، ويرتكزان على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح، ويشتركان كذلك في وجود العقد، فالتحكيم بصورتيه شرطاً كان أو اتفاقاً يستند إلى عقد، وكذلك الصلح هو عقد بنص القانون<sup>(4)</sup>، كما أن وجود كل من الصلح والتحكيم يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء والدفع بحجية الأمر المقضي فيه<sup>(5)</sup>.

(1)- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31.

(2)- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 356.

(3)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، (د ط)، 2008، ص 26.

(4)- المادة 1007، 1011 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 459 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

(5)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 68.

## 2- أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح

- الاتفاق على التحكيم يقيد الأطراف فلا يملك أحدهما الرجوع عنه، أما اتفاقهما على مبدأ الصلح فلا يلزمهما إذ يملك كل منهما الحق في الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم لحل النزاع رغم اتفاق الصلح<sup>(1)</sup>.

- تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، أما التحكيم فهو وسيلة لحل النزاع فحسب، دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع<sup>(2)</sup>.

- يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة بالنسبة للأحكام، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب القواعد المقررة في القانون المدني ويكون غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا ورد في عقد رسمي أقر به الخصوم أمام المحكمة وأثبت ذلك الإقرار في محضر الجلسة<sup>(3)</sup>.

- عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح، بينما في التحكيم يكون الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري بعد الحصول على الأمر بتنفيذه طبقاً للقواعد العامة<sup>(4)</sup>.

(1)- محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 20.

(2)- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2003، ص 34.

(3)- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 31.

(4)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 27.

## ثانيا - التحكيم والوساطة

الوساطة أسلوب من أساليب الحلول البديلة للنزاعات تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع المطروح أمام القضاء، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد يسمى الوسيط<sup>(1)</sup>.

### 1- تعريف الوساطة

يعرف بعض الفقهاء الوساطة على أنها: "تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين الطرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع الذي ثار بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية الوساطة إلا باتفاق الطرفين"<sup>(2)</sup>.

وتعتبر الوساطة من أهم الوسائل الودية لتسوية النزاعات ويظهر مجالها في المعاملات التجارية الدولية، وحتى عند اللجوء إلى التحكيم نجد أن الأطراف يتفقوا عادة على اللجوء إلى الوساطة كإجراء تمهيدي قبل عرض النزاع على التحكيم<sup>(3)</sup>.

يكن الهدف من الوساطة في حل المنازعة بين الأفراد على وجه من السرعة وبشكل يغني عن إجراءات التقاضي، يتم بواسطة شخص طبيعي أو جمعية، وللموفق أو الوسيط حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وقد يتم اختيار موفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو بواسطة أي جهة قضائية أو تحكيمية طلب منها الأطراف ذلك<sup>(4)</sup>.

(1)- عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 523.

(2)- يسري محمد العطار، مرجع سابق، ص 44.

(3)- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 72 وما يليها.

(4)- محمود طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى،

2001، ص 110.

يلتقي التحكيم مع الوساطة في أن كلاهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل النزاعات مصدرهم اتفاق الأطراف في حل النزاع بعيدا عن القضاء بواسطة محكم أو وسيط.

## 2- أوجه الخلاف بين التحكيم والوساطة

من أوجه الخلاف بين التحكيم والوساطة ما يلي:

- لا تتميز الوساطة بالطابع القضائي، حيث تتمثل مهمة الوسيط في تقريب وجهات النظر دون أن يتمتع بأي سلطة، في حين تعد مهمة المحكم قضائية تهدف إلى إصدار حكم منهي للنزاع<sup>(1)</sup>.

- يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع على القضاء الوطني أما في التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق، حتى لو كان الموفق بدأ في القيام بعمله ومضى فيه أو أنهاه، كما يحق للقاضي عرض إجراء الوساطة على الأطراف في نزاع قائم بينهم<sup>(2)</sup>.

- لا يجوز للوسيط اتخاذ قرار في أساس النزاع، بل أن دوره يقتصر في محاولة طرح حلول بديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم، أما المحكم فإنه يملك سلطة البت في النزاع بحكم نهائي.

- كما يختلف التحكيم عن التوفيق من جهة أخرى في أن قرار الموفق ليس ملزما للطرفين إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد توصية لا تكون ملزمة إلا إذا قبلها الطرفان، أما قرار المحكم فيكون ملزما للطرفين ويستوي مع الحكم الصادر من القضاء إذا تم تذييله بالصيغة التنفيذية<sup>(3)</sup>.

(1)- فريد بن بلقاسم، الوساطة في الجزائر، حاضر، ماضي، مستقبل، الملتقى الدولي حول ممارسة الوساطة، 16/15 جوان

2009، منشور على الموقع الإلكتروني [/https://forum.educdz.com/threads](https://forum.educdz.com/threads)

(2)- محمود طنطاوي، مرجع سابق، ص 111.

(3)- محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص 359.

- يحوز حكم التحكيم حجية الشيء المقضي به فهو عمل قضائي، بينما ما ينتهي إليه الموفق هو إصدار توصيات ليست لها حجية الأحكام ولا قوة لها في التنفيذ<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### أنواع التحكيم

يتخذ التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات أشكالاً مختلفة، أي تتعدد المفاهيم التي يتفرع إليها سواء من حيث حرية اللجوء إليه، ومن حيث مدى وجود منظمة تديره، أو من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون، على أن أهم تقسيمات التحكيم ذلك الذي يميز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي وبين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري<sup>(2)</sup>.

### أولاً- التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

إن التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ووضع معيار للتمييز بين كليهما وتحديد صفة الدولية في التحكيم في هذا النوع من العقود تعتبر من المسائل المستعصية في فقه التحكيم في العقود الدولية<sup>(3)</sup>.

حيث تكتسي التفرقة بين النوعين من التحكيم أهمية عملية، وذلك من عدة أوجه نوجزها في ما يلي:

- من ناحية نطاق مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتنازعة في تنظيم عملية التحكيم نجد أنها تتسع في التحكيم الدولي عنه في التحكيم الوطني.

(1)- محمود طنطاوي، مرجع سابق، ص 111.

(2)- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 146.

(3)- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 377.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

- من ناحية تنفيذ حكم التحكيم، نجد أن أحكام التحكيم الوطنية تخضع لذات القواعد التي تخضع لها أحكام المحاكم الوطنية، أما تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فتخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تقرها الاتفاقيات الدولية<sup>(1)</sup>.

- تجيز بعض التشريعات لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناتجة عن علاقاتها الدولية بينما تحظر عليها اللجوء إلى التحكيم كقاعدة عامة في العلاقات الوطنية البحتة.

- إن فكرة النظام العام تتسع في التحكيم الدولي عنها في التحكيم الوطني، إذ يختلف مدى مساس موضوع واحد بالنظام العام تبعاً لتعلق الأمر بالتحكيم الوطني أو الدولي<sup>(2)</sup>.

يعرف الفقه التحكيم الداخلي على أنه: "مجموعة الطرق والأساليب المتاحة أمام المتنازعين في ظل العقود التجارية أو المدنية المبرمة فيما بينهم، لحل نزاعاتهم القابلة للصلح والناشئة عن تنفيذها أو تفسيرها وفقاً لقواعد التحكيم في القانون الداخلي للدولة بواسطة محكمين يتم اختيارهم أو تعيينهم بملء إرادتهم، ويشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً متمتعاً بالأهلية وكافة حقوقه المدنية وأن يقبل المهمة المسندة إليه"<sup>(3)</sup>.

أما التحكيم الدولي فعرف على أنه: "التحكيم الذي يتعلق بنزاع مرتبط بالقانون الدولي العام أو باتفاقية دولية أو بتنظيم مؤسسة دولية"<sup>(4)</sup>.

حاول كل من المشرع والفقه والقضاء إيجاد معيار عام يمكن الاستناد إليه للوقوف على دولية التحكيم أخذ جانب منهم بالمعيار الاقتصادي الذي يركز على موضوع النزاع ومدى

(1)- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 160.

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 82.

(3)- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 50.

(4) -Elhousseini.(M), L'arbitrage dans l'espace Ohada, conférence international sur droit des affaire de L'Ohada, maison du droit Vietnam française, Vietnam,2010, p 03.

ارتباطه بالتجارة الدولية، ومنهم من أخذ بالمعيار القانوني الذي يقوم على مدى اتصال عناصر التحكيم بالنظم القانونية المختلفة.

## 1- المعيار الاقتصادي

وفقا للمعيار الاقتصادي يعد التحكيم دوليا إذا كان موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية أو بعقد دولي بصفة عامة، بمعنى عملية انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، ومن ثم فإن التحكيم يعد دوليا ليس على أساس جنسية الأطراف أو محل إقامتهم، أو القانون الواجب التطبيق، أو مكان إجراء التحكيم، بل على أساس موضوع النزاع المطروح أمام المحكمين<sup>(1)</sup>. وفي هذا السياق يعتبر العقد موضوع النزاع دوليا إذا استتبع حركة مد وجزر للأموال عبر الحدود<sup>(2)</sup>، أي إذا تعدى آثاره وتبعاته إلى خارج حدود الدولة، وبالتالي فخرج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد دولية العقد<sup>(3)</sup>.

## 2- المعيار القانوني

وفقا للمعيار القانوني يعد التحكيم دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، فإذا كانت كل هذه العناصر، مكان إجراء التحكيم، جنسية الأطراف، أو جنسية المحكمين، القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان تحكيما وطنيا أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان تحكيما دوليا<sup>(4)</sup>.

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 184.  
(2) - Mezghani (A), Droit international privé, éd Cérès, 1991, p 109.

(3) - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 81.

(4) - حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون ذكر تاريخ النشر، ص 44-45.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

أما عن موقف المشرع الجزائري في تحديده لمعيار دولية التحكيم فقد تبنى المعيار المزدوج (الاقتصادي والقانوني) من خلال نص المادة 458 مكرر (الملغاة) من قانون الإجراءات المدنية القديم<sup>(1)</sup> على النحو التالي: يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل:

- التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية (هو مرتكز المعيار الاقتصادي).

- والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج (وهو مرتكز المعيار القانوني).

أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد<sup>(2)</sup>، فقد اعتبر المشرع الجزائري في نص المادة 1039 التحكيم دوليا إذا تعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وعلى هذا النحو فإنه أخذ بالمعيار الاقتصادي لإضفاء الطابع الدولي على التحكيم، بحيث تكون طبيعة المنازعة ومدى اتصالها بالتجارة الدولية هي المعيار الرئيسي لتحديد دولية التحكيم، فهذا المعيار هو الذي يتلاءم وواقع المعاملات الدولية، ذلك أن التحكيم ما وجد إلا ليخدم حولا تتماشى مع معطيات وازدهار التجارة الدولية بين الأشخاص عبر الحدود.

### ثانيا - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا يستند إلى إرادة أطراف النزاع، غير أن المشرع قد يفرضه جبرًا لتسوية بعض المنازعات بالنظر لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات<sup>(3)</sup>.

(1)- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27.

(2)- القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3)- محمود السيد عمر التحويي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، مرجع سابق، ص 144.

## 1- التحكيم الاختياري

يعتبر التحكيم الاختياري هو الغالب في مجال المعاملات التجارية وبالأخص في مجال التجارة الدولية، يستند في المقام الأول إلى إرادة الأطراف في الاتفاق عليه وتنظيم إجراءاته بحيث يكون للأطراف حرية الاختيار بين اللجوء إليه كوسيلة لحل النزاع القائم بينهم، أو اللجوء إلى القضاء، أو أية وسيلة من وسائل فض المنازعات الأخرى<sup>(1)</sup>.

يعرف التحكيم الاختياري على أنه: "التجاء الأطراف المتعاقدين بسلطان إرادتهم الحرة المختارة بموجب الاتفاق إلى التحكيم حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم"<sup>(2)</sup>.

يعتمد هذا النوع من التحكيم على دعامين أساسيتين هما؛ الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة<sup>(3)</sup>، ويترتب عليه نتيجتين هامتين؛ الأولى أنه لا يتقيد اللجوء إلى التحكيم الاختياري بميعاد معين، فيمكن للأطراف اللجوء إليه حتى لو كان النزاع القائم بينهم معروض على القضاء، والثانية أنه يملك الأطراف في أية لحظة ترك التحكيم واللجوء إلى القضاء لحل النزاع القائم بينهم<sup>(4)</sup>.

تعتبر المواد الخاصة بالتحكيم والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمثابة قانون للتحكيم الاختياري، فقد نصت المادة 1006 منه على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 28.

(2)- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000. ص 29.

(3)- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 39.

(4)- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، مرجع سابق، ص 144.

كما تنص المادة 1011 من ذات القانون على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

## 2- التحكيم الإجباري

قد يكون التحكيم إجباريا يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظرا لطبيعتها الخاصة بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات. يعرف التحكيم الإجباري على أنه: "هو الذي لا يختار فيه الأطراف التحكيم، ولكن يكون مفروضا عليها، وهو الأكثر شيوعا في علاقات العمل، خصوصا في العلاقات بين الهيئات العامة وموظفيها"<sup>(1)</sup>.

وقد يأخذ التحكيم الإجباري إحدى الصورتين:<sup>(2)</sup>

أ- يفرض المشرع اللجوء إلى التحكيم قصرا، بقاعدة قانونية آمرة دون خيار في الالتجاء إلى القضاء، وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تعد انتهاكا لحق التقاضي الذي يكفله الدستور لكل مواطن.

ب- تدخل المشرع بوضع شرط طرح النزاع بداية أمام هيئة التحكيم لقبول الدعوى أمام القضاء وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى، وفيما يتعلق بتكييف طبيعة التحكيم الإجباري يرى الفقه أن التحكيم ولو كان إجباريا يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أنه يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه بحيث إذا انعدمت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكما وإنما شكل من أشكال القضاء العام<sup>(3)</sup>.

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 28.

(2)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 50.

(3)- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2002، ص 45.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

هذا وقد تدخل المشرع المصري بعدد من القوانين لفرض التحكيم الإجباري في بعض أصناف من المنازعات ومن أمثلة ذلك المنازعات بين شركات القطاع العام فكل دعوى يكون فيها المدعي والمدعى عليه من القطاع العام يجب رفعها إلى هيئة التحكيم، والتحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بنظام التحكيم الإجباري سنة 1971 في المنازعات التي تكون بين الشركات الوطنية ثم مد نطاق هذا التحكيم سنة 1975 إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها بنصه على أنه: "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية، أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي، وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكتسب فيها الدولة غالبية الأسهم"<sup>(2)</sup>.

تأسيسا على ما تقدم ذكره فإن التحكيم الاختياري هو الصورة الأساسية للتحكيم، إلا أنه لرغبة المشرع في توفير الوقت والجهد والنفقات وتخفيف الضغط عن المحاكم من نظر بعض أنواع المنازعات، وبخاصة المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية بعضها البعض على اعتبار أنها ليست خصومات حقيقية تتعارض فيها المصالح المتنازعة لأن نتيجتها تؤول في النهاية إلى شخص واحد وهو الدولة، قد يفرض عليهم تحكيما إجباريا بحيث يعد الوسيلة الوحيدة التي يمكن اللجوء إليها لفض المنازعات الناشئة بينهم.

(1) - أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، (د ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 14.

(2) - المادة الأولى من الأمر رقم 44/75، المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج.ر، عدد 53.

### ثالثا - التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر

أمام الطابع التعاقدى للتحكيم، يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه الاتفاق على أن يستقلوا بإدارة العملية التحكيمية كما في التحكيم الحر، أو إحالة إدارة هذه العملية إلى إحدى المؤسسات أو الهيئات الوطنية أو الدولية وفق قواعد وإجراءات محددة من قبل وهو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي<sup>(1)</sup>.

#### 1- التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو: "ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها"<sup>(2)</sup>. يتولى هذا النوع من التحكيم هيئات أو منظمات موضوعة سلفا من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها<sup>(3)</sup>.

يعتبر التحكيم المؤسسي الصورة الحديثة للتحكيم وأصبح واسع الانتشار باعتباره أكثر ملاءمة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى المراكز التحكيمية لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدرية تيسيرا لعملية التحكيم ولحسن سير الإجراءات حتى صدور حكم التحكيم في النزاع، ومن هنا وجدت المؤسسات التحكيمية المتخصصة في نظام التحكيم، منها ما هو على المستوى الوطني ومنها ما هو على المستوى الدولي<sup>(4)</sup>.

والتحكيم المؤسسي يتناسب مع مصلحة الأطراف المتنازعة بوجود قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين بما يجنبهم مشقة البحث على المحكم المناسب، ويؤمن لهم سير العملية التحكيمية

(1)- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 16.

(2)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 53-54.

(3)- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 31.

(4)- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، مرجع سابق، ص 148.

بفاعلية إلى حين إصدار الحكم، نظرا للكفاءة المهنية لمركز التحكيم المتخصص الذي يتولى أمره<sup>(1)</sup>.

يشهد العصر الحديث ظاهرة انتشار مراكز التحكيم الدائمة، نظرا لارتباطها بازدهار التجارة الدولية نذكر منها؛ غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)..

## 2- التحكيم الحر

التحكيم الحر هو الأصل والصورة التقليدية للتحكيم، حيث يختار أطراف النزاع المحكمين في كل حالة، وذلك دون التقيد بنظام دائم، فيجري في حالات فردية، ولا يختار الأطراف هيئة دائمة، وإنما يلجؤون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم<sup>(2)</sup>.

يعرف التحكيم الحر على أنه: "التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، ويختارون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع"<sup>(3)</sup>.

ويتميز التحكيم الحر بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفاء لحسم منازعات التجارة الدولية، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسسي، حيث أن التحكيم المؤسسي يضم محكمين من جنسيات مختلفة ويؤدي إلى تسريب المعلومات وإفشائها في حين

(1)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 240.

(2)- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 31.

(3)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 53.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

المحتكمين في التحكيم الحر يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في نزاهته وحياده إضافة إلى مرونة القواعد الإجرائية في التحكيم الحر بما يحقق السرعة في الفصل في النزاع<sup>(1)</sup>. أمام خصوصية منازعات العقود الإدارية فإن التحكيم الأجدى بتسوية منازعات هذه العقود هو التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية، وذلك من خلال كونه يضمن اللجوء الى قواعد و إجراءات معدة سلفا تتماشى وخصوصية هذه العقود، إضافة الى ما يوفره من قوائم لأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة العقود الإدارية التي يحتاج فهمها إلى قاضي متخصص وخبرة خاصة.

### رابعاً- التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يعتمد هذا التقسيم على سلطة المحكم فيما إذا كان يطبق القانون على النزاع المطروح عليه من عدمه، إذ يتعين التمييز بين نوعين من التحكيم بحسب مدى الصلاحية الممنوحة للمحكم وتقييم الادعاءات المتبادلة من الطرفين وصولاً إلى الحكم المنشود، وما إذا كان عليه أن يلتزم بتقييم الادعاءات بمعيار موضوعي أساسه أحكام القانون مثله مثل القاضي، أو يلتزم في تقييمه بمعيار شخصي قوامه التقدير الذاتي لمدى عدالة الادعاءات المطروحة عليه<sup>(2)</sup>. من هذا المنطلق ينقسم التحكيم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح.

### 1- التحكيم بالقانون

يقصد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذي يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون، وهنا يمارس المحكم سلطته مثل القاضي متقيداً في حكمه بقواعد القانون الموضوعي من خلال البحث في ادعاءات الأطراف المتنازعة وتقييمها، لينتهي بإصدار حكمه بناء على النص القانوني بغض

(1)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 54.

(2)- نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 57.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها هذا الأخير، يطلق على هذا النوع من التحكيم "التحكيم العادي" أو "الطلاق" أو "التحكيم بالقضاء"<sup>(1)</sup>.

### 2- التحكيم بالصلح:

إن كان التحكيم بالقانون هو الأصل فإنه استثناء منه يكون التحكيم بالصلح، وبموجبه يتحرر المحكم من التقيد بأية نصوص تشريعية، أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي ضميره<sup>(2)</sup>.

فالتحكيم بالصلح يعطي حرية أكبر للمحكم للفصل في موضوع النزاع المعروض عليه وفقا لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي من عدمه، فالمحكم ومنذ البداية يتخطى مصادر القانون الواجبة التطبيق على النزاع لأنه مخول من قبل الطرفين في أن يشرع بنفسه حلا فرديا للنزاع المطروح عليه قد لا يطابق الحلول التي توصل إليها أحكام القانون العامة المجردة<sup>(3)</sup>.

أخذ المشرع الجزائري بالنوع الثاني من التحكيم في المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>(4)</sup>، حيث أجاز أن يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كاستثناء من القاعدة العامة، غير أنه وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدل عن موقفه بنصه صراحة على أن التحكيم يكون وفقا لقواعد القانون: "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون"<sup>(5)</sup>.

(1)- نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 58.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 31.

(3)- نادر محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 59.

(4)- المادة 451 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(5)- المادة 1023 من القانون 09/08.

## المبحث الثاني

### نظرية العقد الإداري أمام قضاء التحكيم

يمثل العقد الإداري أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها يعتمد على التصرف الرضائي أو الاتفاق الودي بين الإدارة والأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين بهدف القيام بنشاطاتها خدمة للمصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

إن الحقيقة التي تفرض نفسها هنا والتي تعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الإدارة، هي أن هذه الأخيرة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد بل تنقسم إلى قسمين عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وهي العقود التي تبرمها الإدارة متجردة من كل السلطات وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام وهي العقود الإدارية التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطان مستعينة بامتيازات السلطة العامة بقصد تسيير المرافق العامة وتنظيمها<sup>(2)</sup>.

وتظهر خصوصية وذاتية العقد الإداري من خلال تنفيذه، وذلك من خلال السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، حيث لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد الإداري بالقدر المعروف في العقود المدنية<sup>(3)</sup>.

من ثم فإن اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية من شأنه أن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها ويؤثر على مركز الإدارة ومكانتها المرموقة فيها، هذا ما يدفعنا للتساؤل عن حقيقة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية وكيف يمكن الموازنة بين هذه الخصائص والتحكيم فيها؟

(1) - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ط5، 1991، ص 25.

(2) - محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، 2003، ص 05.

(3) - نجلاء حسن السيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 521.

نتناول تعريف العقد الإداري ومعايير تمييزه (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى أهم مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وموقف قضاء التحكيم منها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه

تبرم الإدارة نوعين من العقود؛ عقود مدنية وعقود إدارية هذه وتلك ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الفاصل في المادة الإدارية ويطبق عليها أحكام القانون الإداري<sup>(1)</sup>.

هذا وقد احتلت مسألة تعريف العقد الإداري والتمييز بينه وبين عقود القانون الخاص مكانا بارزا في كتابات الفقه وأحكام جهات القضاء لاسيما في الدول التي تنتمي إلى النظام القانوني اللاتيني كفرنسا ومصر والجزائر، لما يترتب على هذه المسألة من نتائج بالغة في تحديد القضاء المختص للنظر في المنازعات التي تثار بصدد تلك العقود من ناحية، والقانون الواجب التطبيق عليها من ناحية أخرى<sup>(2)</sup> (الفرع الأول).

في هذا الشأن استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء على ضرورة وجود عناصر محددة لتمييز العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمينه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص<sup>(3)</sup>، هذه العناصر مجتمعة أثرت على

(1)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 25.

(2)- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 02.

(3)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د ط، 2005، ص 10 وما يليها. وانظر أيضا سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

طبيعة القواعد القانونية التي تحكم نظرية العقد الإدارية، بل جعلتها نظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون الخاص<sup>(1)</sup> (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف العقد الإداري

لما كان من المقرر أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون الإداري، ويختص بالفصل في منازعاته القضاء الفاصل في المادة الإدارية بل يقتصر ذلك على فئة معينة من العقود يطلق عليها مصطلح العقود الإدارية، وفي غياب النص التشريعي الذي يعرف العقود الإدارية سواء في الجزائر<sup>(2)</sup> أو فرنسا أو مصر، فإنه لا سبيل لذلك سوى الرجوع إلى تعريفات الفقه وأحكام القضاء في هذا الشأن مع إلقاء الضوء على فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون.

### أولا- التعريف الفقهي والقضائي

أجمع فقه القانون الإداري<sup>(3)</sup> على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من أصل قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.

على الرغم من الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب من النشاط التعاقدية للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 801.

(2)- بالرغم من اتجاه بعض الفقهاء إلى تعريفها من خلال قانون الصفقات العمومية إلا أننا لا نجانهم الرأي حيث أن المشرع لم يتجه بصفة واضحة في تحديده للطبيعة الإدارية للصفقة العمومية من خلال قانون الصفقات العمومية رغم تعديله لهذا القانون أكثر من مرة: أنظر محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق وأيضا عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2007.

(3)- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 15. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 18.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول، وإن كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء، وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله<sup>(1)</sup>.

يعرف الدكتور محمد الصغير بعلي العقد الإداري على أنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"<sup>(2)</sup>.

وعرفه الدكتور عمار عوابدي على أنه: "توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة فلكي نعتبر عملا قانونيا ما عقد لابد من اتفاق أو توافق إرادتين متقابلتين أو متعارضتين على إنشاء وإحداث التزامات"<sup>(3)</sup>.

ويعرفه الدكتور سليمان الطماوي على أن "العقد الإداري هو ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"<sup>(4)</sup>.

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن تعريف العقد الإداري على أنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويخضع للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري سواء أكان

(1)- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 40.

(2)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 10.

(3)- عمار عوابدي، القانون الإداري، "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 186.

(4)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 59.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

بنص صريح في القانون، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يمنح المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"<sup>(1)</sup>.

ووفقا للمحكمة الإدارية العليا بمصر فإن العقد الإداري هو: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"<sup>(2)</sup>.

وذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بسكرة ضد (ق.ا) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى تعريف العقد الإداري من خلال تعريفه للصفحة العمومية "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات"<sup>(3)</sup>.

### ثانيا- العقود الإدارية بتحديد القانون

عندما ينص المشرع على اعتبار عقد ما عقدا إداريا، أو ينص على اختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر المنازعات التي تنشأ عنه، أو خضوعه لأحكام القانون الإداري فإن العقد يصبح عقدا إداريا بنص القانون، ومن ثم فلا مجال للإجتهد من جانب القضاء للبحث عن طبيعة العقد، ويطلق الفقه على هذه الطائفة من العقود تسمية "العقود الإدارية بتحديد القانون" نظرا لكون اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يستند إلى خصائص ذاتية وإنما يرجع إلى إرادة المشرع"<sup>(4)</sup>.

(1)– Raymond.(G) et Jean.(V), Lexique des termes juridiques, 16 édition, Dalloz, Paris, 2007, p 177.

(2)– مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 17.

(3)– عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 36.

(4)– علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 41.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

من أمثلة العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا؛ قانون 28 بليفوز السنة الثامنة الذي جعل اختصاص مجالس الأقاليم "المحاكم الإدارية منذ سنة 1953" النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة، طبقا لنص المادة الرابعة منه<sup>(1)</sup>.  
أما التحديد القانوني للعقود الإدارية من طرف المشرع الجزائري فقد كان إما بصفة مباشرة بالنص صراحة في القانون بأن عقدا ما من العقود هو إداري، كما جاء مثلا في نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية والتي جاء في فقرتها الأولى أن: "امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز، أو تبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"<sup>(2)</sup>.

وإما بصفة غير مباشرة وذلك بأن ينص القانون على منح الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بعقد من العقود التي تبرمها الإدارة إلى القضاء الفاصل في المادة الإدارية وهو المعيار العضوي الذي أخذ به المشرع في تحديده للعقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض المجالات أو بموجب نص عام كنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(3)</sup>.

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، المرجع نفسه، ص 41.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر، عدد 03.

(3) - بعلي محمد الصغير، العقد الإداري، مرجع سابق، هامش ص 11.

## الفرع الثاني

### المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري

إن الحديث عن المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية يشير إلى الجهد الخلاق للقضاء الإداري وفقهاء القانون العام في وضع ملامح هذا المعيار<sup>(1)</sup>.

يستند المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية إلى خصائصها الذاتية لا إلى نص القانون ولا إلى إرادة المشرع، كما أصبح من المقرر أنه ليس لإرادة الأطراف سبيل لتحديد طبيعة العقد لأن ذلك معناه الأخذ بمعيار شخصي في تحديد الاختصاص، وهو ما لا يجوز لأن قواعد الاختصاص يحكمها القانون وهي من النظام العام<sup>(2)</sup>.

تبعاً لذلك استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء الفاصل في المادة الإدارية على ضرورة وجود عناصر ثلاثة محددة لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمينه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

### أولاً- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

الأصل المسلم به أن العقد لا يكتسب الطابع الإداري إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وهذا أمر بديهي ذلك أن قواعد القانون الإداري ما وضعت إلا لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد، ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة لا تعد كقاعدة عامة عقوداً إدارية<sup>(4)</sup>، وهو المعيار المعتمد من طرف المشرع والقاضي الجزائري، إذ يكفي لإضفاء الصفة

(1)- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 06.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 49.

(3)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

(4)- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، المرجع نفسه، ص 09.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الإدارية على العقد وانعقاد الاختصاص للقاضي الفاصل في المادة الإدارية وجود أحد الأشخاص العامة وهي الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من أن هذا الشرط لا يكاد يحتاج إلى شرح إلا أن هناك بعض المشكلات العملية التي يثيرها والتي تحتاج إلى إلقاء الضوء عليها وهي كالاتي:

1- المشرع الجزائري عند تحديده للأشخاص المعنوية العامة لم يكن موقفه بالواضح خاصة وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية 247/15 وبالتحديد المادة السادسة منه<sup>(2)</sup> نجدها تشير إلى مؤسسات أخرى ذات طابع عام غير المؤسسات العمومية الإدارية وهو ما يعد خروجاً عن المعيار العضوي والذي تكون من خلاله العقود الإدارية عندما تبرم من طرف الإدارة.

2- زوال الصفة الإدارية عن الشخص المعنوي العام بعد إبرامه للعقد الإداري ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد التي اكتسبت وقت إبرامه، فالقاعدة العامة في العقود تقضي بأن العقود تظل محكومة بالقواعد المطبقة عليها وقت إبرامها<sup>(3)</sup>.

3- إذا كان الأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يعد من عقود القانون الخاص، إلا أنه استثناءً يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد لحساب أو لمصلحة الإدارة ففي هذه الحالة يعتبر هذا الشخص الخاص وكيلًا عن الإدارة ويعمل نيابة عنها في إبرام العقود<sup>(4)</sup>.

(1)- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 91.

(2)- المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر، رقم 50.

(3)- للمزيد حول هذه الفكرة يراجع: وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

(4)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

4- إذا أبرم عقد بين شخصين من أشخاص القانون العام فإن تماثل المراكز القانونية بين طرفي العقد قد يؤدي إلى خلق نوع من المساواة بينهما يشبه ما يحدث في مجال القانون الخاص وبالرغم من ذلك فإن العقد يعد إداريا كقاعدة عامة، إلا إذا كان موضوعه لا ينشئ بين طرفيه إلا علاقة من علاقات القانون الخاص كالعقود ذات الصبغة التجارية<sup>(1)</sup>.

5- وأخيرا نشير إلى أن هذا المعيار غير كاف لوحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري حيث أن وجود الإدارة كطرف في العقد لا يعني أن العقد إداري وإنما يعني أن القاضي الفاصل في المادة الإدارية هو المختص بالفصل في النزاع عندما تكون الإدارة طرفا فيه، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها مطبقا على ذلك إما القانون المدني أو القانون الإداري.

### ثانيا- علاقة العقد بالمرفق العام

لما كانت فكرة المرفق العام تعد الأساس الذي بني عليه العديد من نظريات القانون الإداري سواء في فرنسا أو في مصر وفي مقدمتها نظرية العقد الإداري، لأن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص وعلى منطبق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، فإن الفقه يجمع على وجوب اتصال العقد بنشاط مرفق عام لكي يصبح إداريا<sup>(2)</sup>.

يعرف المرفق العام على أنه: "النشاط الذي تقوم به الإدارة لإشباع الحاجات العامة للأفراد"<sup>(3)</sup>.

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 56.

(2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 74.

(3)- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 41.

## الباب الأول:..... فكرة التحكم في العقود الإدارية

تتخذ مسألة اتصال العقد بالمرفق العام صور عدة في التطبيق العملي؛ فقد يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام ذاته، أو قد يشكل العقد طريقة من طرق تنفيذ المرفق العام، أو مساهمة أو مشاركة في تنفيذ مرفق عام<sup>(1)</sup>.

بهذا الشكل فإن العقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص آخر على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة، أو إذا اشترك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق العام<sup>(2)</sup>.

إلا أن التوسع المطرد في نشاط الدولة وتدخلها في المجال الاقتصادي أدى إلى ظهور أنواع أخرى من المرافق العامة وهي المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري مما ولد أزمة المرفق العام حيث لم يعد أساسا ومعيارا فريدا لتحديد الطبيعة الإدارية للعقود.

### ثالثا - اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

يضيف الفقه أن العقد لا يعتبر إداريا، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام<sup>(3)</sup>.

تتمثل وسائل القانون العام في الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تعتبر حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية في الوقت الحاضر<sup>(4)</sup>.

بخصوص ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، فإن الفقه والقضاء لم يقدموا تعريفا جامعا مانعا لتلك الشروط يعود ذلك إلى أسباب عديدة يمكن ردها؛ إلى تواتر القضاء على الاختصار الشديد في صياغة أحكامه حيث يكتفي بمجرد التصريح على:

(1) - وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 58.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

(3) - محمود خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص 45.

(4) - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

"باشتمال العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون" دون أن يحدد ما المقصود بتلك الشروط، وكذا عدم الاستقرار على معيار عام يتحدد على أساسه الشروط الاستثنائية غير المألوفة، فما يعتبره القضاء من قبيل الشروط الاستثنائية في بعض الأحكام يرفضه في أحكام أخرى<sup>(1)</sup>.

من التعاريف التي حاول من خلالها الفقه إعطاء مفهوم للشرط الاستثنائي غير المألوف أنه: "إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما حقوقا أو يحملها التزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإراديا المتعاقد في ظل القانون الخاص المدني أو التجاري"<sup>(2)</sup>. وقد ذهب الفقه والقضاء إلى رد هذه الشروط الاستثنائية إلى أفكار وصور رئيسة تتمثل أساسا في:

1- الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، والتي نجدها ضمن بنود العقد حيث تستطيع الإدارة بموجبها وإرادتها المنفردة أن تحمل المتعاقد معها التزامات منها على سبيل المثال؛ الحق في تعديل التزامات المتعاقد، الحق في الإشراف والتوجيه، الحق في توقيع العقوبات أو فسخ العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة<sup>(3)</sup>.

2- الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة شروط استثنائية في مواجهة الغير؛ كإعطائه الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة بالقدر الذي يستتجبه تنفيذ العقد، ومثال ذلك منح الملتزم في عقد الالتزام سلطة نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق، أو منحه سلطات بوليسية تجاه المنتفعين بخدمات المرفق العام<sup>(4)</sup>.

(1)- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقود، مرجع سابق، ص 76.

(2)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

(3)- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 429.

(4)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 47.

3- الإحالة إلى دفاتر شروط معينة تصبح جزءا من العقد الإداري بعد إبرامه، إلى جانب الشروط الخاصة التي يتفق عليها المتعاقد مع الإدارة<sup>(1)</sup>.

4- النص على اختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية في نظر جميع المنازعات التي تتولد عن العقد<sup>(2)</sup>.

بعد أن تعرضنا للمعايير المميزة للعقد الإداري، والتي جعلت من نظرية العقود الإدارية نظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون الخاص، فإن من الفقه ما يرجح أن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام واستعمال السلطة العامة ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد وقابلية تلك المرافق للتغيير والتبديل في كل وقت، هي وحدها التي أدت إلى استقلال فكرة العقد الإداري عن العقد المدني<sup>(3)</sup>.

## **المطلب الثاني**

### **الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتحكيم**

تقوم نظرية العقود الإدارية على أسس ومبادئ تجعلها تنفرد على سائر العقود الأخرى بل وتختلف معها إختلافا جوهريا، سواء من حيث إبرامها أو تنفيذها، أو حتى نهايتها<sup>(4)</sup>.

مما لا شك فيه أن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، حيث يجعل لجهة الإدارة بوصفها طرفا فيه سلطات استثنائية لا مقابل لها في مجال

(1)- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 94.

(2)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 20.

(3)- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 94.

(4)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 252.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

القانون الخاص، حتى تكفل تنفيذه بأسلوب يوفق بين المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام في حال تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>(1)</sup> (الفرع الأول).

لما كان التحكيم بوصفه قضاء رضائيا خاصا فإنه يطبق في الغالب الأعم على المنازعات التي تحتكم إلى القواعد المتعارف عليها في كل التعاقدات والأسس العامة للعقود في مجال القانون الخاص منها؛ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتوازن الالتزامات والحقوق والمساواة بين طرفي العقد، مما يثير الشكوك حول مسألة ما إذا كان قضاء التحكيم في منازعة ناشئة عن تنفيذ عقد إداري أن يعترف للدولة وأشخاصها العامة التي أبرمت ذلك العقد بالسلطات الاستثنائية التي تمنحها إياها نظرية العقد الإدارية ومقتضيات المصلحة العامة أو يطبق القواعد المتعارف عليها في عقود القانون الخاص والتي لا تتفق مع نظرية العقود الإدارية ووضع الإدارة المتميز في هذه العقود<sup>(2)</sup> (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول

#### الخصائص الذاتية للعقود الإدارية

إن كل عقد متى كانت فيه الإدارة طرفا، واتصل نشاطه بمرفق عام، وانتهجت فيه الإدارة وسائل وأدوات القانون العام من خلال تضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية الخاضعة لأحكام القانون الخاص، لا جدال في كونه عقدا إداريا تتمتع فيه الإدارة في إطار نظام قانوني وقضائي مختلف عن النظام الذي تنتمي إليه العقود المدنية بمكانة مرموقة تخولها سلطات وصلاحيات استثنائية لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها<sup>(3)</sup>.

(1)- نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة، مصر، 2008، ص 257.

(2)- جار الله جار الله المري، مرجع سابق، ص 275-276.

(3)- مفتاح علي الشيباني عمر، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 121.

تبعاً لذلك تشير الكثير من المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية إلى أهم هذه السلطات  
نعرض لها في مايلي:

### أولاً- سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها

لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد، أين تسعى جهة الإدارة إلى تحقيق  
المصلحة العامة حيث يجب أن تعلق هذه الأخيرة على المصلحة الخاصة الفردية وهذه الفكرة  
دائماً تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، حيث تتمتع جهة الإدارة بسلطات لا نظير لها في  
العقود المدنية وهذه السلطات والامتيازات تعكس مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية  
وبالتالي فإن مبدأ سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها يبرر الغاية التي تسعى  
إليها الإدارة من إبرام عقودها وهي غاية النفع العام، ودائماً ما تحتوي هذه العقود على شروط  
استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تتضمن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد  
معها<sup>(1)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن جهة الإدارة لا تهدف وراء إبرام عقودها بصفة عامة والإدارية بصفة  
خاصة تحقيق ربح مالي، وإنما تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وتسيير مرفق عام لسد حاجات  
المواطنين، ولضمان قيام الإدارة بواجباتها في هذا المجال كان من الطبيعي تزويدها بحقوق  
وسلطات استثنائية تستلزمها طبيعة هذه العقود، وتجعل العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها  
تختلف اختلافاً كبيراً عن العلاقة التي تربط بين المتعاقدين في العقود المدنية<sup>(2)</sup>.

إلا أن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هل النفع العام كغاية تسعى إليها الإدارة من خلال  
إبرام عقودها الإدارية يبرر سمو مركزها القانوني على نحو يتعارض مع الغاية التي يسعى إليها

(1)- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة عن كيفية التوفيق بين الخصائص

الذاتية للعقد الإداري والتحكيم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 65.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 808.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

المتعاقد من خلال إبرام العقود الإدارية وهي غاية الريح المشروع؟ أم يمكن التوفيق بين هدف جهة الإدارة (النفع العام)، وهدف المتعاقد معها (الريح المشروع المعقول)؟

إن فكرة التوفيق بين هدف جهة الإدارة وهدف المتعاقد معها لم تأت من فراغ حيث أن هناك نية مشتركة للطرفين كأساس لتحديد التزامات وحقوق المتعاقدين في العقد الإداري وهذه النية المشتركة يكون لها مدلولاً معيناً يتفق مع الواقع فالمتعاقد بقبوله بشروط العقد غير المألوفة في العقود المدنية، والتي تعكس مظاهر السلطة العامة في العقد يعلم أن مهمته تكمن في التعاون مع الإدارة من أجل تحقيق النفع العام وحسن سير المرفق العام مع عدم التضحية في نفس الوقت بحقوقه المالية المستمدة من العقد الإداري<sup>(1)</sup>.

واستخدام فكرة النية المشتركة للطرفين يحدده اعتباران أساسيان هما:

**الاعتبار الأول:** هو المدلول الخاص لتلك الفكرة باعتبار أن النية المشتركة تنصرف إلى تحقيق النفع العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري، مع عدم التضحية في ذات الوقت بالحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة.

**الاعتبار الثاني:** أن الاستناد إلى إرادة الطرفين سواء أكانت الضمنية أو المفترضة في تفسير العقد يعتبر تأكيداً لدور الرضائية في العقد الإداري التي تعتبر وبحق جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد

نتيجة لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام، فدائماً ما تراعي جهة الإدارة اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها، سواء من حيث الكفاية المالية، أو المقدرة الفنية أو حسن

(1) - أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 323-324.

(2) - محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

السمعة، ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء في ما تعلق باختيار المتعاقد حيث تكون للإدارة السلطة التقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترضيه، أو بتنفيذ العقد حيث يلتزم المتعاقد بتنفيذه شخصياً وعدم جواز التنازل عنه أو التعاقد بشأنه من الباطن إلا بموافقة الإدارة<sup>(1)</sup>.

حيث أن التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة تترتب عليه نتائج قانونية تتمثل في:<sup>(2)</sup>

1- لا يسري التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن بدون موافقة جهة الإدارة في مواجهتها كما لا يجوز الاحتجاج بهما عليها، فضلاً عن أنه لا تنشأ عنهما أي رابطة عقدية بين المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن، وبين جهة الإدارة، بل يظل المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً ومسؤولية كاملة عن تنفيذ العقد.

2- إن تنازل المتعاقد مع جهة الإدارة عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن بدون موافقة مسبقة من جهة الإدارة يؤدي إلى بطلان التنازل، ويعد بذاته خطأً عقدياً يترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن هذا الفعل.

ومنه هل اشتراط موافقة الإدارة عن التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن تمثل سلطة تعسفية تجعل من فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد إحدى الخصائص الذاتية التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني؟

في الإجابة على هذا التساؤل يرجح الفقه أن فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد لها مدلول فني معين، فالتنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني التنفيذ المادي للعقد الإداري من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد

(1)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 438 وما بعدها.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 816.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الإداري، وهذا المدلول الفني لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري يسمح للمتعاقد مع الإدارة بإمكانية التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن مع مراعاة ضرورة الحصول على موافقة الإدارة<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لجهة الإدارة، فيجب عليها أن ترد على طلب المتعاقد معها في ميعاد مناسب، كما يجب أن يكون الرفض مستندا إلى أسباب معقولة تتصل بالمصلحة العامة كأن يكون المتنازل إليه أو المتعاقد معه من الباطن ليست لديه كفاية مالية وفنية، فإن كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير معقولة فإن المتعاقد يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ويحصل على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد لخطأ جهة الإدارة والتعويض عما لحقه من أضرار جراء هذا الرفض<sup>(2)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن حق الإدارة في رفض التنازل عن العقد يدخل في باب السلطة التقديرية لها، وهي سلطة مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة دائما باستهداف المصلحة العامة<sup>(3)</sup>. يطرح تساؤل آخر في هذا الشأن حول جواز كون المتعاقد من الباطن طرفا في اتفاق تحكيم نشأ عن منازعة متعلقة بعقد إداري؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يذهب جانب إلى أنه بما أن إرادة الأطراف هي التي توجد التحكيم وهي التي تحدد نطاقه، فإنه من غير الممكن إلزام شخص بالتحكيم رغما عن إرادته فمتى تخلفت هذه الإرادة تخلف وجود اتفاق التحكيم بالنسبة له، فاتفاق التحكيم لا يلزم الغير الذي لم يكن طرفا في الاتفاق، كما لا يخوله أي حق شأنه في ذلك شأن أي اتفاق إلا إذا

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 326.

(2) - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 446.

(3) - أشرف محمد خليل حماد، المرجع نفسه، ص 327.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

كان هناك اتفاق باللجوء إلى التحكيم موقع من جميع الأطراف بما فيهم المتعاقد من الباطن فلا توجد ثمة مشكلة في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

ومنه فإن فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد في مجال العقود الإدارية والتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ العقد شخصيا وعدم جواز التنازل عنه، أو التعاقد بشأنه من الباطن إلا بموافقة الإدارة لا يمثل سلطة أو امتيازاً حقيقياً للإدارة في مواجهة المتعاقد معها وإنما هي مجرد وسيلة تتأكد جهة الإدارة من خلالها من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو يحقق النفع العام وهي الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرام عقودها الإدارية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً - سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة

يتمتع العقد الإداري بخصائص ذاتية جوهرية تجعل له طابعاً مميزاً عن العقد المدني<sup>(3)</sup> ذلك أن اتصال العقد بالمرفق العام، ورغبة الإدارة من جراء إبرامه تحقيق النفع العام، كان من شأنه تمتع العقد الإداري بمرونة تكون معها للإدارة في أثناء تنفيذه سلطة تعديل الالتزامات المفروضة على عاتق المتعاقد معها، وذلك كل ما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديلها إلا باتفاق الأطراف، ذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه<sup>(4)</sup>.

ويجد حق التعديل أساسه في مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرفق العام للتكيف والتغيير تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة، ولذلك كان يجب أن تأتي العقود

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 821-822.

(2) - محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 102.

(3) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 327.

(4) - سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 458.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الإدارية التي تتصل بنشاط مرفق عام خاضعة لسلطة الإدارة في التعديل والتغيير إعمالاً لهذه المبادئ التي تحكم المرافق العامة<sup>(1)</sup>.

والسؤال الذي يثار في هذا الشأن هل سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تعارض فكرة الرضائية في العقد الإداري باعتبارها جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون العام أو القانون الخاص حيث أنه من المقرر أن إرادة الطرفين في العقد الإداري تؤدي دورها كاملاً سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذه؟

يذهب الفقه في معرض إجابته على هذا التساؤل إلى أن:

1- أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر انتظام سير المرفق العام، وهي كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذي يقضي بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد ولا يكون الخروج على ذلك إلا للضرورة ووفقاً لضوابط وشروط<sup>(2)</sup>.

من بين هذه الشروط التي نادى بها الفقه تغيير الظروف التي أبرم العقد في ظلها حيث أنه طالما تهدف الإدارة إلى تحقيق النفع العام وطالما جرت ظروف لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد فلا بد من تعديل نصوص العقد لكي تتفق والظروف الجديدة<sup>(3)</sup>، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتوجب على جهة الإدارة أن تعدل فقط من الشروط المتصلة بتنظيم المرفق العام دون الشروط المتصلة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة<sup>(4)</sup>، وأن يكون تعديلها في نطاق معين بحيث لا تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب أين يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد<sup>(5)</sup>، هذا

(1)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 278-279.

(2)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 281.

(3)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 329.

(4)- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 106.

(5)- سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 467.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

ويقابل سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد حقوق للمتعاقد معها تتمثل في الحق في التعويض العادل لتغطية الأعباء المالية الناشئة عن التعديل، وحق إلغاء الإجراءات غير المشروعة للإدارة، وحق فسخ العقد إذا تجاوز نطاقه<sup>(1)</sup>.

2- إن أساس مصدر سلطة التعديل التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها قد يكون لائحيا أو تعاقديا، إلا أن الإدارة قد تمارس سلطة التعديل خارج هذا الأساس، حيث أنه إذا كانت سلطة التعديل منصوص عليها في القانون أو اللائحة فإن ذلك يمثل قيда تشريعيًا على إرادة كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها فسلطة التعديل تكون مفروضة على كلا الطرفين بنسب وحدود معينة، في هذه الحالة لا مجال للحديث عن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة وإنما تكون ملزمة بتطبيق نص القانون أو اللائحة<sup>(2)</sup>، وقد تكون سلطة التعديل منصوص عليها في العقد الإداري وقبلها المتعاقد مع الإدارة وفي هذه الحالة لا تمثل امتيازًا للإدارة أو تعديلا للعقد بالإرادة المنفردة لأن إرادة المتعاقد اتجهت إلى قبول سلطة التعديل الواردة ضمن بنود العقد<sup>(3)</sup>، أما إذا مارست الإدارة سلطة التعديل خارج إطار النصوص اللائحية والتعاقدية فإنه لا يمكن إنكار إرادة الطرف المتعاقد في هذا الشأن فالنية المشتركة للطرفين في تحقيق النفع العام وعدم التضحية بحقوق المتعاقد المالية الناشئة عن العقد الإداري تقتضى قبول المتعاقد لسلطة التعديل التي تجد أساسها في طبيعة المرفق واتصال العقد به وضرورة الحرص على سيره بانتظام، ومن هنا يثبت حق جهة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر<sup>(4)</sup>.

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 831.

(2) - محمد سعيد أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 108.

(3) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 331.

(4) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 833.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

ومنه نصل إلى أنه بالرغم من الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة واعتبارها من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى إهدار فكرة الرضائية التي تعبر عن مدى احترام الدور الذي تؤديه إرادة الطرفان معا في تنفيذ العقد.

### رابعاً- حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة

كما تملك الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة فإنها تملك أيضاً حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لنفس الأسس التي سبق ذكرها في شأن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة.

ويحق لجهة الإدارة إنهاء عقودها الإدارية حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ وقبل حلول الأجل الطبيعي لها لدواعي المصلحة العامة، ومن أبرز تطبيقات الإدارة في هذا الشأن إنهاء عقد الالتزام قبل حلول مواعده دون خطأ من الملتزم مع تعويضه تعويضاً عادلاً<sup>(1)</sup>.

إلا أن سلطة الإدارة في هذا الشأن ليست مطلقة، بل هي سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، كما يجب ألا يكون القرار الصادر من جهة الإدارة بالإنهاء مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة، فضلاً عما يستحق للمتعاقد مع جهة الإدارة من تعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب على نحو يتحقق معه التوازن بين المصلحة العامة لجهة الإدارة والمصلحة الخاصة للمتعاقد معها<sup>(2)</sup>.

### خامساً- قاعدة عدم تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ

تقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال القانون الخاص على اعتبار جوهري مفاده أنه إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه فله

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 332.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 853.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

من باب أولى بدلا من أن يتحلل من التزامه أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه<sup>(1)</sup>.

فهل تخضع العقود الإدارية لمثل هذا الدفع؟ لو فرضنا أن جهة الإدارة قد تقاعست عن أداء التزاماتها تجاه المتعاقد معها فهل يجوز لهذا المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته تلبية لهذا الدفع؟

إن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ما دام في استطاعته أدائها، ذلك أن العلاقة التي تربط المتعاقد مع الإدارة هي علاقة تعاون من أجل تسيير المرفق العام، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة له ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه أمام هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق<sup>(2)</sup>.

إلا أن قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها لا تمثل امتيازاً مطلقاً للإدارة بلا أي قيد بل إن تطبيق هذه القاعدة يرتبط بضوابط أهمها؛ أن عدم تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ يرتبط بمدى قدرته على الاستمرار في التنفيذ فلا تكليف بمستحيل، كما أنه يجوز للمتعاقد أن يتفق مع الإدارة على جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها إذا أخلت بالتزاماتها<sup>(3)</sup>.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 334.

(2) - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 304.

(3) - سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 117.

سادسا- نظريات التوازن المالي في العقد الإداري<sup>(1)</sup>

يوازن سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة التزام جوهرية يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري للحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد، إذا ما طرأت أحداث ووقائع أثناء تنفيذ العقد بصورة تكون معها مواصلة انجازه وإتمامها مرهقة كثيرا بالنسبة للمتعاقد كإن ترفع أسعار مواد البناء مثلا بصورة كبيرة وغير متوقعة مما يجعل المتعاقد في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للعقد فإن الأمر يقتضي تدخل الإدارة لتدعم ماليا المتعاقد معها<sup>(2)</sup>.

فكرة التوازن المالي للعقد هي توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد ومعاملته بوصفه ظاهرة طبيعية مثل الحيوان والنبات فهو يتمدد وينكمش، إلا أنه يحتفظ مع ذلك بخواصه وظواهره، وعليه فإن ذات الأمر يتحقق بالنسبة للعقد الإداري فقد تزيد الإدارة من التزامات المتعاقد معها أو تنقص منها ولكنها في جميع الأحوال يتوجب عليها الاحتفاظ بتوازن العقد من الناحية الاقتصادية لكي تبقى على خواصه الأصلية<sup>(3)</sup>.

ومن أجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ابتدع القضاء الفاصل في المادة الإدارية وأقر الفقه نظريتين لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقد الإداري هما؛ نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

بالنسبة لنظرية فعل الأمير يقصد منها: "أن فعل الأمير هو التصرف الصادر من الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي عرضا إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها بصورة جديرة الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا

(1)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي

الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014، ص 630 وما بعدها.

(2)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

(3)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 614.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات للجمهور في شتى المجالات تبعا لموضوع العقد الإداري<sup>(1)</sup>.

ويشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير<sup>(2)</sup>، أن يتصل الإجراء بعقد إداري، وأن يكون صادرا من الجهة الإدارية المتعاقدة ذاتها، وأن يترتب عنه ضرر خاص يصيب المتعاقد مع الإدارة ويكون هذا الضرر غير متوقع وأن الإدارة لم تخطأ حين اتخذت عملها الضار وأخيرا يتوجب أن لا يتعدى العمل الضار حدودا معينة بمعنى أنه يجب ألا تؤدي تلك الأعباء إلى خلق ظروف جديدة في العقد يجد معها المتعاقد نفسه أمام عقد جديد<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة<sup>(4)</sup>، فتجد أساسها في مواد القانون المدني<sup>(5)</sup> وإن كانت سلطة القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة تتمثل في رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول على نحو يملك معه القاضي المدني التعديل في الالتزامات التعاقدية، أما بالنسبة لسلطة القاضي الفاصل في المادة الإدارية فإنها تقف عند حد الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة على نحو يعيد معه التوازن المالي للعقد لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد<sup>(6)</sup>.

(1)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 89.

(2)- أنظر في تفصيل نظرية فعل الأمير: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 652 وما بعدها.

(3)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 860.

(4)- أنظر في تفصيل نظرية الظروف الطارئة: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 92 وما بعدها.

(5)- تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على = حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

(6)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 339.

ويشترط لقيام حالة الظروف الطارئة أن يكون الحادث الطارئ خارج عن إرادة الطرفين غير متوقع، ولا يمكن دفعه، وأن يؤدي هذا الحادث إلى قلب اقتصاديات العقد وإرهاق المتعاقد مع الإدارة مالياً<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### سلطة المحكم في الموازنة بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها

على ضوء ما سبق ذكره في الفرع السابق عن الامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقد الإداري واختلاف مركزها القانوني في هذه العقود عن العقود المدنية أين تحتل مكانة متميزة تخولها سلطات وصلاحيات استثنائية لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها؛ ومن ذلك حقها في الإشراف والتوجيه وتعديل العقد بإرادتها المنفردة وسلطانها في إنهائه كذلك بإرادتها المنفردة. قد تبين لنا أن هذه المظاهر للسلطة العامة في العقود الإدارية ما هي إلا مجموعة وسائل تمكن الإدارة من هدفها من العقد وهو النفع العام، وضمان سير المرفق بانتظام واطراد، وهو نفس الهدف للمتعاقد مع الإدارة مع عدم الإضرار بحقوقه المالية، ومنه يثار التساؤل عن دور المحكم في تحقيق التوازن بين سلطات الإدارة وحقوق المتعاقد معها في حال عرض عليه نزاع متعلق بتنفيذ عقد إداري؟

يذهب جانب فقهي إلى أن أعمال التحكيم في مجال العقود الإدارية، سيؤدي حتماً إلى انهيار النظرية التي تقوم عليها العقود الإدارية، ذلك أن المحكم إذا ما طبق القواعد والأسس العامة في العقود على المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري لن يعترف للإدارة التي أبرمت ذلك العقد بالسلطات الاستثنائية المقررة لها بموجب العقد، كسلطة التعديل أو الإنهاء، أو توقيع الجزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، أو حتى دون الإخلال من جانبه إذا ما اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد، وفي المقابل فإن المحكم لن يعترف بحق المتعاقد في

(1) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 94.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الحصول على التعويضات في حالة الصعوبات المالية غير المتوقعة، وفعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، فغالبا ما يطبق المحكم القواعد المتعارف عليها في عقود القانون الخاص والتي لا تتفق مع نظرية العقود الإدارية، ووضع الإدارة المتميز في هذه العقود والتي تدخل فيها الدولة باعتبارها ممثل للمصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

يشهد الفقه المؤيد لهذا الرأي على ذلك قضية هضبة الأهرام، كسابقة رتبت مسؤولية الحكومة المصرية من خلال إلزامها بالتعويض نتيجة لفسخها للعقد بإرادتها المنفردة<sup>(2)</sup>.

فيما يرى جانب آخر من الفقه أنه في إطار الحقيقة التي تقرر عدم التعارض بين هدف الإدارة ومصلحة المتعاقد معها خاصة وأن نية الطرفين تتجه نحو تحقيق المصلحة العامة فإن مهمة المحكم في العقد الإداري لا تكون بالصعوبة التي يتصورها البعض، حيث أنه هناك معطيات أساسية تسيطر على المحكم في عمله، أهمها تحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين واحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وهذه المعطيات يمكن تطبيقها في مجال التحكيم في العقود الإدارية، حيث أن تحقيق الغاية التي يسعى إليها كل طرف من أطراف الرابطة العقدية تتحقق معه فكرة المساواة بين الطرفين في العقد الإداري<sup>(3)</sup>.

### أولا- في مجال مركز الإدارة في العقد الإداري

عند التحكيم في نزاع يتصل بعقد إداري ويكون موضوعه سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها ومدى أحقيتها في ذلك لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يجيب الإدارة لطلبها طالما أن هذه التعديلات تتصل بالمصلحة العامة ولا تمس بالحقوق المالية للمتعاقد معها، وعندما يتعلق موضوع النزاع باستخدام الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد بلا خطأ من جانب المتعاقد هنا

(1)- جار الله جار الله المري، مرجع سابق، ص 275-276.

(2)- مفتاح علي الشيباني عمر، مرجع سابق، ص 124.

(3)- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 128.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

يمكن للمحكم استخدام ذات السلطات التي يستخدمها القاضي الفاصل في المادة الإدارية فيسلم للإدارة بحقها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة مع تقرير التعويض المناسب للمتعاقد معها<sup>(1)</sup>.

وإذا تعلق نزاع بعقد إداري يكون موضوعه تمسك المتعاقد بالدفع بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها يمكن للمحكم أن يطبق المبادئ التي استقر عليها القضاء الفاصل في المادة الإدارية فيلزم المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ طالما كان ذلك في استطاعته مع الاحتفاظ بكامل حقه في المقابل المالي المستحق له، كما يمكن للمحكم أن يسمح للمتعاقد بالتمسك بالدفع المذكور إذا كان هناك اتفاق في العقد يقضي بذلك أو إذا تأخرت الإدارة في دفع مستحقاته بشكل سبب له إرهاقا ماليا لا يتمكن معه من مواصلة التنفيذ<sup>(2)</sup>.

### ثانيا- في مجال حقوق المتعاقد مع الإدارة

عند التحكيم في نزاع متعلق بعقد إداري موضوعه احترام مقتضيات الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري إزاء التعسف المحتمل من جانب الإدارة في حالة عدم الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن رغم أن المتنازل له يتمتع بذات الصفات التي يتمتع بها المتعاقد الأصلي، فإن المحكم يمكن أن يلجأ إلى ذات الحلول التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي الفاصل في المادة الإدارية وبالذات بالنسبة لفسخ العقد لخطأ الإدارة أو إلزامها بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به جراء رفضها التعسف لطلب المتعاقد<sup>(3)</sup>.

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 342-343.

(2)- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 140-143.

(3)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري في التوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 893.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

نفس الشيء إذا كان النزاع في مجال التعويض المقرر للمتعاقد طبقاً لأحكام نظريات التوازن المالي للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ حيث لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يستخدم نفس السلطة التي يستخدمها القاضي الفاصل في المادة الإدارية وهو الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة مع عدم المساس بالالتزامات التعاقدية للمتعاقد ما دام هذا التعويض يحقق الهدف المشترك للإدارة والمتعاقد معاً، فهو يمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد وفي تسيير المرفق العام كما يستعيد العقد توازنه الاقتصادي على النحو الذي يحقق للمتعاقد الربح المشروع الذي سعى إليه من جراء إبرامه للعقد<sup>(1)</sup>.

تأسيساً على ما سبق فإننا نرى أنه لا يوجد تعارض بين التحكيم والخصائص الذاتية للعقود الإدارية إذا كان التحكيم داخلياً، حيث يمكن للمحكم في منازعات العقود الإدارية أن يستخدم ذات السلطة التي يستخدمها القاضي الإداري ويطبق ذات المبادئ والحلول التي ابتكرها إذا كان القانون الذي تم اختياره للتطبيق يعرف التفرقة بين العقود الإدارية وبين غيرها من العقود وأيضاً إذا تضمنت هذه العقود ما يحفظ للإدارة سلطاتها وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها فالقاضي الفاصل في المادة الإدارية يحرص دائماً على تحقيق التوازن بين مصالح طرفي الرابطة العقدية وهي نفس المهمة التي يقوم بها المحكم مع توافر ميزتي السرعة والسرية المبتغاة من وراء اللجوء إلى التحكيم.

وإن كان الأمر بغاية السهولة والبساطة في التحكيم الإداري الداخلي حيث يستبعد القضاء المختص لغرض السرعة والسرية دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على العقد، أين يحفظ للعقد الإداري خضوعه للنظام القانوني الداخلي فإن الأمر على خلاف ذلك في التحكيم الدولي فاللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية من شأنه أن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها ويؤثر على مركز الإدارة فيها إذا كان القانون

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 342.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف أو المحكم حال غياب اختيار الأطراف له لا يعرف التمايز بينها وبين العقود المدنية المعروف في فرنسا والجزائر والدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، عندها تكون خطورة التحكيم على العقد الإداري حيث يصعب معه التسليم بحقوق الإدارة وامتيازاتها ومركزها المرموق فيه وبالتالي لا تحسن مباشرة النواحي المتعلقة بامتيازاتها كسلطة عامة إذا ما وقعت تحت فرضية قانون يجهل التفرقة بين العقد الإداري وبين العقد المدني.

وهذا ما يفسر موجة الغضب التي جابهت مبدأ اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية<sup>(1)</sup>، وذلك خشية عدم مناسبة نظام التحكيم لطبيعة هذه العقود والمبادئ التي تحكمها ومن ثم يؤدي إلى تحول العقد الإداري إلى عقد مدني<sup>(2)</sup>.

ومنه فإن الحفاظ على امتيازات الإدارة العامة في نطاق العقود الإدارية التي تبرمها في المجال الدولي لا يتحقق إلا إذا اخضع العقد الإداري لنظام قانوني يمايز بينه وبين غيره من العقود ويتجسد ذلك في تطبيق قواعد القانون الإداري على هذه العقود<sup>(3)</sup>، ويشدد بعض الفقهاء على أن تحاول الإدارة جاهدة أن تنص في صلب العقد على أن القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري هي الواجبة التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد وأيضا عند اختيار الإدارة للمحكم أن تحرص على اختيار محكم متخصص في القانون العام بحكم فهمه لطبيعة العقد الإداري<sup>(4)</sup>.

(1)- سوف نتعرض بالتفصيل لموقف الفقه من مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(2)- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 123.

(3)- نجلاء حسين السيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 529.

(4)- عبد الباقي حسن عبد الحميد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2013، ص 300.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

---

كما يجب على الدولة وسائر أشخاصها العامة تضمين العقد الإداري الذي تم الاتفاق بشأنه اللجوء إلى التحكيم الأسس العامة للعقد الإداري التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري وكافة الامتيازات المقررة للإدارة، وأن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للشروط الواردة في العقد الإداري<sup>(1)</sup>.

---

(1)- نادية بن يوسف، مرجع سابق، ص 269.

## الفصل الثاني

قابلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية

## الفصل الثاني

### قابلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن قابلية حسم منازعة ما عن طريق التحكيم إما أن تكون ذاتية أو شخصية، وإما أن تكون موضوعية، فالقابلية الذاتية هي التي تكون متعلقة بصفة الأطراف، أي بالنظر إلى الأشخاص الذين يجوز أو لا يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم دون وضع طبيعة المنازعة في الاعتبار، أما القابلية الموضوعية فهي التي تكون متعلقة بموضوع النزاع ومدى قابليته للخضوع للتحكيم على ضوء أحكام القانون الوطني<sup>(1)</sup>.

لم تكن مسألة قابلية حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بطريق التحكيم الداخلي محل ترحيب فقهي أو قضائي، ومرجع ذلك أن طبيعة العقد الإداري لا تتماشى وطبيعة نظام التحكيم، حيث أن جهة القضاء الفاصل في المادة الإدارية هي الجهة الوحيدة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه<sup>(2)</sup>، وهو ما دفع بأحد الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى القول أنه: "لا يمكن أن يخفى أن هذه المسألة تعتبر في مجملها من المسائل الدقيقة جدا".

إذا كان التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قد أثار الجدل في الفقه والخلاف في القضاء فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتحكيم الدولي حيث يعتبر هذا الأخير الوسيلة الأكثر انتشارا لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الدولة وخاصة ذات الطابع الإداري كعقود الأشغال العامة وعقود الطاقة والبتروال والغاز إلى غير ذلك<sup>(4)</sup>.

فلا يخفى على أي متتبع لتطور الأنظمة القانونية في الجزائر ما أبرزته من تعديلات في تسوية منازعات الاستثمار بإدخال نصوصا صريحة في تشريعاتها تنظم إجراءات تسوية

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 107.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 06.

(3)-Gaudment.(y) , L'arbitrage Aspects de droit public état de la question, Rev, arb, 1992, p 257.

(4)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 916.

المنازعات التي تحصل نتيجة تنفيذ عقودها الإدارية عن طريق التحكيم وهذا ما انعكس في العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية وكذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف.

سوف نتناول في هذا الفصل اتجاهات الفقه والقضاء والمشرع بشأن إشكالية خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي (المبحث الأول)، ووضع المسألة بالنسبة للتحكيم الدولي. (المبحث الثاني)

### **المبحث الأول**

#### **جوازية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية**

إذا كان نظام التحكيم يستند بصفة عامة لإرادة الأطراف لحل ما قد يثور من منازعات بشأن علاقاتهم العقدية، فإن مدى جواز استعارة أحكامه وتطبيقها في مجال المنازعات العقدية للقانون العام قد أثار الجدل في الفقه والخلاف في القضاء، نظرا لكون التحكيم قد يمثل اعتداء على الاختصاص الأصيل للقاضي الفاصل في المادة الإدارية بنظر هذه المنازعات فضلا عن تعارضه مع الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية التي تحكمها قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص<sup>(1)</sup>.

الأصل في التحكيم أنه محظور في مجال القانون العام ويستند مبدأ الحظر إلى نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق<sup>(2)</sup> التي تحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات الدولة والأشخاص القانونية العامة، وإلى الآراء الفقهية المنكرة حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية والتي ترى أن مبدأ الحظر المنصوص عليه في المواد القانونية ليس سوى واجهة تشريعية لأحدى المبادئ العامة

(1)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 08.

(2)- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 معدل ومتمم يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 47.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

للقانون التي يطبقها القضاء دون حاجة لوجود نص تشريعي<sup>(1)</sup> (المطلب الأول)، إلا أن المشرع الجزائري تحت ضغط الاحتياجات العامة وحالات الضرورة في الممارسة العملية تدخل عدة مرات بمقتضى نصوص تشريعية لإجازة التحكيم في بعض الحالات الخاصة التي تشكل نوع من الاستثناء على المبدأ العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الأصل منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

عندما صدر أول قانون للإجراءات المدنية سنة 1966<sup>(2)</sup> اتخذ المشرع الجزائري موقفا متشددا إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لحسم منازعاتهم المتعلقة بالعقود الإدارية حيث حظرت المادة 3/442 منه لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم ويعد موقف المشرع هنا من جواز التحكيم منطقي، فلم يكن من المتصور عقلا في هذه المرحلة وبعد أن استقلت الدولة واسترجعت سيادتها، وبعد اكتمال هيمنتها على جميع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، أن تدخل هي وأشخاصها العامة في تحكيم سواء داخلي أو دولي والذي من شأنه أن يفقدها مركزها السيادي خاصة وأنها ستقف على قدم المساواة مع أشخاص القانون الخاص أمام قضاء التحكيم (الفرع الأول)، وقد لاقى هذا الاتجاه تأييدا وشبه وإجماع من الفقه والقضاء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الأساس القانوني لمبدأ المنع

تمثل المبادئ العامة للقانون والنصوص التشريعية الأساس القانوني لقاعدة منع لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

(1)- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 246.

(2)- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

## أولاً- المبادئ العامة للقانون

يجد مبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية أساسه في المبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدرا من مصادر الشرعية التي يتعين على الإدارة احترامها والالتزام بها وعدم الخروج على أحكامها بطريق الاتفاق.

من هذه المبادئ؛ مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وفكرة النظام العام.

### 1- فكرة النظام العام كأساس لمنع التحكيم

إن فكرة النظام العام في القانون الإداري تعني تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، أي تحقيق مصلحة عليا تعلو على المصالح الفردية، تبرر للإدارة استخدام مظاهر السلطة العامة في عقودها الإدارية<sup>(1)</sup>.

تهيمن هذه الفكرة على العقود الإدارية بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، ومن ثم فإن القواعد الخاصة بهذه العقود تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع نظرا لأن التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام<sup>(2)</sup>.

وتعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية التي استند إليها الاتجاه المناهض لجواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طرفا فيها<sup>(3)</sup>، لأن المنازعات الإدارية عموما، ومن بينها منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام وتعمل على تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فلا يجوز التحكيم فيها، إضافة إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري

(1)- Faussard. (D), L'arbitrage en droit Administratif, Rev. arb, 1990, p15.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 75-76.

(3)- Fauchard.(PH), Gaillard.(E),Goldman.(B), International commercial arbitration,Kluwerlaw international, the Hague , Boston, London 1999, p 333.

تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلا<sup>(1)</sup>.

## 2- منع التحكيم استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية

من المسلم به أن القانون الوضعي الجزائري يميز بين نوعين من العلاقات؛ علاقات خاصة تقوم بين الأفراد العاديين، وهذه العلاقات تحكمها قواعد القانون الخاص بفروعه المختلفة وتخضع المنازعات الناشئة عنها لاختصاص القضاء العادي، وعلاقات يكون أحد أطرافها شخص عام بوصفه سلطة عامة، وهذا النوع يخضع لقواعد القانون العام واختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية.

وقد نتج هذا المفهوم عن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية هذا المبدأ الذي وضعه رجال الثورة الفرنسية بمقتضى المادة 13 من الباب الثاني من قانون 24/16 المؤرخ في 1790 الذي يقوم على ضرورة الفصل والتمييز بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية ومنع تدخل القضاء العادي في أعمال الإدارة، وقد ترتب على تطبيق هذا المبدأ ضرورة وجود قضاء يختص بنظر المسائل التي تكون الإدارة طرفا فيها، فتم إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بموجب المادة 52 من دستور 22 فريرير للسنة الثانية<sup>(2)</sup> وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المؤسس

(1) - دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت، بحث مقدم في المؤتمر السنوي السادس عشر الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/doi%20husin.pdf>، تاريخ 20/06/2015 الساعة 11.25، ص 268.

(2) - عبد الله سلامة البطوش، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، عمان، الأردن، ص 88.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الدستوري الجزائري من خلال المادة 152 من دستور 1996<sup>(1)</sup> التي تنص على أنه: "...يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية..."

وقد استند غالبية الفقه الفرنسي<sup>(2)</sup> إلى ذلك المبدأ لتقرير مبدأ عدم شرعية لجوء الدولة وسائر أشخاصها العامة إلى التحكيم على اعتبار أن القواعد التي تنظم توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز للإدارة الاتفاق على ما يخالفها، كما أنه إذا كانت الإدارة ترفض من حيث المبدأ أن تخضع لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي، فإنه من باب أولى أن ترفض الخضوع لقضاء التحكيم والذي لا يدخل في التنظيم القضائي للدولة.

حيث ذهب الفقيه الفرنسي Laubadère إلى القول أن قواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهذه القواعد تضي قيمة إلزامية لاختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وبالتالي إذا كان من غير الممكن أن يتفق الأطراف على خضوع المنازعات التي يختص بها القاضي الفاصل في المادة الإدارية إلى القاضي العادي فإنه من باب أولى لا يجوز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم بخصوص المنازعات التي يختص بها هذا القضاء<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن مبدأ حضر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم الداخلي يستند على مبدأ الفصل بين السلطات واحترام قواعد الاختصاص القضائي بشكل عام فإجازة التحكيم ستؤدي إلى

---

(1)- دستور 1996، المؤرخ في 01/12/1996، ج.ر، عدد 76، المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر، عدد 25 والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15/نوفمبر 2008 والقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر، عدد 14.

(2)- للتفصيل في آراء الفقهاء انظر: وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 126 وما بعدها.

(3)-Laubadère.(A.de ), Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, 1953, p 279

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

نتائج ضارة تتمثل في ضعف الرقابة على أعمال الإدارة لأن المحكم لا يستطيع ممارسة رقابة فعالة على الإدارة كالتالي يمارسها القاضي الفاصل في المادة الإدارية، هذا ما عبر عنه الفقيه Collavet بقوله: "أن القضاء الإداري يمارس رقابة أكثر دقة من المحكمين على أعمال الإدارة وقبول التحكيم في هذه المنازعات سيكون له نتائج سلبية على مبدأ فصل السلطات"<sup>(1)</sup>.

ترتبط على ما تقدم فإن الأساس الحقيقي لمبدأ عدم جواز التحكيم في المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية يكمن في أن الاختصاص الأصيل القاضي بنظر هذه المنازعات يبقى للقاضي الفاصل في المادة الإدارية، وعدم قدرة الأشخاص العامة على تبديل قواعد توزيع الاختصاص بطريق الاتفاق لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي.

### ثانيا- النصوص التشريعية المانعة للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية

محاولة منا لفهم فلسفة المشرع الجزائري وموقفه من التحكيم إزاء العقود الإدارية الداخلية سنحاول تتبع النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع وفقا لتطوراتها التاريخية.

#### 1- المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية<sup>(2)</sup>

تنص المادة 442 على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

وكانت المادة السابعة من نفس القانون تحدد الأشخاص الاعتباريين وتعتبر العقود التي تبرمها عقود إدارية تخضع للقانون والقضاء الداخليين.

(1)- Collavet.(F), De l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques, (Article 69 de la loi du 17 avril 1906), R.D.P 1906, p 472.

نقلا عن: وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 127.

(2)- الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

ما يمكن ملاحظته على نص المادة المذكورة:

- تبنى المشرع الجزائري من خلال هذه المادة المعيار العضوي عند حظره اللجوء الى التحكيم الذي يتجسد في أطراف النزاع فإذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص الاعتباريين العموميين طرفا في نزاع ما، فهذا من شأنه كافيا للقضاء بعدم مشروعية لجوئهم للتحكيم بغض النظر عن طبيعة المنازعة ذاتها.

- حددت الأشخاص المعنوية العامة التي يحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم على سبيل الحصر، ولم تستند في ذلك إلى أنواع قانونية معينة أو تقسيم قانوني معين هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنها لم تواكب التطورات الهامة التي لحقت بالمؤسسات العامة خاصة في الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية تلك الفترة التي أفرزت إلى جوار المؤسسات العامة التقليدية والتي يطلق عليها المؤسسات الإدارية، مؤسسات من نوع جديد هي المؤسسات العامة الصناعية والتجارية.

ومما تجدر إليه الإشارة في هذا المقام أنه قد نتج عن هذا التطور في مفهوم المؤسسات العامة، حدوث انقسام في الرأي بين الفقه حول مدى امتداد الحظر الوارد في نص المادة 442 على هذا النوع الجديد من المؤسسات العامة إلى اتجاهين؛ اتجاه يقوم على أساس فهم الخصائص والمميزات القانونية للأشخاص الاعتبارية العامة والذي يدخل في مجال تطبيق المنع من طلب التحكيم ليس الدولة والمجموعات المحلية فقط، بل وحتى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والصناعي أو التجاري<sup>(1)</sup>، فيما ضيق جانب آخر من مجال تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 442 وذهب إلى استبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من

(1)- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية جامعة الجزائر، 1996، ص37.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

مجال الحظر الوارد في هذه المادة حيث تبقى هذه الأخيرة خاضعة لنظامها الأساسي النموذجي الصادر بتاريخ 31 جانفي 1974 الذي ينص أنها تعمل وفقا لقواعد القانون الخاص<sup>(1)</sup>.

### 2- المادة 2/1 من المرسوم التشريعي رقم 09-93<sup>(2)</sup>

ألغيت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية بموجب نص المادة الأولى فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>(3)</sup> والتي جرى نصها كالتالي: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

فتحت هذه المادة أبواب التحكيم الدولي عريضة أمام أشخاص القانون العام إذ أصبح من الممكن التجاء الدولة والأشخاص الاعتبارية للتحكيم الدولي وذلك في العلاقات التجارية الدولية دون أي تلميح أو إشارة لإمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، ولقد أسس المشرع الجزائري موقفه هذا على النصوص الدستورية التي تجعل الاختصاص بمنازعات الإدارة للقضاء وحده ومن ثمة لا يجوز تخلي الأطراف عن قواعد الاختصاص هذه واللجوء إلى التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1)- في هذا السياق انظر Issad.(M), Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage international, Séminaire de la

Chambre Nationale du Commerce, Alger, 14-15 décembre 1992, p 02.

(2)- من الجدير بالذكر في هذا المقام أن هذا المرسوم جاء في المرحلة الإنتقالية من سنة 1992 إلى سنة 1997 أين دخلت

الجزائر في أزمة دستورية وسياسية بسبب شغور مؤسستي رئاسة الجمهورية و البرلمان أفضت إلى إنشاء مؤسسات ظرفية (المجلس الأعلى للدولة) كلف استثناءا بالتشريع عن طريق مراسيم تشريعية لها قوة القانون.

(3)- المرسوم التشريعي 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(4)- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2013،

## الفرع الثاني

### موقف الفقه والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

اختلفت آراء الفقه وتباينت أحكام القضاء بين مؤيد ومناهض لمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولكل اتجاه أسانيده وحججه:

### أولاً- موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

#### الاتجاه المعارض

يعتبر البعض من الفقه أن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام لحل منازعاتهم الناشئة عن العقود الإدارية بطريق التحكيم من المبادئ العامة للقانون التي يطبقها القضاء الفاصل في المادة الإدارية في فرنسا باعتبارها مصدرا من مصادر الشرعية التي يتعين على الإدارة احترامها وعدم الخروج عنها<sup>(1)</sup>.

وتمسك البعض بعدم جواز التحكيم في هذه المنازعات انطلاقا من فكرة القدوة والمثل فإن كانت الدولة نفسها تتهرب من سلطة القضاة الذين أقامتهم للبت في منازعات مواطنيها فكيف لهؤلاء أن يثقوا في العدالة، إضافة إلى وجود شبهة عدم الدستورية ومساس بمبدأ أساسي في القانون الدستوري هو فكرة سيادة الدولة<sup>(2)</sup>.

فيما ذهب جانب آخر إلى أن: "قيمة الشخص العام عالية وله سمعة، وفي مقدمته الدولة فإنها تحط من قيمتها نوعا ما عندما تسمح للأفراد العاديين بالبت في المصالح التي تحرسها"<sup>(3)</sup>.

(1)-Patrikios.(A), L'arbitrage en matière administrative , L.G.D.J ,1997, p 28.

(2)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 134-135.

(3)- نور الدين بن شيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص 37.

تبعاً لذلك فإن الحجج التي يعتمد عليها هذا الاتجاه في معارضة ورفض اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية تدور حول محور أساسي وحجة رئيسة مؤداها أن التحكيم يصطدم بثوابت يقوم عليها القانون العام كلية، ودعائم يستند إليها القانون الإداري، وأسس ومبادئ يبني عليها نظام العقود الإدارية، خاصة النظام القانوني اللاتيني الذي يأخذ بمبدأ ازدواجية أو ثنائية القانون والقضاء أين يوجد القانون الخاص والقانون العام والقضاء العادي والقضاء الفاصل في المادة الإدارية ومن بينها نذكر:

### **1- تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة**

اتجه بعض الفقه<sup>(1)</sup> للقول باصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة، فمن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، استناداً لمبدأ السيادة والاستقلال وكذا المساواة بين الدول، ومن ثم تستطيع كل دولة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية، لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد منظمة أجنبية لأنه يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، وأن المحكمين الفاصلين في النزاع من جنسيات متعددة<sup>(2)</sup>.

كما يرى البعض في أن وضع المشكلة يتمثل في مدى جواز معاملة الدولة معاملة الأفراد عندما تحاكي هؤلاء الأفراد في نشاطاتهم الاقتصادية والتجارية وأن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم مثلهم، فالتحكيم يقوم بين أفراد عاديين أو هيئات خاصة، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي استبعاداً للقانون الوطني من التطبيق على محل اتفاق التحكيم، حيث أن سيادة الدولة تأتي أن

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 34.

(2)- دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 268.

تمثل أمام قضاء خاص أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي، فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها وتنظمه قوانينها<sup>(1)</sup>.

## 2- اعتبار التحكيم اعتداء على الاختصاص المقرر للقاضي الفاصل في المادة الإدارية

إن الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية يمثل بلا شك اعتداء على اختصاص القاضي الفاصل في المادة الإدارية صاحب الاختصاص الأصلي بنظر المنازعات المعقودة له بموجب نص المادة 152 من الدستور والمادة الأولى والثانية من القانون العضوي رقم 01/98<sup>(2)</sup>.

حيث يعتبر أصحاب هذا الرأي بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يعد إخلالا بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، ويؤدي إلى قلب النظام القانوني للاختصاص عندما يجد القاضي المختص نفسه مستبدلا به محكما يختاره أطراف النزاع، وعليه من الصعب التسليم بخضوع هذه المنازعات للتحكيم، إذا لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له، فالاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية يكون قاصرا على القضاء الفاصل في المادة الإدارية وحده وهو اختصاص متعلق بالنظام العام، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعده، ومنه فإباحة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود الإدارية يمثل اعتداء على اختصاص مجلس الدولة واعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(3)</sup>.

(1)- محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 389.

(2)- قانون عضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر، عدد 37، 1998.

(3)- دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 268.

كما يستند هذا الاتجاه إلى ما استقر عليه الفقه الفرنسي أن قواعد الاختصاص النوعي الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري هي قواعد أمره<sup>(1)</sup>.

### 3- خروج على مبدأ التفويض

يعد اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خروجاً عن المبادئ الأساسية المعروفة في التفويض، وتجد هذه الحجة أصلها ومصدرها في "نظرية الوزير القاضي" التي كانت معروفة في الماضي ومضمون هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم يعني قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم لمحكمين وهم لا يملكون ذلك، ولا يستطيعون تعديل أو تغيير نظام جهات القضاء<sup>(2)</sup>.

بينما يذهب البعض إلى أنه تطبيقاً لقاعدة التفويض لا يرد على تفويض، فإن العقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة فلا يجاوز هذا الاختصاص، ومن ثم فليس لجهة عامة أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة، إذ أن جهة الإدارة العامة مقيدة في تعاقدها، وباعتبار أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إليه إرادة الخصوم بعرضه على هيئة التحكيم، وأن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الحقيقي لحق التقاضي، أما لجوئها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتفويض صريح يرد من عمل تشريعي<sup>(3)</sup>.

(1)-Laubadère.(A.de), Moderne.(F), Devolvé.(P), Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, 2eme éd, tome 2, 1983-1984, p955.

(2)- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 141.

(3)- أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص 38-39.

#### 4- اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري

إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية من شأنه أن يتعارض وبصطدم بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية.

حيث أن العقد الإداري يتضمن بطبيعته شروطاً استثنائية، توفر لجهة الإدارة المتعاقدة امتيازات في العلاقة التعاقدية القائمة مع الطرف الآخر بما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير المرافق العامة، فإدراج شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود وما يفرضه من مساواة بين أطراف النزاع حتى ولو كان هذا الطرف هو الدولة ذاتها أو إحدى سلطاتها يتعارض بل وبصطدم بشدة مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية<sup>(1)</sup>.

فإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود لاختصاص جهات القضاء العادي وحصر منازعاتها بالقضاء الفاصل في المادة الإدارية باعتباره اختصاصاً مانعاً لمنازعات هذا النوع من العقود، لما يتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشئون المرافق العامة وتسييرها، فإن منازعات العقود الإدارية لا تتلاءم وطبيعة نظام التحكيم وهيئاته ويعتبر شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد<sup>(2)</sup>.

#### الاتجاه المؤيد

على النقيض من الاتجاه السابق الذي يرفض التحكيم في منازعات القانون العام، هناك اتجاه آخر يرى أنه ليس هناك ما يمنع الأشخاص المعنوية العامة من ولوج طريق التحكيم لحسم منازعاتها العقدية ذات الطبيعة الإدارية ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم بنقد حجج الاتجاه السابق.

(1)- جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص 123.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 199-200.

يرى جانب أن الحجج السابقة لا تعد مبررا كافيا لحظر التحكيم في العقود الإدارية، إذ بدلا من رفض اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات أشخاص القانون العام، فمن الممكن تعديل قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية بالطعن في أحكام التحكيم، بحيث ينعقد الاختصاص بنظرها للجهة المختصة أصلا بنظر النزاع<sup>(1)</sup>.

فيما ذهب جانب آخر إلى أنه لا يمكن الاحتجاج بفكرة السيادة كمبرر لرفض التحكيم فالتحكيم يقوم على مبدأ إرادة أطراف التعاقد الحرة والتراضي التام بينهم، فالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى هي التي تختار بمحض إرادتها التحكيم كوسيلة لتسوية هذه المنازعات، فهو لا يفرض عليها، كذلك فإن المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم وينظم إجراءاته، يضاف إلى ذلك عدم انقطاع الصلة بين التحكيم والقضاء الوطني، حيث يملك هذا القضاء بموجب نصوص تشريعية سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة والإشراف<sup>(2)</sup>، إضافة إلى أن القانون الوطني ليس مستبعدا في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع للتحكيم، حيث يكون بوسع الأشخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد الإداري وإدراج شرط التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعاتها أن تشتترط اللجوء إلى القانون الوطني لتسوية تلك النزاعات<sup>(3)</sup>.

ويؤسس جانب نقده على أساس أن أحكام قانون مجلس الدولة -القانون الإداري- لم يتضمن بين طياته نصا يقضي بحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن ما تضمنته المواد القانونية من تحديد اختصاص محاكم القضاء الإداري قد قصد بها بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي، ومن ثم فلا يجوز تعدي هذا الغرض

(1) - أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص 39.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 76.

(3) - وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية، مرجع سابق، ص 183.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

للقول بعدم جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم<sup>(1)</sup>، فالتحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساسا باختصاص المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع<sup>(2)</sup>.

ترتبيا على ذلك فلا يوجد تبرير لحظر أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم إلا التبرير المعنوي الذي يقوم على فكريتي القدوة وسمو الشخص العام، فيجب أن تكون الدولة قدوة للأفراد فلا تتصل من الخضوع لرقابة القضاة المعينين للفصل في المنازعات، كما لا يصح أن ينتازل الشخص المعنوي العام عن مكانته السامية ويقبل الخضوع لهيئة تحكيم خاصة<sup>(3)</sup>.

### ثانيا- موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

فيما سبق تبين أن المشرع الجزائري في أول قانون للإجراءات المدنية قد تبنى وقن مبدأ حظر التحكيم في منازعات الأشخاص المعنوية العامة، ثم بدأ بالتخفيف من هذا المبدأ بموجب التعديلات التشريعية التي لحقت هذا القانون والتي أجازت التحكيم في بعض الحالات الخاصة. ولما كان من المقرر أن القضاء يطبق القانون ، فكان من المنطقي أن يصبح المبدأ العام هو حظر التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة، أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها، وذلك استنادا إلى نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أساس نصها الواضح في استبعاد هذا النوع من العلاقات من مجال التحكيم.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي المتعلق بمدى جواز اللجوء إلى التحكيم وبأهلية أشخاص القانون العام لطلب التحكيم في الجزائر نجده قليل جدا وهذا يعود لحدثة وفتوة هذا النظام من جهة ومن جهة أخرى الطابع السري الذي يتميز به مما يصعب علينا تحديد موقف القضاء

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية، لمرجع سابق، ص 184.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 55.

(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 78.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الجزائري إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم الداخلي لحسم منازعاتهم المتعلقة بالعقود الإدارية.

باستقراء الأحكام القليلة الصادرة عن القضاء الجزائري في هذا الشأن نلمس بوضوح عدم استقرار هذا القضاء وتقلبه بين إجازة ومنع اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في الفترة السابقة عن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في قرار للمجلس القضائي صادر بتاريخ 1986/12/26 قضي ببطلان شرط التحكيم في أحد عقود الأشغال العامة المبرم بين شركة "ك- ل" والمؤسسة العمومية للبناء الذي يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية وإلغاء القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية، وذهب إلى القول بأن شرط التحكيم الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا وبالتالي لا ينجز آثاره القانونية والمتمثلة في غل يد القضاء من التصدي له<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن مجلس قضاء الجزائر في هذه القضية لا يجيز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ويعارض لجوء الدولة وهيئاتها العامة إلى التحكيم.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في 6 نوفمبر 1989<sup>(2)</sup> قضي بجواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، حيث أقرت الغرفة صراحة صحة اتفاق التحكيم الذي أبرمته المؤسسة العمومية.

يرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن مجلس قضاء الجزائر في هذه القضية اعترف بصحة اتفاق التحكيم مستندا للمادة 442 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغاة والتي تسمح لأي شخص أن يلجأ إلى التحكيم.

(1)- قرار المجلس القضائي الصادر في 26 ديسمبر 1986 غير منشور، نقلا عن قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 186.

(2)- قرار صادر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في 06 نوفمبر 1989. نقلا عن قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه،

وبعد أن تناول أحكام المادة 442 فقرة 3 اعتبر المؤسسة العمومية شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص بما أنها تتصرف كتاجر وبالتالي فأحكام القانون التجاري هي التي تطبق عليها.

وفقا لهذه الطبيعة التجارية وأحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين" يؤسس مجلس قضاء الجزائر حكمه ويمنح "إرادة الأطراف" سلطة كاملة في اللجوء إلى التحكيم.

### **المطلب الثاني**

#### **التخفيف من حظر اللجوء إلى التحكيم**

أسلفنا القول بأن المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا سلبيا حيال لجوء الدولة وسائر الأشخاص القانونية العامة للتحكيم لإعتبرات السيادة، والحصانة القضائية، والمحافظة على القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي تجسدها فكرة المصلحة العامة، إلا أن متطلبات التنمية من جهة وتحت ضغط الاحتياجات العامة، وحالات الضرورة في التطبيق العملي من جهة أخرى، جعلته يتجه فيما بعد إلى التخفيف من هذا الحظر ويدرك ضرورة لجوء الدولة وأشخاصها المعنوية العامة إلى التحكيم في بعض الحالات الخاصة وتجسد ذلك في المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أجازت التحكيم في نطاق الصفقات العمومية (الفرع الأول).

كما إتجه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة السادسة منه إلى إحالة المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري للقانون المنظم للصفقات العمومية عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات

(1)-Terki.(N), L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. arb 1990, p591.

الإقليمية، وما دام أنه بإمكان المؤسسات الاقتصادية إبرام صفقات عمومية فإن الأمر يطرح إشكالية مدى جوازية خضوع هذه المؤسسات للتحكيم (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### استثناء جواز اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية

بالنظر إلى الإستقرائية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup> نجده قد أولى أهمية خاصة للتحكيم كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات وقد تم تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمعالجة المبادئ والقواعد الأساسية التي تنظمه حيث حظي تحكيم أشخاص القانون العام بالاهتمام في هذا القانون مرتين؛ المرة الأولى عندما أجازت المادة 975 من ق.إ.م.إ إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية والمرة الثانية عندما نصت المادة 1006 فقرة 3 ق.إ.م.إ على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في مادة الصفقات العمومية"<sup>(2)</sup>.

يرد على المادة 3/1006 السالفة الذكر ملاحظتين:

الأولى: أن عبارة "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم..." الواردة في نص المادة محل نظر، حيث من غير المنطقي أن تطلب الدولة بنفسها اللجوء إلى التحكيم مع ما يشكله من مخاطر على سيادتها ومركزها القانوني في مواجهة المتعاقد معها خاصة أنه بالرجوع إلى نفس نص المادة بالصياغة الفرنسية<sup>(3)</sup> نجد أن المشرع استخدم عبارة "تحتكم أو تسوي" وهي العبارة الأكثر موضوعية إذا ما قورنت بعبارة "تطلب".

(1)- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2)- غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 9، لسنة 2009،

(3)- Art.1006 C.P.C.A : « Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition.

الثانية: أن المشرع الجزائري ما زال يحظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية ويجعل منه طريقا استثنائيا فبإمكان أشخاص القانون العام إبرام عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد ما يسميه المشرع بمادة الصفقات العمومية، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر أو في علاقاتها الاقتصادية الدولية<sup>(1)</sup>.

#### أولاً- التكييف القانوني للصفقة العمومية

تلجأ الإدارة العامة في إطار تسيير مرافقها وإدارتها لمشاريعها إلى أسلوب التعاقد، وتنقسم العقود المبرمة من قبلها لنوعين أساسيين أولهما: عقود الإدارة الخاصة وهي التي تبرمها متجردة من كل السلطات شأنها في ذلك شأن كل الأفراد عندما يدخلون في علاقات تعاقدية فيما بينهم وفي هذا النوع من العقود تكون أحكام القانون الخاص هي واجبة التطبيق عليها ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها، أما ثانيهما العقود الإدارية وهي التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطان مستعينة بامتيازات السلطة العامة بقصد تسيير المرافق العامة أو تنظيمها ويخضع هذا النوع من العقود لأحكام ومبادئ القانون العام ولاختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية<sup>(2)</sup>.

إن مسألة التمييز بين نوعي العقود التي تبرمها جهة الإدارة إحتلت حيزا مهما في المؤلفات الفقهية، والأحكام القضائية، لاسيما في الدول التي تنتمي الى النظام اللاتيني لما يترتب على

---

On ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes. Les personnes morales de droit public **ne peuvent compromettre**, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics. »

(1)- Issad.(M), La nouvelle loi Algérienne relative a l'arbitrage international, Rev.arb ,2008, p 420.

(2)- محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 05-06.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

تلك المسألة من نتائج هامة تتمثل في تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات التي تثور بصدد تلك العقود من ناحية وكذلك القانون واجب التطبيق عليها من ناحية أخرى<sup>(1)</sup>.

ونظرا لغياب النص التشريعي الذي يضع معيارا مميزا للعقود الإدارية استوجب على القاضي الفاصل في المادة الإدارية بوصفه قضاء إنشائيا الاجتهاد لوضع معيارا مميزا للعقد الإداري والعناصر المميزة له.

بالنظرة الاستقرائية للنصوص التشريعية في الجزائر يتبين أنها لم تضع معيارا عاما للتمييز بين نوعي العقود التي تتولى الإدارة إبرامها، وإنما أشارت فقط إلى بعض صور من صور العقود الإدارية يختص بنظرها القضاء الفاصل في المادة الإدارية ويطلق على هذه العقود طائفة العقود الإدارية بنص القانون مثل؛ عقود الامتياز وعقد شغل الأملاك العمومية، فإن كان المشرع قد حدد طبيعة هذه العقود فماذا عن الصفقات العمومية؟.

حيث أنه لتحديد نطاق بحثنا يستوجب علينا تكييف طبيعة الصفقة العمومية هل تعد من قبيل عقود القانون الخاص (المدني)، أو تعد عقدا إداريا تتوافر فيه العناصر التي تميز العقود المدنية عن العقود الإدارية؟

بالرجوع الى نص المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15<sup>(2)</sup> على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

إذا كان المشرع الجزائري من خلال هذه المادة قد نص على وجوب الطابع الكتابي للصفقة العمومية وموضوعها فإنه قد سكت عن تحديد طبيعتها القانونية ومما زاد من غموض

(1)- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 02.

(2)- المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

طبيعتها نص المشرع على عبارة "في مفهوم التشريع المعمول به"، عن أي تشريع يتحدث المشرع؟ هل هو مجموعة القواعد العامة وبالتالي قواعد القانون المدني أم ماذا؟ هذا الموقف غير الواضح الذي تبناه المشرع الجزائري منذ تنظيمه الأول لقانون للصفقات العمومية ومختلف التعديلات الواردة عليه<sup>(1)</sup> هو الذي أدى إلى الخلاف الفقهي في تكييف الصفة العمومية، حيث ذهب جانب من الفقه الجزائري إلى اعتبارها عقد مدني فيما خالفه جانب آخر واعتبرها عقد إداري ولكل اتجاه حججه وأسانيده:

### 1- اعتبار الصفة العمومية عقد مدني

يرى جانب فقهي أن الاتجاه القائل بأن الصفة العمومية تعد عقداً إدارياً، هو اتجاه محل نظر، ولا يجد له سنداً سوى الأفكار التي كانت سائدة في فرنسا لفترة من الزمن، وتأثر بها - حينئذ - القانون الفرنسي، فلم تعد الصفة العمومية ترتبط بالقانون العام، وإنما باتت وثيقة الصلة بقواعد القانون الخاص لاسيما قواعد القانون المدني، باعتبار أن التفسير السليم لعبارة "وفقاً للتشريع المعمول به"، إنما ينصرف بالضرورة إلى أحكام الشريعة العامة، وبصفة خاصة الأحكام المتعلقة بالقانون المدني، والقانون التجاري<sup>(2)</sup>.

ويتجه جانب آخر إلى القول أنه إذا كان مرسوم الصفقات العمومية قد وضع أحكاماً تنظيمية لعقود الدولة في الجزائر، إلا أنه ينبغي ملاحظة أن هذه الأحكام جاءت قاصرة، حيث أنها لم تشمل جميع المراحل التي يمر بها العقد المبرم مع المتعامل العمومي، وإنما اقتصرت

---

(1) - الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 154/82 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، والمرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي 338/08، والمرسوم الرئاسي رقم 239/10 وصولاً إلى آخر تعديل 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

(2) - Bennadji, (CH), Réflexion de la théorie du contrat administrative en Algérie, mélange en hommage à Ahmed Mehio, sous-direction de Yadh Ben Achour, Jean-Robert Henry, Rostom Mehdi, Edition Publisud, 2009, p101.

نقلا عن ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، مجلة المفكر البرلماني، عدد 29، أفريل، 2012، ص 169.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

على بعض منها من ناحية، وعلى شق يسير من مرحلة تنفيذ العقد من ناحية أخرى، فضلاً عن ذلك فإن هذا المرسوم لم يتناول جميع عقود الدولة، حيث جاءت أحكامه - كذلك - مقتصرة على عدد محدود منها، بما مؤداه أن يجعل سريان النظرية العامة للعقد أمراً ضرورياً ولازماً، طالما لا يوجد نص خاص ينظم تلك العقود التي لم يشملها المرسوم، وفي ظل غياب هذا النص، فإن النظرية العامة للعقود يسري نطاق تطبيقها على الصفة العمومية التي لم يتناولها هذا المرسوم استناداً إلى ما جرى عليه العمل من عدم جواز تطبيق الأحكام المتعلقة بالعقد الإداري على الصفة العمومية<sup>(1)</sup>.

أخذ القضاء الفاصل في المادة الإدارية بهذا الاتجاه حيث استند في حله لبعض المسائل على أحكام القانون المدني وهو ما تؤكد "قضية توهامي الطاهر" ضد "والي ولاية عنابة"<sup>(2)</sup>. حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد توهامي الطاهر الذي أبرم صفقة عمومية مع والي ولاية عنابة في 1977/06/27 قصد تشييد مقر بلدية الحجار، وبعد فترة من بداية الأشغال ظهر نزاع بين الطرفين أدى إلى فسخ الولاية للعقد من جانب واحد، وعلى إثر ذلك رفع توهامي الطاهر دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء عنابة فرفضت، فطعن في ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا وقد جاء في حيثيات الحكم ما يلي:

- حيث أن المادة 553 ق.م بدورها تنص على توجيه إنذار من المتعامل إلى المقاول لتدارك نقصه في الأجل المحدد.

---

(1)- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص 51.  
(2)- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1990/07/12 غير منشور، نقلا عن بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 25-26.

- حيث أن العقد شريعة المتعاقدين حسب ما تنص عليه المادة 106 ق.م وأن الطرفين قد اتفقا على توجيه إنذار للمقاول في حال تقصيره وفي اجل 10 أيام، وبعدها فإن الإدارة تتحلل من التزاماتها التعاقدية.

نلاحظ من خلال هذه القضية أن القاضي الفاصل في المادة الإدارية قد كيف الصفقة العمومية على أنها عقد مقاوله تسري عليها أحكام الشريعة العامة أي أحكام القانون المدني.

## **2- الصفقة العمومية عقد إداري**

ردا على الاتجاه الذي يضيف على الصفقة العمومية الطابع المدني يذهب جانب من الفقه إلى القول أن المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية تتعارض مع أحكام القانون المدني ومن ثم فإن خضوع الصفقات العمومية للقانون المدني والقانون التجاري لا يعني أن هذه الأخيرة تعتبر كعقد مدني، فلو رجعنا لتطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالشروط الأربعة لصحة العقود نجد أن الصفقة العمومية شأنها شأن العقود المبرمة بين الخواص لا بد أن تتضمن هذه الشروط مع الاختلاف بين التراضي المتعلق بالإدارة والتراضي المتعلق بالخواص، فلا يمكن أن نتصور أن الإدارة التي تهدف لتحقيق الصالح العام يمكن أن يكون رضاها مشوبا بعيب من عيوب الرضا والحالة الوحيدة التي يمكن أن تطبق على الإدارة هي حالة الخطأ<sup>(1)</sup>، كذلك فيما يتعلق بالأهلية في التعاقد بين الخواص المنصوص عليها في المادة 78 ق.م يختلف عن مفهوم الأهلية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية<sup>(2)</sup>.

يضيف جانب آخر في تأكيده لهذا الطرح أن العقود الإدارية تحدد من خلال القانون، إما بصفة مباشرة كعقد الامتياز أو بصفة غير مباشرة من خلال وجود نص قانوني كنص المادة

(1)- Kobtan (M), Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N°3, 2003, p 36-38.

(2)-Kobtan (M), Op.cit,p 36-38

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

800 من ق.إ.م.إ<sup>(1)</sup>والذي يمنح المحاكم الإدارية الاختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة، وبالتالي فالعقد الإداري هو العقد الذي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيه<sup>(2)</sup>، فيما يستند الاتجاه الغالب في الفقه<sup>(3)</sup> لتدعيم موقفه الرامي إلى اعتبار الصفقة العمومية عقد إداري يختص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بالنظر في منازعاتها إلى إسقاط المعايير المميزة للعقد الإداري على الصفقة العمومية، وهي أن تكون الإدارة طرفا فيها، وأن تكون الصفقة العمومية متصلة بنشاط مرفق عام، بالإضافة إلى تضمينها على بنود استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وفقا للمعيار الأول والذي يتمثل في المعيار العضوي، لكي نكون بصدد عقد إداري يتعين أن يكون أحد أشخاص القانون العام المذكورين في المادة 800 قانون إجراءات مدنية وإدارية طرفا في العقد، وهذا الشرط يعد شرطا ثابتا وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أيا كان الشخص المعنوي العام الذي يبرمه<sup>(4)</sup>.

إلا أنه لا يمكننا الاعتماد على المعيار العضوي وحده لتحديد الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية فتطبيق نص المادة 800 من ق.إ.م.إ لا يعني أن العقد إداري وإنما يعني أن القاضي الفاصل في المادة الإدارية هو المختص بالفصل في النزاع عندما تكون الإدارة طرفا فيه، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها مطبقا على ذلك النزاع، إما القانون المدني أو القانون الإداري هذا من جهة ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية 247/15 وبالتحديد المادة 6

---

(1)- تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

(2)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط1، لباد للنشر، سطيف، الجزائر، 2006، ص 273.

(3)- من بين هؤلاء الفقهاء انظر: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 7. عمار عوابدي، القانون الإداري، "النشاط الإداري"، مرجع سابق، ص 190. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 85.

(4)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 274.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

منه نجدها تشير إلى مؤسسات أخرى ذات طابع عام غير المؤسسات العمومية الإدارية ومن المؤكد أن إشكالية تحديد طبيعة الصفقة ستعرف تعقيدا أكثر إذا تعلق الأمر بصفقة مؤسسة عمومية اقتصادية ممولة كليا من الدولة.

يركز **المعيار الثاني** على موضوع العقد بغض النظر أو دون اعتبار للجهة التي أبرمته أو لجهة الاختصاص القضائي كونه يتصل بنشاط مرفق عام سواء من حيث الإنشاء أو من حيث التنظيم أو التسيير<sup>(1)</sup>، ومنه لا بد أن تتعلق الصفقة العمومية بمرفق عام، كما هو الحال في صفقات الأشغال العامة والتوريدات أو الخدمات أو الدراسات فهي تبرم لصالح المصلحة المتعاقدة مجسدة في الدولة.

إلا أن فكرة المرفق العام وإن كانت شرطا لاعتبار العقد إداريا إلا أنها غير كافية لوحدها ذلك أننا نجد العقود التي تبرمها المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تعتبر عقودا إدارية بالرغم من أنها مرافق عامة.

أما **المعيار الثالث** والمتمثل في احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وهي الشروط التي تمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها<sup>(2)</sup>.

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية<sup>(3)</sup> نجده نص على بعض الشروط الاستثنائية والتي تتمثل في:

\* الشروط التي تتضمن حق الإدارة في توقيع الجزاءات عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية والتي تجد سندها في نص المادة 147 من تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها:

(1)- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

(2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

(3)- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

"يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها الغير مطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

\* الشروط التي تعطي للإدارة الحق في تعديل الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو النقصان وإرادتها المنفردة من أجل ضمان حسن سير المرافق العامة لقاء تعويض المتعاقد معها تعويضا عادلا، وتظهر سلطة تعديل الإدارة للعقد من خلال المادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...".

\* احتواء العقد على شروط يخضع بموجبها المتعاقد مع الإدارة لسلطة الإشراف والتوجيه والمراقبة أثناء تنفيذ العقد والتي تعد من النظام العام، ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قدرت للمصلحة المتعاقدة، كما لا يمكن التنازل عنها لأنها تشكل أهم مظهر للشرط الاستثنائي الغير مألوف والذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية<sup>(1)</sup>.

الشروط التي تعطي للإدارة الحق في إنهاء الرابطة التعاقدية نتيجة خطأ من المتعامل المتعاقد حيث نصت المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

بالإضافة إلى الإحالة إلى نظام قانوني غير مألوف والمتمثل في دفتر الشروط الذي تحدد فيه المصلحة المتعاقدة شروط التعاقد مسبقا بإرادتها المنفردة ويقتصر دور الطرف المتعاقد على

(1) - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 73.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

تحديد موقفه إما بالموافقة أو الرفض، وتكون هذه الإحالة بمثابة شرط استثنائي كاف لإضفاء الصفة الإدارية للصفقة إذا كانت الدفاتر تضم شروطا استثنائية غير مألوفة.

ترتبطا على ما تقدم سرده من آراء حول تكييف طبيعة الصفقة العمومية، نصل إلى أن **الصفقة العمومية عقد إداري ذو طبيعة خاصة**، فكل صفقة عمومية تعتبر عقد إداري والعكس غير صحيح، أي أنه ليس كل عقد إداري يعتبر صفقة عمومية لأن الصفقة العمومية تتميز عن العقود الإدارية بوجود ضوابط وقيود خاصة فرضها المشرع سواء من حيث المبادئ التي تخضع لها هذه الأخيرة، أو من حيث إجراءات وطرق إبرامها والرقابة عليها، والواردة في تنظيمها من جهة أو في دفاتر الشروط من جهة أخرى، كل هذا كونها تلعب دور هام في التنمية باعتبارها أداة تستعملها الإدارة من أجل تجسيد مختلف البرامج التنموية التي يحتاجها الجمهور، وكذلك ارتباطها بالخرينة العامة، وبهدف الحفاظ على المال العام وقمع مخطط الفساد وضع المشرع ضوابط موضوعية وشكلية، وضوابط إجرائية وشدد في ذلك بحيث جعل لمن يخالف هذه الضوابط متابعة جزائية وأصدر قانون خاص ومستقل هو القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20<sup>(1)</sup> المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث يسند الاختصاص للقاضي الجزائري للنظر في جميع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

### ثانيا- تطبيق التحكيم على مادة الصفقات العمومية

تعتبر مادة الصفقات العمومية من أوائل الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم قابلية لجوء الدولة و الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، حيث تنص المادة 975 من ق.إ.م.إ أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، كما تضمن نص

(1)- قانون 01/06 مؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

المادة 1006 من ذات القانون ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نجده أحال إلى نظام التحكيم بصفة ضمنية المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة.

حيث نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...".

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن اللجوء إلى إجراء التحكيم في المنازعات التي

تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها يكون بمبادرة من:

- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة.

- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي إذا كان التحكيم متعلقا بالولاية والبلدية.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

- الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري<sup>(1)</sup>.

هذا وقد نصت المادة الرابعة من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن الصفقة لا تصح ولا تكون نهائية الا إذا وافقت عليها السلطة المختصة<sup>(2)</sup>، ومن خلال ذلك يفهم ضمنا أن الإتفاق على التحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة لا يكون صحيحا أو نهائيا إلا إذا وافقت عليه السلطات المذكورة في المادة الرابعة السابق الإشارة إليها.

في المقابل قد أغفل المشرع الجزائري النص على هذا الإجراء عند تنظيمه للتحكيم في العقود الإدارية ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما فعل المشرع المصري حيث أوجب الحصول على إذن مسبق من السلطة المختصة لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية من خلال المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 التي نصت على أنه: "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

فبالنظر لما يمكن أن يترتب شرط التحكيم من آثار سلبية على العقود الإدارية، نرى ضرورة تدخل المشرع بنص تشريعي صريح وواضح يوجب أخذ الموافقة أو الإذن المسبق بالتعاقد من طرف جهة معينة مختصة يعينها ويبين حدودها بمقتضى أحكام قانونية، بحيث لا تستطيع جهة الإدارة إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية كلية بدون هذا الإذن، من أجل عدم إفراط أشخاص القانون العام في اللجوء إلى هذا الإجراء.

إن اتجاه المشرع الجزائري لإجازة للتحكيم في مادة الصفقات العمومية كان محل ترحيب فقهي ذلك أن منازعات الصفقات العمومية تتميز بالطابع الفني بما يفرض النظر إليها من زاوية

(1)- المادة 976 فقرة 2 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2)- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

خاصة، ويفضل الحسم فيها خارج دائرة القضاء ربحا للوقت، فطول أمد النزاع في مجال الصفقات العمومية سينجم عنه إلحاق بالغ الضرر بكل الأطراف، المتعامل العمومي والمتعامل المتعاقد، والخزينة العامة، بل وحتى المنتفع من خدمات المرفق العام، بما يفرض البت في المنازعة في أقرب وقت ممكن<sup>(1)</sup>.

هذا وقد أولت السلطات العمومية حال صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأهمية اللازمة لما أصطلح عليه بالقواعد البديلة لحل النزاعات وتتمثل في التحكيم والوساطة والصلح ولا شك أن هذه الأهمية تزداد درجة أو درجات عند تعلق التحكيم بمجال الصفقات العمومية<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أن الجزائر قد أسست اقتصادياتها على تدخل الدولة فأصبحت هذه الأخيرة تاجرا مستثمرا، صناعيا، مقاولا، مؤمنا، ناقلا، أي أن الضرورة الاقتصادية جعلتها تتوصل إلى المطالبة بخضوعها هي نفسها للتحكيم وكذا كافة أشخاصها المعنوية العامة، بالرغم مما تملكه من سلطة تحول دون عرقلة تصرفاتها حتى من القضاء نفسه<sup>(3)</sup>.

إضافة إلى المزايا التي يحققها لنا نظام التحكيم مما جعله متميزا ومرغوبا فيه، وهذا مرجعه -كما يقول أرسطو- "أن المحكم يرى العدالة بينما القاضي يطبق القانون"<sup>(4)</sup>.

ومن بين هذه المزايا:

1- يحقق التحكيم سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ، بينما عرض المنازعة ذاتها أمام القضاء قد يأخذ زمتا طويلا، سواء من حيث تعدد درجات التقاضي، أو بطئ إجراءات المرافعات، وهو ما يجعل عنصر الزمن يمتد ويسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف<sup>(5)</sup>.

(1)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، 2011، ص 237.

(2)- عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة القانونية، الدار البيضاء، المغرب، العدد 95، ص 01.

(3)- كمال عليوش قريوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 22.

(4)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 36.

(5)- عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 237.

2- يحقق نظام التحكيم السرية، خلافا للعلائية التي تعتبر من المبادئ الهامة التي يقوم عليها القضاء<sup>(1)</sup>.

3- قيام التحكيم على مبدأ الرضائية والاتفاق، فالتحكيم أساسه إرادة الأطراف سواء في اختيار المحكمين أو تحديد الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق وهذا ما لا يحققه لنا القضاء<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### صفات المؤسسات العمومية الاقتصادية

اعتبر القانون التوجيهي 01/88<sup>(3)</sup> المؤسسات العمومية الاقتصادية شخص معنوي يتخذ شكل شركة تجارية ويخضع للقانون التجاري، وبالتالي لا تعتبر صفقات مؤسسة عمومية اقتصادية عقود إدارية وإنما عقودا تجارية تخضع لرقابة واختصاص القضاء العادي.

إلا أنه بوجود نصوص في القانون التوجيهي رقم 01/88 كنصي المادة 55 و 56 التي تقضي بتكييف بعض صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية على أنها ذات طبيعة إدارية ما يوحي أنها تخضع لرقابة القضاء الفاصل في المادة الإدارية أثار الجدل وسط الفقهاء حول المعيار المعتمد لتحديد الطبيعة الإدارية لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية، بالرغم من أن المادة 800 من ق.إ.م.إ. استبعدت هذا النوع من المؤسسات من اختصاصها.

ولما كان الأمر كذلك فإن الأمر يستدعي منا البحث في مدى خضوع هذا النوع من المؤسسات للتحكيم في علاقاتها التعاقدية ذات الطبيعة الإدارية خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية الإدارية والنصوص المنظمة لهذه الأخيرة كقانون 01/88 لم تطرق بصريح العبارة لإمكانية لجوئها للتحكيم.

(1)- محمود مختار بري، مرجع سابق، ص 13.

(2)- عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع نفسه، ص 01.

(3)- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر،

## أولاً- طبيعة صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية

كيف القانون التوجيهي العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية الاقتصادية في حالات معينة عقودا إدارية وذلك بموجب النصين القانونيين التاليين:

تنص المادة 55 من القانون رقم 01/88 على أنه: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة.

وفي هذا الإطار، يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

وتنص المادة 56 من نفس القانون على أنه: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك باسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصالحة يعد طبقا للتشريع المعمول بهما تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة".

الأمر الذي أثار جدلا فقهي حول المعيار المعتمد لتكييف عقود هذه المؤسسات كعقود إدارية تخضع بطبيعة الحال لرقابة القضاء الفاصل في المادة الإدارية بالرغم من أن تحديد إختصاص هذا الأخير يكون على أساس معيار عضوي بوجود أحد أشخاص القانون العام المذكورين في المادة 800 ق.إ.م.إثناء الإبرام.

أخذ الدكتور **السعيد بوشعير** بالمعيار الموضوعي حيث أنه مادام النظام الجديد أبقى على الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص فإنه يؤكد ذلك على إبقاء الصفة الإدارية للعقد<sup>(1)</sup>.

يؤيد القاضيان **ليلي رزوقي** و**حمدي باشا** عمر هذا الطرح حيث أنه كلما تعلق الأمر بعقد يكون موضوعه تسيير مرفق عام ويحتوي على بنود غير مألوفة في القانون الخاص فإنه عقد إداري تسري عليه أحكام المادتين 55 و 56 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية لتحديد القانون المطبق والقاضي المختص في النزاع<sup>(2)</sup>.

بينما أخذ الدكتور **مسعود شيهوب** بالمعيار المادي "الأموال العامة" لتحديد طبيعة الصفقة التي تبرمها هذه المؤسسات، حيث أن تنظيم الصفقات العمومية رقم 250/02 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 2008/11/09 نص صراحة على اعتبار عقود المؤسسات الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كصفقات عمومية عندما تقوم بعمليات ممولة بأموال عمومية، بمعنى أن المشرع الجزائري خرج عن المعيار العضوي وأخذ بمعيار الأموال العامة، واعتبر عقودها كعقود إدارية يؤول الإختصاص في منازعاتها للقضاء الفاصل في المادة الإدارية<sup>(3)</sup>.

جسدت هذا الرأي المحكمة العليا في قرار صادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2008/02/06<sup>(4)</sup>، أكدت من خلاله أن الإختصاص النوعي، يعود للقضاء العادي للفصل في المنازعات الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص، لأن

(1)- سعيد بوشعير، نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، الجزائر، 1986، ص 422.

(2)- ليلي رزوقي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 32.

(3)- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الإختصاص، الجزء الثاني، ط5، د.م.ج، الجزائر، 2009، ص 57.

(4)- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 414667، بتاريخ 2008/02/06، قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 02، ص 219.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الصفقة غير ممولة من ميزانية الدولة، ولقد جاء في القرار ما يلي: "حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا بالعنصر الموضوعي وليس العضوي كما فعلوا".

كذلك في قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13<sup>(1)</sup>، في نزاع ناشئ عن صفقة مبرمة بين السيد مدير مؤسسة البناء ق.ج والشركة الجزائرية للتأمين (SAA)، ذهبت المحكمة إلى أن الشركة الجزائرية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري EPIC وغير مكلفة في النزاع الحالي بانجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمكمل لتنظيم الصفقات العمومية).

في الواقع إن هذا الاتجاه الذي سلكته المحكمة العليا ومحكمة التنازع في القضايا السابقة يثير الإستغراب حيث أن شرط التمويل من ميزانية الدولة لا يعني تحديد الجهة القضائية المختصة في النزاع، وإنما يحدد شرط خضوع عقود هذا المؤسسات لنظام الصفقات العمومية هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان يجب على القضاة إحترام مبدأ تدرج القوانين والإعتماد على التشريع الأعلى درجة (المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من ق.إ.م.إ) لتحديد جهة الاختصاص القضائي.

في تقديرنا أن المشرع الجزائري قد أوجد استثناء من خلال المادتين 55 و56 من القانون التوجيهي 01/88 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية وأخذ بالمعيار المادي لتحديد الطبيعة الإدارية لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية، موسعا بذلك من اختصاص القاضي الفاصل في المادة الإدارية، ويعد هذا خروجاً عن القاعدة العامة المكرسة تشريعياً بموجب المادة

(1)- قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 2007/11/13، قضية السيد مدير مؤسسة البناء (ق ج) ضد (الشركة الجزائرية للتأمينات (SAA)، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 09، 2009، ص 147.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

800 قانون إجراءات مدنية وإدارية فحسب المعيار العضوي فإن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام بغض النظر عن موضوعه والذي يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه القضاء الفاصل في المادة الإدارية.

### ثانيا- صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية والتحكيم

نصت المادة 975 من ق.إ.م.إ.م. أعلى أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أو في مادة الصفقات العمومية".

بإسقاط نص المادة 800 على المادة 975 قانون إجراءات مدنية وإدارية، يتبين لنا أن التحكيم في مجال الصفقات العمومية لا يسمح به إلا للأشخاص المعنوية العامة وهي بصياغة النص: الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وبالتالي أشارت المادتين أعلاه فقط لنوع معين من المؤسسات وهو: "المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري" دون سواها مما ضيق من مجال المنازعة الإدارية من الناحية العضوية، بما سيؤثر سلبا على مجال التحكيم، ويكفي للاستدلال على ذلك الرجوع للمادة السادسة من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام نجدها أخضعت المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري للقانون المنظم للصفقات العمومية عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

كما أنه بالرجوع الى القانون التوجيهي المنظم للمؤسسة العمومية الاقتصادية، نجده لم يتطرق بصريح العبارة لإمكانية لجوء هذا النوع من المؤسسات للتحكيم، مما أثار الجدل الفقهي حول هذه المسألة:

يرى الدكتور **عمار معاشو** أن القانون التوجيهي رقم 01/88 يسمح صراحة للمؤسسات العمومية الاقتصادية باللجوء إلى التحكيم وأن الفقرة الرابعة من المادة 20 منه ترفع كل غموض

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

حول هذه المسألة والتي تنص على ما يلي: "كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لزمة المؤسسة العمومية الاقتصادية موضوع مصالح حسب الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المذكور أعلاه"، وتنص الفقرة 2 من نفس المادة على أنه: "ويمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقا لقواعد القانون التجاري"<sup>(1)</sup>.

بالموازاة يرى القاضي محمد بجاوي أن القانون التوجيهي السالف ذكره هو ترخيص واضح للجوء إلى التحكيم عندما يصرح في المادة 20 منه أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها حرية التصرف في الممتلكات التابعة لذمتها طبقا لقواعد القانون التجاري<sup>(2)</sup>.

على النقيض من الاتجاه السابق يرى الدكتور كمال عليوش قربوع أن التصريح بخضوع هذه المؤسسات للتحكيم يصطدم مع الفقرة الأولى من المادة 20 السابق الإشارة إليها والمادة 36 من نفس القانون والنصوص اللاحقة التي أدت إلى إلغاء الفقرة 3 من المادة 442، حيث تميز الفقرة الأولى من المادة 20 بين الأصول الصافية وموجودات الشركة بنصها على أنه: "تكون الممتلكات التابعة لزمة المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا جزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة"، حسب هذه المادة فإن الجزء الأول فقط من الأموال الذي يجوز التصرف فيه وهو وحده الذي يخضع للتحكيم.

إضافة إلى أن المادة 36 من القانون 01/88 تخضع المؤسسة العمومية إلى قانون خاص فيما يتعلق بالتصفية والتسوية القضائية، وهذا يعني عدم إخضاعها لقانون الشركات التجارية وذلك لا يتماشى مع فكرة التحكيم ولا مصالح الشركات الأجنبية<sup>(3)</sup>.

(1) - عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، د.س.ن، ص 26.

(2) - كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 17.

(3) - كمال عليوش قربوع، المرجع نفسه، ص 18.

أمام هذا الجدل الفقه حسم المرسوم التشريعي 08/94<sup>(1)</sup> المعدل للقانون رقم 01/88 الأمر حيث أصبحت المسألة أكثر وضوحا بتعديل أحكام المادة 20 السالف ذكرها وصار نصها كالاتي: "تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للبيع والتحويل والحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص وجزء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عند الاقتضاء عن طريق التنظيم".

وتنص المادة 25 من نفس المرسوم التشريعي على أنه: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال تملك الدولة أو شخصيات معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم أو حصص الشركاء.

تتم كيفية الزيادة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية والتخفيض منه، وكذا تعويض الاهتلاك طبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري"<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة 2 من الأمر 04/01<sup>(3)</sup> المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخصوصتها على أن: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال" ونصت المادة الثالثة من نفس الأمر على أن: "ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها وقابلة للتصرف فيها طبقا لقواعد القانون العام و أحكام هذا الأمر...".

من خلال استقراء النصوص السابقة أصبح رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية لا يتكون إلا من الأموال العامة، وأصبحت ممتلكاتها كلها قابلة للتصرف فيها.

(1)- المرسوم التشريعي 08/94 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر، عدد 33.

(2)- المادة 25 من المرسوم التشريعي 08/94 المتضمن قانون المالية التكميلي.

(3)- الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها،

ج.ر، عدد 47 .

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

وبالرجوع الى المادة 1006 من ق.إ.م.إ نجدها وضعت في فقرتها الأولى حكما عاما مفاده جواز التحكيم بالنسبة لجميع الأشخاص في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها وبالتالي فإن هذه المؤسسات وانطلاقا من هذا المبدأ يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في كل منازعاتها الإقتصادية، دون طرح مسألة طبيعة ممتلكاتها.

ولقد أثبت الواقع العملي لجوء العديد من المؤسسات العمومية الإقتصادية لمجال التحكيم الدولي لحل منازعات الصفقات التي تبرمها، حيث سجلت مؤسسة سونطراك لوحدها 45 قضية تحكيم دولية في الفترة الممتدة بين 1971 و 1996<sup>(1)</sup>. هذا ومنذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أصبح التحكيم يعرف إقبالا متناميا من طرف المؤسسات الجزائرية لتسوية نزاعاتها الإقتصادية، حيث وصل عدد القضايا التي قامت بتسويتها الغرفة الدولية للتجارة بالجزائر منذ إنشائها سنة 2001 إلى أكثر من 20 ألف قضية<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني

#### جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية

لقد شهدت الدولة الجزائرية، وبخاصة في الفترة التي تلت إسترجاعها للسيادة الوطنية عددا من الأحداث السياسية والاقتصادية المتسارعة نتج عنها اللجوء إلى رؤوس الأموال الأجنبية لسد النقص الذي تعاني منه في شتى المجالات، ولتنفيذ طموحاتها الاقتصادية دخلت في عمليات تبادل دولي لجأت من خلالها إلى إبرام عقود دولية يكون طرفاها أشخاص القانون العام الوطنية من جهة، وأشخاص القانون الخاص الأجنبية من جهة أخرى<sup>(3)</sup>.

(1)- خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 103.

(2)- مقال منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.elmoudjahid.com/ar/flash-actu/1422> بتاريخ 2016/01/12

على الساعة 15.30

(3)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 189.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

من هنا كان لا بد أن يصاحب التحكيم هذا النوع الجديد من العقود باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات الناشئة عنها، ومرد ذلك أن الطرف الخاص الأجنبي يجد نفسه يتعامل مع دولة ذات سيادة، وخوفا من المخاطر الناجمة عن هذه الأخيرة والمتمثلة في إمكانية إهدار حياض القضاء الوطني، أو إعمال الحصانة القضائية، لم يجد هذا الطرف الأجنبي غير التحكيم بديلا ليحتمي خلفه<sup>(1)</sup>.

إلا أن الجزائر كانت تنظر إلى هذا النظام نظرة عدائية باعتبار أن قبولها له سيشكل خطرا على سيادتها واستقلالها خاصة وأنه يخدم مصالح الدول الأجنبية على حساب دول العالم الثالث، هذا ما جعلها تتخذ موقفا سلبيا من خلال منظومتها القانونية والقضائية تجسد في قانون إجرائي وقوانين موضوعية رافضة لهذا النظام مع التأكيد على الإختصاص الأصيل للقضاء الوطني بالنظر في كل المنازعات التي تثار بشأن هذه الطائفة من العقود.

غير أن هذا الموقف العدائي تجاه التحكيم ما لبث أن تحول إلى قبول نتيجة للأزمة الإقتصادية التي مرت بها الجزائر في بداية الثمانينات، حيث شرعت الجزائر في إصلاحات إقتصادية، تبنت من خلالها النظام الرأسمالي رغبة في البحث عن رؤوس الأموال الأجنبية، وصاحب هذا التغيير تغيير في منظومتها القانونية، وخاصة في موقفها من التحكيم باعتباره ضمانا هامة لجذب الإستثمارات.

وحتى يؤكد المشرع الجزائري على موقفه من السياسة التي انتهجتها الدولة الجزائرية أعاد النظر في جوازية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم من خلال تقريره في المرسوم التشريعي رقم 09/93، ليؤكد من جديد على هذا الإتجاه في القانون رقم 09/08.

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 06.

قبل الخوض في تطور موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية **(المطلب الثاني)** يستلزم الأمر التعرض لمفهوم العقد الدولي وتحديد طبيعته القانونية وما إذا كان يمكن إضفاء الطابع الإداري عليه **(المطلب الأول)**.

### **المطلب الأول**

#### **فكرة العقد الإداري الدولي**

تثير دراسة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي التي تبرم بين الدولة وبين الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى العديد من المشاكل ذات الصعوبة البالغة التي كانت مجالاً لاهتمامات الفقه خاصة الغربي، وتنجم هذه الصعوبة من التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، فجهة الإدارة وهي شخص من أشخاص القانون العام تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص المتعاقد معها، والذي يعد كأصل عام من أشخاص القانون الخاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى عدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية بينهما فجهة الإدارة بالرغم من أنها تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا تتوافر للطرف الأجنبي إلا أنها تكون في مركز اقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الأشخاص الأجنبية كالشركات العملاقة العابرة للدول والتي تبلغ ميزانية بعضها ميزانيات الدول النامية مجتمعة<sup>(1)</sup>.

بما أن العقود الدولية من الظواهر المستحدثة نسبياً في مجال العلاقات التعاقدية الدولية ولها خصوصيتها التي تميزها عن باقي العقود فإن الأمر يتطلب منا تكييف طبيعتها القانونية **(الفرع الأول)**، ثم الإلمام بمفهومها، وتحديد معايير تمييزها **(الفرع الثاني)**.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 82.

## الفرع الأول

### التكييف القانوني لعقود الدولة

انشغل الفقه وقضاء التحكيم في الطبيعة الخاصة والمركبة للعقد الدولي، ونقطة الخلاف الأساسية كانت مركزة في أن هذا العقد يعتبر عقدا إداريا في نظر القضاء الفاصل في المادة الإدارية للدولة المتعاقدة، وهو عقد من عقود التجارة الدولية في نظر هيئات التحكيم الدولية<sup>(1)</sup>. ولعل التطور الذي لحق العقد الإداري الدولي دفع بعض المنشغلين في القانون إلى دعوة فقهاء القانون الإداري والقضاء الفاصل في المادة الإدارية إلى إيجاد أسس أكثر مرونة تحاكي العصر، نظرا لأن العلاقة القانونية الخاصة تؤثر ليس فقط على الاختصاص القضائي والسلطات التي يمنحها العقد للدولة المتعاقدة، بل أيضا تؤثر على القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>(2)</sup>.

ومنه يثار التساؤل عن التكييف القانوني للعقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي وما إذا كانت تعد من عقود القانون الخاص أم عقود القانون العام؟ ردا على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى منكر ومؤيد لوجود فكرة العقد الإداري الدولي:

### أولا- الاتجاه الرافض لتكييف عقود الدولة كعقود إدارية

ينطلق هذا الرأي من أن القانون الدولي لا يعرف أصلا ما يطلق عليه بنظرية العقد الإداري خاصة وأن وجود مثل ذلك العقد على النطاق الدولي يحتاج إلى وجود قضاء إداري دولي له استقلالية وهو ما لم يتحقق حتى الآن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن للقاضي الفاصل في المادة الإدارية أن يطبق قانون أجنبي على منازعة إدارية، فمن المعروف

(1)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 272.

(2)- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 15.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

في القانون الخاص أنه إذا اشتملت العلاقة على عنصر أجنبي فإن منهج تنازع القوانين يسمح بأن يحدد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العلاقة، فالقاضي العادي عندما يطرح أمامه مثلاً نزاع يتعلق بأهلية أحد الأشخاص فإنه يقوم بالبحث داخل نظامه القانوني عن قاعدة الإسناد الخاصة بتلك المسألة والتي قد تؤدي إما إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الأمر متعلق بأهلية أحد الوطنيين، وإما إلى تطبيق قانون أجنبي إذا كان الأمر يتعلق بأهلية أحد الأجانب<sup>(1)</sup>.

هكذا يستطيع القاضي العادي أن يستعمل منهج التنازع أو ما يعرف بالمنهج الثنائي من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه والمشتمل على عنصر أجنبي<sup>(2)</sup>.

بينما يضع القانون العام تقليد مختلف عن ذلك المتبع في القانون الخاص، فالقاضي الفاصل في المادة الإدارية يلتزم دائماً بتطبيق أحكام قانونه الوطني، أي أنه يلتزم بمنهج أحادي في أعمال القانون الواجب التطبيق، حيث أنه إذا ثار نزاع أمام القاضي الفاصل في المادة الإدارية يشتمل على عنصر أجنبي فإنه لا يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع وفق منهج تنازع القوانين، وإنما يكتفي بالبحث عما إذا كان القانون الوطني هو واجب التطبيق من عدمه، فإذا ما انتهى إلى نتيجة سلبية يمتنع عن النظر في النزاع معلناً عدم اختصاصه وذلك تأسيساً على مبدأ الإقليمية وارتباط الاختصاص بالموضوع، حيث أن القانون العام الأجنبي لا يمكن أن يجد مجالاً للتطبيق داخل حدود الإقليم الوطني، والقاضي الفاصل في المادة الإدارية غير مختص بنظر المنازعات غير الخاضعة للقانون الوطني<sup>(3)</sup>.

حجة أخرى يثيرها أنصار هذا الرأي أن العقد الإداري له خاصية وميزة هي الأفضلية المعترف بها للشخص المعنوي العام، بينما في العقود المعروفة من قبل الفقه بعقود الدولة

(1)- تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسياتهم...".

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 282.

(3)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية المرجع نفسه، ص 282-283.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

يلاحظ عليها رفض وغياب هذه الأفضلية، أو على الأقل يظهر التخفيف منها، فالدولة لا تستفيد من الامتيازات غير المألوفة، بل على العكس فإن هناك شروطا تعاقدية تحاول تحقيق المساواة القانونية بين الدولة والشخص الخاص، وذلك من خلال جعل الأشخاص الخاصة في منأى عن التغييرات والتعديلات التي تضيفها الدولة على العقد<sup>(1)</sup>.

في نفس السياق يضيف جانب آخر من الفقه أن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي لا يمكن إضفاء الطابع الإداري عليها، حيث تعتبر عقود دولية ذات طبيعة خاصة ذلك أنه إذا كان أحد الأشخاص المعنوية طرفا فيها واتصالها بنشاط مرفق عام لتحقيق المصلحة العامة، إلا أنها لا تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تمنح امتيازات وسلطات للشخص المعنوي العامي مواجهة المتعاقد معه، حيث أن هذه الامتيازات لا يمكن أن تمارس إلا على الإقليم الوطني، أما خارج هذا الإقليم فلا تستطيع تلك الأشخاص ممارسة الامتيازات الممنوحة لها هذا من جهة<sup>(2)</sup>.

من جهة أخرى فإن العقد الدولي نجده يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية لصالح الطرف الأجنبي الخاص؛ كشرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم، وشرط القانون الواجب التطبيق التي تجعلها تخرج عن طائفة العقود الإدارية<sup>(3)</sup>.

### ثانيا - الاتجاه المؤيد لتكليف عقود الدولة كعقود إدارية

على الرغم من الحجج السابقة التي ترفض وجود فكرة العقد الإداري الدولي، إلا أنه يوجد في الفقه من يتبنى فكرة العقود الإدارية كنموذج للعقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية، حيث يؤكد هذا الرأي على أن نظرية العقود الإدارية كما حددها الفقه والقضاء

(1) - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 282.

(2) - محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 101.

(3) - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع نفسه، ص 102.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الفرنسيان تصلح نموذجا فعالا للقياس عليها والإيحاء منها وجعلها صورة من صور عقود الدولة.

فالدولة كما تبرم عقودا إدارية داخلية تبرم أيضا عقودا تجارية دولية، مستعملة في عقودها البنود غير المألوفة، وبالتالي تجتمع في تلك العقود خاصيتان؛ ارتباطها بمصالح التجارة الدولية، لما فيها من دخول وخروج للقيم عبر الحدود، واتصافها بالطبيعة الإدارية لانطوائها على البنود الاستثنائية وتحقيق النفع للمرفق العام<sup>(1)</sup>.

فالعقود الإدارية الدولية هي العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من امتيازات السلطة العامة تحقيقا لنشاط مرفق عام، فهي عقود دولية تتصل بمصالح التجارة الدولية من جهة، ومن جهة أخرى تتضمن بنودا غير مألوفة وهي بذلك عقود إدارية<sup>(2)</sup>.

كما يؤكد الرأي السائد في الفقه الإداري على اعتبار العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها في مختلف القطاعات فلاحية، صناعة، بترول... الخ مع الأشخاص الأجنبية سواء كانوا أفرادا أم أشخاصا معنوية عقودا إدارية، حتى ولو كانت هذه العقود تظهر من خلال شكلها أو مظهرها، وليس من خلال جوهرها ومضمونها أنها عقودا خاصة ينعقد الاختصاص للقضاء الخاص أو لجهات التحكيم التي قد ينص عليها في صلب العقد، فإن كل هذا لا يحول دون إلحاق صفة العقد الإداري وتطبيق القانون الإداري عليها بشأن منازعاتها<sup>(3)</sup>.

(1) - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 274.

(2) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 40-42.

(3) - عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 113.

ويضيف جانب آخر أنه لا يوجد سببا لنكر العلاقة بين القانون العام ومنهج تنازع القوانين فالاعتقاد الذي ظل سائدا لفترة طويلة من الزمن أن كل ما يخص القانون العام ينحصر داخل الإقليم الوطني هو اعتقاد لا أساس له، ويزيل كل مستقبل متوقع للقانون العام ومنه فإن استبعاد منهج تنازع القوانين على منازعات العقود الإدارية لا يتفق والتطورات الحاصلة على الصعيد الدولي والتي تحتاج إلى تغيير نظرة القانون العام التقليدية لمنهج تنازع القوانين بما لا يتعارض مع النظام العام وطبيعة الروابط الإدارية<sup>(1)</sup>.

تأسيسا على ما سبق ذكره نصل إلى أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مازالت مجرد فكرة ولم تصل إلى حد النظرية كما هو الشأن بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية، ومن ثم فإن أمر خلق نظرية لتلك العقود سوف يتوقف بطبيعة الحال على اتجاهات القضاء الفاصل في المادة الإدارية الذي يمكن له أن يستعمل المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية الداخلية وتطبيقها على تلك التي تدخل فيها عناصر أجنبية.

## **الفرع الثاني**

### **مفهوم العقد الإداري الدولي**

تتميز عقود الدولة بخصوصية عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطرافها وفي مكانتهم الفعلية، إذ تبرم عقود الدولة بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة هيئاتها العامة والتي تعمل لحسابها، وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري بقصد القيام بعملية تهدف إلى التنمية الاقتصادية؛ كعقود الاستثمار والتوريد والتقيب عن البترول واستغلاله، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني واحد بالرغم من

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية: مرجع سابق، ص 310.

اتصاله من خلال عناصره بأكثر من دولة، وذلك بخضوعه لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد، مع ما يتضمنه من تحديد ما هو المقصود بهذا العقد<sup>(1)</sup>.

سنبرز التعاريف الفقهية التي قيلت في شأن تعريف العقد الإداري الدولي، ثم نبرز معايير اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي وذلك على النحو التالي:

### أولاً- تعريف الفقه للعقد الإداري الدولي

عرف البعض عقود الدولة من خلال تعداد العناصر المتميزة في العقد بالقول أن: "عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي تمنح سلطات متميزة، طويلة المدة تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي وتتضمن شرط التحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص"<sup>(2)</sup>.

وقد عرف البعض عقود الدولة في مجال القانون الدولي بأنها: "العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية، مثل عقود شراء الأسلحة للحفاظ على أمنها الداخلي أو الخارجي، وعقود امتياز المرافق العامة، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص، فهي لا تتدرج تحت ما يسمى اصطلاحاً بعقود الدولة"<sup>(3)</sup>.

يميل جانب آخر من الفقه إلى إبراز ذاتيتها من خلال وضع تعريف شامل لها على نحو جامع مانع: "عقود الدولة هي عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو الجهاز الحكومي من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوباً عادة باتفاق المساعدة الفنية وقد ينصب موضوع العقد

(1)- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 87.

(2)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 40.

(3)- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2007، ص 25.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا.

وتنظم هذه العقود كافة العلاقات المحتملة القيام بين أطرافها، وتتخذ شكلا قانونيا موحدًا يتميز بذات النوعية من الشروط؛ شروط ذات طابع فني ومالي، شروط تخول المتعاقدين استثمار الحقوق والمزايا الاستثنائية، شروط اختيار القانون الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>.

من التعاريف السابقة يمكن استخلاص تعريف للعقد الإداري الدولي يميزه عن العقد الإداري الداخلي، وهوان العقد الإداري الدولي هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام مع شخص أجنبي يتصل بأكثر من نظام قانوني مع انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة.

### ثانيا- معايير اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي

اختلف الفقه والقضاء حول معايير اكتساب العقد الإداري للصفة الدولية فمنهم من تبنى المعيار القانوني، فيما قال جانب منهم بالمعيار القضائي سنتعرض إلى هذه المعايير تباعا وذلك على النحو التالي:

#### 1- المعيار القانوني لدولية العقد

وفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني؛ أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل سواء كان هذا العنصر شخصا كجنسية الأطراف المتعاقدة أم موضوعيا كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه<sup>(2)</sup>.

(1)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 30.

(2)- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2006، ص 22.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

بمعنى أنه إذا دخل العنصر الأجنبي في العقد فهذا مفاده ارتباط العقد بعدة نظم قانونية وليس بنظام قانوني واحد، الأمر الذي يفيد تعديه لحدود دولة معينة، بما يبرر إضفاء الصفة الدولية عليه<sup>(1)</sup>.

وإن كان أنصار هذا الإتجاه قد اتفقوا على اجتماع العناصر القانونية لإضفاء الطابع الدولي على العقد الإداري، غير أنهم اختلفوا حول مدى فاعلية هذه العناصر للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتسام هذه الأخيرة بالطابع الدولي، فجانب من هذا الفقه يرى التسوية بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية، أما الجانب الآخر فيرى ضرورة التفرقة بين هذه العناصر من حيث مدى تأثير كل منها على دولية العقد<sup>(2)</sup>.

رغم وجهة هذا المعيار ووضوحه إلا أنه تعرض للانتقاد، حيث يضيف عليه جانب من الفقه وصف الجمود وعدم الملاءمة للتطبيق في الواقع العملي وحثهم في ذلك هو عدم كفايته لوحده لإقرار الطابع الدولي للعقد فوجود العنصر الأجنبي قد يكون أمر عرضي إضافة إلى أن الإعتماد عليه لوحده سيؤدي حتما إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على المنازعة لمجرد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية، حيث أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقد بصفة عامة، وأن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد<sup>(3)</sup>.

(1) - هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 75.

(2) - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 73.

(3) - محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، عدد 20، جانفي 2004، ص 161.

## 2- المعيار الاقتصادي لدولية العقد

وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية<sup>(1)</sup>، ومناطق الدولية حسب هذا الرأي يكمن في انطواء العقد على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بأن تتضمن مثلا استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية؛ أي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود<sup>(2)</sup>.

تبعاً لذلك فإن العقد يعد دوليا بتوافر ثلاث حالات<sup>(3)</sup>:

**الحالة الأولى:** إذا كان موضوع العقد حركة مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول.

**الحالة الثانية:** إذا اتصل العقد بمصالح التجارة الدولية إتصالاً وثيقاً.

**الحالة الثالثة:** خروج العناصر الاقتصادية للعقد من المجال الإقتصادي الوطني إلى مجال الإقتصاد الدولي، أي يتعدى العقد آثاره وتبعاته خارج حدود الدولة.

حيث أن القضاء الحديث لم يعد يكتفي في خصوص عقود التجارة الدولية بتوافر المعيار القانوني التقليدي الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية أسوة بغيرها من الروابط القانونية الخاصة بصفة عامة والذي يقتضي تضمنها لعنصر أجنبي أو أكثر، وإنما يطلب في شأن هذه العقود أن تتعلق بمصالح التجارة الدولية بأن تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني لما تؤدي إليه من انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود<sup>(4)</sup>.

(1) - هشام خالد، مرجع سابق، ص 104.

(2) - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008، ص 85.

(3) - بولقواس سناء، الطرق البديلية لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2010، ص 51.

(4) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 35.

رغم دقة المعيار الاقتصادي في جوانب معينة، إلا أنه لم يسلم من النقد، ولعل أهم نقد وجه له أنه لا يمكن الاستناد عليه لتحديد دولية العقد، وذلك لسبب صعوبة التفرقة بين ما هو تابع للإقتصاد الوطني وما هو تابع للإقتصاد الدولي في وقت تشابكت فيه العلاقات الاقتصادية بين الدول<sup>(1)</sup>.

إضافة الى أن تطبيق هذا المعيار سيؤدي إلى إعتبار العقد دوليا عندما يشكل جزءا من سلسلة عقود تتصل في مجموعها بمصالح التجارة الدولية وتحركها، في حين أن هذا العقد يعد داخليا وهو ما ابتدعه القضاء الفرنسي تحت تسمية سلسلة العقود التي تكون في مجموعها رابطة اقتصادية دولية، في حين أن كل عقد لوحده يعتبر عقدا داخليا<sup>(2)</sup>.

### 3- المعيار المختلط

يمزج هذا المعيارين المعيارين السابقين القانوني والاقتصادي، حيث أن المعيار القانوني يمكنه نظريا إثارة مشكلة تنازع القوانين، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه لوحده لإسباغ الصفة الدولية على العقد، فلا يكفي مثلا اختلاف جنسية المتعاقدين فحسب للاعتراف لهذا العقد بالصفة الدولية وإخضاعه لقانون أجنبي، كما أنه من جهة أخرى قد لا يكون المعيار الاقتصادي كافيا أيضا لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على الصعيد الدولي، فلا يمكن اعتبار شخص يتسوق في بلد أجنبي بأنه قد أبرم عقدا دوليا، فهذا لا يحقق تماما مسألة التعلق بالاقتصاد الدولي ومصالح التجارة الدولية بينما لو أقدم المتسوق على شراء كمية كبيرة من البضائع ليبيعهها في بلده، أو لينقلها إلى بلد آخر فإن العقد هنا يعتبر دوليا لتحقيقه مصلحة التجارة الدولية<sup>(3)</sup>.

(1)- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 52.

(2)- محمد وليد هاشم المصري، مرجع سابق، ص 162.

(3)- محمد وليد هاشم المصري، المرجع نفسه، ص 165 .

في هذا الشأن اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي في شأن إسباغ الصفة الدولية على العقد من خلال هذا المعيار المزدوج، بالجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي وهذا ما نلمسه في حكم محكمة باريس في 19/11/1984، وذلك بمناسبة نزاع على عقد وكالة تجارية أبرم بين شركتين سويديتين وفرنسي ليمثلهما في فرنسا، وتم إبرام العقد في كل من السويد وفرنسا وهو مرتكز المعيار القانوني، ومن جهة أخرى أن العقد يخول الوكيل إبرام تصرفات باسم شركات أجنبية بقصد زيادة صادرات منتجات هذه الشركة وهو مرتكز المعيار الاقتصادي<sup>(1)</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري من معايير اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي فإنه يأخذ بالمعيار الاقتصادي، حيث نستوحي ذلك من نص المادة 1039 قانون إجراءات مدنية وإدارية التي تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

### **المطلب الثاني**

#### **تطور موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية**

إتخذ النظام القانوني الجزائري بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمام تطبيق أسلوب التحكيم في العقود الإدارية الدولية مروراً بمراحل تاريخية تباين فيها موقف المشرع الجزائري، بين الإنكار والعداء ثم التحفظ، وصولاً إلى الانفتاح وفتح المجال واسعاً أمام هذا الطريق.

لم تتقبل الجزائر كدولة فتية حديثة الإستقلال التحكيم لما يترتب عنه من المساس بسيادتها، وحتى تؤكد على موقفها المنكر لهذا النظام تبنت منظومة قانونية رافضة بأي شكل من الأشكال تطبيقه على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، إلا أنه مع بداية الثمانينات وكنتيجة للتطورات السياسية والاقتصادية التي مست البلاد ومتطلبات التنمية وتحت الضغط المزدوج الذي فرض عليها؛ الأزمة الاقتصادية من جهة والضغط الأجنبي من جهة أخرى عرفت

(1) - حكم مشار إليه عند عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 67.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

الجزائر التفتحت على التحكيم الدولي باعتباره ضرورة ملحة خاصة مع التطور الذي شهده على المستوى الدولي، كما كان للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر دورا مهما في فتح المجال أمام الدولة وأشخاصها العامة للجوء للتحكيم في هذه الطائفة من العقود (الفرع الأول)، وتماشيا مع السياسة التي انتهجتها الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية، أعاد المشرع النظر في الحظر الذي فرضه على الدولة وأشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم من خلال الإجازة الصريحة التي تقررته بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93، ليؤكد من جديد على موقفه من خلال القانون رقم 09/08 (الفرع الثاني)،

### الفرع الأول

#### المرحلة السابقة على صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>(1)</sup>

لقد تميزت هذه المرحلة بمعارضة الجزائر بشدة فكرة التحكيم الدولي وتجسدت مظاهر هذه المعارضة بغياب نصوص خاصة بالتحكيم الدولي، بالإضافة إلى الخطب الرسمية التي كانت رافضة له على اعتباره مخالفا للسيادة، لكن بالرغم من هذا الموقف الرفض للتحكيم على مستوى التشريعات الوطنية لم يكن لها نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية، إذ يظهر على الصعيد الإنفاقي تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الاقتصادية الدولية، وهو الأمر الذي عبر عنه الأستاذ الطيب زيروتي: "يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي"<sup>(2)</sup>.

(1)- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2)- الطيب زيروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص

حيث تراوح موقف الجزائر في هذه المرحلة من التحكيم بين التقبل والرفض والقبول الأمر الذي انعكس سواء بموجب النصوص القانونية الصادرة عن الدولة الجزائرية أو في العقود والاتفاقيات المبرمة مع الخارج، أو حتى على المستوى الرسمي المجسد في الخطب الرسمية<sup>(1)</sup>.

### **أولاً- مرحلة تقبل التحكيم الدولي**

عرفت الجزائر خلال هذه الفترة العديد من القوانين التي تناولت التحكيم وتطبيقاته في المنازعات التي ثارت بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية وصولاً إلى صدور قانون الإجراءات المدنية أهمها:

#### **1- قانون البترول الصحراوي لسنة 1958**

صدر قانون البترول الصحراوي سنة 1958 لتنظيم عمليات البحث واستغلال البترول في الجزائر، ولقد تضمن هذا القانون جملة من المبادئ والقواعد الأساسية من بينها التحكيم. حيث تنص المادة 41 منه: "إحالة جميع الخلافات التي تنشأ بين الحكومة المانحة لتراخيص الاستغلال والامتيازات-وهي الحكومة الفرنسية والشركات المتعاقدة معها- إلى التحكيم"<sup>(2)</sup>.

#### **2- اتفاقية أفيان لسنة 1962**

يعالج الباب التاسع من هذه الاتفاقية موضوع التحكيم وذلك بنصه على أن: "جميع التنظيمات المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الأول يتعين عرضها على محكمة تحكيم دولية...".

(1)- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 266.

(2)- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة دكتوراه، بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 325.

كما أن الاتفاق الخاص بتسوية المنازعات التي قد تطرق إلى هذه التسوية عن طريق المصالحة أو التحكيم، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق لرفع الدعاوى أمام القضاء، وتستطيع كل من الدولتين اللجوء إلى محكمة العدل الدولية<sup>(1)</sup>.

### **3- الاتفاق الجزائري الفرنسي 26 جوان 1963<sup>(2)</sup>**

جاء هذا الاتفاق تنويجا لاتفاقية إيفيان والإعلان البترولي المؤرخ في 19/03/1962 مؤكدا على موضوع التحكيم الدولي المعلن في اتفاقية إيفيان، نصت المادة الثالثة منه على جعل النظر في النزاعات الناشئة بين الدولتين من اختصاص محكمة التحكيم الدولية واعتبرت المادة الثالثة كذلك الحكم التحكيمي نافذا دون حاجة للإجراءات التنفيذية وهذا في الإقليم الجزائري والفرنسي على السواء، بعد ثلاثة أيام من صدوره<sup>(3)</sup>.

### **4- الاتفاق الجزائري الفرنسي في 29 جويلية 1965**

طالبت الجزائر من خلاله مراجعة اتفاق 1963 من أجل التخلص من بعض العراقيل التي خلقها هذا الأخير، حيث تم إبرام اتفاق 1965<sup>(4)</sup>، ليخفف الثقل على الجزائر من شدة تأثير اتفاق 1963 على السيادة الوطنية، بإدراج نظام التوفيق إلى جانب التحكيم<sup>(5)</sup>.

(1)- معاشو عمار، مرجع سابق، ص 121-122.

(2)- مرسوم رقم 384/63 مؤرخ في 14 سبتمبر 1963، المتضمن نشر الاتفاق الجزائري-الفرنسي حول التحكيم ج.ر، عدد 67 مكرر الصادرة في 17 سبتمبر 1963.

(3)- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص 14.

(4)- أمر رقم 287/65 المؤرخ في 18/11/1965 المتضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29 الخاص باستغلال الوقود والثروة الهيدروكربونية، ج.ر، عدد 95، الصادرة بتاريخ 1965/11/29.

(5)- Bencheneb.(A), Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales en Algérie, O.P.U, 1984, p 297.

## ثانيا- مرحلة إنكار نظام التحكيم الدولي

### 1- صدور قانون الإجراءات المدنية 1966

بصدور قانون الإجراءات المدنية تبنى المشرع الجزائري قاعدة أساسية مفادها أن الدولة وأشخاص القانون العام ليست مؤهلة للإحتكام، وهذا ما جاءت به المادة 3/442 ق.إ.م: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"<sup>(1)</sup>.

يرد على هذه المادة ملاحظتين:

الأولى: أن المشرع الجزائري أقر من خلال هذه المادة قاعدة أمر لا يمكن بأي حال الإتفاق على ما يخالفها.

الثانية: أن عبارة الأشخاص الاعتباريين العموميين الواردة في صياغة المادة تحمل أكثر من تفسير فهل يقتصر الحظر الوارد في المادة السابقة على الأشخاص المذكورين فقط في المادة 7<sup>(2)</sup> من نفس القانون أم يمتد ليشمل حتى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري؟ ولقد أكد القضاء الجزائري في العديد من الأحكام الصادرة عنه على قدرة الأشخاص الاعتبارية العمومية للقانون الخاص على اللجوء إلى التحكيم، واضعا قاعدة مفادها صحة اتفاقات التحكيم المبرمة بواسطة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مزيلا بذلك كل غموض حول تفسير المادة 3/442 حيث يقتصر الحظر الوارد فيها على الأشخاص الاعتبارية العامة التقليدية فقط ومن بين هذه الأحكام:

(1)- الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2)- تنص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للإستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الغدارية طرفا فيها..."

- في حكم صادر عن محكمة الجزائر بتاريخ 1973/05/03<sup>(1)</sup> لم تنقيد المحكمة بنص المادة 3/442 وأقرت بصحة حكم التحكيم المبرم بين شركة سونطراك وشركة (SMC).  
- وفي قرار آخر صادر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في 6 نوفمبر 1989<sup>(2)</sup> أقرت الغرفة صراحة صحة اتفاق التحكيم الذي أبرمته المؤسسة العمومية باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص بما أنها تتصرف كتاجر، وبالتالي فأحكام القانون التجاري هي التي تطبق عليها<sup>(3)</sup>.

## 2- تأميم المحروقات في 24 أبريل 1971

تعتبر سنة 1971 منعرجا هاما في تاريخ العلاقات بين الجزائر وفرنسا، حيث استعادت الجزائر سيادتها على ثرواتها الوطنية عن طريق تأميم المحروقات فكرست أكثر مبدأ العداة للتحكيم وذلك بإصدار الأمر رقم 24/71<sup>(4)</sup> لاسيما المادة 71 منه فأمنت قطاع المحروقات بنسبة 51% وأكدت بذلك على مبدأ سيادتها على الثروات الطبيعية من حيث خلق شركات المشروع المشترك، فأصبحت تأخذ بمبدأ المشاركة<sup>(5)</sup>، كما استبعدت المادة 1/7 منه خضوع الجباية البترولية للتسوية عن طريق التحكيم حيث جعلتها من اختصاص القضاء الوطني دون سواه.

طالبت الشركة الفرنسية الحكومة الجزائرية باللجوء إلى التحكيم تطبيقا لاتفاقية أيفيان غير أن الحكومة الجزائرية رفضت بحجة مخالفته للسيادة الوطنية حيث أن إجراءات التأميم تعتبر من

(1)- حكم مشار إليه عند قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 188.

(2)- قرار مشار إليه عند قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 187.

(3)-Terki (N), Op.cit, p591.

(4)- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر 11/58 المؤرخ في 22/11/1958 المتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية، عدد 30 الصادرة في 13/04/1971.

(5)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 22-23.

أعمال السيادة لا يجوز إخضاعها إلى الإجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات بين الشركة البترولية والإدارة الجزائرية، من هنا بدأ يظهر إنكار الجزائر لنظام التحكيم<sup>(1)</sup>.

### 3- في ظل قانون الصفقات العمومية

مع صدور المرسوم رقم 145/82 الصادر سنة 1982<sup>(2)</sup> المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، أصبحت بموجبه كل المؤسسات العمومية خاضعة "للقانون الإداري" وهذا من أجل تدعيم الرقابة على هذه المؤسسات.

نصت المادة الخامسة من هذا المرسوم على أنه: "يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا

المرسوم ما يأتي:

- جميع الإدارات العمومية.
- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.
- جميع المؤسسات الاشتراكية.
- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.
- تطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون رأس مالها عموميا".

أما المتعامل الأجنبي حسب المادة 22 فهي المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولها أو التي تضمن نفسها بنفسها.

أما عن تسوية النزاعات، فقد نصت المادة 1/104 من نفس المرسوم على أنه: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل

(1)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 242.

(2)- المرسوم رقم 145/82 مؤرخ في 10/04/1982 متضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، رقم 15، السنة التاسعة عشر، سنة 1982.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

بها". ما يعني أن التشريع المعمول به هو قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 والتي تحظر المادة 3/442 منه لجوء هؤلاء الأشخاص صراحة إلى التحكيم.

من خلال ما سبق، ومن خلال النصوص القانونية المشار إليها يمكن أن نكيف هذه الفترة بفترة التحفظ أو العداء تجاه التحكيم، حيث المشرع تبنى قاعدة عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص العامة على المستويين الداخلي والدولي<sup>(1)</sup>.

إن رفض المشرع الجزائري لهذا النظام ليس بالموقف الشاذ، بل نجد معظم الدول النامية قد أخذت نفس الموقف لعدة أسباب منها:

### أ- فكرة السيادة

إن أهم الخصائص التي تتمتع بها الدولة بوصفها كذلك هي خاصية السيادة، فهي العنصر الجوهرية في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة ومن شأن التحكيم في مجال العقود الإدارية المساس بسيادة الدولة لما ينطوي عليه من سلب للإختصاص الأصلي للقضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر السيادة<sup>(2)</sup>.

فالتحكيم يقوم به أفراد عاديون أو هيئات خاصة ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي استبعادا للقانون الوطني من التطبيق على محل اتفاق التحكيم وسيادة الدولة تأتي أن تمثل أمام قضاء خاص، أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي، فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها، وتنظمه قوانينها<sup>(3)</sup>.

(1)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 33.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 34.

(3)- جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص 105.

## ب- فكرة النظام العام

في بعض الأحيان بدلا من اللجوء إلى مبدأ الفصل بين السلطات يتم اللجوء إلى مفهوم النظام العام الذي يقتضي بالضرورة الفصل في النزاع عن طريق قضاء الدولة وحده دون مشاركة من قضاء آخر خاص يعينه طرفا للنزاع للفصل فيه، وبالتالي فإنه من شأن اللجوء إلى التحكيم في النزاع الإداري أن يؤدي إلى خرق قواعد النظام العام<sup>(1)</sup>.

فالمقصود بالنظام العام هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وبالفعل فإن المصلحة العامة هي المفهوم السائد في أدبيات القانون الإداري وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، وهي التي تبرر للإدارة استخدام مظاهر السلطة العامة في عقودها الإدارية<sup>(2)</sup>، مما يترتب عليه أن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع، لأن التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

## ثالثا - التوجه نحو التحكيم الدولي

عرفت الجزائر في بداية الثمانينات مرحلة التفتح على التحكيم الدولي خاصة ببروز التعليم الوزارية لسنة 1982 وكذا إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية سنة 1983 التي تتضمن نظام تحكيم كامل للنزاعات التي تثار بشأن علاقاتها الاقتصادية وذلك باللجوء إلى محكمة تحكيم خاصة.

(1) - محي الدين القيسي، العقود الإدارية خصائصها وإمكانية الطعن فيها، الملتقى العربي الأول "التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، بيروت، لبنان، ص 10.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 75-76.

(3) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري في التوسع في اللجوء لبي التحكيم، مرجع سابق، ص 537.

## 1- المذكرة الوزارية لسنة 1982

صدرت هذه التعليمات كتدعيم للإتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا سنة 1982 الذي حدد مجالات التعاون بين الدولتين، حيث أجازت هذه التعليمات للمؤسسات العامة التوجه للخارج لإبرام عقود خاصة بنفس النظام الذي يحكم الشركات الخاصة<sup>(1)</sup>، وقد حسمت هذه التعليمات موضوع أهلية المصالح الحكومية للإحتكام الدولي، وينطبق الأمر على شركات الدولة والمصالح المستقلة ذات الطابع والصناعي<sup>(2)</sup>، كما شملت هذه التعليمات تناقض واضح بين التنظيمات والقوانين فهذه التعليمات تمثل خرقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، هذا إن دل على شيء فإنه يدل على مركز الضعف للمؤسسات الوطنية وحاجتها لخدمات الشركات الأجنبية مما يلزمها على إدراج شرط التحكيم في تعاقداتها مع الطرف الأجنبي.

## 2- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1983

أبرمت هذه الإتفاقية في 27 مارس 1983 والتي جاءت تجسيدا لاتفاق التعاون المبرم في 21 جوان 1982 في الجزائر بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية وذلك لتشجيع المؤسسات الفرنسية للعمل في الجزائر وقد جعلت هذه الاتفاقية من التحكيم مرجعا لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود التجارية بين البلدين وحددت نظاما تحكيميا متكاملًا من أجل ذلك<sup>(3)</sup>، شملت هذه الاتفاقية منعرجا حاسما في موقف الجزائر من التحكيم الدولي لكونه أول نظام من نوعه في الجزائر<sup>(4)</sup>، فهي وعاء لمبادئ قانون التحكيم التي أنشأت بصفة خاصة من

(1)- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص 329.

(2)- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص 287.

(3)- مرسوم رقم 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين

الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية، ج.ر، عدد 32، السنة 19، بتاريخ 1982/08/10.

(4)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 44.

هيئات تحكيم دائمة مثل الغرفة التجارية الدولية (C.C.I) والأنظمة الصادرة عن المؤتمر الدولي للتجارة والتنمية (C.N.U.D.C.I)<sup>(1)</sup>.

### 3- المصادقة على الاتفاقيات الدولية

لقد صادقت الجزائر على عدد من الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي زادت من فرص لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في المجال الدولي نتناولها كالتالي:

#### أ- اتفاقية نيويورك لسنة 1985

بادرت الجزائر في نهاية الثمانينات إلى المصادقة على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك بموجب القانون رقم 18/88 الذي يسمح بالمصادقة على هذه الاتفاقية ثم الانضمام إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88<sup>(2)</sup>.

تعالج هذه الاتفاقية قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم الدولي حيث حددت المادة الأولى والثانية نطاق تطبيقها<sup>(3)</sup>.

فقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنه: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق على المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية والمتعلقة بمسألة قابلة لتسويتها بطريق التحكيم".

(1)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 245.

(2)- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك سنة 1958 الخاص بالاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر، عدد 48 بتاريخ 1988/11/23.

(3)- عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2001، ص 106.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

فيما حددت المادة 1/1 من الاتفاقية نطاق سريان القواعد التي تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما يسري نطاقها كذلك على الأحكام التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها. ولقد أوردت الفقرة الثالثة من ذات المادة تحفظا يجيز لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أن تصرح أنها ستقتصر الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقا لمفهوم قانونها الوطني. ما يمكن ملاحظته من نص المادة السالفة الذكر أن اتفاقية نيويورك قد تبنت موقفا سلبيا بشأن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، حيث أنها أعطت للدول المتعاقدة الحق في أن تعلن أنها ستقتصر نطاق تطبيق الاتفاقية فقط على المسائل التي تعتبر تجارية طبقا لمفهوم قانونها الوطني<sup>(1)</sup>.

### ب- اتفاقية جنيف لسنة 1961

الهدف العملي من إبرام هذه الاتفاقية يكمن في تعزيز التحكيم في مجال التجارة الدولية إيمانا بأهمية الدور الذي يؤديه في تنمية التجارة بين الدول<sup>(2)</sup>. تم وضع الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في عام 1961 بعد ست سنوات من العمل الدائم للجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة، وذلك على إثر الاجتماع الذي انعقد في جنيف بين ممثلي 22 دولة<sup>(3)</sup>.

(1)- نجلاء حسن سيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 146.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 147.

(3)- Klein.(F.E), La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev. Crit, D.I.P, 1962, p 621-640.

تعرضت هذه الاتفاقية من خلال نصوصها لمشكلة قدرة أشخاص القانون العام على اللجوء إلى التحكيم:

حيث نصت المادة 1/1/1 من هذه الاتفاقية على سريان أحكامها على اتفاقيات التحكيم المبرمة من أجل تسوية النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية، لهم -في لحظة إبرام الاتفاقية- محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دول متعاقدة أخرى.

وقد نصت المادة الثانية على أنه: "1- في الحالات المحددة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الاتفاقية فإن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقا للقانون المطبق عليها من الأشخاص المعنوية العامة، لهم القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة.

2- في لحظة التوقيع على هذه الاتفاقية يمكن لكل دولة أن تصرح بتحديد هذه القدرة (قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء للتحكيم) ضمن الشروط المحددة في التصريح".

يستفاد من نص المادة السالفة الذكر أن اتفاقية جنيف قد قصرت نطاق أعمالها على أحكام التحكيم الصادرة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين لهم محل إقامة عادية أو مقر في دول متعاقدة ومختلفة، وهي بذلك أضافت إلى المعيار الاقتصادي معيار جغرافي، وهذا المعيار من شأنه أن يضيق من نطاق أعمالها خاصة بمقارنتها مع اتفاقية نيويورك التي تطبق على أحكام المحكمين الصادرة في تحكيم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها، فضلا عن تطبيقها على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام<sup>(1)</sup>.

بالموازاة وضعت الفقرة الثانية من المادة الثانية في اعتبارها أحكام التشريعات الوطنية لبعض الدول كفرنسا والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، حيث

(1)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 221.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

أنها أعطت الحق لكل دولة عند توقيعها أو تصديقها على الاتفاقية في أن تحد من قدرة هذه الأشخاص على اللجوء إلى التحكيم.

كما أن اللجوء إلى التحكيم يتعين أن يكون في إطار الشروط الواردة في المادة الأولى وهي أن تكون المنازعة متعلقة بعمليات التجارة الدولية، ويستوي أن تجري هذه العمليات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، ولكن ينبغي أن يكون لهم في لحظة إبرام الاتفاقية، محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دول متعاقدة أخرى<sup>(1)</sup>.

**ج- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965**  
من أجل العمل على تحقيق التنمية الاقتصادية بين الدول من خلال التشجيع على تدفق الاستثمارات الأجنبية، ونظرا لإمكانية نشوب منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة من جانب وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة من جانب آخر فقد عمل البنك الدولي للإنشاء والتعمير B.I.R.D<sup>(2)</sup> على إيجاد أداة فعالة لتسوية هذه المنازعات بعيدا عن الإجراءات القانونية الوطنية.

في هذا الإطار تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى C.I.R.D.I<sup>(3)</sup> بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس عام 1965، وحددت اختصاصاته بمقتضى نص المادة 25 منها بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 364.

(2)- اختصارا لإسم البنك بالفرنسية: Banque International pour la Reconstruction et Développement

(3)- اختصارا لإسم المركز بالفرنسية: Centre International pour la Règlement des Différends relatifs aux investissement

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

والمستثمرين الأجانب<sup>(1)</sup>، ومسايرة لهذه التطورات التي عرفها القانون الدولي بصفة عامة والتحكيم بصفة خاصة انضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية<sup>(2)</sup>.

تمثل إتفاقية واشنطن الركيزة الأساسية لبحث قدرة الأشخاص المعنوية العامة على الدخول طرفا في إتفاقيات تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات<sup>(3)</sup>.

وقد نجحت هذه الإتفاقية في تحقيق ضمان تشريعي هام يجذب الاستثمار الأجنبي ويعد بمثابة ضمان للمستثمر ضد التغيير التشريعي في البلد التي يستثمر فيها أمواله، خاصة في البلاد التي تتغير فيها حركة التشريع كثيرا، وأكثرها من الدول النامية، حيث أنها أصبحت ملزمة وفقا للإتفاقية بقاعدة تشريعية مستقرة من صميم قانونها الداخلي باللجوء إلى التحكيم وإذا اتفقت على ذلك فلا مجال للتمسك بالقيود التشريعية الداخلية التي تحظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية، وقد لاقت هذه الإتفاقية إقبالا كبيرا من كافة دول العالم<sup>(4)</sup>.

نصت المادة 1/25 من هذه الإتفاقية على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات القانونية التي تنشأ عن مباشرة أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الجماعات العامة، أو أحد الهيئات التي تعينها الدولة) وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ويلزم أن يوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، وعندما يعطي الطرفان موافقتهم، لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

بناء على ذلك فإن نص المادة وضع شروطا قانونية لا بد من استيفائها لعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

(1)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 223-224.

(2)- المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، ج.ر عدد 66.

(3)- حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 92.

(4)- نجلاء حسن سيد احمد خليل، مرجع سابق، ص 157.

\* أن يكون طرفا النزاع شخصا معنويا عاما ومستثمر من مواطني دولة أخرى متعاقدة.

\* اختلاف جنسية الأطراف.

\* ضرورة توافر قاعدة الرضا وهذا يعني ضرورة توافر رضا الدولة شأنها في ذلك شأن المستثمر بنظام هذا المركز واختصاصه.

\* ضرورة أن تكون المنازعة قانونية ومتعلقة بالاستثمار<sup>(1)</sup>.

## **الفرع الثاني**

### **تكريس التحكيم في العقود الإدارية الدولية**

بعد التغيرات الاقتصادية والأيدولوجية في الثمانينات والأزمة الاقتصادية التي مرت بها الجزائر في 1986 التي أدت إلى التقليل من حريتها في التعامل مع مؤسسات التمويل الأجنبي مثل صندوق النقد الدولي (FMI) ومتعاملها الاقتصاديين وخاصة الضغط الأجنبي بسبب الشروط الغير معقولة التي كانت تشترطها المؤسسات المالية على الجزائر، مما دفع ببلادنا إلى التفكير في القيام بتغيير جذري في هذا المجال وتبنيها لنظام الاقتصاد الحر وبالتالي تعديل قواعد النظام القانوني الاقتصادي، وتوفير الظروف الملائمة والضمانات اللازمة لجذب الاستثمار الأجنبي إلى وطننا، ولا يكون ذلك إلا بتبنيها لنظام التحكيم<sup>(2)</sup>.

### **أولا- الأسس القانونية لإجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية**

#### **1- صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>(3)</sup>**

يعتبر هذا المرسوم بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم في الجزائر حيث نصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على ما يلي: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن

(1)- انظر تفصيلا في هذه الشروط: وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 374-371.

(2)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 93.

(3)- المرسوم التشريعي 93-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية"، وبالتالي فقد فتح هذا المرسوم المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك حينما نص صراحة على إمكانية لجوئهم إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقتها التجارية الدولية، وهو ما يفيد أن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية وغيرها من العلاقات التجارية غير الدولية<sup>(1)</sup>.

ما يمكن ملاحظته على هذا التعديل أن المشرع الجزائري في بيانه لطبيعة المنازعات القائمة والتي يجوز التحكيم فيها فقد حددها وفقا لمعيارين: قانوني واقتصادي. يرتكز المعيار القانوني على العنصر الأجنبي، إذ يجب أن يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة، أما بالنسبة للمعيار الاقتصادي فهو يركز على طبيعة المنازعة في حد ذاتها فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية كان دوليا، أما إذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الوطنية فإنه في هذه الحالة يكون داخليا<sup>(2)</sup>.

### 2- في ظل القانون رقم 08-09<sup>(3)</sup>

أكد المشرع الجزائري على موقفه من جوازية لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم في نطاق علاقاتها الاقتصادية الدولية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 1006 على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

(1)- قاسم العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، 2005، ص 198.

(2)- عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، ط1، 1981، ص 12.

(3)- القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

ونصت المادة 975 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

من خلال استقراء النصين السابقين يتضح أن المشرع الجزائري قد عدل عن موقفه الراض للتحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية وهو ما يدفعنا للتساؤل عن سبب هذا العدول ومبررات إجازة التحكيم في هذا النوع من العقود؟

### ثانيا - مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة دفع بها قبول التحكيم لفض منازعات تلك العقود كبديل عن القضاء الوطني على الرغم من أنها تنظر إلى التحكيم نظرة خوف وتعتبره اعتداء على سيادتها، ومن جهة أخرى فإن الطرف الأجنبي يساوره دائما الشك في حياد القضاء أو البطء في إجراءات التقاضي مما سيكون سببا في تعطيل التنفيذ في العقود المبرمة ويعرض حقوقه إلى الخطر، الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم في العقد، حتى إذا نشب نزاع بينه وبين الدولة اطمأن إلى أنه لن تكون خصما وحكما في آن واحد، لذلك تحرص الشركات الأجنبية على أن يكون شرط التحكيم مسألة أساسية يتوقف عليها التعاقد ولأن الدولة تحرص على تحقيق مصالحها وخاصة إذا تعلق الأمر بخططها الاقتصادية فإنها ستقبل شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

ومنه فإن الدوافع التي تبرر عدول المشرع عن موقفه الراض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية يمكن النظر إليها من جانبين؛ الأول يخص المستثمر الأجنبي مع الإدارة والثاني يهم الدولة بمعناها الواسع أو الشخص المعنوي العام.

(1) - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 185.

## 1- دوافع الطرف الأجنبي المستثمر في اشتراط التحكيم

تتقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى اشتراط التحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن صحة أو تنفيذ أو تفسير هذه العقود إلى مجموعة من الأسباب النوع الأول يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد الدولة لحيادها، أما النوع الثاني فيتعلق بخشية تمسك الدولة بالحصانة القضائية، في حين النوع الثالث من الأسباب هي تلك التي تجعل من التحكيم حتمية في عقود الدولة حيث أن لمنازعات عقود الدولة طبيعة خاصة تحتم اللجوء إليه<sup>(1)</sup>.

### أ- خوف المستثمر الأجنبي من حياد القضاء الوطني

خوف المستثمر الأجنبي من حياد القضاء وانحيازه إلى الدولة صاحبة السيادة التابع لها في حال عرض النزاع عليه، وعدم قبوله الخضوع لقضاء ونظام قانوني مختلف عن ذلك السائد في دولته، أو على الأقل في بطئ إجراءات التقاضي أمامه مما يشكل عائقا أمام سير مصالحه الاقتصادية<sup>(2)</sup>.

ودرء هذا الخوف لا يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى جهة أخرى محايدة هي جهة التحكيم فهو الشرط الذي يتمسك به الطرف الأجنبي مع الدولة ويصر عليه ولو على حساب عدم إتمام التعاقد<sup>(3)</sup>، فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، أيا كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد واستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في النهاية يمثل قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات

(1)- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 06-07.

(2)- Faussard(D), L'arbitrage en droit administratif, Op.cit,p21.

(3)- جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 12.

التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها، ويكون سببها عقد يتصل بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة<sup>(1)</sup>.

### ب- خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

كان المبدأ السائد في ما مضى هو اعتبار الحصانة القضائية مبدءا مطلقا بغض النظر عن النشاط الذي تقوم به الدولة، حيث تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، لكن الاتجاه الحديث قد غير من هذا المبدأ فصارت الحصانة نسبية، وذلك بصدد مجموعة من الأعمال التي تمارسها الدولة فحسب<sup>(2)</sup>، إلا أن هذا لا يعني زوال التمتع بالحصانة كمبدأ عام، بل يظل الأصل العام هو التمتع بها، وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها شأن الدولة، إذ أن هذا المستثمر في حالة قيامه برفع دعوى ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإنه سوف يواجه هذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة<sup>(3)</sup>.

(1)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 192.

(2)- ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 30-31.

(3)- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 09.

من هنا كان حرص الأشخاص الأجنبية المتعاقدة مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تقاديا للأخطار الناجمة عن طبيعة الشخص المتعاقد معه كونه دولة تتمتع بالسيادة وما يتبعها من تمتع بالحصانة القضائية<sup>(1)</sup>.

## 2- دوافع الدولة في اللجوء إلى التحكيم

إن ما يمر به عالمنا حاليا من تطور خاصة في مجال التجارة الدولية، يجعل من الأهمية بمكان النظر إلى رؤوس الأموال الأجنبية والسعي لجذبها، وهذا ما حدا بالدول النامية إلى أن تبذل الغالي والنفيس لأجل تحقيق هذا الهدف، مرة عبر منح مزاياو مرة أخرى عبر إعطاء ضمانات<sup>(2)</sup>.

فأرس المال يحتاج إلى الأمان، والمستثمر يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها وتحمي استثماراته فقد يمتنع عن استثمار أمواله مع دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة النزاع، وسبب ذلك يكمن في عدم معرفة المستثمر بمعطيات المثل أمام هذا القضاء، كما أنه يجهل الإجراءات الواجبة الإلتباع أمامه في الغالب وقد يعوق تلك الإجراءات مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية، الأمر الذي يحول دون هذه الأجهزة القضائية الداخلية والتعرض لتصرفات الدولة<sup>(3)</sup>.

فضلا عن ذلك فإن جعل الاختصاص للقضاء الوطني في الدولة للفصل في المنازعات بينها وبين المستثمر، إنما يجعل من تلك الدولة خصما وحكما في آن واحد، وبما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام التحكيم الدولي بوصفه نظاما قانونيا بديلا لتسوية

(1)- جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 13.

(2)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 07.

(3)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 193.

## الباب الأول:..... فكرة التحكيم في العقود الإدارية

المنازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ويحظى هذا النظام بثقة المستثمر وتأييده عموماً وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه، لذلك تقبل الدولة على التحكيم كضمانة لتشجيع الاستثمار على إقليمها وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى تضمين قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم<sup>(1)</sup>.

هذا وإن كان لا بد من تحديد نطاق التحكيم الدولي في عقود الدولة فإنه يعتبر قضاء أصيلاً في الاختصاص بمنازعات هذه العقود، لا باعتباره استثناءً على القضاء الداخلي، لأنه صار أمراً ضرورياً لا مناص منه<sup>(2)</sup>، وأصبح أمر اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية في دول العالم الثالث، فلم يعد في مقدور هذه الأنظمة استبعاد التحكيم الدولي وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية<sup>(3)</sup>.

في هذا السياق قام المشرع الجزائري بدوره بتضمين القانون العام للاستثمار<sup>(4)</sup> مجموعة من الضمانات والامتيازات وعناصر الثقة للمستثمرين ما يهيئ مناخاً اقتصادياً آمناً مريحاً لرؤوس الأموال الوافدة والتي من أهمها:

- 1- حرية الاستثمار وحرية اختيار الشكل القانوني ونوع النشاط ومكان إقامة المشروع.
- 2- تقديم الحوافز المالية والإعفاءات الجبائية من الرسوم الجمركية.
- 3- حرية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة وقوع نزاع بين المستثمر والدولة<sup>(5)</sup>.

---

(1)- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 09.

(2)- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 194.

(3)- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 62.

(4)- المواد 14-17 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 47، معدل ومتمم بالأمر رقم 08/06 مؤرخ في 15/07/2006. و المادة 22 من القانون 09/16 المؤرخ في 03/08/2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46.

(5)- قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 214.

## الباب الثاني

### النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

رأينا في الباب الأول من هذه الدراسة أن التحكيم لم يعد مقتصرا على فض المنازعات التي تثور بين الأشخاص العادية، ولا على منازعات القانون الخاص التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، وإنما أصبح من المألوف اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فإذا كان من الصعب حتى وقت قريب تصور خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم إلا أن ذلك أصبح اليوم شيئا مألوفا وعاديا، خاصة بعد إجازته من طرف المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة 1006 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

غير أن هذه الإجازة وإن كانت تتجاوب مع متطلبات العصر والمزايا التي يمكن تحقيقها من التحكيم خاصة وأنه يعد ضمانا هامة في جذب الاستثمارات الأجنبية، إلا أنها قد تكون لها آثار سلبية على النظام القانوني لنظرية العقد الإداري، بإعتبار أن المستثمر لا يطمئن للتعاقد إلا إذا ساهم في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع عقده، واختيار القاضي الذي يحكم بينه وبين الدولة أو أحد أشخاصها العامة، بمعنى أن نظام التحكيم يهدف في الأساس إلى إبعاد قانون الدولة المتعاقدة والذي لا يتحقق إلا بإبعاد قضاء تلك الدولة، وهو ما حدا بأحد الفقهاء إلى القول أن نمو التحكيم الدولي وتطوره لا يجد مبرر له في مميزاته التي ينفرد بها عن القضاء الرسمي بقدر ما يرجع إلى ميزان القوى في العلاقات الدولية فالدول النامية رغم خوفها على سيادتها إلا أن حاجتها لرؤوس الأموال والخبرة والتكنولوجيا لتوفير متطلبات التنمية تدفعها للرضوخ لشروط المستثمر الأجنبي الطرف في العقد<sup>(1)</sup>.

والمشرع الجزائري عندما نظم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يراعي الطابع الموضوعي والإجرائي الخاص لمنازعات العقود الإدارية الذي يميزها عن منازعات

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، ص 62.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

القانون الخاص، حيث لم يخصص لتلك المنازعات قانون تحكيمي خاص بها، وإنما أخضعها لقواعد الشريعة العامة في التحكيم التي وضعت لتحكم علاقات الأفراد فيما بينهم.

سوف نعالج من خلال هذا الباب أثر التحكيم على النظام الإجرائي لمنازعات العقود الإدارية، فمن المعروف أن القواعد الإجرائية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم تختلف عن تلك المتبعة أمام القضاء الوطني وقد تصطدم تلك القواعد مع طبيعة منازعات العقود الإدارية، أو تغفل النص على بعض القواعد الإجرائية التي يتعين توافرها بصدد تلك المنازعات (الفصل الأول)، ثم ننتقل لدراسة أثر التحكيم على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على منازعات العقود الإدارية باعتبار أن خضوع العقود الإدارية لمجال التحكيم وخاصة التحكيم الدولي من شأنه استبعاد القانون الوطني للإدارة المتعاقدة وتطبيق قانون أجنبي قد يجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

أثر التحكيم على النظام الإجرائي  
لمنازعات العقود الإدارية

## الفصل الأول

### أثر التحكيم على النظام الإجرائي لمنازعات العقود الإدارية

يرتبط نظام التحكيم بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص، وبسيطر على إجراءاته الطابع الاتفاقي، منذ لحظة البدء فيها إلى غاية صدور الحكم المنهي للخصومة، ويفترض أن تقبل جهة الإدارة هذه القواعد الإجرائية التي تعد إلى حد كبير غريبة عن المفهوم الشكلي للإجراءات المتبعة أمام القضاء الفاصل في المادة الإدارية، وتبعاً لذلك تكون إجراءات التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية تحت سيطرة قواعد القانون الخاص<sup>(1)</sup>.

هنا تكمن المشكلة التي يتعين أن يواجهها كل من المشرع والفقهاء والقضاء وذلك لتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية التي تحكمها قواعد إجرائية مغايرة في طبيعتها عن تلك التي تحكم منازعات القانون الخاص، إضافة إلى أنه من غير الممكن إخضاع منازعات العقود الإدارية التي تستهدف في الأساس المصلحة العامة وتتجلى فيها مظاهر السلطة العامة لذات القواعد الإجرائية التي تحكم منازعات عقود القانون الخاص وتستهدف تحقيق المصلحة الخاصة.

سوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى الإجراءات السابقة على اللجوء إلى التحكيم بتبيان مدى أهلية الدولة وأشخاصها العامة للاتفاق على التحكيم، وكيفية تعيين المحكمين (المبحث الأول) ثم ننتقل إلى دراسة القواعد الإجرائية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم وتبيان مدى ملاءمتها مع طبيعة منازعات العقود الإدارية ودور القضاء الفاصل في المادة الإدارية في الرقابة على حكم التحكيم وتنفيذه (المبحث الثاني).

(1) - عبد الله سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 120.

## المبحث الأول

### الإجراءات السابقة على اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعتبر اتفاق التحكيم جوهر العملية التحكيمية، فهو إذا كان نظاما قانونيا له هيكله وإجراءاته وقواعده التي حددها القانون، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه اتجاه إرادة الأطراف على اتخاذه بديلا عن القضاء لحل المنازعات التي قد تثور بينهم<sup>(1)</sup>.

هذه الطبيعة الاتفاقية للتحكيم النابعة من إرادة الأطراف انعكست على حقهم في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فلم أن يحددوا وقت وكيفية هذا الاختيار، كما أن لهم الحق في اشتراط مواصفات خاصة فيهم. إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فقد قيد المشرع الجزائري إرادة الدولة أو أحد أشخاصها العامة للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية التي يبرمونها مع أشخاص القانون الخاص أو العام والمتعلقة بالمصلحة العامة بوجود توافق جملة من الشروط منها ما يتعلق باتفاق التحكيم ذاته ومنها ما يتعلق بالقابلية الشخصية للتحكيم أو أهلية إبرام اتفاق التحكيم (المطلب الأول)، ومنها ما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم الفاصلة في المادة الإدارية، وذلك كله وفقا لسلسلة من القواعد الآمرة في هذا الصدد (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### اتفاق التحكيم الإداري

اتفاق التحكيم هو حجر الزاوية للتحكيم ذاته، لكونه الأساس الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كما أنه يضفي عليه صفته الخاصة ويحدد مداه، فضلا عن كونه الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها فهو الذي يضفي عليه الشرعية<sup>(2)</sup>.

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010، ص45.

(2)- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 44.

ولئن كان اتفاق التحكيم كأبي عقد يتم بالإيجاب والقبول، فإنه يتعين أن تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود؛ من توافر أهلية للمتعاقدين وشكلية في الإبرام وهو ما يقودنا إلى التساؤل حول الاهلية اللازمة للدولة وأشخاصها العامة لإبرام اتفاق التحكيم؟ (الفرع الأول)، وبتحقق شروط وأركان اتفاق التحكيم التي يتطلبها القانون فإنه يترتب آثاره القانونية بحيث يمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم، إلا أن هذا الأثر المانع لاتفاق التحكيم قد أثار الجدل حول مسألة الاختصاص بالفصل في صحة وجود اتفاق التحكيم فهل يختص به القضاء الفاصل في المادة الإدارية أم قضاء التحكيم؟ (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### إبرام اتفاق التحكيم

إن المطلع على الأنظمة القانونية الحديثة يجدها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لسنة 1975، حيث عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"<sup>(1)</sup>.

تأسيساً على ذلك فقد عرفت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup> اتفاق التحكيم على أنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 47.

(2)- القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ويتخذ اتفاق التحكيم إحدى الصورتين هما؛ شرط التحكيم ومشاركة التحكيم وقد عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 قانون إجراءات مدنية وإدارية بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

أما مشاركة التحكيم فقد عرفها المشرع الجزائري من خلال تعريفه لاتفاق التحكيم في نص المادة 1011 ق.إ.م.إ السابق ذكرها.

وحتى يقع اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره، قيد المشرع الجزائري إرادة الدولة وأشخاصها المعنوية العامة عند الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة والمتعلقة بالنفع العام بجملة من الضوابط الشكلية والموضوعية، إلا أن اتجاه الدولة إلى إبرام الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية خاصة ذات الطبع الدولي من شأنه أن يصطدم بحصانيتها القضائية مع ما للقضاء من دور في الخصومة التحكيمية.

### أولا- ضوابط إبرام إتفاق التحكيم

#### 1- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا

استلزم المشرع الجزائري الكتابة لوجود اتفاق التحكيم وإلا كان باطلا، ويستوي في ذلك أن ترد الكتابة في العقد الأصلي، أو الوثيقة التي يستند إليها، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وذلك وفقا لنص المادة 1008 ق.إ.م.إ والتي تنص على أنه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها"، كما بينت المادة 1040 ذلك أكثر حين نصت على أنه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

إن عبارة بأي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة الواردة في نص المادة السالفة الذكر تحمل معنى واسع جدا للإثبات الكتابي<sup>(1)</sup>، حيث يمكن أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمن مستندا وقعه الطرفان، أو إذا تضمن ما تبادلته الأطراف من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس، أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق...<sup>(2)</sup>.

علاوة على ذلك شدد المشرع الجزائري على وجوب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد كيفية تعيينهم إضافة إلى تحديد موضوع النزاع<sup>(3)</sup>.

## 2- أهلية الدولة وأشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم

لما كان اتفاق التحكيم كأى عقد يتم بإيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم ويتجهان إلى إحداث آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فإنه يلزم أن تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود من توافر صلاحية وأهلية التعاقد لدى المتعاقدين<sup>(4)</sup>.

ولئن كانت مسألة أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم أحد الموضوعات التي أثارت نقاشا وجدلا كبيرا سواء بين اللجان الفنية التي أعدت مشروع قانون التحكيم المصري، أو خلال جلسات مجلس الشعب أو بين هيئات القضاء الإداري المصري<sup>(5)</sup>، أو في الأنظمة القانونية التي احتوت نصوصا تقيد أو تستبعد المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها من الخضوع إلى التحكيم وتجعل الاختصاص بنظر المنازعات

(1)- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة، الصلح، التحكيم، الجزء الأول، 2009، ص 28.

(2)- عبد الله سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 112.

(3)- المادة 1012 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

(4)- محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 05.

(5)- برهام عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم في ظل القانون المصري رقم 37 لسنة 1994، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998، ص 54.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التي تكون أحد هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، بل وتذهب الدول التي تنتمي للنظام اللاتيني إلى عقد الاختصاص إلى جهة القضاء الفاصل في المادة الإدارية لا غير<sup>(1)</sup>.

بعيدا عن هذا الجدل وحيث سبق وأن بينا أن المشرع الجزائري قد رفع الحضر الذي كان مفروضا على أهلية الدولة و الأشخاص الإعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم، فإن الذي يعنينا هنا هي الأهلية الواجب توافرها عند أشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم.

بالرجوع إلى المادة 1006 ق.إ.م.إ نجدها تنص على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

يتبين من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري يجيز لأي شخص اللجوء إلى التحكيم متى توافرت لديه الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية (أهلية التصرف) والأهلية بصفة عامة هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحسابه وفقا لما تقرره النصوص القانونية للشخص الطبيعي<sup>(2)</sup>، والشخص المعنوي<sup>(3)</sup>.

تبعاً لذلك فإن الأهلية المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدد وليس مجرد أهلية التقاضي<sup>(4)</sup>، هذا ما يدفعنا للتساؤل حول مدى إمكانية تطبيق الأحكام العامة للأهلية في القانون الخاص على الأشخاص المعنوية العامة؟

(1)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 373-374.

(2)- المواد 40 و42 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

(3)- المواد 49-50 من نفس القانون.

(4)- أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص54.

جدير بالذكر أن أهلية التصرف في نطاق القانون الخاص بالنسبة للأشخاص الطبيعيين هي الأهلية اللازمة لنقل حق أو تحميل عين بحق من الحقوق العينية، أي التصرفات التي من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ولو جزئياً كالبيع والشراء والرهن<sup>(1)</sup>، ومن كان كامل أهلية الأداء كان صالحاً لمباشرة جميع الحقوق والتصرفات القانونية وفقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية في مباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 عشر سنة كاملة".

أما الشخصية القانونية للشخص المعنوي العام فهي تنطلق من فكرة أن التنظيم الإداري في الدولة يقوم على أساس توزيع الوظائف والاختصاصات الإدارية بين مختلف هيئات وأجهزة الإدارة العامة بالدولة وتعرف على أنها: "القدرة أو المكنة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات"<sup>(2)</sup>.

ويترتب على اكتساب الشخصية القانونية نتائج أجملتها المادة 50 قانون مدني حيث نصت على أنه: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

فيكون له خصوصاً:

- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي قررها القانون.
- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.
- الشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر.

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 440.

(2)- بعلي محمد الصغير، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص 32.

- نائب يعبر عن إرادتها.

- حق التقاضي".

وإلى جانب هذه النتائج التي تتولد عن اكتساب الشخصية القانونية فإن الفقه يضيف نتائج أخرى خاصة؛ وهي تمتع الأشخاص المعنوية العامة بامتيازات السلطة العامة، واستعمال وسائل القانون العام في تحقيق وظائفها كنزع الملكية للمنفعة العامة، وإبرام العقود الإدارية، وتخضع في ممارسة نشاطها لمبدأ التخصص الذي يجعل لكل شخص معنوي عام اختصاص منوط به سواء إقليميا أو مرفقيا<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك فقد ذهب الفقه إلى الاعتماد على معيار الاختصاص أو التخصص لتحديد أهلية الشخص المعنوي العام لإبرام اتفاق التحكيم بحيث تصبح جميع الأعمال والتصرفات التي تصدر عنه في حدود اختصاصه تصرفات سليمة قانونياً ونافذة في مواجهته، فمتى كان الشخص المعنوي العام مختصاً بإبرام العقود باسمه دون تصديق من سلطة أخرى يصح له إبرام اتفاق التحكيم، أي أن الاختصاص في مجال القانون العام يقابله أهلية التصرف في مجال القانون الخاص<sup>(2)</sup>.

يكرس هذا الرأي الفقهي اتجاه المشرع الجزائري عندما تدخل لحسم مسألة جواز التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة لأشخاص القانون العام إلى اعتماده على معيار الاختصاص في نص المادة 2/ 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه: "عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

(1)- مزياي فريدة، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 2001، ص 107-108.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 447.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، فيتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الولية التي يتبعها".

وبالمقابل نجد الكثير من التشريعات تبنت فكرة الاختصاص معيارا للقابلية الشخصية للتحكيم في العقود الإدارية واشترطت إضافة إلى ذلك الموافقة الأولية على اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، أي حصول الإدارة على إذن مسبق من جهة أعلى منها في الدرجة من أجل اللجوء إلى التحكيم<sup>(1)</sup>.

الأمر الذي أغفل المشرع الجزائري التطرق إليه، من هنا نرى ضرورة ضبط تصرف أشخاص القانون العام في مجال إبرام اتفاق التحكيم بنص صريح وواضح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يوجب أخذ الموافقة أو الإذن المسبق بالتعاقد من طرف جهة معينة مختصة يعينها القانون، بحيث لا تستطيع جهة الإدارة إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية كلية بدون هذا الإذن، من أجل عدم إفراط أشخاص القانون العام في إدراج شرط التحكيم في عقودها الإدارية خاصة مع الأشخاص الأجنبية لما له من أثر سلبي على الطبيعة الإدارية للعقد وعلى مركز الإدارة تجاه المتعاقد معها، ناهيك عن إمكانية خسارة الكثير من قضايا التحكيم أمام هيئات التحكيم الدولية مما يتسبب في إهدار المال العام نتيجة للتكاليف الباهظة للتحكيم.

---

(1)- نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة"، في حين نص المشرع الفرنسي في المادة 2060 من القانون المدني على أنه: "يصدر مرسوم من مجلس الوزراء موقعا عليه وزير المالية والوزير المختص بجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي".

## ثانيا- أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدولة

قد يبدو غريبا للوهلة الأولى أن يعرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم على القضاء الوطني، إلا أن اغلب التشريعات المنظمة للتحكيم أعطت دور فعال للقضاء الوطني في عملية التحكيم في مناسبات عديدة<sup>(1)</sup>، كما لو اقتضى الأمر اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية عاجلة أثناء السير في إجراءات التحكيم، أو للنظر في الطعون المقدمة من قبل الأطراف في هذا الحكم بصدور حكم التحكيم، وأخيرا لإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم لإعطائه الصيغة التنفيذية من أجل القيام بالتنفيذ الجبري له<sup>(2)</sup>.

تبعاً لذلك فإنه إذا ما عرضت المنازعة التي اتفقت الدولة بشأنها على اللجوء إلى التحكيم أمام قضاء وطني لدولة أخرى فهل يجوز للدولة أن تتمسك بحصانتها القضائية، أم أن الاتفاق على التحكيم يفيد تنازل الدولة عن تمسكها بحصانتها القضائية أمام قضاء خاضع لسيادة دولة أخرى؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يتجه جانب من الفقه<sup>(3)</sup> إلى أن وجود شرط التحكيم بحد ذاته يعتبر تنازلاً ضمناً عن الحصانة القضائية للدولة ليس فقط أمام هيئات التحكيم ولكن أيضاً أمام قضاء الدولة الأجنبية إذا عرض عليه النزاع في أي مرحلة من مراحل التحكيمية، فلا يجوز الدفع بها أمامه.

وجد هذا الرأي صدقاً له لدى بعض الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية واشنطن لعام 1965 حيث عقدت الاختصاص للمركز الدولي لتسوية الاستثمار، وهذا من شأنه التعارض مع الدفع

(1)- سوف نتعرض لحالات تدخل القضاء في عملية التحكيم في المواضيع اللاحقة من هذه الدراسة.

(2)- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 168.

(3)- رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2001، ص 280.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بالحصانة القضائية إضافة إلى أن اعتراف الدولة الطرف النزاع باختصاص المركز تكون قد تنازلت عن أي دفع بما في ذلك الدفع بحصانتها القضائية<sup>(1)</sup>.

بالمقابل انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه واعتبر أن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية لا بد أن يكون صريحا فهو أمر لا يفترض ولا يعتبر شرط التحكيم في حد ذاته أمرا يعول عليه للقول بوجود إرادة ضمنية من قبل الدولة للتنازل عن حصانتها، فإذا كان اتفاق التحكيم يسلب الدولة حقها في التمسك بالحصانة قبل هيئة التحكيم باعتبارها قضاء خاص لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الوطني من مقتضاه أن تسترد الدولة ما لها من ميزة قبل هذا القضاء الوطني كاملة غير منقوصة ولا يمكن القول بأنها تنازلت عن هذه الميزة بإبرامها اتفاق التحكيم، فإذا لم تكن هناك أمور أخرى قاطعة للدلالة على رغبة الدولة في التنازل عن الحصانة فإنه لا يعتد باتفاق التحكيم كتنازل عنها<sup>(2)</sup>، الأمر الذي حذا باتجاه آخر من الفقه إلى القول أن اتفاق الدولة على اللجوء على التحكيم لا يؤثر على حصانتها القضائية ولا يعد اعتداء على سيادتها، حيث يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية والتمسك به، إلا إذا سلكت مسلكا صريحا يفيد تنازلها عنها<sup>(3)</sup>.

يؤكد جانب آخر أن تصرف الدولة يعد عملا من الأعمال الإدارية المتمثل في إبرام العقود الإدارية والتي لا تعد من المسائل المتعلقة بالسيادة<sup>(4)</sup>.

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 292.

(2)- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 171.

(3)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 280، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، عمان، الأردن، 1998، ص 150.

(4)- نجلاء حسن سيد خليل، مرجع سابق، ص 462.

إلأننا نتجه مع ما ذهب إليه الرأي الأول حيث أن اتجاه الدولة إلى إبرام الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية مع علمها المسبق بما للقضاء من دور في العملية التحكيمية كتدخله المساعد في تشكيل هيئة التحكيم أو تدخله أثناء سير الدعوى التحكيمية أو في الرقابة على حكم التحكيم وتنفيذه، يعد تنازلاً ضمناً عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية، وهذا لا يؤثر بأي حال عن سيادتها.

### الفرع الثاني

#### الاختصاص بفحص مشروعية اتفاق التحكيم

قد ينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم قبل فصل هيئة التحكيم في النزاع وذلك استناداً للقواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها اتفاق التحكيم باطلاً لانعدام أهلية الشخص المعنوي العام لإبرام عقد الاتفاق، أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، أو إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام أو مما لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم بنص القانون<sup>(1)</sup>، من هنا يثار التساؤل عن الجهة التي ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يبرز اتجاهين:

الاتجاه الأول<sup>(2)</sup> ينطلق من فكرة أن القانون قد منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم وبدأت في الإجراءات، عندئذ لم يعد باستطاعة قضاء الدولة الفصل في

(1) - مصطفى لزرقي، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية، مجلة المحكمة العليا، ج2، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم)، 2009، ص 359.

(2) - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 314. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 529.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

صحة اتفاق التحكيم إلا تبعا للطعن ببطلان حكم التحكيم بعد صدوره، بذلك تكون هذه المسألة مانعا يمنع قضاء الدولة من الفصل في تلك الدفوع قبل صدور حكم التحكيم في موضوع النزاع. معنى ذلك أنه طوال مدة سريان إجراءات التحكيم إلى وقت صدور حكم التحكيم لا يختص قضاء الدولة بالنظر في الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته.

أما الاتجاه الثاني<sup>(1)</sup> فإنه ينطلق من فكرة أن القانون إذا أسند إلى هيئة التحكيم الاختصاص بنظر الدفع بعدم اختصاصها المبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه فإنها لا تفصل إلا في مدى اختصاصها، ولا تتعرض لمدى صحة اتفاق التحكيم إلا بوصفها مسألة أولية تمهيدا للفصل في مدى اختصاصها وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>(2)</sup> طالما لم يخولها اتفاق التحكيم الفصل في صحته أو بطلانه أو سقوطه، ومعنى ذلك أنه يجوز لصاحب المصلحة في التحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة حتى قبل صدور حكم التحكيم إذا قدر أن هذا الاتفاق ورد على مسألة غير قابلة للتحكيم لتعلقها بالنظام العام كأن تكون المسألة ممن تقع في الاختصاص المانع الحاجز للقضاء<sup>(3)</sup>.

لحسم هذا الخلاف سنيين موقف المشرع الجزائري من المسألة حيث نص في المادة 1/1044 أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع". ونص في المادة 1058 على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.....".

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم، مرجع سابق، ص 639. أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 198.

(2) - سوف نتعرض لهذا المبدأ بالتفصيل المناسب في موضع آخر من هذا البحث.

(3) - محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 220.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وبالرجوع إلى الحالات التي جاءت بها المادة 1056 نجد أنه يتقرر الطعن بالبطلان في حكم التحكيم إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

يتبين من خلال عرض النصوص في تقرير مسألة الاختصاص بنظر مشروعية اتفاق التحكيم أن المشرع الجزائري ميز بين حالتين:

1- إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة يكون القاضي غير مختص بالفصل بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم ويتعين على محكمة التحكيم الفصل في كافة الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفع ببطلان اتفاق التحكيم تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

2- إذا انقضت الخصومة بصدور حكم التحكيم يجوز لصاحب المصلحة في اتفاق التحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة.

يتبين أن المشرع الجزائري وضع ضوابط زمنية لاختصاص محاكم الدولة وهيئات التحكيم في مسألة الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم فيكون الاختصاص لمحكمة التحكيم قبل صدور الحكم المنهي للخصومة ويكون الاختصاص للقضاء بعد صدور الحكم.

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول المحكمة المختصة بالفصل بالطعن ببطلان اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟

بالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتحديد المادة 1059<sup>(1)</sup> منه نجدها تعقد الاختصاص للمجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه.

الواضح أن المشرع الجزائري عند صياغته لهذا النص قصد منه تنظيم قواعد التحكيم التجاري الدولي ولهذا عقد الاختصاص للمجلس القضائي بصفة مطلقة، لذلك ننوه بضرورة

(1)- تنص المادة 1059 من ق.إ.م.إ على أنه: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه..."

تحيين النص بما يتماشى وخصوصية منازعات العقود الإدارية وجعل الاختصاص بنظر دعوى بطلان اتفاق التحكيم للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وهي القضاء الفاصل في المادة الإدارية في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، والقضاء العادي في التحكيم التجاري الدولي.

### المطلب الثاني

#### تشكيل هيئة التحكيم الفاصلة في المادة الإدارية

بعد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية تأتي مرحلة اختيار هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع، وتعد هذه أهم مراحل عملية التحكيم، ذلك أن حسن سير إجراءات التحكيم وصحتها ثم صدور حكم التحكيم وعدالته يتوقف على كفاءة وحسن اختيار الشخص القائم عليهما<sup>(1)</sup>، فإذا كانت فكرة التحكيم تقوم على الثقة فهي ليست ثقة أحد المتعاقدين في الآخر، وإنما هي ثقة كل من المتعاقدين معا في هيئة التحكيم من حيث خبرتها وحيديتها، ومن ثم قدرتها على إعطاء النزاع حلا قانونيا عادلا وقد اتفقت كافة التشريعات على تخويل طرفي الاتفاق على التحكيم الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>.

ولما كان التحكيم طريق بديل عن القضاء، فإنه لتحقيقه العدالة التي يحققها القضاء لأبد أن يكون القائم عليها شخص تتوافر فيه بعض الشروط والصفات التي تتوافق والمهمة المسندة إليه، خاصة عندما يتعلق الأمر بمنازعات عقود إدارية في ظل غياب تنظيم إجرائي مستقل الذي ينظم التحكيم في هذه العقود (الفرع الأول)، غير أن اختيار الأطراف للمحكمين قد لا يتحقق في كل الفروض فقد لا يتفق هؤلاء لتعيين المحكم سيما إذا كان فردا، أو قد يتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكمه، لذا فقد حرصت كافة التشريعات على إزالة ما يعترض تشكيل هيئة

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 395.

(2)- عبد الباقي حسن عبد الحميد، مرجع سابق، ص 315.

التحكيم، والتدخل وقت اللزوم لتذليل العقبات التي تقف في وجه إتمام العملية التحكيمية عن طريق إعطاء القضاء الوطني سلطة التدخل في هذا الشأن (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### ضوابط تشكيل هيئة التحكيم

التحكيم نظام قضائي خاص الأصل فيه حرية الأطراف في اختيار وتعيين محكميهم ذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم، وفي حسن عدالته<sup>(1)</sup>. وكنتيجة طبيعية لهذه الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل الدعوى التحكيمية، اتجه المشرع الجزائري إلى إعطاء الحرية للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، حيث نص في المادة 1041 من ق.إ.م.إ على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".

إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بمجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي يتعين على الأطراف الالتزام بها وهم بصدد اختيارهم لمحكميهم.

#### أولاً- الضوابط القانونية الملزمة

تدخل المشرع الجزائري عند تنظيمه لمسألة التحكيم كطريق بديل عن القضاء بمجموعة من النصوص الآمرة تلزم الأطراف بمراعاة بعض الشروط وهم بصدد اختيارهم لمن سوف يتولى مهمة الفصل في منازعاتهم وتنحصر هذه الشروط في:

(1)- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان، المرجع السابق، ص 82.

## 1- الأهلية

اشترط القانون في المحكم أن يكون شخصا طبيعيا كامل الأهلية وفق قانون بلده الذي ينتمي إليه بجنسيته، يتمتع بكل الحقوق والواجبات، ولا فرق في أن يكون ذكرا أو أنثى، فلا يجوز أن يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا ما لم يرد إليه اعتباره<sup>(1)</sup>، كما يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة، فلا يعتريها عيبا عقليا أو نفسيا أو جسديا يؤثر على سلامة تفكيره<sup>(2)</sup>.

ويعتبر هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام يؤدي الاتفاق على ما يخالفه البطلان المطلق لاتفاق الأطراف<sup>(3)</sup>.

أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في نص المادة 1014 ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".

الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية التصرف التي تخضع في تنظيمها وفقا للقواعد العامة في العقود أو التصرفات وفقا للقانون الشخصي للمحكم وهو الطرف المعني في هذا الصدد وعلى ذلك فيجب أن تتوافر هذه الأهلية فيمن يعين كمحكما وفق قانون جنسيته وإلا كان حكمه باطلا<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، الطبعة الأولى، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2013، ص 185.

(2)- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 128.

(3)- أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 160.

(4)- هات محي الدين اليوسفي، الأثر الممتنع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 94.

## 2- وترية تشكيل هيئة التحكيم

أشترط المشرع الجزائري أن تتشكل محكمة التحكيم من عدد فردي، وترك المجال للأطراف في اختيار عدد المحكمين فلهم في ذلك اختيار محكم واحد أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا وهذا ما جاءت به المادة 1017 ق.إ.م.إ حيث نصت على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

لعل الحكمة في اشتراط المشرع لمبدأ الوترية عند تشكيل هيئة التحكيم تكمن في تفعيل ميزة أساسية من مميزات التحكيم وهي السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية<sup>(1)</sup> بالإضافة إلى تفادي ما قد يحدث من مشاكل عند المداولة إذ قد ينقسم المحكمون إلى فريقين متساويين مما يتعذر معه صدور حكم المحكمين بالأغلبية<sup>(2)</sup>.

إلا أن نص المشرع الجزائري في المادة السالفة الذكر على إمكانية أن يتولى مهمة التحكيم محكم واحد في منازعة متعلقة بعقد إداري له أهميته وخصوصيته التي ينفرد بها عن عقود القانون الخاص، من شأنه أن يؤدي إلى انفراد المحكم الوحيد بالسلطة وقد يسيء استعمالها، مع إمكانية انحيازه للطرف الأقوى خاصة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أين يكون المستثمر الأجنبي دائما هو الطرف الأقوى بقدراته وإمكانياته المالية الهائلة.

في هذا الشأن يذهب جانب فقهي<sup>(3)</sup> نؤيده الرأي على أن الأرجح النص على التشكيل الجماعي لهيئة التحكيم، لأن التعدد يمكن المحكمين من الاضطلاع بما يتطلبه فحص النزاع من وقت وجهد كما أنه يوزع المسؤولية بينهم ويكون تبادل في الآراء وكثرة المناقشات التي تولد

(1)- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 91.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 205.

(3)- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 219.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

حكما عادلا، فكلما كان تشكيل هيئة التحكيم جماعي كلما تأكد عدم انحياز المحكم حيث أنه من الصعب التأثير على الهيئة ككل.

بالموازاة يرى جانب فقهي آخر أن التشكيل الفردي لهيئة التحكيم يصطدم بأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، بحيث أن القاعدة المعمول بها في القضاء الإداري هي التشكيل الجماعي لقضاة المحاكم الإدارية، وبالتالي فإن التشكيل الجماعي لهيئة التحكيم التي سنتولى مهمة الفصل في منازعة تتعلق بعقد إداري يعتبر أكثر ملاءمة مع مبادئ القانون الإداري<sup>(1)</sup>.

في خضم ذلك نرى أن خصوصية منازعات العقود الإدارية وأهميتها تتطلب خبرات مختلفة لا يمكن توافرها إلا إذا تعدد المحكمون.

### 3- حيادية هيئة التحكيم واستقلالها

إن تدخل الإرادة الفردية للأطراف في اختيار المحكمين يثير التساؤل حول حيادية المحكمين واستقلالهم، خاصة بالنسبة للمسألة الشائعة التي يتم فيها اختيار كل طرف من الطرفين محكما له، الأمر الذي أدى بالبعض إلى اعتبار المحكم الذي اختاره كل طرف يمثله لذا فلكي نضمن تحقيق العدالة المرجوة من نظام التحكيم ينبغي أن يفصل المحكم بين كونه مختارا من قبل أحد الطرفين، وبين حياديته واستقلاله عن الطرف الذي اختاره، فصفته كمحكم توجب عليه الحذر والحرص على الفصل بين الطرفين حتى لا يتحول المحكم إلى محامي دفاع عن أحد الطرفين، لذا فإن عدم حياد المحكم أو استقلاله يمكن أن يفتح الباب لإمكانية رده<sup>(2)</sup>.

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ، مرجع سابق، ص 412-413.

(2)- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 255-256.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

قد أحسن المشرع الجزائري صنعا حين نص على إلزامية توافر صفتي الحيادة والاستقلال فيمن يتولى مهمة التحكيم واعتبارهما من أسباب رد المحكم في المادة 3/1016 التي جاء فيها: "...عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط...".

وعلى الأخص فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب أين يكون المحكم متأثرا ببعض العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تؤدي إلى انحيازه إلى طرف على حساب آخر، حيث أن هذا النص يعد ضمانا لعدالتهم وعدم انحيازهم.

وفي سبيل تفعيل وضمان استقلال المحكم وحيده وت تحقيق العدالة المرجوة من خلال اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية سيما وأن الفصل في هذه المنازعات له خصوصية معينة ألزم المشرع المحكم أن يصرح بكل الظروف التي تثير شكوكا حول حيده واستقلاله للأطراف ولا يجوز له القيام بمهمته إلا بموافقتهم<sup>(1)</sup>.

فإذا صدر من المحكم الذي ينظر في منازعة متعلقة بعقد إداري أمر يخل بشروطي الاستقلال والحيادة فإنه يمكن للإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لرده وإبعاده عن نظر المنازعة خوفا من تحيذه وعدم استقلاله، وبذلك تكون وسيلة الرد التي نظمها المشرع بمثابة حماية للإدارة من المحكم الذي يتضح بعد تعيينه عدم استقلاله وحيده<sup>(2)</sup>.

(1)- تنص المادة 2/1015 من ق.ا.م.ا على أنه: "...إذا علم المحكم انه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بموافقتهم".

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 409.

#### 4- قبول المهمة من طرف المحكم

يجب قبول المحكم للمهمة المسندة إليه بموجب اتفاق التحكيم حتى يكتمل تشكيل هيئة التحكيم، وفي ذلك نصت المادة 1015 من ق.إ.م.إ على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

والحكمة من اشتراط قبول المحكم مباشرة مهمته هي إعطاءه فرصة كي يعطي موافقته النهائية بعد معرفته التشكيل الكامل لهيئة التحكيم، وبقبول المحكم لمهمته يصبح طرفا في الاتفاقية التحكيمية ويلتزم بالقيام بمهمته والمتمثلة في إلزامية الفصل في النزاع في المدة المحددة وذلك تحت طائلة تحميله المسؤولية في حالة التأخر أو التخلف<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا- الضوابط التي تفرضها طبيعة العقود الإدارية

عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية خاصة ذات الطابع الدولي والتي يكون طرفاها الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، فإن هذه العقود تتطلب توافر بعض الشروط التي تغاضى المشرع الجزائري عن ذكرها وتركها للحرية المطلقة للأطراف من أهمها شرطي الكفاءة والجنسية.

#### 1- الجنسية

لم يضع المشرع الجزائري أسوة بالتشريعات المقارنة نصا صريحا يفيد أن يكون المحكم من جنسية معينة، تاركا بذلك الأمر لحرية الأطراف فلهم أن يختارونه من جنسية وطنية أو أجنبية في العقود الإدارية الداخلية المبرمة بين الدولة وأحد مواطنيها لا تطرح مسألة جنسية المحكم أية مشكلة، فمن المنطقي أن تكون جنسية المحكم من جنسية الأطراف أما إذا تعلق الأمر بالعقود الإدارية الدولية فإنه لا يمكن للدولة أو المشرع أن يفرض أن تشكل هيئة التحكيم

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 207.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

جميعا من جنسية الدولة التي تنتمي إليها الإدارة بجنسيتها، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى امتناع الشركات الاستثمارية الكبرى عن التعاقد مع الإدارة<sup>(1)</sup>، إضافة إلى أن اشتراط جنسية معينة في المحكم من شأنها التأثير على حيادية أعضاء التحكيم وعدالتهم، وتحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته<sup>(2)</sup>، وتأكيدا لهذه الغاية فقد أوجبت المادة 39 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 ألا يكون غالبية المحكمين من رعايا الدول المتعاقدة التي هي طرف في النزاع، أو الدول التي رعاياها طرف في النزاع إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>.

من جانبنا نرى أنه ليس هناك ما يمنع من تشكيل هيئة التحكيم من عناصر أجنبية خاصة وأنها تعد من الضمانات الهامة في جذب الاستثمارات الأجنبية، والنهوض بالتنمية الوطنية، إلا أنه حفاظا على الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية يتعين على الإدارة وهي بصدد الاتفاق على تعيين محكميها أن يكون أحد المحكمين على الأقل من جنسية دولة تنتمي إلى النظام اللاتيني، ذلك النظام الذي يقر ويعترف بنظرية العقود الإدارية.

### 2- خبرة وكفاءة المحكم

ترك المشرع الجزائري الحرية للأطراف في اختيار المواصفات التي يستوجب أن تكون في المحكم، كأن يكون من ذوي الخبرة في مجال معين، أو تمتعه بدرجة معينة من الثقافة، أو من رجال الأعمال أو من رجال القانون.

بالرغم من عدم اشتراط عنصر الخبرة فيمن يتولى مهمة التحكيم إلا أنها تعد ذات أهمية فهي مبعث ثقة المحكم في نفسه أولا وفي التحكيم ثانيا<sup>(4)</sup>، فسرعة الوصول إلى قرار حاسم وعادل تقتضي تمرس المحكم في مهمته وإحاطته بالقواعد والقوانين التي تحكمها فالطابع

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 148.

(2)- N. Person, Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev.arb, 1970, p 239.

(3)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، المرجع نفسه، ص 148.

(4)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 409.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الرضائي للتحكيم واتساع نطاق السلطات التي يتمتع بها المحكم يتطلب إسناد هذه المهمة لشخص تتوافر فيه الخبرة والكفاءة اللازمة<sup>(1)</sup>.

في هذا السياق ذهب جانب فقهي إلى ضرورة أن تتكون هيئة التحكيم من رجال فنيين ملمين بالظروف والملازمات المعروفة في الأوساط التجارية والتي يستطيعون من خلالها أن يعرفوا ما يجري عادة بين التجار<sup>(2)</sup>، إضافة إلى أنه في مجال العقود الإدارية هناك عقود تنسم منازعاتها بالتعقيد والتشابك مثل منازعات عقود الأشغال العامة التي تحتاج إلى مؤهلات فنية في هيئة التحكيم التي تتولى النظر في المنازعة<sup>(3)</sup>.

تبعاً لذلك فإن حكم المحكم يعتبر بمثابة حكم الخبير المحكم لذا نجد الأطراف عادة ما يشترطون أن تتشكل هيئة التحكيم من اثنين من الفنيين على الأقل بهدف تفادي الرجوع إلى أهل الخبرة<sup>(4)</sup>.

بالموازاة يشترط جانب آخر أن يكون في تشكيل هيئة التحكيم على الأقل رجل من رجال القانون حتى يرشد الهيئة إلى الإجراءات القانونية الواجب إتباعها عند الفصل في النزاع، وإلى حكم القانون في المسائل المعروضة، حتى يصدر الحكم وفقاً للمعايير التي يتطلبها القانون<sup>(5)</sup>.

تأكيداً لذلك نصت المادة 1/14 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 فيما يتعلق بالمواصفات التي يجب توافرها في المحكمين الذين تدرج أسماءهم في القوائم على: "أن الأشخاص المختارين للعمل الواردة أسماءهم بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوي المراكز الأدبية

(1)- محمد علي بني مقداد، مرجع سابق، ص 193.

(2)- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2000، ص 176.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 418.

(4)- Claude.(R), Des connaissances Personnelles de L'arbitre à son informatrice privilégiée, Rev, arb, 1991, p 04.

(5)- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 176.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ومن المنظور إليهم بعين الاعتبار والمعترف لهم بالكفاية الذاتية من الناحية القانونية والتجارية والصناعية والمالية ومن الذين يعتمد عليهم في إصدار الأحكام بغير تحيز"<sup>(1)</sup>.

فضلا عن ذلك فإن شرط الخبرة له أهمية خاصة في مجال منازعات العقود الإدارية لذا يتعين على الإدارة وهي بصدد اختيار المواصفات التي يتعين أن تكون في محكميها أن يكون من المتخصصين في مجال القانون الإداري وعلى دراية بقواعد التحكيم الدولي، كما يتعين أن يكون ملما بالقواعد العامة للقانون الدولي الخاص حتى يتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو على الإجراءات عند غياب إرادة الأطراف، ومن الأفضل وضع قائمة في مراكز التحكيم المختلفة تتضمن بيانا بأسماء المحكمين المتخصصين في مجال العقود الإدارية<sup>(2)</sup>.

وبالنتيجة نخلص إلى أن كل هذه الضوابط والشروط سواء التي وضعها المشرع أو التي نادى بها الفقهاء تضمن حيادية المحكم وموضوعيته وحسن سير الخصومة التحكيمية في منازعات العقود الإدارية للوصول إلى الفاعلية المرغوبة من وراء اللجوء إلى هذا الطريق سيما وأن الفصل في هذه المنازعات له خصوصيته التي ينفرد بها.

### الفرع الثاني

#### دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

الأصل أنه يتم تشكيل هيئة التحكيم بناء على إرادة الأطراف، فهم الذين يشكلون الهيئة وينظمون ما تخضع له من قواعد وأحكام، وبناء عليه تتولى هيئة التحكيم مهمتها في نظر النزاع المعروض عليها والفصل فيه تجسيدا للطابع الإتفاقي للتحكيم<sup>(3)</sup>.

(1)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 257.

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 417.

(3)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 203.

إلا أنه قد يواجه الأطراف صعوبات يستحيل معها إتمام تشكيل هيئة التحكيم، وقد يكون ذلك لعدم اتفاقهم، أو لسبب خلاف بينهم حول تشكيلها أو قد يكون تشكيلها ناقصا، من هنا يأتي دور القضاء في إزالة هذه الصعوبات، ويساعد في إتمام تشكيل هيئة التحكيم حتى يتم إنجاح عملية التحكيم<sup>(1)</sup>.

بالنظر الاستقرائية لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبين أن المشرع أعطى للقضاء دورا مساعدا في عملية التحكيم من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة له وفي المقابل حرص على أن يكون تدخله بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم المعهود لها بحسم منازعة متعلقة بعقد إداري بالقدر المطلوب، أي لا يتعدى وصف الدور الاحتياطي وضمن أسباب وضوابط يتوجب مراعاتها، سوف نستعرض هذه الضوابط ثم نبين المحكمة المختصة بتعيين المحكمين وكيفية اللجوء إليها.

### **أولا- ضوابط تدخل القضاء في تعيين المحكمين**

قن المشرع الجزائري تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي وفقا لقواعد وضوابط يجب مراعاتها في هذا الشأن:

#### **1- وجود شرط التحكيم**

تنص المادة 2/1009 من ق.إ.م.إ على أنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعلن رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألا وجه للتعيين".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم أن يكون هناك شرط تحكيم بين الأطراف يلزمهم باللجوء إلى التحكيم في حال وقوع نزاع، كما أجاز للقاضي رفض تعيين المحكم إذا تبين له أن شرط التحكيم باطلا أو غير

(1)- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 108.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

كاف لإمكان تعيين المحكم، والقاضي هنا لا يقضي ببطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه وإنما يحكم بعدم قبول طلب التعيين بالنظر فقط إلى ما يبدو من الظاهر لاتفاق التحكيم.

إلا أن المشرع الجزائري قد أغفل في المقابل النص على شرط قيام النزاع بالفعل بين طرفي التحكيم واكتفى باحتمالية وقوع النزاع من أجل طلب المساعد من القضاء في تشكيل هيئة التحكيم غير أن ذلك لا يعني اللجوء إلى القضاء قبل نشوب النزاع فمن المنطقي أن تشكيل هيئة التحكيم لا يتم غالبا إلا بعد نشوب النزاع بالفعل، وإلا فما الغاية من اللجوء إلى القضاء والأجواء بين الأطراف يسودها الود والتفاهم<sup>(1)</sup>.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه بالرجوع إلى نص المادة 1010 ق.إ.م.إ نجدها تنص على أنه: "يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل" وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على وجود نزاع قائم بالفعل واعتضت الأطراف صعوبة في تشكيل هيئة التحكيم لاستكمال إجراءات التحكيم.

فضلا عن أن شرط وجود النزاع بالفعل يعد تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأنه حيث لا توجد مصلحة فلا دعوى<sup>(2)</sup>، وبالتالي إذا لجأ الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع، فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم قبول الدعوى لانقضاء شرط المصلحة فيها<sup>(3)</sup>.

### 2- وجود صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم

إن الطريقة الأخيرة لتخطي الصعوبات العملية التي تواجه الخصوم في تشكيل هيئة التحكيم هي بواسطة المحاكم القضائية في الدولة، مما يمكن القول معه أن اللجوء إلى القضاء

(1)- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 122.

(2)- تنص المادة 13 من القانون 09/08 على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 423.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر ذو طبيعة احتياطية يرجع إليه عند تخلف اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين، أو اختلافهم حول التعيين<sup>(1)</sup>.

عالج المشرع الجزائري الصعوبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، ففي مجال التحكيم الداخلي نص في المادة 1009 ق.إ.م.إ على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد 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".

أما في مجال التحكيم الدولي نص في المادة 1041 من نفس القانون على أنه: "في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

يستفاد من النصين السابقين أن المشرع الجزائري قد وضع في اعتباره احتمالية وجود مانع يحول دون اكتمال تشكيل هيئة التحكيم وإتمام إجراءات التحكيم؛ وهي حالة عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين، أو في حالة تقاعس أحد الأطراف في تعيين محكمه لتعطيل إجراءات التحكيم أو حالة اختلاف المحكمين في اختيار المحكم الثالث والمرجح، وجعل سلطة التعيين في هذا الشأن للقضاء، وهذا ما يثير التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أناطها

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 109.

المشروع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري؟

### ثانيا- المحكمة المختصة بالمساعدة في تعيين المحكمين

إدراكا من المشرع الجزائري للدور الطبيعي لقضاء الدولة في منازعات التحكيم فقد حرص في معرض تحديده للأحكام العامة للتحكيم على أن يحدد المحكمة المختصة بالتدخل بالمساعدة في إجراءات التحكيم بقاعدة أن محكمة البداية هي محكمة النهاية بمعنى أن تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم وفي ذلك يصون منازعة التحكيم من أن تقطع أوصالها بين أكثر من محكمة<sup>(1)</sup>.

هذا وقد سبقت الإشارة أنه إذا اعترضت الأطراف عقبات استحال معها تشكيل هيئة التحكيم فإنه يجوز للطرف الذي يهمله الأمر اللجوء إلى القضاء المختص لإزالة هذه العقبات إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو عن المحكمة المختصة التي أوكلها المشرع التدخل بالمساعدة في تشكيل هيئة تحكيم معهود إليها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري؟

باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أن نية المشرع الجزائري لم تكن بالواضحة، ففي مجال التحكيم الداخلي<sup>(2)</sup> منح المشرع الجزائري رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه سلطة التدخل في استكمال تشكيل محكمة التحكيم.

أما في مجال التحكيم الدولي<sup>(3)</sup> فقد فرق المشرع الجزائري بين حالتين؛ الأولى كون التحكيم الدولي يجري على الأراضي الجزائرية، حيث عقد الاختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم سلطة تعيين المحكمين إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيينه أما

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 109.

(2)- المادة 1009 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3)- المادة 1041 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الثانية فهي حالة التحكيم الدولي الذي يجري في الخارج واتفق أطرافه على تطبيق قواعد القانون الجزائري على إجراءات التحكيم، فقد منح المشرع الجزائري رئيس محكمة الجزائر العاصمة مهمة مساعدة الأطراف في استكمال تشكيل محكمة التحكيم.

يستفاد من نص هاتين المادتين أن المشرع الجزائري سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي قد اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النوعي، فلو أنه قصد جهة القضاء الفاصل في المادة الإدارية لجا في المادتين أن الاختصاص يعقد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع مما يجعلنا نجزم أن نية المشرع اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

في هذا السياق يشير جانب من الفقه إلى أن تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم ذو طابع إجرائي تعاوني بحت والغرض منه مساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم دون أن يتخذ موقفاً من موضوع النزاع وبالتالي فمن الأرجح أن يعقد هذا الاختصاص لجهة القضاء العادي باعتبار أن الأحكام التي تنظم عملية التحكيم مرتبطة بقواعد القانون الخاص ووضعت في الأصل لحكم إجراءات التحكيم في كامل مراحلها، وبالتالي فمن غير المعقول استبعاد قواعد هذا القانون عن حكم هذه الإجراءات<sup>(1)</sup>.

في المقابل ذهب اتجاه آخر إلى أن دور قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم، ليس من قبيل الدور المساعد أو التعاوني، حيث أن التطبيق العملي قد أثبت أنه يكون من الصعب على القضاء أداء هذا الدور التعاوني دون أن يتخذ موقفاً من بعض المسائل الموضوعية التي تدخل في ولاية هيئة التحكيم ذاته، كأن يطلب أحد الطرفين تدخل القضاء لاختيار هيئة التحكيم أو

---

(1)- Bruce (E), La compétence du juge administrative dans l'arbitrage des personnes publiques,remises en question, Rev . arb,2006,p 74-76.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

استكمالها فيدفع الطرف الآخر هذا الطلب بعدم وجود الاتفاق على التحكيم أو بطلانه، ففي مثل هذه الحالة سوف يمارس القاضي سلطته التقديرية في إجابة المدعي طلبه من عدمه<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى أن القول بأن ما يبرر عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم ومنها تشكيل هيئة التحكيم هو ارتباط التحكيم بقواعد القانون الخاص مردود حيث سيؤدي إلى امتداد هذا القول إلى كافة المسائل التي تثار أثناء سير إجراءات التحكيم والتي تدخل في الاختصاص المحفوظ دستوريا لمجلس الدولة كتلك المتعلقة بنظر مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد<sup>(2)</sup>.

تأسيسا على ما تقدم فإننا نلتزم من المشرع الجزائري التدخل بنصوص تنظم إجراءات التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، أو يعدل نصوص المواد التي تنظم إجراءات التحكيم بما يتماشى والتحكيم العادي أو التحكيم الإداري وذلك بعقد الاختصاص في المسائل التي يتدخل فيها القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم ومنها تشكيل هيئة التحكيم للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، لأنه عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية خاصة الدولية التي تتصل بالمصالح العليا للدولة يتعين أن يعقد الاختصاص للتدخل بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم للقضاء الفاصل في المادة الإدارية المختص أصلا بنظر النزاع لما يحوزه من خبرات تؤهله إلى اختيار محكم بمواصفات تؤهله لفهم الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإدارية.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 209.

(2) - وليد عباس، مرجع سابق، ص 436-437.

## المبحث الثاني

### سير خصومة التحكيم الإداري و صدور الحكم المنهي للخصومة

تقوم إجراءات التحكيم بدور مهم في إنجاح نظام التحكيم أو إخفاقه، فهي تعد بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم والسياج الذي يضمن شرعيته<sup>(1)</sup>.

إن أهمية نظام التحكيم وخصوصيته قد أضفت على إجراءات التحكيم طابع المرونة والبساطة والاستقلالية، فبالرجوع إلى القواعد الإجرائية التي تنظم عملية التحكيم نجدها أعطت الحرية للأطراف في اختيار النظام الإجرائي الذي تسير عليه خصومة التحكيم وفي غياب ذلك الاتفاق تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة، إلا أن ذلك لا يعني الاستئثار المطلق بهذا الحق فالطابع القضائي لخصومة التحكيم يفرض مراعاة سلسلة من القواعد الآمرة التي تعد من مجالات الإجراءات القضائية<sup>(2)</sup> (المطلب الأول).

ولما كان التحكيم قضاءا خاصا يمارس اختصاصه خارج ولاية المحاكم القضائية للدولة فإنه يحتاج لكي يستكمل فاعليته وضمان تنفيذ أحكامه إلى تدخل قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة تملك وحدها إلزام الخصوم ومن لهم صلة بالنزاع بتنفيذ قرارات المحكمين، وعلى هذا النحو استوجب التنظيم الإجرائي للتحكيم إعطاء دور فعال لقضاء الدولة في إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم المنهي للخصومة والتحقق من صحته وتنفيذه، وهذا التدخل له أهمية قصوى في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية أين تكون الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم<sup>(3)</sup> (المطلب الثاني).

(1)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 250.

(2)- عبد الله سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 128.

(3)- اشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 177.

## المطلب الأول

### القواعد الإجرائية في خصومة التحكيم الإداري

إن الطبيعة الرضائية لنظام التحكيم نابعة من السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانوني معين، يقوم على أساس حرية التعاقد، انعكست هذه الحرية على حقهم في اختيار إجراءات التحكيم وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة<sup>(1)</sup>.

إلا أنه إذا كان مناخ الثقة والتفاهم هو السائد بين طرفي التحكيم في مرحلة إبرام الاتفاق، فإن الأمر على خلاف ذلك في مرحلة سير خصومة التحكيم أين تكون المصالح متعارضة مما يستحيل معه الوصول إلى إتفاق معين من أجل تحديد إجراءات التحكيم ولمواجهة هذه الحالة فقد أوكل المشرع لهيئة التحكيم مهمة وضع معالم النظام الإجرائي الذي يحكم سير المنازعة محل التحكيم، وذلك بمراعاة بعض القواعد التي تحد من حريته في هذا الصدد (الفرع الأول).

هذا وأثناء سير إجراءات التحكيم قد يصادف المحكم الكثير من الدفع التي يبديها طرفا التحكيم والتي يعتبر الفصل فيها ضروريا وهاما لتمام عملية التحكيم، ومن ثم فإن هذا الأمر يثير إشكالية حدود سلطة المحكم عند الفصل في منازعات العقود الإدارية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم

ترتكز إجراءات التحكيم على قاعدة حرية الأطراف، فالمشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة أعطت الدور الرئيسي في تحديد إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف<sup>(2)</sup> ولما كانت خصومة

(1) - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 212.

(2) - نصت المادة 1043 من ق.إ.م.إ على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التحكيم كخصومة القضاء تقوم على مصالح متعارضة لطرفيها مما يستحيل معه الوصول إلى اتفاق بشأن إجراءات التحكيم، فقد اتجه المشرع إلى الاعتراف للمحكم بسلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم بما يتماشى وإرادة الأطراف وقانون التحكيم الذي يفرض على المحكمين الاجتماع مع الأطراف لوضع الخطة الإجرائية لخصومة التحكيم، كتحديد مكان التحكيم واللغة المستخدمة وغيرها من الإجراءات اللازمة لسير الخصومة<sup>(1)</sup>.

مع الالتزام بمراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي ومراعاة النظام العام<sup>(2)</sup>، خاصة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، أين تكون الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم والذي يتطلب معه شكل كبير في الإجراءات التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم<sup>(3)</sup>.

### أولاً- الالتزام باتفاق الأطراف

يلتزم المحكم في وضع وتنظيم إجراءات التحكيم بإرادة الأطراف<sup>(4)</sup>، وهذا الالتزام لا يجد أساسه فقط في النصوص القانونية التي ألزمت المحكم باحترام اتفاق الأطراف على اختيار إجراءات معينة تحكم سير المنازعة محل التحكيم، ولكنه يعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر الركيزة الأساسية لنظام التحكيم<sup>(5)</sup>.

بالتالي يمثل هذا الاتفاق طابع الإلزام على المحكم عند قيامه بوضع القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم وتنظيمها، ومنه إذا اتفق الأطراف على إجراء التحكيم

---

اتفاقية التحكيم"، ونفس المسلك أخذ به المشرع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم المصري، والمشرع الفرنسي من خلال المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(1)- هدى محمد مجدي عبد الرحمان، ور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2004، ص 213.

(2)- Pierre (M), Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civile Law et de Common Law, Rev.arb, 1995, p 163.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 447.

(4)- Bollard (G), Les principes directeurs du procès arbitrale, Rev.arb, 2004, 530.

(5)- Pierre (M), Op.cit, p 167.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بلغة معينة، التزم المحكم بهذه اللغة، وإذا اتفقوا على سماعهم شخصياً، لا يملك المحكم الاكتفاء بتقديم المذكرات والفصل في النزاع دون سماعهم<sup>(1)</sup>.

في المقابل فإن المحكم يتمتع بسلطات تخول له الحق في تسيير خصومة التحكيم دون انتظار أخذ موافقة الأطراف على ذلك، وإلا أضحى المحكم مجرد أداة في يد الأطراف لا يستطيع التحرك إلا وفقاً لمشيئتهم، وقد يسيء أحد الأطراف استخدام هذه السلطة مما ينجم عنه عرقلة التحكيم وتقييد سلطات المحكم في تسيير خصومة التحكيم، ويؤدي إلى إفراغ التحكيم من مضمونه الأساسي المتمثل في سرعة الفصل في المنازعات<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي

بما أن الهدف من اللجوء إلى التحكيم يكمن في التخفيف من الإجراءات المتبعة أمام القضاء والبحث عن إجراءات ناجعة وأكثر سرعة، فإن المشرع قد أعفى المحكم من إتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم ومنحه حق وضع الخطة الإجرائية التي تسيير عليها خصومة التحكيم، إلا أنه ومن ناحية أخرى وخوفاً من إساءة استخدام المحكم لسلطته في هذا الشأن فضلاً عن الطابع القضائي الذي يسيطر على خصومة التحكيم، فقد ألزم المشرع المحكم بضرورة مراعاة والتقييد ببعض المبادئ الأساسية للتقاضي لاتصالها بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

كما حرصت كل من الاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بالتحكيم، ونظم ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على التأكيد على هذه المبادئ لأهميتها في تحقيق صحة إجراءات التحكيم وعدالته<sup>(4)</sup>.

(1) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 213.

(2) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 205.

(3) - أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 90.

(4) - عصام الدين القسبي، إجراءات وحكم التحكيم، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998، ص 65.

من أمثلة القواعد العامة للتقاضي والتي تعد حقوقاً إجرائية لطرفي الخصومة؛ مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ حق الدفاع، ومنه مبدأ المواجهة ومبدأ عدم جواز أن يكون الخصم حكماً فمثل هذه القواعد كلها حقوق إجرائية لا يتصور أن يخالفها قانون ينظم التقاضي بأي شكل (1).

### 1- احترام مبدأ الوجاهية

يعرف مبدأ المواجهة بأنه: "حق كل خصم في الدفاع عن نفسه بكافة الوسائل القانونية والواقعية وتقديم أدلة الإثبات المؤيدة لوجهة نظره مع تمكينه من العلم بكل ما هو موجه ضده من ادعاءات وإتاحة الفرصة له لمناقشتها والرد عليها" (2).  
تأسيساً على ذلك فإن مبدأ المواجهة يعد من أهم المبادئ المميزة للخصومة، حيث أن تحقيق خصومة عادلة ومنصفة للأطراف لا تتم إلا من خلال تمكين الخصم من معرفة الأدلة والمستندات المقدمة ضده من قبل الخصم الآخر شريطة أن يكون هذا العلم في وقت مناسب ومفيد، يستطيع فيه أن يقوم بالرد على هذه الإدعاءات المقامة عليه من قبل خصمه، ومنه لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات (3).

تبعاً لذلك فإن هذا المبدأ يصاحب كل عمل إجرائي يتخذ في الخصومة سواء أكان متعلقاً بالقانون، أم متصلاً بالوقائع، وذلك منذ بدء الخصومة وحتى غلق باب المرافعة فهو مبدأ مطلوب ولازم في كل مرحلة من مراحل الخصومة، وهو المعيار الأساسي الذي يمكن من خلاله الوقوف على مدى نجاح أو إخفاق المحكم في مهمته، كما أن هذا المبدأ يحمي أطراف

(1) - محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 72.

(2) - سيد عبد العال تمام، مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 25.

(3) - محمد علي عويضة، المرجع نفسه، ص 147.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الخصومة من انحياز المحكم أو تقصيره أو من مناورات أحد الطرفين ضد الآخر ومن جانب آخر يعد مبدأ المواجهة ضروريا وهاما بالنسبة للمحكم، فمن خلاله يتمكن من معرفة أدلة وحجج وبراهين الطرفين وردود كل منهما عليها، وبناء على ذلك يستطيع تكوين رأي محدد في القضية<sup>(1)</sup>.

لم يأتي المشرع الجزائري على ذكر قاعدة الوجاهية في التحكيم الداخلي ولكنها تبقى حتما جزء من النظام الداخلي، وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية، فلا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم الداخلي<sup>(2)</sup>، أما في التحكيم الدولي فنص صراحة على إبطال حكم التحكيم الدولي إذا لم يراع مبدأ الوجاهية<sup>(3)</sup>.

هذا وقد حرصت جل الاتفاقيات الدولية التي نظمت عملية التحكيم على التأكيد على هذا المبدأ لأهميته في صحة إجراءات التحكيم منها اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الصادرة بتاريخ 14/10/1966 حيث جاء في المادة 1/52/د منها على أنه: "يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام إذا وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات"<sup>(4)</sup>.

### 2- احترام مبدأ المساواة

حيث أن المساواة أمام القضاء تعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي<sup>(5)</sup> بما تتحقق به ثقة الناس في القضاء ويصبح موضع طمأنينتهم، فإنه يجب معاملة كافة الخصوم

(1)- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 327.

(2)- نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009، ص 114-115.

(3)- المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4)- Kessedjian (C), Principe de la contradiction et arbitrage, Rev.arb, 1995, p384..

(5)- المادة 140 من الدستور الجزائري وكذلك المادة الثالثة من الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

على قدم المساواة بحيث لا يتم إجراء لتفضيل خصم عن آخر، ونظرا لأهمية هذا المبدأ وخطورته فإن نظام التحكيم لا يخالف ما انتهى إليه نظام القضاء، وبالتالي يجب على المحكم منذ قبوله لمهمة التحكيم وحتى إصداره الحكم المنهي للخصومة أن يعامل الخصمين المتنازعين على قدم المساواة وأن يهيئ لكل منهما فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه، فلا يمنح أحدهما حقا إلا ويمنح الآخر ما يماثله ولا يمنع عن أحدهما ميزة إلا وتمنع عن الآخر (1).

يعرف الفقه مبدأ المساواة: "على أن يعامل أطراف خصومة التحكيم معاملة عادلة بحيث تهيئ لكل طرف فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه أمام هيئة التحكيم عرضا كافيا ومتكافئا مع الطرف الآخر للخصومة" (2).

انطلاقا من أهمية هذا المبدأ حرص المشرع الجزائري على التأكيد عليه من خلال المادة 2/3 من الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص على أنه "...يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم".

إضافة إلى أنه يعتبر من المبادئ الأساسية المعترف بها في دستور الدولة، وترتبط على ذلك فإن مبدأ المساواة يعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية وليس مجرد مبدأ نص عليه القانون وأوجب احترامه وإذا كان لا يجوز للمشرع أن يخرج عنه ويقرر عكسه، فإنه من باب أولى يلتزم به المحكم والأطراف.

من الجدير بالذكر أن هذا المبدأ يقتصر على الحقوق الإجرائية للطرفين في خصومة التحكيم فلا شأن له بما تقضي به هيئة التحكيم، أو بما تقوم به استعمالا لسلطتها التقديرية في

(1)- محمد علي عويضة، مرجع سابق، ص 75.

(2)- أحمد خليل، مرجع سابق، ص 143.

تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية<sup>(1)</sup>.

### 3- احترام حق الدفاع

من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم احترام وضمان حق الدفاع لكل من طرفي النزاع، ويعني التزام المحكم بأن يكفل للأطراف كافة حقوقهم المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي<sup>(2)</sup>، على سبيل المثال "إعطاء الحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكنوا من تقديم ما بين أيديهم من أدلة وأقوال وشهود وبيانات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضا على القضاء خاصة فيما يتعلق بأمور التبليغ، بحيث يمكن لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبيانات حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت اللازم"<sup>(3)</sup>.

ترتبا على ذلك فإنه يجب على هيئة التحكيم باعتبارها طرف محايد في عملية التحكيم مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم كونه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر في الادعاءات المتقابلة، فلا يمكن تحقيق العدالة المبتغاة من وراء نظام التحكيم إلا من خلال تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية ولا تتحقق هذه المساواة إلا من خلال احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتها على قدم المساواة هو مبدأ مستقر عليه، ويترتب على عدم الأخذ به إمكان إبطال حكم التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد علي عويضة، المرجع نفسه، ص 144.

(2)- Coquin.(E), Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Rev .arb, 2006, p 152.

(3)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 62.

(4)- عبد الله سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 131.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

هذا ويجد حق الدفاع أساسه القانوني من خلال مبدأين؛ الأول مبدأ المساواة الذي سبق وأن أشرنا إليه والمنصوص عليه في كافة الدساتير، والثاني مبدأ حسن سير العدالة، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة إلا بمراعاة حق الدفاع<sup>(1)</sup>.

بعد استكمال عرض المبادئ الأساسية في النقاضي التي تقيّد حرية المحكمين في خصومة التحكيم يتبين أن كل هذه المبادئ مستمدة من الشريعة العامة للإجراءات في القانون الخاص، وإذا كانت هذه المبادئ تعتبر ضماناً هامة بالنسبة للأطراف في خصومة التحكيم فإنه من الأفضل الأخذ بها في إجراءات التحكيم المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية وبخاصة مبدأي حق الدفاع والوجاهية باعتبارهما من المبادئ الهامة في الإجراءات المتبعة أمام القضاء الفاصل في المادة الإدارية، فضلاً عن ما لهما من قيمة دستورية.

### ثالثاً - احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

يجب على المحكم مراعاة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام الداخلي للدولة المقر أو البلد المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيه، فعلى سبيل المثال؛ إذا كان من الجائز اتفاق طرفي التحكيم على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، فإنه يجب مراعاة ألا يكون من شأن هذه التدابير الإخلال بالمصلحة العامة، كالإذن بتوقيع الحجز على الأموال العامة<sup>(2)</sup>.

في هذا الصدد نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: "...إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي".

(1) - وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 461.

(2) - أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دون ذكر دار النشر، 2002،

يتبين أنه يجب على المحكم أن يأخذ بالاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه.

### **الفرع الثاني**

#### **نطاق سلطة المحكم عند الفصل في منازعات العقود الإدارية**

أثناء سير خصومة التحكيم، وقبل الفصل في موضوع النزاع قد يصادف هيئة الحكيم الكثير من الدفوع التي يبديها طرفا التحكيم والتي يعد الفصل فيها مسألة أولية وهامة لإتمام عملية التحكيم، ومن بين هذه الدفوع؛ الدفوع المتعلقة بالمنازعة حول اختصاص هيئة التحكيم والدفوع المتعلقة بمشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها سلطة عامة أثناء سير إجراءات التحكيم، حيث أن الإدارة تملك بما لها من سلطة عامة الحق في إصدار بعض القرارات التي تؤدي إلى إفراغ المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم من مضمونها كقرار فسخ عقد التحكيم بإرادتها المنفردة مثلا والدفوع المتعلقة بالشق الموضوعي والمستعجل في النزاع وهذا ما يدفعنا للتساؤل حول حدود سلطة المحكم في الفصل في هذه الدفوع؟

#### **أولا- مبدأ الاختصاص بالاختصاص**

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: "أن المحكم هو الأولى بالنظر في مدى اختصاصه فهو الذي يقرر إذا ما كان هناك اتفاق تحكيم أم لا"<sup>(1)</sup>.

فأول دفع يمكن أن يصادف هيئة التحكيم أثناء إجراءات التحكيم هو الدفع المتعلق بمدى اختصاصها أو ولايتها للفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم، حيث يمكن لأحد طرفي التحكيم الذي يرغب في التخلص من الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم إثارة مسألة

(1)- Boucaron.(M), Le principe compétence – compétence en droit de l'arbitrage, thèse de doctorat en droit ,université de Nice ,France, 2011, p 07.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

نفي أساس اختصاص هيئة التحكيم للنظر في النزاع واللجوء إلى القضاء المختص أصلاً<sup>(1)</sup> وبالتالي يثور التساؤل حول مدى سلطة هيئة التحكيم في البت في اختصاصها؟

في هذا الصدد ثار خلاف فقهي حول مشكلة اختصاص هيئة التحكيم بنظر اختصاصها عند المنازعة فيه، فذهب رأي إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر مسألة اختصاصها وذلك حتى لا يؤول الأمر بهيئة التحكيم إلى خلق اختصاص قضائي لنفسها لم يمنح لها الخصوم<sup>(2)</sup>. في المقابل ذهب رأي آخر إلى القول بسلطة هيئة التحكيم في نظر كافة المنازعات المتعلقة باختصاصها سواء كانت متعلقة بحدود هذا الاختصاص ونطاقه، أو صحته ووجوده وسواء ورد الاتفاق صحيحاً أم باطلاً أم منعماً فإن قضاء التحكيم هو الذي ينعقد له دائماً وفي جميع الأحوال تقرير مسألة اختصاصه<sup>(3)</sup>.

إضافة إلى أن المحكم لكي ينظر في ما يعرض عليه من نزاع، لابد له أولاً من أن يفصل في اختصاصه، ولو اقتضى الأمر البحث في وجود وصحة واستمرار اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم إذ هو يستمد ولايته من إرادة الأطراف أي من اتفاق التحكيم ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه<sup>(4)</sup>.

وبالموازاة اعترفت معظم القوانين<sup>(5)</sup> بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما تكون مسألة اختصاصه محل نزاع قبل الفصل في موضوع النزاع، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيًا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 75.

(2)- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 127.

(3)- هات محي الدين اليوسفي، مرجع سابق، ص 52.

(4)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 76.

(5)- المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري والمادة 1466 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بطلانه أو تجاوز المسألة محل النزاع لمجال اتفاق التحكيم سواء المجال الشخصي أو المجال الموضوعي<sup>(1)</sup>.

كما أقر المشرع الجزائري ذات الاتجاه في النصوص القانونية التي نظمت عملية التحكيم ومنح لهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها حيث نصت المادة 1004 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

تأسيسا على ما تقدم فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثران؛ أحدهما ايجابي والآخر سلبي<sup>(2)</sup>.

الأثر الإيجابي: يتمثل في فسح المجال أمام المحكمين لتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص، أي أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بفحص صحة ونطاق اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر منحه هذا الاختصاص من قضاء الدولة<sup>(3)</sup>.

أما الأثر السلبي: فهو السماح للمحكم ليس فقط لفحص مدى اختصاصه وإنما بالفصل فيه أولا وقبل أية جهة أخرى، بمعنى أنه يمنع على قضاء الدولة الذي يعرض عليه الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح لهذا الأخير الفرصة للبت فيه<sup>(4)</sup>.

---

(1)- نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مرجع سابق، ص 284.

(2)- Boucaron.(M), Op.cit, p 49 Ets.

(3)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 188.

(4)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 878.

من الجدير بالذكر في هذا المقام أنه بالرغم من أن المحكم يملك دون غيره حق الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه دون حاجة لعرضها على القضاء الوطني المختص، إلا أن قراره الصادر في هذا الشأن لا يكون بصفة نهائية وإنما يخضع للرقابة القضائية اللاحقة وذلك من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أو أثناء سير إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم<sup>(1)</sup>.

هذا ويجد مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها أساسه في عدة مبررات قانونية وعملية أهمها؛ أن هذا المبدأ يساعد على سد طريق الغش والتحايل أمام الطرف سيئ النية الذي يرغب في إعاقة سير عملية التحكيم برفع النزاع أمام قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص، إضافة إلى أن هذا المبدأ يعمل على الاقتصاد في الوقت والإجراءات، هذا وفكرة الأثر المانع لاتفاق التحكيم تدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث أن ذلك الأثر يحجب قضاء الدولة ويمنعه من نظر أية منازعة تدخل في إطار اتفاق التحكيم ومنها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية كمسألة أولية

إذا كانت العقود التي تبرمها جهة الإدارة سواء التي تخضع لأحكام القانون الخاص أم تلك التي تخضع لأحكام القانون العام تتكون من عمليات مركبة وتمر بعدة مراحل وخطوات ويتبع فيها العديد من الإجراءات وتتخذ فيها الكثير من القرارات بعضها يصدر بالإرادة المنفردة للدولة والبعض الآخر يصدر بالمشاركة مع الطرف المتعاقد معها<sup>(3)</sup>.

(1)-Foussard.(D), Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage vers une consolidation des règles, Rev.arb, 2004, p 807.

(2)- هات محي الدين اليوسفي، مرجع سابق، ص 58.

(3)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 381.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

فإن هناك إشكالا قد يثار في هذا الصدد ويتعلق بكيفية تصرف هيئة التحكيم إذا ما عرض عليها أثناء أدائها لعملها مشروعية قرار إداري كمسألة أولية لازمة للفصل في النزاع محل التحكيم، بمعنى فحص مشروعية هذا القرار للتوصل إلى كونه مشروعاً أو غير مشروع، وكان الفصل في مشروعية القرار الإداري أمراً لازماً لصدور حكم التحكيم<sup>(1)</sup>، كما لو كان موضوع النزاع المطالبة بتعويض عن قرار إداري ناتج عن تأميم المشروع الاستثماري للصالح العام بادعاء عدم مشروعيته<sup>(2)</sup>.

للإجابة على هذا التساؤل فإن الأمر يتطلب منا؛ أولاً تحديد مفهوم القرار الإداري محل النزاع ومن ثم تحديد مفهوم دعوى الإلغاء ومدى ملاءمة طبيعتها القانونية مع الخصائص الذاتية للتحكيم كأسلوب بديل لحسم المنازعات للوصول إلى سلطة المحكم اتجاه هذه القرارات الإدارية.

بداية نشير إلى أن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة عامة والمتصلة بالعقد محل التحكيم هي القرارات التي تتخذها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد الإداري، إضافة إلى القرارات التي تتخذها أثناء تنفيذه أو إنهائه، فإذا صدرت مخالفة للقوانين واللوائح فإنها تكون محلاً للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء أمام قضاء المشروعية<sup>(3)</sup>، ويمكن تعريف دعوى الإلغاء على أنها: "الدعوى القضائية المرفوعة أمام الجهات القضائية الإدارية، التي تستهدف إلغاء قرار إداري بسبب عدم مشروعيته فيما يشوب أركانه من عيوب"<sup>(4)</sup>.

بناء على هذا المفهوم فإن دعوى الإلغاء تتميز بمجموعة من الخصائص:

- (1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 204.
- (2)- رقية رياض إسماعيل، مرجع سابق، ص 391.
- (3)- عبد الله محمد سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 145.
- (4)- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2007، ص 31.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

1- تعتبر دعوى الإلغاء من القضاء العيني أو الموضوعي لأنها تختصم القرار الإداري نفسه لتحديد مدى مشروعيته، والحكم بإلغائه إذا توصل القاضي بأن القرار يخالف القانون ولا تهاجم السلطات التي أصدرتها<sup>(1)</sup>.

2- تعتبر دعوى الإلغاء جوهر قضاء المشروعية فهي إحدى الوسائل التي نظمها الدستور والقانون لتحقيق سيادة القانون وإعلاء مبدأ المشروعية في الدولة<sup>(2)</sup>، فهي تتحرك وتتعد على أساس مبدأ المشروعية في الدولة وتستهدف حماية شرعية أعمال الدولة والإدارة العامة<sup>(3)</sup>.

3- تعلق دعوى الإلغاء بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنها من قبل صاحب المصلحة وإن حدث وتنازل عنها فإن هذا التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام<sup>(4)</sup>.

وبالنظر الاستقرائية لنصوص القانون على ضوء ما قرره المشرع الجزائري في المادة 1006 قانون إجراءات مدنية وإدارية نجد أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام...".

بناء عليه فإن المعيار العام لقابلية خضوع المنازعة الإدارية للتحكيم يتمحور حول تعلق المنازعة بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيهو الذي يكون محله قضاء حقوق، وبتطبيق هذا المعيار العام على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يتضح أن الذي يجوز بشأنه اللجوء إلى التحكيم يقتصر فقط على ما يتمخض عن العقد من حقوق مالية تقبل الصلح والتصرف دون أن يشمل المنازعات المتعلقة بفحص مشروعية القرارات الإدارية ذلك أن هذه المنازعات

---

(1)- بوالشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2011، ص 17.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 126.

(3)- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، "نظرية الدعوى الإدارية"، الجزء الثاني، ط4، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 327.

(4)- نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 174.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

تنتهي إلى قضاء المشروعية والتي يجب أن ترفع دعوى عينية موضوعية بشأن فحص مشروعيتها بغض النظر عن الحقوق الشخصية لرافعها وتعتبر دعوى الإلغاء هي الوسيلة الوحيدة لفحص مشروعية هذه القرارات<sup>(1)</sup>.

تأسيسا على ما تقدم فإن الطبيعة القانونية لمنازعات مشروعية القرارات الإدارية تتنافى مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، فدعوى الإلغاء تقوم على اختصاص القرار الإداري في ذاته بهدف حماية مركز قانوني مسه القرار المطعون فيه، في حين أن التحكيم يقوم دائما على التراضي بين طرفي المنازعة بهدف حماية حق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أن اختصاص قضاء الإلغاء بنظر مشروعية القرار الإداري يتعلق بالنظام العام وقد أخرجت المادة 1006 من ق.إ.م.إ المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام من نطاق القابلية للتحكيم.

كما أضفى المؤسس الدستوري قيمة دستورية على القواعد المحددة لاختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية بنظر الطعن الموجه ضد قرارات السلطة الإدارية بما يفسر أن لدعوى الإلغاء أساس دستوري<sup>(3)</sup>.

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الطبيعة القانونية للمنازعات المتعلقة بفحص مشروعية القرارات الإدارية لا تتوافق مع التحكيم، حيث أن السبيل الوحيد في ذلك هو دعوى الإلغاء التي ينظرها القضاء الفاصل في المادة الإدارية وحده، فإنه إذا عرضت على هيئة التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم مسألة مشروعية قرار إداري اتخذته الإدارة أثناء تنفيذ العقد بوصفها سلطة عامة كمسألة أولية لازمة للفصل في النزاع، يتعين على المحكم عدم التعرض لفحص

(1) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 489.

(2) - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 126.

(3) - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، ط1، 2009، ص 49.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

مشروعيته وإحالة القرار المطعون في مشروعيته إلى المحكمة ذات الاختصاص الولائي بنظره، مع إيقاف إجراءات التحكيم لحين صدور حكم نهائي في هذه المسألة الأولية المتعلقة بمشروعية القرار الإداري<sup>(1)</sup>.

إلا أن ذلك لا يمنع المحكم من نظر مشروعية القرارات الإدارية التي تدخل في منطقة العقد واستنادا لنصوصه والتي تخل الدولة من خلالها بالتزاماتها التعاقدية وهذا الإخلال من جانب الدولة الذي قد يستحق التعويض يصبح قابلا للتحكيم ويختص المحكم بالحكم بالتعويض المناسب جراء الإخلال بالالتزام التعاقدية دون التعرض لمشروعية الإجراء نفسه لأنه يدخل في الاختصاص القاصر لقضاء الإلغاء<sup>(2)</sup>.

على ضوء ما سبق ذكره فإن التحكيم وإن احتل اليوم مكانة هامة في المجال الإداري إلا أنه يظل رغم ذلك مقتصرًا على المسائل التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق دون تلك التي تدخل في نطاق قضاء المشروعية، حيث لا يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بوصفها سلطة عامة، بحيث لا يبقى له سوى القرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها متعاقدة، ففي هذا النوع من القرارات يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة تنفيذًا لبنود العقد المبرم واستنادا لنصوصه طالما أن المنازعة لا تتعلق بالنظام العام لأن هذه المنازعات تدخل في منطقة العقد ومن ثم فهي لا تندرج تحت ولاية قضاء الإلغاء<sup>(3)</sup>.

### ثالثا- نطاق سلطة المحكم في الفصل في المسائل الاستعجالية

نقتضي طبيعة موضوع النزاع، أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنبًا لأضرار بالغة قد تلحق بأحد

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 204.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 556.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 497.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم<sup>(1)</sup>، ما يدفعنا للتساؤل حول مدى سلطة المحكم في الفصل في الشق الموضوعي والمستعجل من النزاع؟

الإجراءات الوقتية والتحفظية هي نوع من القضاء المستعجل، والقضاء المستعجل مؤقت لا يمس أصل الحق وإنما يرمي إلى تدارك خطر محقق به بأحكام عاجلة تصدرها المحكمة بعد إجراءات مختصرة وفي مواعيد قصيرة، ويتصف القضاء المستعجل بأنه عمل قضائي وله وظيفة مساعدة لأنه يرمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية سواء كانت مرفوعة أو يحتمل رفعها<sup>(2)</sup>.

تعرف الإجراءات الوقتية أو التحفظية على أنها: "يعد إجراء وقتيا كل إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة، أو هي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم ويكون الغرض منها ضمان تنفيذ الحكم"<sup>(3)</sup>.

تعد مسألة تحديد نطاق سلطة المحكم في هذا المجال من المسائل التي أثارت اهتمام الفقه، فقد انقسمت الآراء والمناهج في تقييم سلطته في اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية إلى مؤيد ومناهض<sup>(4)</sup>.

يذهب جانب إلى القول أن سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، من اختصاص القضاء المختص في الدولة ولا يكون للمحكم دور فيها، وحثته في ذلك أن استبعاد اتفاق التحكيم قضاء الدولة من النظر في النزاع ينصب على

(1)- رقية رياض إسماعيل، مرجع سابق، ص 389.

(2)- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 115.

(3)- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد الثالث، 2001، ص 79-83.

(4)- زهير اسكندر، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، تونس، ط1، 2008، ص 509.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

القضاء الموضوعي دون القضاء الاستعجالي أو الوقتي، كما أن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يوجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب، إضافة إلى أن المحكم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء أكانت موضوعية أم وقتية، ولا يملك سلطة الإجبار بوصفه قاضيا خاصا لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير، إضافة إلى وجود ضمانات خاصة في القضاء لدرابنتهم ومعرفتهم بالقانون والخبرة في تطبيقه<sup>(1)</sup>.

يضيف هذا الاتجاه أن الطابع الخاص للتحكيم يعد على حد تعبير الأستاذ (إيريك لوكان) "بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية"، ويحد من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلل من فاعلية التحكيم وهو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتماد المحكم نفسه على عدالة الدولة في هذه المسائل<sup>(2)</sup>.

على النقيض من الاتجاه السابق يرى اتجاه آخر أن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها حيث أنه لما اتجهت إرادة الأطراف إلى اختيار شخص المحكم ليتولى الفصل في النزاع فإنه لا حاجة من اللجوء للقضاء، لأن الهيئة التحكيمية هي الأقدر من غيرها على تقدير مدى ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات<sup>(3)</sup>.

إضافة إلى ما يحققه نظام التحكيم من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذها من إجراءات وقتية أو تحفظية وتوحيد جهة الفصل في النزاع، فإذا كانت فلسفة

1- عامر فتحي البطانة، مرجع سابق، ص 118.

2- زهير اسكندر، مرجع سابق، ص 510-511.

3- سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مرجع سابق،

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التحكيم تقوم على مبدأ الرضائية، فإن هذا المبدأ يكون سائدا في كافة مراحل الخصومة التحكيمية ومنها تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية أو تحفظية، أما بالنسبة لمسألة افتقار المحكم لسلطة الجبر فإنه يمكن تجاوزها بأن تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقتي أو التحفظي الذي أذنت به عند إصدارها الحكم النهائي في الأصل، كما أنها يمكن أن تتخذ في صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضائها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية<sup>(1)</sup>.

جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية حاسما لهذا الجدل بحكم مؤداه اختصاص هيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على أن يكون لها هذا الاختصاص في أن تأمر أيا من الطرفين سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الطرف الآخر باتخاذ ما تراه ضروريا من تدابير مؤقتة وتحفظية، وفي ذلك نصت المادة 1046 منه على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك".  
تبعاً لذلك فإن أساس صلاحيات هيئة التحكيم في إصدار مثل هذه التدابير هو اتفاق الأطراف على تخويلها هذه السلطة، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وترتيباً على ذلك يمكن للهيئة بناء على تراضي الأطراف أن تصدر أمراً بناء على طلب أحدهما بتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد أمينة أو في أحد المخازن العامة أو بالتحفظ على دفاتر ومستندات يحوزها أحد الطرفين وتسليمها لخبير تنتدبه<sup>(2)</sup>.

1- سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، المرجع نفسه، ص100.

2- عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص 124.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

لكن إذا كانت هذه الهيئة تملك إصدار مثل هذه الأوامر، فهل تملك سلطة الإيجاب كما هي في القرارات الصادرة عن السلطات القضائية؟ إذ من المتصور أن يرفض من صدر عليه القرار بأن يتخذ هذا الإجراء أو ذلك، فما هو العمل؟

ليس هناك حل في هذه الحالة سوى طلب المساعدة من القضاء باعتباره السلطة المختصة التي تملك عنصر الإيجاب، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1046 قانون إجراءات مدنية وإدارية حيث جاء فيها: "...إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي...".

يتضح من نص المادة السابقة أن اختصاص القضاء المختص وهو القضاء الفاصل في المادة الإدارية بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها باتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية ينعقد في حالتين؛ أولهما لجوء أحد أطراف النزاع إليه لاتخاذ هذا الإجراء، وأما الاختصاص الثاني يمارس في حالة امتناع من صدر الأمر إليه من هيئة التحكيم بعمل إجراء أو تدبير معين مؤقت أو تحفظي وامتنع عن تنفيذه إراديا، إذ يجوز لمن صدر الأمر لمصلحته اللجوء للقضاء المختص.

تأسيسا على ذلك فإن هذا الأمر يعد بمثابة توزيع للاختصاص بين كل من قضاء التحكيم والقضاء الوطني<sup>(1)</sup>، فقد أعطى المشرع المحكم من حيث الأصل سلطة اتخاذ تلك الإجراءات ولكنه أجاز في نفس الوقت للخصوم الاتفاق على إعطاء هذه السلطة للقضاء المختص وحسنا فعل المشرع لأنه يوجد من المسائل ما يقتضي سرعة إسعاف الخصوم بإجراءات وقتية وسريعة حتى لا تضار مصالحهم إضافة إلى أن ضمان فعالية التحكيم واحترام

(1) - هات محي الدين اليوسفي، مرجع سابق، ص 187.

الآثار المترتبة عليه يقتضي تعاوننا وثيقا بين القضاء وهيئات التحكيم يكمل من خلاله القضاء سلطة المحكم المنقوصة.

## المطلب الثاني

### حكم التحكيم الإداري والطعن فيه

تصل إجراءات التحكيم إلى ذروتها بصدور حكم التحكيم بعد تمام إعداده في الميعاد المقرر اتفاقا أو قانونا مستوفيا كافة الشروط الشكلية والموضوعية الواجب مراعاتها حتى ينتج آثاره<sup>(1)</sup>.

ولما كان حكم التحكيم صادر عن قضاء خاص ارتضاه الخصوم، فإن شأنه شأن أي حكم قضائي من المتصور حدوث خطأ فيه؛ سواء تعلق الخطأ بعقد التحكيم، أو بأشخاصه أو بإجراءات التحكيم أو لمخالفته النظام العام أو لأسباب تتعلق بحكم التحكيم ذاته<sup>(2)</sup>، لهذا الاعتبار أتاح المشرع الجزائري لقضاء الدولة المختص بسط رقابته على حكم التحكيم فقد أجاز الطعن فيه في حالات معينة ووفقا لإجراءات محددة، وبما أن موضوع الدراسة منصب على أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، فإنه من الأهمية التعرض لطرق الطعن التي قررها المشرع عند تنظيمه لنظام التحكيم وبيان مدى ملاءمتها مع الطبيعة الخاصة لمنازعات العقود الإدارية، هذا من جهة ومن جهة أخرى التعرض لجهة القضاء التي ينبغي عقد الاختصاص لها بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية (الفرع الأول).

حيث أن المحكم يعتبر شخصا خاصا يستمد سلطاته من إرادة أطراف التحكيم واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعة المعروضة، فإنه لا يملك سلطة الأمر والإجبار التي يملكها القاضي لإضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم لهذا اتجه المشرع إلى إعطاء

(1)- عبد الباقي حسن عبد الحميد، مرجع سابق، ص 355.

(2)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 321.

هذا الدور لقضاء الدولة من أجل أن يستكمل نظام التحكيم فاعليته<sup>(1)</sup> خاصة مع وجود الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع والذي يثير إشكالية عدم امتثاله لتنفيذ الحكم الصادر ضده والدفع بالحصانة القضائية ضد التنفيذ، فإلى أي مدى يمكن للقاضي إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها؟ (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الطعن في حكم التحكيم

إن معاملة حكم التحكيم ذات المعاملة التي يلقاها الحكم القضائي من حيث جواز الطعن فيه لا يتفق مع الغاية من نظام التحكيم المتمثلة بالسرعة وعدم التعقيد في الإجراءات كما هي أمام القضاء، فلا يعقل أن يجيز المشرع للأفراد الاتفاق على التحكيم للهروب من هذه الإجراءات القضائية، ثم يجيز بعد ذلك الطعن فيه أمام القضاء وبالتالي يجبرهم على سلوك الطريق الذين حاولوا تفاديهم عند اتفاقهم على التحكيم، إلا أنه من الجانب الآخر لا يمكن أن يصدر حكم التحكيم محصنا من أية وسيلة من وسائل الرقابة عليه، لأن ذلك من شأنه أن يرفعه إلى مرتبة أعلى من مرتبة أحكام قضاء الدولة التي يمكن الطعن فيها<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أنه على حد قول بعض الفقهاء أن طرق الطعن يجب أن توضع كالسيف فوق رأس المحكمين حتى لا يصدر هؤلاء قراراتهم باستخفاف وخارج مبادئ الإنصاف وبطريقة غير قانونية<sup>(3)</sup>.

للموازنة بين خصوصية نظام التحكيم من جهة، وبين الاعتبارات السياسية والتشريعية في الدولة من جهة أخرى، إهتم المشرع الجزائري بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم

(1) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 256.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 228.

(3) - Benchikh.(N), L'arbitrage dans les relations commerciales internationales de l'Algérie, thèse de doctorat, université de Maine, 1992, p 264.

إلا أن هذه الطرق لم تستقر على أسس واضحة إضافة إلى أنه هناك بعض الطرق التي يفضل استبعادها من نظام التحكيم بسبب ذاتية هذا النظام.

### أولاً- طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري

سوف نتعرض لطرق الطعن التي قررها المشرع في الشريعة العامة للتحكيم وتبيان مدى توافقها مع خصوصية نظام التحكيم من جهة وبين طبيعة منازعات العقود الإدارية من جهة أخرى.

#### 1- الطعن بالاستئناف

أخذ المشرع الجزائري بنظام الاستئناف كأحدى الوسائل التي يمكن من خلالها الطعن في أحكام التحكيم الداخلية بشرط عدم اتفاق الأطراف على استبعاد هذا الطريق وفي ذلك تنص المادة 1033 من ق.إ.م.إ على أنه "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف على حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم".

لما كان الاستئناف كطريق من طرق الطعن يحقق مبدأ التقاضي على درجتين وبشكل ضمانات أساسية لمصلحة المتقاضين في تدارك الأخطاء التي قد تشوب الحكم، ولمصلحة سير عدالة قضاء التحكيم فإن ذلك يؤدي إلى التساؤل حول مكانة هذا الطريق في المنازعات الإدارية وهل اتجاه المشرع إلى جواز الاتفاق على استبعاده كطريق من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري يؤثر على مبدأ التقاضي على الدرجتين أم أن ذاتية نظام التحكيم تفرض استبعاده كلياً؟

إن المسلك الذي اتخذه المشرع الجزائري في المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي يجيز فيه للأطراف الاتفاق على التنازل عن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الإداري وإن كان يمليه حرص المشرع على سرعة تحقيق التحكيم للفعالية المطلوبة فإنه

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

أقام نوعا من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم فهي تسموا حتى على أحكام القضاء التي تخضع للمراجعة موضوعا وشكلا بالاستئناف على حد قول بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>.

فمن الجدير بالذكر أن القاعدة العامة في الإجراءات قوامها مبدأ التقاضي على درجتين والتي تجد سندها التشريعي في نص المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

بالتالي فإنه مادام لا يوجد نص تشريعي صريح يجيز استبعاد الطعن بالاستئناف من أحكام التحكيم الإداري فإن القواعد التي تخالف ذلك تشكل اعتداء على المبدأ العام ومنه فإنه حتى لو اتفق الأطراف على التنازل عن الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري فإن اتفاقهم لا يشكل خرقا للمبدأ حيث يبقى هذا الطريق متاحا دائما للأطراف ما لم يوجد نص تشريعي صريح يجيز الخروج عن هذه القاعدة.

بالمقابل وبالرغم من القول أن الطعن بالاستئناف يشكل ضمانا أساسية للمتقاضين ويتيح للقضاء إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم، إلا أن بعض الفقهاء يرى أنه من الأفضل استبعاده من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري وذلك لاعتبارات الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم فالأصل فيها إرادة الأطراف وطالما اتفقوا على الاستعاضة عن القضاء بهيئة تحكيم فإنهم أرادوا بذلك أيضا استبعاد إصلاح حكم التحكيم عن طريق ذلك القضاء إضافة إلى سرعة الفصل في النزاع والسرية تقتضي استبعاد هذا الطريق، وبالتالي فإنه من الأفضل أن يكون الأصل هو عدم استئناف أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية والاستثناء جواز الاتفاق على استخدام هذا الطريق كأثر طبيعي لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه نظام التحكيم بأكمله<sup>(2)</sup>.

(1)- لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان، مرجع سابق، ص 322.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 558-559.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف فإذا صدر عن محكمة قضائية حكم نهائي في طعن بالاستئناف، فإن هذا الحكم وحده يكون قابلا للطعن بالنقض وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>. الحقيقة أن هذا المسلك الذي اتخذه المشرع الجزائري يتنافى ومزايا نظام التحكيم وخاصة السرعة نظرا لما تتسم به إجراءات الطعن بالنقض من طول المدة، علما أنه لا المشرع الفرنسي ولا المصري تطرقا إليه، ولا نجد مبررا في إدراجه لأنه لا يخدم نظام التحكيم، كما يبقى التساؤل قائما حول الإجراءات التي يخضع لها هذا الطعن.

## 2- الطعن بالبطلان

إن الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم طريق استثنائي خارج عن كافة الطرق المقررة للأحكام القضائية يرمي إلى إبطال حكم التحكيم كعمل قانوني بغض النظر عن موضوعه فهو يشبه طريق النقض في الأحكام، وبالتالي فإن الطلبات التي يجوز التمسك بها في دعوى البطلان هي الطلبات التي ترمي إلى الإبطال لا إلى الإصلاح أو التعديل في حكم المحكمين فدور المحكمة يقتصر على تقرير بطلان الحكم من عدمه دون التعرض إلى موضوعه إذ أنها ليست محكمة استئناف بالنسبة لحكم المحكمين<sup>(2)</sup>.

فدعوى البطلان تعتبر من الحدود الأساسية في عملية التحكيم التي تحد من نطاق التحكيم بما يتماشى وطبيعته الرضائية والغاية منه<sup>(3)</sup>.

ولاعتبارات الموازنة بين المصلحة العامة في وضع حد للمنازعات من جهة وبين مصلحة الخصوم في تدارك الأخطاء التي قد يقع فيها المحكم من جهة أخرى، أجاز المشرع الجزائري

(1)- المادة 1034 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 231.

(3)- Charles.(J), Les frontières de l'arbitrage, Rev.arb, 2001, p 06.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي من خلال المادة 1058 من ق.إ.م.إ والتي جاء نصها كآلاتي: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه..."

وبما أن دعوى البطلان وسيلة استثنائية غير مألوفة في مجال طرق الطعن في الأحكام القضائية فقد ضيق المشرع الجزائري من نطاق اختصاص القضاء الوطني بالبطلان وقصره على أسباب وشروط محددة حصرا لا يجوز القياس عليها حددتها المادة 1056 من ق.إ.م.إ على النحو التالي:

1- إذافصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

هذا ويترتب على بطلان حكم التحكيم إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون التعرض لصلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، وذلك احتراماً لإرادة الأطراف في استبعاد القضاء من نظر النزاع، وفي هذه الحالة يحق لهم عرض النزاع على محكمة تحكيم أخرى أو اللجوء إلى طريق القضاء<sup>(1)</sup>.

(1)- بوضنيرة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006، ص 144.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

في هذا السياق يفضل جانب من الفقه لو أنه يتدخل المشرع بنص قانوني يمنح فيه السلطة لقضاء الدولة في فحص موضوع النزاع إذا قضت ببطلان حكم التحكيم، وذلك اعتباراً لما تم استهلاكه من وقت ونفقات طويلة فترة نظر النزاع من طرف هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

بما يتعلق بموضوع البحث يدفعنا للتساؤل حول مدى ملاءمة مراجعة حكم التحكيم الصادر في منازعة متعلقة بعقد إداري عن طريق الطعن بالبطلان، بما أنه طريق استثنائي وغير مألوف في مجال الطعون؟

إن الطعن بالبطلان في منازعة متعلقة بعقد إداري يعتبر مراجعة جوهرية تفرض نفسها بقوة نتيجة للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والتي يفترض أن تطبق عليها قواعد مغايرة عن القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص، وبالتالي فإن هذه المراجعة تسمح للقضاء المختص أصلاً بالمنازعة ببسط رقابته على حكم التحكيم والتأكد من صحته على نحو يرفعه إلى مصاف الأحكام القضائية، سيما فيما يخص مراعاة القواعد الإجرائية الآمرة التي ينص عليها القانون عند الفصل في النزاع إضافة إلى التحديد السليم للقانون الواجب التطبيق على الموضوع ومدى ملاءمة حكم التحكيم مع النظام العام.

### ثانياً - القضاء المختص بدعوى بطلان حكم تحكيم صادر في نزاع متعلق بعقد إداري دولي

حددت المادة 1059 من ق.إ.م.إ المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم حيث نصت على أنه: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه...". ولما كان توزيع الاختصاص النوعي بين القضاء الفاصل في المادة الإدارية والقضاء العادي مبني على المعيار

(1) - محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 163.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

العضوي المكرس تشريعيا بموجب المادة 800<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ التي تعقد الاختصاص للقضاء الفاصل في المادة الإدارية عندما تكون الإدارة طرفا في العقد، فإن هذا المعيار يجب أن يستند إليه أيضا لتحديد الجهة المختصة بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم في منازعة إدارية أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام.

تبعا لذلك فإن اتجاه المشرع إلى عقد الاختصاص في مادة التحكيم الدولي لجهة القضاء العادي (المجلس القضائي) للنظر في دعاوى بطلان أحكام التحكيم الإداري يعد اتجاها عشوائيا لا يستند إلى أي أساس، ولا يمكن أن نفسر هذا الاتجاه إلا من خلال القول أن المشرع الجزائري عند وضعه للمواد التي تنظم عملية التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قصد منها تنظيم قواعد التحكيم التجاري الدولي، وبالتالي يفترض بالمشرع عند إجازته للتحكيم في العقود التي تكون الدولة، أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها أن يعيد تنظيم تلك القواعد بما يتناسب وخصوصية منازعات العقود الإدارية، وجعل الاختصاص بدعاوى بطلان حكم التحكيم من اختصاص القضاء المختص أصلا وهو القضاء الفاصل في المادة الإدارية حتى تكون النصوص القانونية أكثر ملاءمة والنظام القانوني السائد في الدولة الذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء والقانون.

في خضم ذلك فإن الفقه الفرنسي يسند مهمة الاختصاص بالفصل في دعاوى بطلان أحكام التحكيم إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع حال عدم وجود اتفاق التحكيم، فإذا

---

(1)- تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

كان النزاع إداريا فإنه من الطبيعي أن تختص به محاكم مجلس الدولة وهذا الاختصاص هو من القواعد التي تفرض نفسها بصورة منطقية<sup>(1)</sup>.

بالموازاة يؤكد جانب فقهي على ضرورة توحيد القواعد التي تتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة بدعاوي بطلان أحكام التحكيم الدولية والتي تتعلق بعقود أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، وشخص أجنبي خاص بمناسبة استثمارات دولية وذلك حفاظا على الاستقرار القانوني وعلى الثقة في التحكيم<sup>(2)</sup>.

يضيف جانب آخر أن عقد الاختصاص لإجراء الرقابة على حكم التحكيم يجب أن يكون بالنظر إلى الجهة التي كان من المفترض عقد الاختصاص لها بالنظر في النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، بحيث إذا كانت المنازعة من طبيعة إدارية أحد طرفها شخص من أشخاص القانون العام فإن القاضي المختص بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها سيكون حتما القضاء الفاصل في المادة الإدارية على اعتبار أنه القضاء المختص أصلا بنظر النزاع<sup>(3)</sup>.

كما أنه إذا كانت طبيعة المنازعة في ظل نظام ازدواجية القضاء تشكل المعيار العام في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم يجب أن تكون أيضا هي المعيار الفاصل في تحديد جهة القضاء المختص بنظر بطلان حكم التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1)- Faussard.(D), L'arbitrage en droit administratif, Op.cit , p 41.

(2)- غالب محمصاني، مدى اختصاص القضاء الإداري للنظر بدعاوي بطلان القرارات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، مجلة التحكيم العربي، العدد 14، جوان، 2010، ص 126.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 589.

(4)- Bruce (E), Op. cit, p 71.

## الفرع الثاني

### دفع الدولة بحصانتها القضائية ضد إجراءات التنفيذ

إذا كان حكم التحكيم بصفة عامة يتضمن الحكم على أحد الأطراف وإعطاء الحق للطرف الآخر فإن هذا الأخير سيسعى إلى تنفيذه مما يستلزم معه اتخاذ الوسائل والضمانات الكفيلة بتنفيذه لكي لا يتجرّد هذا الحكم من فاعليته<sup>(1)</sup>، فمن الطبيعي أن لا يكون لهذا الحكم من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ<sup>(2)</sup>.

فمشروعية نظام التحكيم تنعكس على مشروعية كل عمل أو إجراء يؤدي إلى تحقيق ما تضمنه حكم التحكيم، بما في ذلك الوصول أو الرقي بذلك الحكم على درجة من القوة والإلزام لأحكام القضاء والتي تكفل عدم التأثير على قوته التنفيذية ونفاذه خصوصاً عند الاختلاف<sup>(3)</sup>. يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الأمر المقضي به ولكن هذه الحجية ليست كافية بمفردها لتنفيذ حكم التحكيم حيث أن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم تستدعي تدخل القضاء الوطني لإعطاء القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عنه، فإذا كانت صفة التنفيذ الجبري من سمات الحكم القضائي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة عن أشخاص لا يملكون سلطة القهر والجبر لإجبار الطرف الخاسر على أداء التزاماته التي رتبها حكم التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 296.

(2)- مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، طبعة أولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 273.

(3)- اشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 256.

(4)- مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص 274.

وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري في المادة 1035 من ق.إ.م.إ على أنه: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها...".

وبما أن موضوع الدراسة ينصب حول التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها فإن الأمر يطرح مشكلة تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، فقد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم وبعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها بالتمسك بحصانتها ضد إجراءات التنفيذ مما يثير التساؤل حول جواز هذا الأمر أن اتفاقها على التحكيم يعتبر تنازلاً عن حصانتها ضد التنفيذ مما يعطي الحق للطرف الآخر في اللجوء إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في حقها<sup>(1)</sup>.

#### أولاً- تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية الصادرة ضد الإدارة

إن صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم الإدارية الصادرة ضد الإدارة تدخل في إطار مشكلة أخرى أكثر عمومية وهي تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضدها، نظراً لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، والتي تداركها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المواد 978-979-980-981، حيث اعترف من خلالها للقضاء الفاصل في المادة الإدارية بسلطة توجيه الأوامر لجهة الإدارة من أجل تنفيذ القرارات والأحكام القضائية بصورة ناجعة وفي ذلك تنص المادة 978 على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء".

(1)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 388.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بالإضافة إلى سلطة توجيه الأوامر للإدارة فقد نص المشرع الجزائري على بعض الطرق والوسائل التي من شأنها الحد من امتناع هذه الأخيرة عن تنفيذ الأحكام القضائية خصوصا وأن هذا الامتناع لا يمثل مساسا بحق المحكوم له فحسب بل يمثل إهدار لقوة الأحكام القضائية واعتداء على هيبة السلطة القضائية واستقلالها<sup>(1)</sup>، ومنها استخدام وسيلة التهديد المالي المتمثلة في القضاء بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة والتي تستهدف إجبارهم على تنفيذ الأحكام في حالة عدم تنفيذها أو التأخير في تنفيذها<sup>(2)</sup>.

هذا الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري مرده الانتشار الواسع والخطير لظاهرة رفض تنفيذ الأحكام القضائية والذي تواترت عليه جهة الإدارة بشكل واسع وخطير، حيث وصل بها الأمر إلى حد رفض قرارات مجلس الدولة باعتباره أعلى درجة في التقاضي في المادة الإدارية<sup>(3)</sup>.

هذا وقد تسعى الإدارة وهي بصدد التهرب من تنفيذ الحكم الإداري إلى إصدار قرارات إدارية تبرر من خلالها تأخرها أو امتناعها عن التنفيذ، وفي هذه الحالة يستطيع المحكوم اللجوء إلى طريق الطعن بالإلغاء في قراراتها، ويطلب من القضاء المختص بذلك توجيه أوامر للإدارة حتى تتصاع لتنفيذ الحكم<sup>(4)</sup>.

ترتبيا على ذلك فإن هذه الوسائل التي قررها المشرع يمكن أن تشكل سلاحا بيد المحكوم له من أجل إجبار الإدارة على الامتثال للحكم الصادر ضدها واحترام حجية الأمر المقضي فيه

---

(1) - حسينة شرون، المسؤولية بسبب امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاء المترتبة عنها، مجلة المفكر، عدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006، ص 191.

(2) - عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 151.

(3) - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 224.

(4) - عبد الوهاب عبدول، إشكاليات تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة عن المحاكم الاتحادية وسبل مواجهتها، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، 2012، ص 06.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وإن كانت هذه الوسائل تخص الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة فإن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا المقام: هل يسري هذا القانون على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية والأخذ بهذه الوسائل من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الداخلي الذي امتنعت أو تأخرت في تنفيذه؟

استوجب التنظيم القانوني للتحكيم<sup>(1)</sup> إعطاء دور فعال للقضاء في عملية التحكيم باعتباره سلطة عامة يملك وحده إلزام الخصوم بتنفيذ أحكامه حتى يستمد الحكم فاعليته ويؤدي إلى تحقيق العدالة المنشودة من وراء اللجوء إلى التحكيم، حيث أن القاعدة أن حكم التحكيم لا يكون قابلاً للنفاذ إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية سواء من قبل المحكوم ضده برضائه بالتنفيذ أو من قبل القضاء المختص إذا لم يقبل المحكوم ضده التنفيذ طوعاً باستصدار أمر التنفيذ<sup>(2)</sup>.

امتداداً لهذه السلطة الممنوحة للقضاء فإن المحكوم له بحكم تحكيم إداري يستطيع أن يلجأ لهذا القضاء من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها وفقاً لوسائل التنفيذ الجبري السابق بيانها.

### ثانياً- تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة ضد الإدارة

في إطار التنفيذ الجبري لحكم التحكيم قد تدفع الدولة بحصانتها ضد التنفيذ فإلى جانب الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة تجاه القضاء الوطني لدولة أجنبية هناك نوع آخر من الحصانة تتمتع بها هذه الأخيرة وهي الحصانة ضد إجراءات التنفيذ، فبينما الحصانة القضائية للدولة تهدف إلى الحيلولة دون مثل الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى لما في هذا المثل

(1)- المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 226.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها، فإن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ تهدف إلى منع اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضد الدولة<sup>(1)</sup>.

حاول بعض الفقه وضع تعريف للدفع بالحصانة القضائية ضد إجراءات التنفيذ بالقول أنه: "دفع تسعى الدولة من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي يسعى المحكوم له بحكم تحكيمي لاتخاذها ضدها، فتستطيع بذلك أن ترفض إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وبالتالي تمنع من التنفيذ جبرا على أموالها"<sup>(2)</sup>.

انقسم الفقه حول مسألة مدى تمسك الإدارة بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن حصانة الدولة ضد التنفيذ هي حصانة مطلقة؛ أي أنها تتمسك بها بغض النظر عن العقد الذي أبرمته سواء كان ذو طبيعة تجارية أو إدارية، حيث أن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الدولة سيؤدي إلى خلل بليغ في العلاقات الدولية ناهيك عن ما تطوي عليه هذه الإجراءات من انتهاك شديد لسيادة الدولة، فاتفق التحكيم لا يمثل تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الصادر في مواجهتها، إلا في حالة إذا وافقت صراحة على منح الاختصاص بتنفيذ حكم التحكيم لمحكمة أجنبية<sup>(3)</sup>.

ينتقد جانب من الفقه هذا الرأي حيث يرى أن الطبيعة المطلقة للحصانة ضد إجراءات التنفيذ أصبحت غير قادرة على استيعاب الحقائق الدولية الراهنة<sup>(4)</sup>، فالمفهوم المطلق الذي تتمتع به حصانة التنفيذ على هذا النحو سيشكل عقبة أمام التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم في المجال

---

(1) - حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 174 وفي نفس المعنى أنظر كذلك: بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 389.

(2) - أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص 316.

(3) - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، مرجع سابق، ص 281. عبد الباقي حسن عبد الحميد، مرجع سابق، ص 375.

(4) - حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 175.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الدولي، فما الجدوى من وجود قضاء التحكيم الدولي إذا كانت أحكامه لا تحترم، حيث يبقى حكم التحكيم فارغا من أي معنى في حالة عدم تنفيذه من طرف الدولة، وهذا سيؤدي حتما إلى عرقلة عملية تطور نظام التحكيم على الصعيد الدولي، وعدم تحقق الاستقرار اللازم للاستثمارات الأجنبية<sup>(1)</sup>.

لعل ذلك ما دفع بجانب آخر من الفقه إلى محاولة التلطيف من حدة المفهوم المطلق لحصانة الدولة ضد التنفيذ وجعلها حصانة نسبية<sup>(2)</sup>، بحيث اقترح تبني معيار مستمد من طبيعة المال المطلوب التنفيذ عليه، حيث يتوجب التفرقة بين أموال الدولة المخصصة للمنفعة العامة وتلك المخصصة لأغراض تجارية أو خاصة، فإذا كان هذا المال مالا عاما يستهدف تحقيق الصالح العام فإنه يستبعد من إجراءات التنفيذ، أما إذا كان المال خاصا فإن إجراءات التنفيذ يمكن أن تباشر عليه<sup>(3)</sup>.

من ثم يمكن لمن كسب الدعوى التحكيمية ضد الدولة أن يلجأ إلى القضاء من أجل تنفيذ حكم التحكيم جبرا عن طريق التنفيذ على أموال الدولة الغير مخصصة للمنفعة العامة<sup>(4)</sup>.  
إلا أن هذا الرأي أيضا مردود ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن الحصانة ضد التنفيذ أصبحت بشكل نسبي إلا أن المسألة لن تنتهي عند هذا الحد، حيث أن حصانة الدولة ضد التنفيذ لها بعد سياسي أكثر منه قانوني وتدخل في مجال حساس للغاية وهو مجال العلاقات الدولية إذ أن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم وما ينتج عنه من إمكانية قيام المحكوم له باستصدار

(1) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 617.

(2) - عبد اله محمد سلامة البطوش، مرجع سابق، ص 202.

(3) - حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 176.

(4) - أحمد صالح مخلوف، مرجع سابق، ص 322.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

أمر من قضاء الدولة بالحجز على أموال الدولة الأجنبية يمكن أن يفسر من جانب هذه الأخيرة على أنه عمل عدواني صادر ضدها مما قد يؤثر على العلاقات الدبلوماسية القائمة بينهما<sup>(1)</sup>. ردا على الاتجاهات السابقة يرى جانب آخر أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة عند إبرامها لأحد العقود مع الأشخاص الخاصة الأجنبية يعد قبولا منها للخضوع لقضاء المحكمين ويجب أن تمتد آثاره لتشمل التنفيذ الجبري لحكم التحكيم؛ بمعنى أن وجود هذا الاتفاق في حد ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وبالتالي ينبغي على الدولة أن تحترم تعاهداتها والتزاماتها التعاقدية وتقبل تنفيذ حكم التحكيم عن طواعية، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفعالية التحكيم، وتوطيدا لثقة المتعاقدين معها حتى تتمكن من تحقيق رؤاها الاقتصادية فالحكم هو ثمرة التحكيم، والموافقة على اتفاق التحكيم تتضمن الموافقة على الآثار القانونية التي تترتب عليه بما فيها إجراءات تنفيذ حكم التحكيم<sup>(2)</sup>.

نتفق مع هذا الرأي الأخير حيث أن زرع الثقة في نفوس المستثمرين وجلب الاستثمارات الأجنبية خاصة بالنسبة للدول النامية يعتمد على مصداقية الدولة في تعاقدها ففي مجال التجارة الدولية يأخذ القهر لتنفيذ قرارات التحكيم الدولي معنى اقتصادي يلعب نفس الدور الذي يلعبه قهر السلطة بمفهومه في القوانين الداخلية، حيث يترتب على عدم انصياع الدولة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود التي سبق وأن اتفقت على طريق التحكيم لحلها جزاءات تأديبية قد تصل إلى حد نشر هذه الأحكام الصادرة ضدها وتشويه سمعتها في الحقل الدولي، مما سيؤدي إلى حرمانها مستقبلا من إبرام عقود في المجال الدولي، ومنه نرى أن قبول الدولة إدراج شرط التحكيم في تعاقدها يعد تنازلا عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ فهذا الذي يضمن فعالية نظام التحكيم وتطوره على الصعيد الدولي.

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 625.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 295.

## الفصل الثاني

أثر التحكيم على النظام الموضوعي  
لمنازعات العقود الإدارية

## الفصل الثاني

### أثر التحكيم على النظام الموضوعي لمنازعات العقود الإدارية

يقوم نظام التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها سواء فيما تعلق بالهيئة التي تقوم به أو بالقانون الواجب التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ولا شك أن هذه الحرية تجعل الأطراف يشعرون بالاستقرار القانوني حيث أن نظام التحكيم يحررهم من الشكليات والاختلاف في الآراء والقواعد القانونية التي تختلف من دولة إلى أخرى<sup>(1)</sup>.

إلا أن التحكيم في المنازعات الإدارية وخاصة في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي قد يؤدي إلى استبعاد القانون الوطني للإدارة وتطبيق قانون أجنبي يجهل التفرقة بينها وبين العقود المدنية، أو في حال تكييف تلك العقود الإدارية من قبل المحكم على أنها من عقود القانون الخاص، مما سيؤثر بلا شك على مركز الإدارة وامتيازاتها في مثل هذه العقود<sup>(2)</sup>. حيث أن هذه العقود تقع على حدود كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، على نحو يؤدي إلى تصارع كافة هذه الأنظمة القانونية من أجل الفوز بتنظيمها، وهو ما يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة صعبة لا يمكن حسمها على نحو قاطع نظرا لاتصالها بكل هذه الأنظمة لاسيما عن طريق أطرافها<sup>(3)</sup>.

---

(1) - نور حمد الدجاي، "القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، منشور على الموقع الإلكتروني.

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf>، تاريخ 2016/01/15 الساعة 21:10، ص 655.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 296.

(3) - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 10.

لهذا تسعى الإدارة دائما إلى تطبيق قواعد قانونها الوطني "القانون الإداري" على منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، في حين يسعى الطرف الأجنبي إلى استبعاد هذا القانون وتطبيق قواعد أخرى تنتمي إلى قانون دولة أجنبية، الأمر الذي يفقد معه العقد الإداري القواعد القانونية التي تحكمه بحيث يخضع لنظام قانوني لا يعترف به<sup>(1)</sup>.

سوف نحاول من خلال هذا الفصل بحث إشكالية القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية في ظل نظام التحكيم (المبحث الأول)، ومدى ملاءمة تدويل النظام القانوني الواجب التطبيق عليها (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية

لا يطرح القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية أي إشكالية متى أعتبر العقد داخليا، ذلك لأن القانون المطبق سيكون حتما القانون الوطني لأنه في مثل هذه الحالة لا يمكن للأطراف أن ينقلوا الاختصاص بشأنه لقانون آخر بإرادتهم، إلا أن الصعوبة تكمن في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي حيث تسعى الدولة دائما إلى تطبيق قانونها الوطني، كونه أضمن لها لأنها أعلم بم تتضمنه قوانينها من أحكام، بل عادة ما يكون العقد محل التحكيم قد تمت مراجعته من قبل الجهات القانونية المختصة وفقا للقوانين ذات العلاقة وهي بالتالي تطمئن كثيرا إلى قوانينها المحلية مقارنة بالقوانين الأجنبية التي قد لا تعرف نظرية العقد الإداري وما تحمله من امتيازات وسلطات للدولة المتعاقدة<sup>(2)</sup>.

في المقابل فإن الشركات الأجنبية بما تملكه من قدرات وإمكانيات مادية هائلة تسعى جاهدة إلى الضغط على الدولة الطرف في العقد لتطبيق قانون دولتها أو اختيار قانون آخر

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 629.

(2)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 813.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

محايد تراه أكثر ضماناً لها من قانون الدولة المتعاقدة، الأمر الذي سيؤدي إلى احتمالية خضوع العقود الإدارية لقانون يجهل التفرقة بينها وبين عقود القانون الخاص<sup>(1)</sup>.

وإذا كان المشرع الجزائري قد كرس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن هذه الإرادة قد تتجه إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة قصد التخلص من هيمنتها وما تتمتع به من سلطات وفقاً لقانونها الداخلي "قواعد القانون الإداري"، أما إذا لم تتفق الإدارة مع متعاقدتها الخاص على تحديد القانون الواجب التطبيق فهذا يظهر الدور الإحتياطي للمحكم في تحديد هذا القانون (المطلب الأول).

وتجد إشكالية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كذلك صدى لها في آراء الفقه واتجاهات قضاء التحكيم، منهم من ينادي بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد الإداري الدولي، ومنهم من يسعى إلى استبعاد هذا العقد من النظام القانوني للدولة المتعاقدة واخضاعه لنظام قانوني لا ينتمي لهذه الدولة، كما قد يسعى المتعاقد الأجنبي مع الدولة للحد من سيادتها بتضمين العقد شرطاً يقضي بتجميد القانون الداخلي على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### دور مبدأ سلطان الإرادة والمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

لا شك في أن لأطراف الخصومة في عملية التحكيم الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل المنازعة، طالما أن ذلك لا يصطدم بالقواعد الآمرة التي تقرها النظم القانونية الداخلية<sup>(2)</sup>.

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية، مرجع سابق، ص 76.

(2)- محمد علي بني مقداد، مرجع سابق، ص 218.

وإذا كان الأصل هو قيام أطراف التحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع بصورة واضحة وبعبارات صريحة لا لبس فيها ولا غموض، و يتقيد المحكم بهذا القانون ويطبقه حيث لا يملك استبعاده وإلا خالف إحدى القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومن ثم يؤدي إلى وقوع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان<sup>(1)</sup> (الفرع الأول).

إلا أنه قد لا يكون اختيار طرفي النزاع لذلك القانون صريحا بل ضمنيا يستشف من الظروف المحيطة بالعقد التي تظهر أنهم قصدوا تطبيق قانونا معينا على عقدهم، هنا يظهر الدور الاحتياطي للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع الذي يراه أكثر اتصالا بالنزاع<sup>(2)</sup> (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق

تعتبر مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم المسائل ذات العلاقة بالعملية التحكيمية، خاصة إذا تعلق الأمر بالعلاقات التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة مع الأشخاص الخاصة، لما تولده من نتائج هامة على الآثار المترتبة على العقد الإداري من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه، ومن حيث تحديد حقوق الطرف المتضرر جراء فسخ العقد، ومن حيث مدى إمكانية تعديل العقد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة<sup>(3)</sup>.

في هذا السياق فإن القاعدة المستقر عليها فقها وقضاء وتشريعا في مختلف النظم القانونية هي خضوع العقود الدولية ومن بينها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي من حيث

(1)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 821.

(2)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 76.

(3)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 205.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

موضوعها أو إجراءات التحكيم فيها لمبدأ سلطان الإرادة<sup>(1)</sup>، والذي بموجبه إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، أو يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة لحكم العقد وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر التقاء الإرادات كافياً بحد ذاته ليكون مصدراً للإلتزام<sup>(2)</sup>.

ومن الفقه الفرنسي من يرى أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص حيث يملك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد منذ لحظة إبرامه<sup>(3)</sup>.

تبعاً لذلك كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1050 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".

كما أخذت بهذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية، حيث اعترفت اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى للدولة والأشخاص العامة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفاً فيه حيث نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف"<sup>(4)</sup>.

كما يجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية صدى له في العديد من التوصيات الصادرة عن مجمع القانون

---

(1)- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 218.

(2)- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 103.

(3)- Derains.(y), L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev, arb, 1986, p 392.

(4)- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 572.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الدولي في دورة انعقاده في أثينا سنة 1979، حيث أكد المجمع على مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في المادة الأولى من التوصيات التي أصدرها والتي جاء فيها أنه: "تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف"<sup>(1)</sup>.

وقد أكد قضاء التحكيم الدولي في العديد من الأحكام الصادرة عنه على قدرة الأطراف في أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق على العقد.

ففي قضية Aramco ضد الحكومة السعودية، ذهبت محكمة التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 22 أوت 1958 إلى أنه "وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص، فإنه يجب في المقام الأول تطبيق القانون المختار صراحة من قبل الأطراف على العقد ذو الطابع الدولي، وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار، يطبق في المقام الثاني القانون المفترض اختياره من قبلهم"<sup>(2)</sup>. كما أنه في قضية تكساسو ضد الحكومة الليبية فإن المحكم الوحيد الأستاذ Pupuy في حكمه الصادر بتاريخ 19 جانفي 1977 أكد على مسألة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق بقوله: "أن كل الأنظمة القانونية -أي كانت- تطبق مبدأ استقلال الإرادة في مجال العقود الدولية"<sup>(3)</sup>.

هذا ويجب أن تكون إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه صريحة وواضحة، وذلك حتى يتجنبوا الخلافات الحادة بينهم، حيث يحاول الطرف الأجنبي إخراج العقد من نطاق قانون الدولة المتعاقدة، وفي المقابل تدافع الدولة عن خضوعه لقانونها الوطني باعتبار أن ذلك تعبير عن سيادتها"<sup>(4)</sup>.

(1)- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 103.

(2)- حكم مشار اليه عند وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 637.

(3)- حكم مشار اليه عند سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 575.

(4)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 182.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وهو ما أكدت عليه محكمة التحكيم في حكمها الصادر تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1992 حيث ذهبت إلى القول بأنه: "يجب البحث أولاً عن الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وفي حالة غياب هذه الإرادة، فإنه من المتعين البحث عن إرادتهم الضمنية الخالية من لأي لبس أو غموض"<sup>(1)</sup>.

مما سبق يتبين أن مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع من المبادئ المصاحبة لأي نظام قانوني، ومبدأ مستقر عليه في مجال التحكيم الدولي، إلا أن جانب من الفقه يرى أن هذه الحرية ليست مطلقة، حيث يجب على الأطراف عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق مراعاة النظام العام، وأن يكون لهم مصلحة مشروعة في اختياره، إضافة إلى وجوب أن يتم اختيار ذلك القانون بحسن نية، إذ لا يجوز الاتفاق على اختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الموضوعية الآمرة في القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع<sup>(2)</sup>.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مطلقة، وغير مقيدة بأي قيد في هذا الخصوص، وبالتالي يجوز لهم اختيار أي قانون وطني لدولة معينة ولو لم يكن له صلة بالنزاع<sup>(3)</sup>.

تأسيساً على ما تقدم ونظراً للأهمية التي يكتسبها القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعات العقود الإدارية، فإنه ينبغي على الدولة المتعاقدة أو إحدى المؤسسات التابعة لها عند تعاقدها مع أطراف أجنبية أن تختار شرط القانون الواجب التطبيق بعناية وبنص صريح ولا تكفي بمجرد الإشارة الضمنية، لأن قضاء التحكيم يتجه عند غياب الإرادة الصريحة إلى إعطاء الحق لنفسه في إعطاء النظام القانوني الذي يراه أكثر ملاءمة للنزاع، وقد يكون قانوناً مجهولاً

(1) - حكم مشار إليه عند وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 637.

(2) - نور أحمد الدجاي، مرجع سابق، ص 659.

(3) - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 569.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية، الأمر الذي يؤدي إلى تحول العقد الإداري إلى عقد مدني ويؤثر بالسلب على امتيازات الإدارة المقرر لها لتحقيق المصلحة العامة. إضافة إلى أنه يجب على الدولة عند التعاقد مع الطرف الأجنبي أن تسعى إلى تطبيق قواعد قانونها الوطني، أو قواعد قانون دولة تنتمي إلى النظام اللاتيني ذلك النظام الذي يعترف بنظرية العقود الإدارية ويميزها عن العقود المدنية.

### الفرع الثاني

#### دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق حال سكوت الأطراف

إذا اتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد محل التحكيم، فإنه يجب على المحكم الالتزام بالقانون المختار من قبل طرفي النزاع، إلا أنه إذا أغفل الأطراف تحديد ذلك القانون صراحة بسبب إهمالهم أو عدم اتفاقهم فإنه يقع على عاتق المحكم عبئ البحث عنه<sup>(1)</sup>، وهو ما يدفعنا للتساؤل حول مدى حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإدارية، وما هو المنهج الذي سيعتمده؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل انقسمت اجتهادات الفقه والمحكمين إلى اتجاهين؛ الأول يلزم المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اللجوء إلى منهج تنازع القوانين والآخر يمنحهم حق التحديد المباشر دون الاستعانة بهذا المنهج<sup>(2)</sup>.

#### أولاً- تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق من خلال منهج تنازع القوانين

إذا كان المحكم يملك اللجوء إلى منهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على أصل النزاع، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو عن قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء إليها؟

(1)- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 312.

(2)- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 578.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

اختلف الفقه في شأن معالجته لهذه المسألة حيث ذهب البعض إلى أن المحكم يمكنه اللجوء إلى منهج تنازع القوانين الوارد في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يوجد بها محل إقامته على اعتبار أن هذا النظام يكون المحكم أكثر الماما به عن غيره من الأنظمة الأخرى إضافة إلى أن الأطراف عند اختيارهم لمحكم ما فهذا يشكل قرينة على اتجاه إرادتهم الضمنية لاختيار قواعد تنازع القوانين في دولة المحكم المختار<sup>(1)</sup>.

تعرض هذا الاتجاه للنقد وذلك من منطلق أن الحل الذي أتى به قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع، كما أن المحكم لا يختاره الأطراف في معظم الأحوال فقد يتم اختياره بواسطة الغير أو أحد مراكز التحكيم كما هو الحال في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم، إضافة إلى أن هذا الحل يصعب الأخذ به في الحالة التي تكون فيها محكمة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد فيكون المحكمون من جنسيات مختلفة ويقومون في بلدان مختلفة<sup>(2)</sup>، إضافة إلى أن هذا الاتجاه يبنى موقفه على أساس النية المفترضة للأطراف بأنها قصدت الرجوع لقانون جنسية أو موطن المحكم، باعتباره قانونا ليس غريبا عنه، لكن قد يؤدي هذا الاتجاه إلى تطبيق قانون ليس له أدنى علاقة بالنزاع<sup>(3)</sup>.

وذهب البعض إلى أن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي كان من المفترض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، أي يطبق المحكم قانون القاضي الذي استبعد اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1) - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 578، وانظر أيضا: محمد كولا، مرجع سابق، ص 218.

(2) - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 155.

(3) - محمد كولا، مرجع سابق، ص 218.

(4) - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 359.

إلا أن الأخذ بهذا الرأي من شأنه أن يتعارض مع أحد الأهداف التي يسعى نظام التحكيم الدولي إلى تحقيقها والمتمثلة في تفادي الصعوبات المتعلقة بمشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، إضافة إلى أن هذا الحل على حد تعبير الاتجاه الناقد يجعل المحكم يدور في حلقة مفرغة، ذلك أن الأخذ به يقتضي من المحكم أن يحدد مسبقا القضاء المختص في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم، ثم يقوم بعد ذلك بتطبيق قواعد تنازع القوانين المقررة في قانون هذا القضاء الذي تم استبعاده<sup>(1)</sup>.

فيما ذهب جانب آخر إلى القول بأن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة التي يشترك الأطراف في جنسيتها أو التي يوجد بها مواطنهم المشترك<sup>(2)</sup>.

إلا أن هذا الحل يتعذر الأخذ به في مجال العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي أين لا يكون لأطراف المنازعة جنسية مشتركة ولا يجمعهم موطن مشترك يجعل بمقدور المحكم إعمال قواعد تنازع القوانين في دولة الموطن أو الجنسية المشتركة<sup>(3)</sup>.

أمام الانتقادات التي وجهت إلى الآراء السابق عرضها، عالجت الاتفاقيات الدولية هذه المسألة وأوجبت على المحكم أن يطبق القانون الذي تحدده قواعد التنازع التي رآها أكثر ملاءمة للنزاع المطروح أمامه<sup>(4)</sup>.

فقد كرسّت المادة 2/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، اليونسترال لسنة 1985 هذا الحل ونصت على أنه: "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".

(1) - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 579.

(2) - محمد كولا، مرجع سابق، ص 218.

(3) - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 155-156.

(4) - أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 315.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وتضمنت الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية جنيف لعام 1961 نفس الرأي حيث نصت على أنه: "للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يجب على المحكمة تطبيقه وفي حال عدم وجود هذا التحديد يطبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها ملائمة في هذا الصدد"<sup>(1)</sup>.

وأخذت الفقرة الأولى من المادة 42 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بقانون الدولة الطرف في العلاقة حيث نصت على أنه: "...وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي".

كما أكد قضاء التحكيم الدولي على هذا الاتجاه في حكم تحكيمي صادر له في قضية بين طالب التحكيم الجزائري (مجهز سفينة) وشركة الملاحة الفرنسية اللذان اتفقا في المادة 25 من العقد على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره المحكمين المعنيين حيث توصلت هيئة التحكيم إلى القول بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، كما أن تطبيق قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص الجزائري تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>.

يتضح مما سبق أنه في حالة غياب تحديد القانون الواجب التطبيق من أطراف العلاقة القانونية، يكون للمحكم الحرية في اختيار قواعد الإسناد التي يراها أكثر ملاءمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، إلا أنه لا يملك منهج بعينه يمكنه اللجوء إليه كالقاضي مما يعطيه سلطة تقديرية واسعة في تحديد تلك القواعد، مما يعني أنه إذا أسندت تلك القواعد تطبيق قانون وطني آخر غير قانون الدولة الطرف في العقد وجب تطبيقه وقد يكون

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 649.

(2)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 219-220.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذلك القانون يجهل التفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية، مما سيؤدي إلى خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي نشأت فيه وقد يلجأ المحكم الى قاعدة إسناد يختار من خلالها تطبيق قانون الطرف الأجنبي الخاص والذي يمتلك غالبا قدرا من القوة الاقتصادية مستبعدا بذلك قانون الدولة أو أحد أشخاصها العامة المتعاقدة.

لذا انطلاقا من عدم وجود منهج بعينه يمكن للمحكم اللجوء اليه، فإنه يجب تحديد قواعد إسناد مناسبة والتي على ضوءها يحدد المحكم القانون المختص في مثل هذه المنازعات، أو الإستغناء عن اللجوء الى هذا الطريق كليا بأن تحرص الدولة منذ البداية على تضمين عقودها الإدارية شرطا صريحا وواضحا يقضي بتطبيق قواعد قانونها الوطني على أصل النزاع، وفي حال غياب هذا الاتفاق يتعين على المشرع أن يتدخل بنص صريح يقضي من خلاله أن يكون القانون الوطني للدولة هو الواجب التطبيق حتى لا نترك للمحكم فرصة انحيازه للطرف الأجنبي واختياره للقانون الذي يخدم مصلحته على حساب مصلحة الدولة.

### ثانيا- التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

لمعالجة مشكلة غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق، ظهرت نظريتان تساعد المحكمين في التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء الى قواعد تنازع القوانين<sup>(1)</sup>.

#### 1- النظرية الشخصية

وفقا لهذه النظرية فالعقد الدولي يعتبر بالنسبة لأطرافه كالقانون الصادر من البرلمان في مواجهة المخاطبين بأحكامه، فعملية إعداد العقد الدولي تشبه العملية التشريعية التي يقوم بها البرلمان، وبالتالي فإن العقد يعتبر بمثابة القانون بالنسبة إليهم، وهو ملزم في حد ذاته، ولا يستمد

(1)- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص108.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة الطرفين، وإذا كان للقانون دور في هذا الشأن فهو مجرد التأكيد على احترام حرية المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك فإن النصوص والشروط التعاقدية التي يحتويها العقد الذي أبرمته الدولة مع الطرف الأجنبي معها تشكل نظاماً قانونياً ينظم كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، فالعقد يخلق القانون الذاتي له، ويخضع لأحكامه، وهذا النظام القانوني أساسه العقد شريعة المتعاقدين من جهة، ومبدأ أن الإتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعد قانوناً للأطراف من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

لم تسلم النظرية القائلة لخضوع عقود الدولة للقانون الشخصي للعقد من النقد حيث ذهب جانب فقهي إلى القول أن إرادة الأطراف وحدها لا تستطيع أن تخلق نظاماً قانونياً جديداً، فهذه الإرادة لا تقدر على ترتيب آثار قانونية إلا إذا احتواها نظام قانوني سابق على وجودها، والذي يقرر أن هذه الإرادة يمكن أن تنشئ في ظل تحقق شروط معينة آثار قانونية محددة، إضافة إلى أن مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك مبدأ سلطان الإرادة مبادئ لم تأتي من العدم إذ لا بد من وجود نظام قانوني ترتكز عليه يضيف عليها القوة القانونية الملزمة<sup>(3)</sup>، كما ذهب جانب آخر إلى القول أن هذه النظرية بوصفها تعبيراً عن نظرية العقد تعتبر نظرية غير منطقية، فنصوص العقد لا يمكنها مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف على نحو كامل، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى خلق نوع من عدم الاستقرار والثبات في المعاملات الدولية، حيث أنها تعطي القدرة للحكومات والأفراد على خلق أنظمة قانونية مستقلة

(1)- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 39.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 743-744.

(3)- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 63.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ومجتمعات لا تخضع لأي سلطة ناهيك عن السلطات غير المحدودة التي تمنحها للمحكم في تفسير ذلك العقد<sup>(1)</sup>.

يضيف جانب آخر أنه من شأن الأخذ بهذه النظرية في إطار العقود الإدارية أن يربط نتائج بالغة الخطورة، فالعقود بصفة عامة تخضع لنظام قانوني معين يتضمن قواعد أمره لا يجوز للأطراف مخالفتها بأي حال، ومنه لا يمكن وفقا لفكرة القانون الذاتي للعقد أن يتضمن العقد شروطا تتجاهل هذه القواعد<sup>(2)</sup>.

كذلك فإن معظم قواعد القانون الإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا تخضع لإرادة الأطراف واتفاقهم وبالتالي إذا ما اتفق الأطراف على ما يخالف هذه القواعد من شأنه الاصطدام بالنظام العام والذي يربط بطلان حكم التحكيم وعدم تنفيذه<sup>(3)</sup>.

### 2- النظرية الموضوعية

كرست كل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بدعم كل من الفقه والقضاء الدوليين هذا الاتجاه الذي يرى ضرورة خضوع العقد لحكم القانون من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمحكم وفقا للنظرية الموضوعية يقتصر دوره على تحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه... الخ لتحديد القانون الأكثر صلة بالعقد لتطبيقه عليه<sup>(4)</sup>.

(1)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 747.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 656.

(3)- المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي ببطلان حكم التحكيم وعدم جواز تنفيذه إذا ما تضمن ما يخالف النظام العام.

(4)- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 44.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وقد اعتمد المشرع الجزائري هذا الحل، إذ نص في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" وأكدت أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الاتجاه حيث قررت محكمة التحكيم في حكمها الصادر سنة 1983 تطبيق القانون البلجيكي على النزاع بعد أن اتضح لها أنه أكثر ارتباطا به، لأن مقر البائع والمشتري وكذلك مكان إبرام العقد يقع في بلجيكا<sup>(1)</sup>.

وكرس مجمع القانون الدولي هذا الاتجاه في دورة انعقاده في أئينا سنة 1989، حيث أكد أنه في حالة غياب القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة والأشخاص الأجنبية، تطبق قواعد القانون الأكثر صلة بالنزاع<sup>(2)</sup>.

نرى أن هذه الطريقة أكثر موضوعية من غيرها من الطرق الأخرى حيث تؤدي غالبا إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد الإداري ذلك أن هذا العقد دائما يتم إبرامه داخل الدولة وينفذ على أراضيها.

### المطلب الثاني

#### تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد الإداري الدولي

إن الطبيعة الخاصة لعقود الدولة والناجمة عن كون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طرفا فيها والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها قد جعل من مسألة تحديد النظام القانوني الذي يطبق على هذه العقود مسألة شديدة الحساسية ومرتبطة بصراع المصالح

(1)- حكم مشار اليه عند وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 657.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع نفسه، ص 658.

بين الأطراف على نحو أفرز معه العديد من النظريات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود<sup>(1)</sup>.

بين من ينادي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود الإدارية، وذلك استنادا إلى عدة حجج تبرر ذلك الخضوع، وبين من يسعى إلى تجريد العقد من سيطرة هذا القانون بحجة عدم مسابرة للتطورات الحاصلة في العالم، أو أن قضاءها غير محايد اتجاه الطرف الأجنبي<sup>(2)</sup> (الفرع الأول).

إضافة إلى أن الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة يسعى جاهدا للحد من اختصاص قانونها الوطني والامتيازات التي يمنحها لها عن طريق تضمين عقدهم شرطا يقضي بتجميد القانون الوطني المختار من حيث الزمان بحيث لا تسري عليه أي تعديلات من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينهم<sup>(3)</sup> (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بين التأييد والإعتراض

سبقت الإشارة إلى أن التطبيق المباشر للقانون الواجب التطبيق وفقا للنظرية الموضوعية سوف يقود المحكم في كل حالة تقريبا إلى اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة على أنه القانون الأساسي الذي يحكم العقد.

فخصوصية عقود الدولة والتي غالبا ما تخص التنمية الاقتصادية وتتعلق بالمصلحة العامة تفرض أن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق على عقودها<sup>(4)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص 254.

(2)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 208.

(3)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 198.

(4)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 212.

إتجه الفقه من أجل تطبيق هذا القانون إلى الاستناد على العديد من الحجج التي أثارت العديد من الانتقادات فهناك من يستند على قرينة وجود الدولة كطرف في العقد، وهناك من يؤكد على حق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بتنظيم عقودها استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية، وهناك من يستند إلى نصوص المعاهدات الدولية<sup>(1)</sup>.

فيما نادى جانب آخر من الفقه باستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لحكم هذه النوعية من العقود، استنادا لعدم كفايته في إعطاء الحلول للمشاكل التي تفرضها المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي، أو تخوفا من استعمال الدولة لسلطاتها في إلغاء أو تعديل قانونها الوطني واجب التطبيق على الموضوع إذا تبين لها أن من شأن تطبيقه الإضرار بمصالحها الوطنية<sup>(2)</sup>.

#### أولاً- الاتجاه المؤيد لخضوع العقد الإداري للقانون الوطني للدولة المتعاقدة

يستند الإتجاه المناادي بخضوع العقود الإدارية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة للعديد من الحجج نسوقها في مايلي:

#### 1- إخضاع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية

ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على عقودها التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية وذلك بناء على تكييفها كعقود إدارية، استنادا إلى وجود الدولة صاحبة السيادة كطرف في العقد<sup>(3)</sup>.

هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقود التي تبرمها الدولة صاحبة السيادة خضوعا مطلقا لقانونها الوطني أقرته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية بتاريخ

(1)- حفيظة السيد الحدال، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 416.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 665.

(3)- بشار الأسعد، عود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 416.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

12 جويلية 1929 حيث أكدت على أنه: "لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو الدولة صاحبة السيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"<sup>(1)</sup>.

حيث أن إضفاء نظرية العقد الإداري على عقود الدولة يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، فتستطيع الدولة المتعاقدة تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية تعاقدية، وذلك خلافا لما إذا كانت هذه العقود من عقود القانون الخاص والتي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به والمساواة بين أطرافه فالقضاء الإداري يستبعد هذه المبادئ مع الاحتفاظ بحق التعويض للطرف المتعاقد<sup>(2)</sup>.

كما استند هذا الجانب في تكييفه لعقود الدولة على أنها عقود إدارية لتوافرها على معايير تمييز العقد الإداري والمتمثلة في كون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها واتصال العقد بتسيير مرفق عام، واحتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

وفقا للشرط الأول وهو كون الإدارة طرفا في العقد، فهو محقق في عقود الدولة حيث تكون دائما طرفا في العقود سواء بتدخلها مباشرة في إبرامه، أو تفوض أحد الهيئات العامة التابعة لها بإبرامه<sup>(4)</sup>.

أما وفقا للمعيار الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام فإن هذه العقود وإن كان مظهرها الخارجي يوحي بتحقيق أرباح للطرف الأجنبي، إلا أنها تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام<sup>(5)</sup>.

(1)- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 116.

(2)- حفيظة السيد الحدال، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 462.

(3)- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 89.

(4)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 258.

(5)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 211.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

أما بالنسبة للشرط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الدولة تتضمن الكثير من هذه الشروط مثل المزايا التي تقرها للطرف الأجنبي كالإعفاء من الرسوم والضرائب، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع وأو شرط الثبات التشريعي... الخ<sup>(1)</sup>.

ومنه حسب رأي هذا الاتجاه فإن عقود الدولة باعتبارها عقودا إدارية لا يحكمها أي قانون غير قانونها الوطني.

وجه لهذا الاتجاه نقد مفاده أنه إذا كان من المفترض عدم خضوع عقود الدولة المتعاقدة لقانون غير قانونها الوطني، فإنه لا يجوز إجبار الطرف الأجنبي على الخضوع لقانون لم يسهم في إعداده ويعرضه لعدة مخاطر نتيجة للتغيرات التشريعية والتنفيذية من جانب الدولة وبالتالي فإن الأخذ بهذا الاتجاه من شأنه أن يضع عقبات أمام المستثمر الأجنبي، الذي يأخذ موقف الريبة من السلطة العامة في الدولة<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أن خصوصية العقود التي تبرمها الدولة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية، وبالتالي فلا جدوى من الاستناد إلى تكييفها كعقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن نظرية العقود الإدارية غير معروفة في كل الأنظمة القانونية إضافة إلى أن الربط بين الطبيعة العامة لعقود الدولة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها سيجعل تحديد هذا القانون مرتبط بعنصر غير موضوعي وهو السياسة الإدارية للشخص العام الطرف في العقد<sup>(3)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 259.

(2)- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 619.

(3)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 260-261.

تبعا لذلك فقد انتهت هيئات التحكيم في القضايا التي أثارَت مسألة تطبيق قانون الدولة على عقودها استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية إلى رفض هذه الفكرة حيث استبعد قرار Aramco تكييف العقد على أنه إداري لأن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي، وأن فقه الإمام أحمد بن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، ومن باب أولى تلك المتعلقة بالبتروكول<sup>(1)</sup>.

وفي قضية Texaco ضد الحكومة الليبية انتهى المحكم الوحيد إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية والشركة الأجنبية بأنه عقد إداري استنادا إلى أن المبادئ القانونية المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي بصفتها القانون الواجب التطبيق لا تعرف نظرية العقد الإداري فنظرية العقد الإداري نظرية فرنسية خالصة كرسها القانون الفرنسي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى التي استلهمتها من روح هذا القانون ومبادئه ولكنها نظرية غير معروفة في الأنظمة القانونية الأخرى<sup>(2)</sup>.

## 2- تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إعمالا لنصوص المعاهدات الدولية

استند هذا الاتجاه إلى العديد من الاتفاقيات الدولية أو الإقليمية أو الثنائية المتخصصة بتنظيم عقود الدولة، التي سعت من خلالها الدول إلى تكريس تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع في حالة عدم الاختيار الصريح لهذا القانون من قبل الأطراف المتعاقدة<sup>(3)</sup>.

ومن بين هذه الاتفاقيات، اتفاقية واشنطن عام 1965 التي نصت المادة 42 منها على أنه: "في حالة عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق على

(1) - حكم مشار إليه عند حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 466.

(2) - حكم مشار إليه عند بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 261-262.

(3) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 305.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

موضوع النزاع تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما ينطبق من قواعد القانون الدولي".

ما يؤخذ على نص هذه المادة أنه قد يطبق المحكم قانون دولة متعاقدة أو قانون دولة الطرف الأجنبي أو قانون دولة أخرى، ومن ثم الإخلال بتوقعات الأطراف، بالرغم من أن الإحالة (أي تطبيق قواعد تنازع القوانين) فكرة مستبعدة كقاعدة عامة في مجال الالتزامات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

أما اتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية والقانون الواجب التطبيق عليها فقد نصت في المادة 1/3 على أنه: "يكون العقد محكوماً بالقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد".

يتضح من نص هذه المادة أنه في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، وحتماً فإن هذا القانون سيكون قانون الدولة الطرف في العقد التي يوجد بها محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز، أو مركز إدارته إذا كان شخصاً معنوياً، إلا أن هذه القرينة التي وضعتها اتفاقية روما تعتبر قرينة قابلة لإثبات العكس وقد تؤدي بالنظر إلى الظروف المحيطة بالعقد إلى تطبيق قانون دولة أخرى متى اتضح أنه يرتبط معها بروابط أوثق<sup>(2)</sup>.

### 3- تطبيق القانون الوطني للدولة استناداً إلى نظرية التركيز الموضوعي للعقد

إذا كان حضور الدولة كطرف في العقد وتكييف عقدها على أنه عقد إداري لا يرتب أي قرينة يمكن الاعتماد عليها لكي تطبق أحكام قانونها الداخلي على موضوع النزاع، فقد ذهبت

(1)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 295.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 261-262.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

قواعد القانون الدولي الخاص إلى إيجاد حل في نظرية التركيز الموضوعي للعقد التي تقود المحكم إلى البحث عن مركز النقل الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا، ويكون ذلك في مكان إبرامه أو مكان تنفيذه والذي غالبا ما يكون موطن الدولة المتعاقدة وبالتالي يطبق قانونها الداخلي<sup>(1)</sup>.  
ذهب قضاء التحكيم في بعض من الأحكام الصادرة عنه بالأخذ بهذا المعيار والبحث عن مركز النقل في العلاقة التعاقدية باعتناق معايير أكثر عمومية وصولا إلى تطبيق القانون الداخلي للدولة.

ومن ذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 18 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي قام بين شركة جزائرية وأخرى أمريكية حول إنشاء خط للسكك الحديدية في الجزائر حيث لم يتفق الأطراف في العقد على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنه بعد استعراض المؤشرات من قبل المحكم انتهى إلى أن العقد أبرم في الجزائر ونفذ فيها، أي إعمالا لنظرية التركيز الموضوعي للعقد في القانون الجزائري فإن قانون الدولة المتعاقدة الجزائري هو الذي يطبق على موضوع النزاع<sup>(2)</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن نفس الغرفة في 1976 استخلص المحكم من العناصر التي تأخذ بالاعتبار عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقد مبرم بين دولة وشخص أجنبي، أن العقد أبرم بواسطة دولة ويتعلق بأعمال يجب إنجازها في إقليم الدولة التي تمارس عليها سيادتها، وهذا له وزن خاصة إذا كان العقد سينفذ في إقليم الدولة وبالتالي يطبق قانون تلك الدولة<sup>(3)</sup>.

(1) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 664.

(2) - حكم مشار إليه عند مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص 222.

(3) - حكم مشار إليه عند حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 509.

## ثانيا- استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة

على الرغم من القول بخضوع العقد الإداري المبرم بين الدولة والطرف الخاص الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة باعتباره القانون الطبيعي الذي يتماشى وذاتية هذه العقود وهو الحل الذي اتجهت إلى ترسيخه جميع الاتجاهات التي سبق ذكرها سواء إلى الاستناد إلى قرينة تكييفها كعقود إدارية، أو تطبيقا لأحكام المعاهدات الدولية، أو إعمالا لنظرية التركيز الموضوعي للعقد.

غير أن الأحكام الصادرة عن كل من قضاء التحكيم الدولي والقضاء الوطني تعمد إلى استبعاد هذا القانون ومخالفة هذا الاتجاه في العديد من القضايا التي عرضت عليها مستندة في ذلك إلى أسباب متنوعة بعضها يركز على عدم ملاءمة أحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة لحاجة المعاملات الدولية الحديثة، والبعض الآخر يرى أن إعمال قواعد هذا القانون يشكل إهدارا لمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة والإضرار بالطرف الخاص المتعاقد مع الدولة<sup>(1)</sup>.

### 1- استبعاد قانون الدولة المتعاقدة لعدم ملاءمته لحكم العلاقات الاقتصادية الحديثة

استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات عقود الدولة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، بالرغم من كونه القانون المناسب لحكم هذه العقود استنادا إلى عدم كفاية وملاءمة أحكام القانون الداخلي لبعض الدول لحكم العلاقات الاقتصادية الحديثة، لما يشوبها من أوجه قصور في التشريع، أو نظرا لطبيعتها الدينية لاسيما على حد قول هذا الاتجاه قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع والتي لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود مثل عقود الامتياز البترولية، وكذلك قوانين الدول النامية التي لم تتضمن

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 153-154.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بعد التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة التي تتضمنها بعض العقود، مثل عقود نقل التكنولوجيا، ومن ثم وجب استبعادها لصالح تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

يعد حكم التحكيم الصادر في قضية شيخ أبو ظبي عام 1951 معبرا عن هذا الاتجاه في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة فعلى الرغم من توصل المحكم إلى أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون إمارة أبو ظبي الذي يستمد قواعده من الشريعة الإسلامية بناء على أن مكان إبرام العقد وتنفيذه تم في إقليمها، إلا أنه قام باستبعاد هذا القانون بحجة أنه قانون بدائي متخلف لا يتوافق والمعاملات التجارية الحديثة، واتجه إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتحدة كنوع من القانون الطبيعي الحديث<sup>(2)</sup>، وقد أيد هذا الاتجاه كذلك الحكم الصادر في 1953 ضد حاكم قطر في نزاعه مع شركة International oil company، حيث تم استبعاد القانون الوطني لدولة قطر استنادا لعدم ملاءمته لحكم الامتيازات البترولية الحديثة، وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف بالرغم من انتهاء محكمة التحكيم إلى أن عناصر العقد محل النزاع تشير إلى أعمال القانون الإسلامي على موضوع النزاع<sup>(3)</sup>.

يتضح مما سبق أنه بالرغم من أن عناصر العقد في المنازعات السابق بيانها توجي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع، إلا أن أحكام التحكيم استبعدت تطبيقه على تلك المنازعات بحجة عدم تماشيه مع حاجات المعاملات الدولية الحديثة، فأحكام الشريعة الإسلامية حسب رأيهم لا يمكن أن تشكل قواعد قانونية يمكن اللجوء إليها لفض منازعات الدول الحديثة<sup>(4)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 154.

(2)- حكم مشار اليه عند سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 46.

(3)- حكم مشار اليه عند علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 305.

(4)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 667.

في تقدير هذا الاتجاه ذهب جانب فقهي إلى أن الحجة التي استعملها المحكمون في قضية أبو ظبي وقضية قطر لتبرير حكمهم مجحفة، ذلك أن القول بأن أحد القوانين الوطنية غير ملائم لحاجة المعاملات الدولية غير كافي لاستبعاده، بل لا بد من تحديد المقصود بمبدأ الملاءمة، كذلك فإن هذه الأحكام لم تتعرض لمضمون هذا النظام القانوني المستبعد حتى يمكنها أن تفصل على نحو قاطع بملاءمته من عدمها<sup>(1)</sup>.

فالشريعة الإسلامية تحوي نظاما شاملا يتناول العلاقة بين الفرد والدولة، كما يتناول قدسية العقود والملكية الخاصة، كما تقيد عمل الدولة في هذه الأمور تقييدا صارما<sup>(2)</sup>. ومنه فالتفسير الوحيد لهذا الموقف العدائي الذي اتخذه المحكمون اتجاه القانون الداخلي للدولة المتعاقدة هو انحيازهم للطرف الأجنبي تحت شعار أعمال المبادئ العامة للقانون المعترف بها في العالم الحديث والذي يجسده القانون الإنجليزي<sup>(3)</sup>.

## 2- استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى فكرة النظام العام

تذهب بعض أحكام التحكيم إلى أن فكرة النظام العام تستلزم استبعاد تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع، وذلك من منطلق أن المبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام تشكل نظاما عاما تخضع له القواعد الداخلية للدولة المتعاقدة<sup>(4)</sup>.

ففي قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية، حيث لم يتفق الأطراف على القانون الواجب تطبيقه على موضوع العقد، وتركوا هذه المهمة لهيئة التحكيم بمراعاة صفة الأطراف أو الصفة غير الدولية لعلاقتهم ومبادئ القانون والعادات المرعية في العالم المتحضر، ومنه ذهبت محكمة التحكيم إلى أن القانون الكويتي وإن كان أكثر صلة بالنزاع إلا أنها سوف تطبق إلى

(1)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 550.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 161.

(3)- سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، مرجع سابق، ص 49.

(4)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 557.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

جانبه مبادئ القانون الدولي وبصفة عامة المبادئ العامة للقانون كالعقد شريعة المتعاقدين، والإثراء بلا سبب، ومبدأ حسن النية<sup>(1)</sup>.

هذا الاتجاه الذي اتبعته هيئة التحكيم استهدفت من ورائه استبعاد بعض قواعد قانون دولة الكويت لصالح أحكام القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون وهذا من شأنه الانتقاص من حقوق الدولة الطرف في العقد لصالح الطرف الأجنبي.

في هذا السياق يرى جانب من الفقه أن استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بدعوى تعارضه مع النظام العام يعد اتجاهاً تجريبياً يقصد من ورائه الاتجاه نحو تدويل عقود الدولة وتجريدها من الإطار القانوني الوطني التي تكون هذه العقود متصلة به، على نحو لا يمكن فصلها عنه<sup>(2)</sup>.

ولعل ما يمكن استخلاصه من القضايا السابقة الذكر هو أنه يجب على الدولة أن تسعى جاهدة لتطابق قوانينها مع القانون الدولي حتى تتفادى استبعادها من التطبيق، وبالتالي تقع عقودها الإدارية تحت شباك نظام قانوني لا يقدر الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها هذه العقود.

### الفرع الثاني

#### تقييد السلطة القانونية للدولة بواسطة شرط الثبات التشريعي

إذا كان الأصل أن الأطراف هم اللذين يحددون القانون الذي يحكم عقدهم، وأنه في الغالب يكون القانون المختار هو القانون الوطني للدولة الطرف في العقد باعتباره قانون محل الإبرام وقانون دولة التنفيذ، إضافة إلى اعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد كما سبق بيانه، إلا أن

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 159-160.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 558.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

المنتبع لواقع العقود التي تبرمها الدولة مع الطرف الأجنبي، يمكن ملاحظة وجود اعتراف من بعض التشريعات<sup>(1)</sup> للأطراف بسلطة التجميد الزمني لقانون العقد<sup>(2)</sup>.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة يحرص أشد الحرص على ضمان حقوقه أثناء عملية التنفيذ وذلك من منطلق كونه الطرف الأقوى اقتصاديا في العقد، فيقوم بإدراج شرط في العقد يقضي صراحة أن قانون الدولة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا في حالته التي كان عليها وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديلات يمكن أن تمسه، ويسمى هذا الشرط بشرط التجميد الزمني للقانون أو شرط الثبات التشريعي، الذي يفرض على جهة الإدارة قبوله انطلاقا من مبدأ تشجيع الاستثمار والتنمية خاصة في البلدان النامية<sup>(3)</sup>.

يعرف الفقه شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة على أنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري"<sup>(4)</sup>.

---

(1)- أقر المشرع الجزائري إدراج شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار لسنة 2001 حيث نص في المادة 15 منه على أنه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، الأمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 47، معدل ومتمم بالأمر رقم 08/06 مؤرخ في 15/07/2006.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 200.

(3)- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 826.

(4)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 132.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة، خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار، فغالبا مايتفق الأطراف على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق<sup>(1)</sup>.

في خضم ذلك يجد هذا الشرط غايته في حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر الناجمة عن استعمال حقها في تغيير قانونها أو تعديله، والذي عادة ما يكون القانون المختار لحكم هذه العقود، والذي من شأنه الإخلال بالتوازن التعاقدي والأمان الذي ينشده الطرف الأجنبي المتعاقد معها، حيث يهدف هذا الشرط الى تحقيق الاستقرار للرابطة التعاقدية بين الدولة والطرف الأجنبي من خلال تطبيق القانون الذي سبق وان اتفق الأطراف على تطبيقه لحظة إبرام العقد دون الأخذ بأي قانون آخر يصدر أثناء سير العلاقة التعاقدية<sup>(2)</sup>.

هذا ما أكدت عليه التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في أثينا عام 1979، حيث نصت المادة الثالثة منها على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكام القانون الداخلي التي يحيلون عليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرامه"<sup>(3)</sup>. بالرجوع إلى العقود التي أبرمتها شركة سونطراك في السنوات القليلة الماضية نجد الكثير منها تحيل صراحة على تطبيق القانون الجزائري الساري المفعول وقت إمضاء هذه العقود وليس القانون ساري المفعول وقت حدوث النزاع، وهذا لتأكيد مبدأ الإستقرار التشريعي وتفاذي تغير القانون<sup>(4)</sup>.

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 68.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 390.

(3)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 674.

(4)- محمد كولا، مرجع سابق، ص 204.

## أولاً- مشروعية شرط الثبات التشريعي

يضع شرط الثبات التشريعي حدوداً على سيادة الدولة، ويصبح بالتالي أي قانون جديد تصدره الدولة عديم الأثر بالنسبة لمتعاقدتها الخاص الأجنبي، إلا أنه يمكن للدولة العدول عن هذا الشرط لأغراض تقتضيها المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك تعتبر مسألة تحديد الأساس الذي يجد فيه شرط الثبات التشريعي مشروعيته ويرتب من خلاله الأثر المنشود منه، من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع سيادة الدولة وحققها في تعديل الالتزامات الناشئة عن العقود التي تبرمها في المجال الدولي إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

لذلك ظهرت ثلاثة اتجاهات بشأن تقرير مشروعية شرط الثبات التشريعي نوردتها كما يلي:

### 1- مبدأ القوة الملزمة للعقد

يذهب جانب فقهي إلى أن شرط الثبات التشريعي يجد أساسه القانوني في مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو مبدأ سائد ومستقر عليه في القانون الدولي العام والذي يحرص المجتمع الدولي على مراعاته والحفاظ عليه، فاستناداً إلى ما يقضي به هذا المبدأ فإن الدولة المتعاقدة لا يمكنها المساس بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي سبق واتفقت عليه مع متعاقدتها الخاص سواء بالتعديل أو الإلغاء، طالما أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد<sup>(3)</sup>، فحق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم مثلاً سيكون باطلاً إذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لمصلحة ما<sup>(4)</sup>.

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع نفسه، ص 674.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 343.

(3)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 676.

(4)- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 152.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

في هذا السياق أكدت الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الدولي صحة شرط الثبات التشريعي الذي توافق الدولة على إدراجه في العقد، ومخالفته تجعلها مسؤولة مسؤولية دولية حيث ذهب المحكم الوحيد في قضية Liamco إلى إدانة دولة ليبيا بسبب قيامها باتخاذ إجراءات التأميم ووضع نهاية لعقد الامتياز البترولي المبرم بينهما والذي كان يتضمن في البند 16 منه نصا يقضي بعدم سريان أي تعديل أو إلغاء للقوانين واللوائح التي تحكم هذا العقد والسارية في دولة ليبيا لحظة التوقيع عليه طالما تمت دون رضا الشركة<sup>(1)</sup>.

وجه لهذا الاتجاه نقد مفاده أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يؤدي إلى تحرير العقد من الخضوع إلى أي قانون اكتفاء بالتنظيم الذاتي للعقود الدولية، وهو ما لا يمكن قبوله، فلا يجوز للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد لتجريد العقد من الخضوع لأي قاعدة قانونية أخرى<sup>(2)</sup>.

بالموازاة أكدت محكمة التحكيم على هذا الرأي في قضية Aramco بالقول أنه: "من الواضح أنه لا يوجد عقد في فراغ... فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي ما يعطي أثرا قانونيا لإرادات الأطراف المتبادلة والمتطابقة في شأن التعديل فلا يمكن تصور العقد ذاته دون نظام قانوني وفقا له يتم تكوينه"<sup>(3)</sup>.

فضلا عن ذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد والذي يعتبر من المبادئ العامة في القانون الدولي لا يعد مبدأ عاما مطلقا بل يعد من قبيل المبادئ التي تخضع للتعديل أو للتغيير حسب متطلبات الظروف، كما أن النظام القانوني للدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني يعطي امتيازات للإدارة تجعلها في مركز متميز عن مركز المتعاقد معها، حيث تملك الإدارة سلطة تعديل أو

(1)- حكم مشار اليه عند وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 677.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 211.

(3)- حكم مشار اليه عند عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 152.

إنهاء العقد الإداري متى اقتضت المصلحة العامة ذلك دون الاحتجاج بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

ومنه لا يمكن الاعتماد على مبدأ القوة الملزمة للعقد كأساس لصحة شرط الثبات التشريعي، ونتجاهل الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإدارية وتعلقها بالمصالح الأساسية للدولة، فهذا المبدأ لا يحول دون إمكانية أن تتخذ الدولة ما تراه مناسباً من إجراءات يقتضيها النفع العام.

## 2- مبدأ سيادة الدولة

أمام الانتقادات الموجهة للرأي الأول الذي يضع قيوداً على سيادة الدولة في المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي استناداً إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد، ظهر اتجاه آخر يميل إلى اعتبارات السيادة وحق الدولة في المساس بالعقد وتعديله متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مستنداً إلى طبيعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها<sup>(2)</sup>، حيث يمكن للدولة إصدار تشريعات تقضي بتعديل العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها بغض النظر عن وجود شرط الثبات التشريعي، فهذا الشرط لا يشكل قيوداً على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل العقود<sup>(3)</sup>، وتأكيداً لما قرره الجمعية العامة في القرار رقم 1803 لسنة 1962 والذي ينص في أحد بنوده على أن تعديل الدولة للعقود المبرمة بينها وبين متعاقدتها الأجنبي حق يجد أساسه في مبدأ سيادة الدولة على مصادر الثروة الطبيعية على إقليمها<sup>(4)</sup>.

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع نفسه، ص 682. وانظر كذلك في نفس

المعنى: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 349.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 352.

(3)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 212.

(4)- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 152.

يضيف رأي آخر في دفاعه عن سيادة الدولة أن طبيعة عقود الدولة كونها عقود طويلة الأجل مما لا يقبل معه غل يد الدولة عن مراجعة أحكامها تحسبا لتغير الظروف التي قد تطرأ أثناء سنوات التنفيذ الطويلة<sup>(1)</sup>.

لئن كان هذا الاتجاه قد استند إلى مبدأ سيادة الدولة على مواردها وعلى طبيعة العقود التي تبرمها للمناداة بعدم التقيد بشرط الثبات التشريعي وغل يد الدولة عن تعديل قوانينها بما ينفع الصالح العام، فإنه لم يسلم بدوره من النقد، حيث أن النظام الذي يسمح لأحد الأطراف العدول عن التزاماته يؤدي إلى تحول الرابطة التعاقدية إلى رابطة خضوع وتبعية، يكون ضحيتها الطرف الأجنبي مما يؤدي إلى الإضرار بالتنمية وتعطيل ازدهار التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

### 3- التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وسيادة الدولة

من أجل التوفيق بين الآراء المتعارضة التي ترجح مبدأ سيادة الدولة، وتلك التي تحكم مبدأ القوة الملزمة للعقد، ابتدع الأستاذ Weil نظرية جديدة تعتمد في إقرارها لصحة شرط الثبات التشريعي على النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد حيث فرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان العقد موضوعه خاضعا للقانون الدولي العام ففي هذه الحالة لا يوجد ثمة خلاف على الطابع الإلزامي لشرط الثبات التشريعي ومدى صحته، حيث يكون ملزما للدولة ولا يجوز لها تعديل تشريعاتها، أو إصدار تشريعات جديدة، وإن خالفت إلتزامها بتقرر في حقها المسؤولية<sup>(3)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 173.

(2)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 365-366.

(3)- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 154.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الفرض الثاني: إذا كان العقد خاضعا من حيث موضوعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون هو الذي يحدد مدى مشروعية شرط الثبات التشريعي، فلا يكون ملزما للدولة ويجوز لها تعديل قانونها مع ما تراه ضروريا للمصلحة العامة<sup>(1)</sup>.  
تبعاً لهذه النظرية فإنه يتوقف الفصل في صحة ومشروعية شرط الثبات التشريعي على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة.

وجد هذا الطرح صدى له لدى أحد أحكام التحكيم الشهيرة، وهي حكم تحكيم Texaco<sup>(2)</sup> ضد ليبيا حيث طبق المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy النظرية التي أرسى دعائمها الفقيه Weil حين ذهب المحكم إلى أنه: "في الفرض الذي تكون فيه الدولة التي قامت بإجراءات التأميم قد أبرمت عقد مع مشروع أجنبي يتمركز في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ويخضع له، فإن تنظيم الوضع الجديد الناشئ عن التأميم مسألة تختص بها النصوص القانونية السارية في هذه الدولة.

أما في الحالة التي يكون فيها العقد الذي أبرم بين الدولة والمتعاقد الأجنبي قد تم تدويله سواء لخضوعه للقانون الوطني للدولة المضيفة، على اعتباره القانون الواجب التطبيق وذلك على الحالة التي يكون عليها وقت نفاذ العقد الذي تم تجميد القانون الذي يسري عليه في هذا التاريخ بمقتضى شروط معينة، أو سواء كان هذا العقد قد تم ربطه بالقانون الدولي العام مباشرة، وفي هذين الفرضين فإن الدولة المتعاقدة التي اتخذت مكانا في النظام القانوني الدولي تتعهد في

(1)- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص774.

(2)- انظر في عرض هذه القضية: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 375-379.

مواجهة الطرف الأجنبي المتعاقد معها بضمان الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية معينة.

ترتيباً على ما تقدم فإن القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأميم يعد بمثابة ممارسة لاختصاص القانون الداخلي ولكنه يترتب آثار دولية هامة ابتداءً من اللحظة التي تمس فيها هذه الإجراءات علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي والتي تعد الدولة التي قامت بالتأميم طرفاً فيها<sup>(1)</sup>.

في تقدير هذا الاتجاه ذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة تدويل عقود الدولة فكرة منتقدة بشدة سواء على الصعيد الفقهي أو في الواقع العملي، وحتى لو على فرض التسليم بهذه الفكرة فإن موافقة الدولة على تضمين عقودها شرط الثبات التشريعي لا يعني قبولها الاستبعاد المطلق لقانونها الوطني، إذ أن الأمر لا يعدو أن يكون استبعاد نسبي لهذا القانون كالقوانين الضريبية أو الاجتماعية لا غير<sup>(2)</sup>.

يضيف جانب آخر أن هذه النظرية تستند إلى تفرقة مصطنعة ووهمية بين نظام تمركز العقد والقانون الواجب التطبيق على العقد، كون هذا القانون هو القانون الذي يحكم شروط العقد، كما هو نفسه القانون الذي يفصل في مسألة صحة شرط الثبات التشريعي من عدمه<sup>(3)</sup>.

### ثانياً- النطاق النسبي لشرط الثبات التشريعي

أشرنا سابقاً إلى أن شرط الثبات التشريعي بموجبه تتعهد الدولة بعدم المساس بأحكام قانونها الوطني والذي من شأنه التأثير على المركز القانوني للمتعاقد معها، وبالتالي هل يفهم من ذلك أن التعهدات التي تلتزم بها الدولة اتجاه متعاقدتها الخاص تنتقص من سيادتها

(1)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 375-379.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 681.

(3)- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 775.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التشريعية؟ وهل يعني هذا نزول الدولة منزلة الأفراد عند التعاقد والتنازل عن الامتيازات التي تمنحها تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة ومن ثم تنتفي الصفة الإدارية على العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي؟

### 1- أثر شرط الثبات التشريعي على طبيعة العقد الإداري

أثيرت مشكلة تكييف شرط الثبات التشريعي في قضية تكساكو حين ذهب الأستاذ Dupuy إلى البحث عن أثر وجود هذا الشرط، وهل يعد من قبيل الشروط الاستثنائية ومن ثم يعتبر العقد إدارياً، أم أنه لا يعد كذلك وبالتالي يعد العقد من قبيل عقود القانون الخاص. بعد أن استعرض المحكم معايير تمييز العقد الإداري، رأى أن شروط الثبات الواردة في المادة 16 من عقود الامتياز تبدو وكأنها شروطاً غير مألوفة من حيث لا يمكن مصادفتها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة العادية على الرغم من أن هؤلاء الأشخاص يمكنهم تحديد كون القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم هو القانون الساري وقت إبرامه<sup>(1)</sup>. فالمحكمة ترى<sup>(2)</sup>: "أن القانون الليبي شأنه في ذلك شأن القانون المصري يضي على العقد المبرم بواسطة الشخص العام الطابع الإداري الذي تتمتع فيه السلطة الإدارية بحقوق وسلطات لا يمكن مصادفتها في أي عقد من عقود القانون المدني المعتادة، كسلطتها في تعديل أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة مثل ذلك الأمر.

والذي يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من شروط هذا العقد، أما بصدد عقد الامتياز في القضية المطروحة على نطاق البحث فإن شرط الثبات يعد شرطاً سلبياً وبالتالي ينفي الطابع الإداري عن العقد حيث بمقتضاه تتعهد الدولة أو

(1)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 685.

(2)- انظر في عرض تحليل هذه القضية: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص والأجنبية، مرجع سابق،

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

السلطة الإدارية بعدم استخدام السلطات التي تتمتع بها دون موافقة الطرف الآخر، وبالتالي فإن شرط الثبات يعبر على أن الدولة أرادت التعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة كما هو الحال في العقد المدني وذلك على عكس الحال بصدد عقد إداري.

ينتهي الأستاذ Dupuy في تحليله لهذه القضية إلى أن: "شرط الثبات الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين يعتبر بمثابة نفي للطابع الإداري لهذا العقد، حيث تمس أحد العناصر الجوهرية لتكييف هذا العقد على هذا النحو وهو طابع عدم المساواة وتتازل الدولة عن الامتيازات الممنوحة لها"<sup>(1)</sup>.

انتقد جانب من الفقه ما توصل إليه المحكم في قضية تكساكو، حيث يرى أن شرط الثبات التشريعي شرطا استثنائيا عن القواعد العامة المألوفة، ومن ثم فهو يثبت الطابع الإداري للعقد لا نفيه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان من الصحيح أن الشروط غير المألوفة هي التي تعطي امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا ينفي تصور وجودها إذا كانت هذه الامتيازات ممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة، فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام، فضلا عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزا لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، وإنما تضمن للمتعاقد حقوقا أكثر مما يتضمنها العقد العادي، إضافة إلى أن قضايا التحكيم الأخرى كقضية Aminoil قد اعتبرت أن العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي من قبيل العقود الإدارية وبالتالي ناقضت الاتجاه القائل بأن تضمين العقد بمثل هذا الشرط يعد دليلا أكيدا على الطابع الخاص له<sup>(2)</sup>.

نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه حيث أن شرط الثبات التشريعي لا يمكن وجوده في العقود التي تبرم بين الأشخاص العاديين، حيث أنهم لا يستطيعون التعهد بعدم تعديل القانون الواجب

(1)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 375-377.

(2)- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 686.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التطبيق على العقد أو التعهد بعدم تعديل العقد أوإنهائه بالإرادة المنفردة لأن هذه السلطة لا يتمتع بها إلاالأشخاص العامة تحقيقا للمصلحة العامة، وبالتالي فإن هذا الشرط لا ينفي الطبيعة الإدارية للعقد.

### 2- أثر شرط الثبات التشريعي على السيادة التشريعية للدولة

يرى جانب فقهي أن وجود شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة لا يسلب الدولة سيادتها، ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له، ولكن يترتب في المقابل التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التعديلات<sup>(1)</sup>.

أكدت على هذا الاتجاه هيئة التحكيم من خلال الحكم الصادر في قضية Aminoil حيث رفضت الرأي القائل بأن شرط الثبات يقيد حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم وفسرتها بأنها موجهة على نحو خاص ضد "أي أمر من الممكن، بالنظر إلى طبيعة التأميم فيه أن يسبب ضررا ماليا خطيرا لمصالح الشركة"<sup>(2)</sup>.

وبالموازاة اتجه المحكم في الحكم الصادر في قضية Texaco إلى القول بأن: "كل تصرف يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد لا يشكل من حيث المبدأ انتهاكا لسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن هذه الدولة قد التزمت به بمحض إرادتها، بل أيضا لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي الخاص بالبتروول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية لدولة ليبيا، فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدارالقوانين واللوائح

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 215.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 218.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

في مجال البترول تجاه جميع الأشخاص من الوطنيين أو الأجانب الذين لم تلتزم تجاههم بتعهدات مماثلة لهذا الالتزام<sup>(1)</sup>.

فمن المسلم به أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي حقها في التشريع وسن القوانين التي تراها محققة لمصلحتها، والمنظمة للعلاقات بين أفراد المجتمع، وبينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة غير مباشرة، وكذلك من حق الدولة أن تجري تعديلات على قوانينها متى رأت أن المصلحة العامة تتطلب ذلك هذا لأن خصوصية عقود الدولة والموضوعات التي يعالجها تشريع الاستثمار والتشريعات الاقتصادية الأخرى ترتبط بنواحي هامة للاقتصاد القومي، وهذه النواحي تتسم بقابليتها للتطور فنجد الدولة مضطرة إلى مسايرة هذا التطور والتعديل اللاحق للتشريع والعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

على ذلك فإن الدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل من تشريعاتها الداخلية شريطة عدم الإخلال بالتوازن التعاقدية وإلا ترتبت المسؤولية في حقها، حيث أنه في حالة قيام الدولة بانتهاك شرط الثبات التشريعي يستطيع المحكم في حالة تضرر الطرف المتعاقد مع الدولة جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة اتجاه متعاقدها الخاص وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة<sup>(3)</sup>.

على ضوء ما تقدم يمكن القول أن شرط الثبات التشريعي لا يؤثر على السيادة التشريعية للدولة، حيث تبقى الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 688.

(2)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 129.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 690.

ضروريا للمصلحة العامة، إلا أن الدولة عند ممارستها لهذه الاختصاصات يجب عليها أن تحترم التوازن المالي للعقد، وإلا تصبح مضطرة بتعويض الطرف المتضرر جراء انتهاكها لتعهداتها.

## المبحث الثاني

### تدويل المحكم للعقد الإداري الدولي

أشرنا في المبحث السابق إلى أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة ينظر إليه على أنه غير ملائم لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة.

الأمر الذي استدعى من بعض المحكمين والفقهاء السعي إلى تدويل العقود الإدارية التي أحد أطرافها شخص أجنبي خاص، وذلك بتحريرها قدر المستطاع من سلطان التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة وإخضاعها على هذا النحو إلى قواعد تنتمي إلى المجتمع الدولي وبعبارة أخرى فإن دعاة التدويل يسعون إلى انتزاع العقود الإدارية ذاتها من أصولها الوطنية<sup>(1)</sup>.

في هذا السياق اتجه جانب من الفقه إلى الدفاع عن ضرورة تدويل عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وإخضاعها للقانون الدولي العام، غير أنهم قد اختلفوا حول الأساس الذي بناء عليه يتم إعمال قواعد هذا القانون، فبينما ذهب جانب منهم إلى تركيز العقود الإدارية في النظام القانوني الدولي على نحو يصبح معه إعمال قواعد القانون الدولي العام أمر طبيعي على هذه العقود، فإن الجانب الآخر كيف هذه العقود على أنها اتفاقيات دولية ويجب أن تخضع على إثر ذلك للقانون الدولي العام، أما الرأي الآخر فقد ذهب إلى أن أساس خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام هو تمتع المتعاقد الخاص الأجنبي بالشخصية القانونية الدولية عندما يدخل في علاقات تعاقدية مع الدولة<sup>(2)</sup> (المطلب الأول).

(1)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 778.

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 694.

لكن القائلين بتطبيق هذه القواعد على العقود الإدارية الدولية لم يصمدوا أمام مجموعة الانتقادات التي لها وجاهاتها، الأمر الذي أدبجانباً آخر من الفقه إلى القول أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يتعين إخضاعها للقواعد عبر الدولية على اعتبار أنها القواعد التي تلائم العلاقات العابرة للدول<sup>(1)</sup> (المطلب الثاني).

هذا ما يدفعنا للتساؤل حول السياسة المعتمدة لتدويل العقود الإدارية وأساسها وما مدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام أو القواعد عبر الدولية؟

### **المطلب الأول**

#### **خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام**

وفقاً لرأي فقهاء القانون الدولي العام، فإن جميع المسائل تصلح لأن تكون محلاً للتنظيم الدولي وإعمال قواعد القانون الدولي العام، بما فيها العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاصها العامة في المجال الدولي، ولدعم هذا التوجه استند هذا الفقه إلى عدة معايير تؤدي حسب رأيه إلى تدويل العقد الإداري تختلف من فقيه إلى آخر، فقد استند جانب إلى تمركز هذه العقود في النظام الدولي، وذهب رأي آخر إلى تكييفها على أنها اتفاقيات دولية، فيما ذهب رأي إلى رفع المتعاقد الخاص إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة ولكل اتجاه حججه وأسانيده<sup>(2)</sup>، إلا أن القول بضرورة تطبيق أحكام القانون الدولي العام على العقود الإدارية التي تبرمها الدولة في المجال الدولي لم تفرضه الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وإنما أملت اعتبارات أخرى تتعلق بالرغبة الخفية في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة ضماناً لمصلحة الطرف الأجنبي<sup>(3)</sup>.

(1) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 367.

(2) - عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 319.

(3) - بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 293.

سوف نتعرض إلى إستراتيجية الفقه المناادي بالتدويل والأسانيد التي تدعم اتجاهه (الفرع الأول)، لنصل لمدى ملاءمة تطبيق قواعد القانون الدولي العام على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### استراتيجيه الفقه في التدويل

إن إستراتيجية الفقه في التدويل تنطلق من فكرة أن عقود الدولة التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية تعتبر من قبيل تصرفات القانون الدولي، مما يستدعي ضرورة خضوعها للقانون الدولي العام ولتأكيد هذا الاتجاه إستند هذا الفقه إلى عدة معايير تؤدي إلى تدويل العقد الإداري الدولي، كما كان لبعض الاتفاقيات الدولية شأن في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

### أولاً- أسانيد الفقه المناادي بالتدويل

**1- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام استنادا إلى تمركزها في النظام القانوني الدولي:**

يذهب جانب فقهي إلى تدويل عقود الدولة بغية إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام وتحريرها من الخضوع للسيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يمثله من مخاطر للطرف الخاص المتعاقد معها بوصفه طرفا ضعيفا يتعين حمايته<sup>(2)</sup>.

فخضوع عقود الدولة لقانونها الداخلي يمكنها من تعديل عقدها أو إنهائه بإرادتها المنفردة بوصفها سلطة عامة ودرء هذا الخطر لا يمكن تحقيقه على نحو كامل عن طريق تقييد سلطاتها

(1)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 331..

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 281.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

من خلال تبني شروط معينة كشرط الثبات التشريعي، وإنما يكون بخضوع عقود الدولة للقانون الدولي حيث أن أعمال هذا القانون يوفر حماية أكيدة وفعالة للمتعاقد مع الدولة<sup>(1)</sup>.

يستند هذا الاتجاه لتبرير وجهة نظره إلى التفرقة بين النظام القانوني الأساسي الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة، وبين القانون الواجب التطبيق على هذا العقد<sup>(2)</sup>.

يعد الفقيه Weil من أقوى المدافعين عن هذا الاتجاه، حيث يذهب إلى أنه؛ يجب التفرقة بين النظام القانوني الأساسي الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه شرعيته وبين القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، حيث تعتبر مسألة تحديد القانون المطبق على عقود الدولة متوقفة على الفصل في مسألة أولية وهي تحديد النظام القانوني الأساسي للعقد، حيث أنه من خلال هذه التفرقة يتحدد القواعد الموضوعية التي تحكم العقد<sup>(3)</sup>.

فالفكرة الأساسية عند الفقيه Weil تدور حول تحديد النظام الأساسي الذي يندرج فيه العقد ويستمد منه صحته، حيث تعتبر هذه المسألة أولية لتحديد القواعد الموضوعية التي تحكم العقد بناء على إشارة من هذا النظام القانوني، فإذا كان العقد يتمركز في النظام القانوني الوطني ويتضمن شرط ينص على تثبيت القانون الواجب التطبيق على الموضوع فإن هذا الشرط يمكن تعطيله بالدفع بالنظام العام، وبالمقابل إذا كان العقد يتمركز في النظام القانوني الدولي فإن هذا الشرط يرتب آثاره كاملة على اعتبار أنه يستمد شرعيته من النظام القانوني المتمركز فيه وهو القانون الدولي العام<sup>(4)</sup>، ومنه فإن العقد الذي يتمركز موضوعيا في القانون الدولي يجب معاملته على أنه تصرف قانوني دولي بمعنى الكلمة، فعقود الدولة التي تتمركز في النظام الدولي تشكل

(1) - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 559.

(2) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 695.

(3) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 335.

(4) - مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص 242.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

طائفة من التصرفات القانونية الدولية<sup>(1)</sup>، وفي المقابل فإن العقد الذي يخضع للقانون الدولي على اعتبار أن هذا الأخير قانون يحكم من ناحية موضوع العقد لا يعد تصرفاً قانونياً دولياً إنما يعتبر ما يصطلح عليه "العقد المتصل بالقانون الدولي" أي ذلك المتمركز تبعاً لطبيعته أو موضوعه ضمن هذا القانون<sup>(2)</sup>.

لاقت نظرية الفقيه Weil رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي ففي قضية Texaco اعتبر المحكم العقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين عقداً من عقود القانون الدولي يستمد قوته الملزمة من القانون الدولي العام<sup>(3)</sup>.

### تقدير هذا الاتجاه

تعرض هذا الاتجاه للعديد من الانتقادات أهمها:

بعض أعضاء اللجنة الواحدة والعشرون المخصصة لبحث مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية رفضوا خلال اجتماع مجمع القانون الدولي في أوصلو عام 1977 الأخذ بفكرة الفقيه Weil والتي تقوم على أساس التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد، والنظام الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة، ووصف بعضهم هذه التفرقة بأنها مصطنعة وليس لها فائدة عملية<sup>(4)</sup>.

كذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقود الدولة ذات الطابع الدولي تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد لا يتفق مع القانون الدولي، حيث لا يكون هناك محل للبحث في داخل هذا النظام عن قاعدة إسناد تسمح بتحديد القانون المطبق على أصل الموضوع، أي البحث عن قاعدة تلعب نفس الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص فقاعدة

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 285.

(2)- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 841.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 697.

(4)- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 281.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التنازع لا تتدخل إلا من أجل فض التنازع بين القوانين وفي هذه الحالة فإن العقد ينتمي كله إلى القانون الدولي وحده مما يؤدي إلى عزل العقد عن كل الظروف المحيطة به والتي أدت إلى إبرامه<sup>(1)</sup>.

يضيف جانب آخر أن الإدعاء بوجود نظام قانوني أساسي للعقد الدولي كان يستهدف التحقيق الفعلي لنظرية تدويل العقود بهدف الهروب من أحكام القوانين الوطنية واجبة التطبيق عليها بناء على إشارة من منهج تنازع القوانين إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، ومنه الهروب بعقود الدولة من سلطان تطبيق النظام القانوني للدولة الطرف في هذه العقود، أي تدويل عقود الدول النامية بقصد الهروب من تطبيق قوانينها التي تمنح للدولة امتيازات على حساب متعاقدتها الأجنبي تمكّنها من تعديل العقد بإرادتها المنفردة على الرغم من التزاماتها الناشئة عن هذه العقود<sup>(2)</sup>.

### 2- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام استناداً إلى تكييفها كاتفاقيات دولية

يذهب بعض الفقه<sup>(3)</sup> المنادي بتدويل العقود الإدارية إلى القول أن عقود الدولة ذات الطابع الدولي عبارة عن اتفاقيات دولية تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام لتوافر بعض المعايير الخاصة بالاتفاقيات وهي:

- أن يكون العقد أبرم أو أذن بإبرامه بواسطة الأشخاص أو الهيئات التي تمثل الدولة في حقل القانون الدولي العام.

- أن يبرم العقد على شكل اتفاقية دولية.

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 699.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 290.

(3)- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 571.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

- احتواء العقد على إرادة صريحة أو ضمنية تفيد استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على موضوع النزاع.

- أن يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بهذه العقود من اختصاص قضاء التحكيم الدولي.  
- أن لا يكون العقد من طبيعة خاصة أو تجارية بحتة، ولكن يجب أن يتضمن التزامات تقع على عاتق الطرف الوطني ويكون لها صلة بأعمال السلطة العامة مثل الشروط التي تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات التشريعية أو الإدارية التي من شأنها المساس بمركز المتعاقد معها<sup>(1)</sup>.

يضيف أصحاب هذا الرأي أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية لا تعدو أن تكون اتفاقيات دولية تخضع للقانون الدولي العام لتوافرها على مزايا خاصة للشريك الأجنبي كشرط الثبات التشريعي، أو شرط التحكيم، التي لا تقبل أي سلطة وطنية عادة أن تلتزم بها اتجاه شخص آخر عادي، وبالتالي فإن العقود التي تتضمن مثل هذه الشروط كي تندرج ضمن اتفاقيات القانون الدولي العام يجب أن تبرم في مستوى مرتفع لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركات لها قدرات مالية هائلة يمكنها وحدها من الاستفادة من هذه الشروط والمزايا الخاصة<sup>(2)</sup>.

### تقدير هذا الاتجاه

وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه من عدة نواح:  
من ناحية فإن فكرة المستوى المرتفع التي قال بها أنصار هذا الاتجاه لا يمكن الاعتماد عليها لتحديد طبيعة أي علاقة قانونية، لأنها لا تقوم على أسس موضوعية وإنما تقوم على

(1)- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، مرجع سابق، ص 571 وما بعدها.

(2)- سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 632-633.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

التقدير الشخصي المحض للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها الشريك الخاص الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة<sup>(1)</sup>.

حيث اعتبرت تلك الفكرة أن الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبي التي تهدف إلى النشاطات الاقتصادية لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام، إلا إذا استفاد المتعاقد من مزايا خاصة عند إبرامه للعقد، وبالتالي فإن فكرة المستوى المرتفع لا تتحقق إلا إذا كان المتعاقد مع الإدارة يحوز على قدرات وإمكانيات مالية هائلة تسمح له بالتفاوض على طلب الحصول على مزايا ضريبية، أو تثبيت القانون الواجب التطبيق، وبالمقابل إذا كان المتعاقد مع الدولة لا يملك تلك القدرات والإمكانيات فإنه لا يستطيع أن يتعاقد مع الدولة على هذا المستوى المرتفع وبالتالي سوف لا يخضع تعاقدته للقانون الدولي العام<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى أنه مهما كانت الخصائص التي تتمتع بها هذه العقود والشكليات المتبعة في إبرامها لا يمكن أن ترقى إلى مستوى المعاهدات الدولية، فمن المسلم به في القانون الدولي العام أن اصطلاح المعاهدة لا ينصرف إلا إلى الاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي ذات السيادة، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الاتفاقيات التي تبرمها الأشخاص الخاصة الأجنبية مع الدول حتى لو اتخذت شكل اتفاق دولي<sup>(3)</sup>.

كما أن الدولة يمكن أن تتصرف لا باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، وإنما باعتبارها أحد اشخاص القانون الداخلي، فهي تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، ومن ثم يتعين التفرقة في تنظيم النشاط الذي تمارسه الدولة بين التصرفات التي تأتيها بوصفها من أشخاص

(1) - عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 331.

(2) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 702.

(3) - سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 634-635.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

القانون الدولي وبين تلك التي تأتيها بوصفها من أشخاص القانون الداخلي<sup>(1)</sup>، ومن ناحية أخرى فإن إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية لا يعني بالضرورة اتجاه إرادة الأطراف إلى تدويل هذا العقد على الرغم من أن هذا الشرط يعد دلالة هامة على دولية العقد، إلا أنه غير كاف بمفرده على أن يشكل قرينة قاطعة على تدويل العقد، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد اختيار آلية ملائمة لحل النزاعات<sup>(2)</sup>.

مما تقدم يتضح كما يقرر بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد، ولا في النص على استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أو في تثبيته على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، ولا في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ما يسمح بالتأكيد على أن العقد المبرم بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية يخضع للقانون الدولي العام باعتباره معاهدة دولية فهذا التكليف يعد إسراف في استعمال التعبيرات.

### 3- تمتع الأشخاص الأجنبية الخاصة بالشخصية القانونية الدولية

من المتفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على الأشخاص الخاضعين له وهم الدول ذات السيادة، ولما كان الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي، فإنه لا يمكن أن يتمسك في مواجهة الدولة الطرف في العقد والتي تعد من أشخاص هذا القانون بقواعد القانون الدولي<sup>(4)</sup>.

(1)- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 332.

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 704.

(3)- سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 637.

(4)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 687.

في المقابل يذهب جانب من الفقه إلى القول أنه يمكن للشخص الخاص أن يتمتع بالشخصية القانونية الدولية ولكن بصفة محدودة نظرا لعدم تصور الاعتراف بها للأفراد إلا عندما يدخلون في علاقات تعاقدية مع الدولة<sup>(1)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى أن الشخص الخاص يمكنه التمتع ببعض الحقوق الناشئة عن القواعد الدولية، ويمكنه أيضا المطالبة بهذه الحقوق أمام المحاكم الدولية، وهنا يصبح الشخص صاحب حق منحه له القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

لاقى هذا الرأي تأييدا له في حكم تحكيم Texaco حيث أكد المحكم أن الشخص الخاص الأجنبي عندما يدخل في علاقات تعاقدية مع الدولة فإنه يتمتع بالشخصية القانونية الدولية المحدودة بقوله: "أن القانون الدولي يضع على عاتقه أحيانا مراعاة مصالح الأشخاص بنفس القدر الذي يعتني بها أشخاص القانون الدولي الخاص، وأن التقدم الاقتصادي والاجتماعي الذي تسعى هذه القواعد لتحقيقه يمس الأشخاص مباشرة، ويترتب على ذلك أن الأفراد يعدون أشخاصا مباشرين للقانون الدولي الاقتصادي والاجتماعي ومخاطبين بأحكام القانون الدولي وبالتالي فإن الاتفاق المبرم بينه وبين الدولة هو اتفاق دولي، مما يزيل أول عقبة أمام التدويل"<sup>(3)</sup>.

### تقدير هذا الاتجاه

إن منح الشخصية القانونية الدولية للأشخاص الخاصة لو كانت شخصية محدودة، ورفع هؤلاء الأشخاص إلى ذات المرتبة التي تحتلها الدولة، والاعتراف لهم بإمكانية خضوعهم لقواعد القانون الدولي العام كان محل نظر لدى جمهور الفقه.

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 706.

(2)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 375.

(3)- حكم مشار إليه عند حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 689-690.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

فمن ناحية فإن القانون الدولي ينظر إليه تقليدياً بأنه يحكم العلاقة بين الدول أو غيرها من الأشخاص الدولية وهو لا يعترف بالأفراد كجزء من هذا النظام، لأنهم لا يؤثرن على نحو مستقل في العلاقات الدولية ونتيجة لذلك لا يتجه القانون الدولي إلى الأفراد اتجاهاً مباشراً<sup>(1)</sup>. ومن ناحية أخرى فإن الدولة لا يمكن أن توسع من حقل الخاضعين للقانون الدولي بإرادتها المنفردة، بل المجتمع الدولي هو الوحيد الذي يملك هذه السلطة، حيث أن المجتمع الدولي لا يقبل أن تقوم الدولة من تلقاء نفسها بمنح متعاقدتها الخاص العضوية في القانون الدولي، ضف إلى ذلك أن الاعتراف للشخص الخاص بالشخصية الدولية يصطدم مع بعض الصعوبات العملية المتمثلة في طلب الحماية الدبلوماسية التي وجدت في الأصل لحماية من لا شخصية دولية له<sup>(2)</sup>.

أكدت معظم أحكام التحكيم على هذا الرأي ففي تحكيم Aramco ذهب المحكم إلى أنه: "بما أن اتفاقية 1933 لم تعقد بين دولتين وإنما بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فإنها لا تحكم بالقانون الدولي العام"<sup>(3)</sup>.

### ثانياً - خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي وفقاً لاتفاقية واشنطن

تعتبر اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965 التي أنشئ بموجبها البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى هي الاتفاقية الوحيدة التي أتاحت تطبيق قواعد القانون الدولي العام على موضوع النزاع حيث جاء في نص المادة 42 منها أنه:

(1) - بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 291.

(2) - وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 709.

(3) - بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع نفسه، ص 297.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

"...عند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق"<sup>(1)</sup>.

بموجب هذه المادة فإن هيئة التحكيم ملزمة في حالة غياب اتفاق الأطراف تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وقواعد القانون الدولي، مما يثير تساؤلا حول العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي، فهل مبادئ القانون الدولي تسمو عن القانون الوطني، أو تؤدي دورا مكملا للقانون الوطني، أو تطبق بالتزامن مع القانون الوطني؟

للإجابة على هذه التساؤلات لابد من الرجوع إلى الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى:

ففي النزاع الذي ثار بين شركة AGIP وجمهورية الكونغو الشعبية، أثناء قيام محكمة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع أعلنت المحكمة أن الفصل في النزاع يكون وفقا لقانون دولة الكونغو وتتم تكملته بكل مبدأ من مبادئ القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

وفي قضية Aramco بحثت لجنة الطعن ببطلان حكم التحكيم دور القانون الدولي وعلاقته بقانون الدولة المضيفة، وفقا لأحكام المادة 42 من اتفاقية واشنطن وانتهت إلى أن دور المبادئ العامة للقانون لا يقتصر فقط على تكملة وتصحيح قانون الدولة الطرف بل له الأولوية في التطبيق في حالة تعارض أحكام القانون الوطني مع القانون الدولي<sup>(3)</sup>، وفي تحكيم Klockmer ضد دولة الكامبيرون، طبقت محكمة التحكيم القانون الوطني الكامبيروني ومبادئ القانون الدولي على موضوع النزاع<sup>(4)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 293.

(2)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 711.

(3)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 310.

(4)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع نفسه، ص 712.

ترتيا على ما تقدم يتبين من خلال الممارسات العملية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أنه في غياب شرط القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 42 من اتفاقية واشنطن فإن قانون الدولة المتعاقدة له الأولوية في التطبيق، أما القانون الدولي فإنه يتدخل لسد النقص أو تكملة أو تصحيح القانون الوطني للدولة المضيفة.

في هذا الصدد يشير الفقهاء إلى أن إشارة المادة 42 لمبادئ القانون الدولي لا تعني استبعاد القانون الوطني من التطبيق على العقد الإداري الدولي الذي يتصل به وإخضاعه لقواعد غامضة وغير كافية، بل أن تلك المبادئ تضاف إلى القانون الذي تطبقه المحكمة سواء كان قانون الدولة المتعاقدة أو أي قانون آخر، وذلك من أجل تكملة ثغراته وتفسير ما قد يكون غامضا من أحكامه<sup>(1)</sup>، ويضيف جانب آخر من الفقه أنه لا يمكن تطبيق القانون الدولي دون رضا الدولة المتعاقدة لأن المادة 42 أشارت إلى أن الأصل هو تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وبالتالي فإنه من شأن التطبيق المباشر للقانون الدولي العام التعارض مع نص المادة 42 من الاتفاقية<sup>(2)</sup>.

### **الفرع الثاني**

#### **مدى ملاءمة تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العقود الإدارية**

بعد استعراض مختلف الأسانيد التي جاء بها الاتجاه المناهض بتدويل العقود الإدارية في حال غياب شرط القانون الواجب التطبيق يتبادر إلى الذهن سؤال يتعلق بمدى ملاءمة قواعد القانون الدولي العام لتنظيم هذه العقود؟

(1) - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 447.

(2) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 313.

أولاً- انعدام الأساس القانوني لإعمال قواعد القانون الدولي العام على العقود الإدارية

يرى جانب من الفقه أن الاتفاق على تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة الإدارية يفتقد للأساس القانوني الذي يعطي الحق للأفراد في القيام بهذا الاختيار وذلك من عدة نواحي:

فمن ناحية أنه من المعروف أن كل قانون هو الذي يحدد الأشخاص المخاطبين به حيث لا يجوز القول بتطبيق قواعد القانون الدولي العام بمجرد أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم نحو تطبيق هذا القانون على ما قد يثور بينهم من منازعات، فإرادة الأطراف لا تملك أن تقرر أن العقد يجد أساسه ومصدره في هذا القانون<sup>(1)</sup>.

فإرادة الأطراف التي اتجهت الى اختيار قواعد القانون الدولي العام لحكم العقد، لا يمكن لها أن تجعل من هذا القانون قانونا مناسباً لحكم الاتفاق المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي حيث أن قواعد القانون الدولي لا تسري الا على أشخاص القانون الدولي، فالقواعد القانونية في كل نظام معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، وذلك عن طريق الإشارة الى قواعد أخرى في نفس النظام القانوني تحدد من هم المخاطبين بها<sup>(2)</sup> في ذلك يقول أحد الفقهاء أن: "هناك اتصالاً وثيقاً وضرورياً بين جوهر القاعدة القانونية، الحق، والواجب والسلطة، والأعباء الناتجة عنها، وأشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة"<sup>(3)</sup>.

إضافة الى وجود تناقض بين ما يتفق عليه أطراف العلاقة القانونية في إعمال قواعد القانون الدولي، وبين انعدام الأساس القانوني في القانون الدولي الذي يعطي للأطراف الحق في هذا الاختيار، حيث أن القانون الدولي في مصادره المختلفة (المعاهدات والعرف) لا يحتوي

(1)- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 328.

(2)- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 628.

(3)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 697.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

على قواعد تضيي على العقود المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى طابع الإلزام القانوني الدولي<sup>(1)</sup>، ومن ناحية أخرى فإن القانون الدولي العام الوضعي لا يتضمن قواعد معدة سلفاً للتطبيق على عقود الدولة الإدارية، حيث لا يتضمن سوى قواعد خاصة بالمعاهدات الدولية التي لا تتلاءم وطبيعة هذه العقود، كما أن قواعد تنازع القوانين في نطاق القانون الخاص دائماً تشير إلى أعمال قانون الدولة المتعاقدة بوصفه القانون الطبيعي الواجب الأعمال على العقد الذي تكون طرفاً فيه<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - عدم كفاية قواعد القانون الدولي العام للتطبيق على العقود الإدارية

لا يكفي القول باستبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة لصالح تطبيق القانون الدولي العام، فالأمر الجدير بالبحث في هذا المقام هو هل يحوي القانون الدولي العام قواعد ملائمة لحكم عقود ذات طبيعة خاصة كالعقود الإدارية أم لا؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل، يرى جانب من الفقه أن القانون الدولي العام لا يعد نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق فهو يفتقر للقواعد التي يمكنها أن تحكم العلاقات ذات الطابع الاقتصادي وهو لا يتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، حيث ينبغي دائماً الرجوع إلى التشريعات الداخلية في شأن المسائل المتعلقة بالعقود التي ترمي إلى تفادي عدم التوازن المالي في العقود وكذلك تحديد غرامات التأخير ومسؤولية المتعاقد إلى غير ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 371-372.

(2) - هاني محمود حمزة، المرجع نفسه، ص 373.

(3) - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 250.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

إضافة الى أن قواعد القانون الدولي كي تطبق على العقود ذات الطابع الإداري للدولة يجب أن تكون قواعد محددة، ومبادئها راسخة كما الكومون لو في إنجلترا، أو القانون الإداري في فرنسا<sup>(1)</sup>.

وفي رفضه للفكرة يذهب أحد الفقهاء إلى القول أنه من الصعب إخضاع عقود الدولة الإدارية للقانون الدولي العام، حيث أن هذا القانون لا يمكن أن يحتوي على قواعد كافية تحكم عقود ذات طبيعة خاصة كالعقود الإدارية، فعقود الدولة لا يمكن أن تكون موضوعا لنزاعات دولية لأن القانون الدولي لا يتضمن قواعد تخص شكل العقود وأثرها القانوني، فباستثناء معاهدات الاستثمار الثنائية وبعض القواعد المعنية بمشروعية المصادرة والتعويض فإن هناك شك في وجود قانون دولي للعقود<sup>(2)</sup>.

فالقانون الدولي يخاطب الدول ذات السيادة ويحكم التصرفات الصادرة عنها، وبالتالي فهو لا يحكم إلا العلاقات المتساوية بين الدول ولا ينطوي على نظام خاص يحكم عقود الدولة الإدارية ذات الطابع الدولي سواء فيما تعلق بإيرامها أو تنفيذها أو المنازعات الناشئة عنها وبالتالي تنتقي ولايته لحكم مثل هذه العقود<sup>(3)</sup>.

تأسيا على ما تقدم نصل الى نتيجة مفادها عدم واقعية الادعاء بتطبيق قواعد القانون الدولي العام على العقود الإدارية الدولية، حيث أن استراتيجية الفقه في التدويل لا تستند الى أسس قانونية واضحة، إضافة الى أن القانون الدولي العام لا يحوي سوى قواعد خاصة بالمعاهدات الدولية وضعت في الأساس لتنظم العلاقات القانونية بين الدول، ولا يتضمن قواعد محددة ومعدة مسبقا لتنظم عقود ذات طبيعة خاصة كالعقود الإدارية.

(1)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 373.

(2)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 241.

(3)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 249.

## المطلب الثاني

### التدويل غير المباشر للعقود الإدارية الدولية

يسعى الطرف الخاص الأجنبي في التحكيم مع الدولة إلى إثبات الطابع الدولي لعقد الدولة الإداري وانتمائه إلى المجتمع الدولي وإمكانية حل المنازعات الناشئة عنه طبقاً لأحكام القانون التجاري الدولي، حيث ينطلق من فكرة أن المجتمع الدولي هو المجتمع المضيف للرابطة القانونية القائمة بين استثمار من القانون الخاص الأجنبي والطرف الممثل للدولة وكل نزاع سينشأ عن هذه الرابطة يصبح القانون الواجب التطبيق على هذه العقود هو القانون التجاري الدولي، كما أن كل نزاع له علاقة بهذا العقد في ظل عدم وجود قضاء تجاري دولي يجب حله بواسطة محكم دولي أو في هيئة تحكيم دولية، وتضيف شركات القانون الخاص الأجنبية التي تأخذ بهذه التحليل أنها ليست هي التي حلت في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار ولكن الدولة هي التي ذهبت إلى مجتمع التجار الدولي للبحث عن التكنولوجيا والأموال التي تحتاجها للقيام بمشروع تطور من خلاله دولتها وتحقق النفع العام لمواطنيها<sup>(1)</sup>.

تبعاً لذلك فإن الدولة تهجر صفة جهة الإدارة باعتبار ما لها من امتيازات وسلطات منحها إياها قانونها الداخلي لتنزل منزلة الأفراد وتكتسب صفة التاجر الدولي، ومن الفقه من يؤيد هذا الطرح وينادي إلى أن أنسب القوانين التي يمكن أن تحكم العقد الإداري الدولي يجب أن تراعي المبادئ العامة للقانون التي اتفق على احترامها عالمياً، بالإضافة إلى قواعد التجارة الدولية فعقد الدولة الذي لم يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق، لا يحكمه أي نظام قانوني فهو عقد بدون قانون، فالمحكم هو الذي ينشئ القواعد التي تلائم العلاقات العابرة للدول مستعينا بذلك بروح المبادئ العامة للقانون الدولي التي تتسجم وعقود الدولة<sup>(2)</sup>.

(1) - علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 780.

(2) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 378.

قبل التعرض لمدى ملاءمة تطبيق هذا النوع من القواعد على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، سوف نقوم بإبراز ماهيتها ومضمونها (الفرع الأول)، لنصل إلى تقدير صلاحيتها للتطبيق على المنازعات التي تثار بصدد العقود الإدارية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### ماهية القواعد عبر الدولية

تعود نشأة عادات وأعراف التجارة الدولية إلى العصور الوسطى حيث كانت القوانين مجزأة ومتعددة بتعدد المقاطعات، ما دفع بالتجار في كل مجتمع من مجتمعات تجارة الأسواق الموسمية على أن يلتزموا في معاملاتهم بما جرت به عاداتهم، من هنا تشكلت مجموعة من القواعد العرفية التي أطلق عليها اصطلاح القواعد عبر الدولية أو قانون التجارة الدولية التي يستعملها التجار في معاملاتهم التجارية الدولية وبالأخص في منظماتهم المهنية<sup>(1)</sup>.

حيث بدأت العلاقات التجارية الدولية تبتعد تدريجيا عن الخضوع للقوانين الداخلية للدول الأطراف في العلاقة التعاقدية لصالح قواعد عرفية تحكمها وتنظمها، تكونت هذه القواعد بعيدا عن نطاق السلطة التشريعية للدولة نتيجة للجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، ويكمن الهدف من وجود قانون مستقل يحكم هذه العلاقات في تحرير عقود الدولة من سلطان قانونها الداخلي أي السعي وراء التدويل غير المباشر لهذه العقود<sup>(2)</sup>.

(1)- بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 180.

(2)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 259-260.

إذن فقانون عبر الدول نظام قانوني تلقائي يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات والأعراف التي يتبعها المتعاملون في أوساط التجارة، وأحكام التحكيم الصادرة في هذا المجال التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية<sup>(1)</sup>.

من الجدير بالذكر أن الفقه الحديث قد تواتر على استخدام مصطلح القواعد عبر الدولية على أي تعبير آخر، لما يحتويه من مفاهيم مميزة تشمل القواعد المشتركة بين عدة أنظمة قانونية، وكذلك القواعد أو المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية المستخرجة من الاجتهاد التحكيمي والمعاهدات الدولية<sup>(2)</sup>، أما البعض فيفضل استخدام مصطلح القواعد عبر الدولية على اعتبار أنه اصطلاح أكثر شمولاً من مصطلح قانون التجارة الدولية الذي يدخل ضمن مكوناته إن لم يكن مصطلح مرادف له<sup>(3)</sup>.

هذا ومن الفقه من يعتبر أن القواعد عبر الدولية تتمتع بالطابع الملزم باستقلالها عن الأنظمة الداخلية، وتتمتع بخصائص وصفات القواعد القانونية بوجود مجتمع مستقل تطبق فيه وما يساهم في تعزيز الطابع القانوني الملزم لهذه القواعد اعتمادها في الكثير من المعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية<sup>(4)</sup>.

#### أولاً- تعريف القواعد عبر الدولية

يعود الفضل في ابتكار مصطلح القانون العابر للدول للفقيه Jessup حيث أشار إلى وجود قانون عابر للدول ينظم التصرفات والأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة ويرمي

(1)- محمود عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة أولى، 2001، ص 65.

(2)- إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 541.

(3)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، هامش، ص 751.

(4)- إياد محمود البردان، المرجع نفسه، ص 550-552.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

إلى تجاوز التقسيم التقليدي القائم بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بشأن عدد معين من المسائل التي تتعدى النطاق القانوني للدولة الواحدة<sup>(1)</sup>.

هذا وقد تعددت التعاريف الفقهية للقانون عبر الدولي، وكل فقيه يعرفها تبعاً لمذهبه:

عرفها جانب فقهي بأنها: "مجموعة القواعد المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي"<sup>(2)</sup>.

ويعرفها جانب آخر على أنها: "قانون يهدف إلى البحث عن نظام قانوني ملائم يطبق على العلاقات الناشئة بين الأشخاص الخاصة مع العمل على تحييد العلاقة عن الخضوع لقواعد تنازع القوانين، فليس للقواعد الداخلية أو الدولة أدنى تدخل في هذه العلاقة لأنها لا تتماشى مع حاجات المعاملات الاقتصادية الدولية"<sup>(3)</sup>.

فيما يعرفها جانب آخر تبعاً لمضمونها بالقول: "أنها مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"<sup>(4)</sup>.

تتميز القواعد عبر الدولية بتنوعها وارتباطها بقطاع معين من الأنشطة الاقتصادية مثل النقل، الصناعات البتروكيمياوية، صناعة الحديد والصلب، نقل التكنولوجيا والأشغال العامة

(1) - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 751.

(2) - نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 274.

(3) - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 261.

(4) - بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 181-182.

حيث اعتادت المؤسسات التجارية والمهنية المختلفة على إتباعها في معاملاتها التجارية الدولية وذلك في نطاق كل مهنة أو تجارة على حد(1).

### ثانيا- مصادر القواعد عبر الدولية

من خلال التعاريف السابقة فإن القواعد عبر الدولية تتشكل من مصدرين أساسيين هما: أعراف التجارة الدولية، والمبادئ العامة للقانون.

#### 1- أعراف التجارة الدولية

يعرف الفقه العرف التجاري الدولي على أنه: "القواعد العرفية غير المكتوبة الشائع استخدامها بين التجار في كل مهنة على حده وأصبح لها صفة الإلزام فيما بينهم"(2). كما يعرفه جانب آخر على أنه: "قواعد السلوك التي يتم مراعاتها في أحد مجالات الأعمال عبر الدولية بانتظام يدل على قبول المرتبطين بذلك المجال بإلزامها"(3).

تتكون هذه القواعد العرفية عن طريق ممارسة تجمعات مهنية أو تعاونية معينة تربط بين المتعاملين على الصعيد الدولي، وتأخذ في الغالب شكل الوثيقة المكتوبة، كما هو الحال في العقود النموذجية أو ذات الشكل النموذجي التي وجدت من أجل استبعاد القوانين الوطنية لعدم ملاءمتها لضروريات التجارة الدولية، حيث لا ترتبط هذه العقود في شروطها العامة بقانون دولة أو دول معينة، ومن أمثلة ذلك؛ العقود النموذجية التي نشأت عن تجارة وبيع الحبوب والتي صدرت عن "جمعية لندن لتجارة الحبوب"(4).

هذا وتكتسي الأعراف في ميدان العلاقات الدولية أهمية كبيرة مقارنة بالأعراف في العلاقات الداخلية، وهو ما دفع إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية، أو إلى النص على إلزامها

(1)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 260.

(2)- مراد محمود المواجدة، المرجع نفسه، ص 260.

(3)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 148.

(4)- محمد علي بني مقداد، مرجع سابق، ص 228.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

وضرورة الأخذ بها في إطار التشريعات الداخلية ففي إطار المعاهدات الدولية أكدت معاهدة فيينا الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في مادتها التاسعة على ضرورة الالتزام بالأعراف التي اتفق عليها والعادات التي استقر التعامل بها<sup>(1)</sup>، وعلى صعيد التشريعات الداخلية العديد من التشريعات المقارنة<sup>(2)</sup> تأخذ بالأعراف الدولية كقواعد واجبة التطبيق في التحكيم الدولي ومنها التشريع الجزائري<sup>(3)</sup>.

وجدت هذه الأعراف تطبيقا لها في العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومن ذلك الحكم الصادر عام 1988، فقد اعتبرت محكمة التحكيم أن غياب الاتفاق بين الأطراف بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع يستحسن بأن يفصل فيه وفقا لأعراف التجارة الدولية<sup>(4)</sup>.

### 2- المبادئ العامة للقانون

يطلق اصطلاح المبدأ العام وفقا للمفهوم المتعارف عليه لهذا الاصطلاح: "على القاعدة التي تتسم بالعمومية وتعبر عن مفهوم أساسي في نظام قانوني معين ولها دور خلاق في هذا النظام القانوني، والمبادئ العامة للقانون لا تنشأ وفقا لأساليب نشأة القانون المعروفة في نظام قانوني محدد، ولكن نظرا لكونها متضمنة في إطار هذا النظام، فإنها تعد موجودة وذلك قبل تكون القواعد القانونية الخاصة والتي تعبر عن هذه المبادئ"<sup>(5)</sup>.

(1)- إياد محمود البردان، مرجع سابق، ص 554.

(2)- المادة 38 من قانون التحكيم المصري والمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(3)- حيث تنص المادة 1050 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

(4)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 727.

(5)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، هامش ص 765.

نشأت المبادئ العامة عبر الدولية بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية حيث استطاع المحكمون أن يضيفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدولية<sup>(1)</sup>. فالمطلع على المبادئ العامة للقانون التي استند إليها قضاء التحكيم الدولي، يجدها مبادئ عامة للقانون الخاص واردة في القانون المدني لمختلف التشريعات الوطنية على المستوى الدولي<sup>(2)</sup>، من هذه المبادئ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومبدأ احترام الالتزامات التعاقدية، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق وغيرها من المبادئ التي تشترك فيها معظم النظم القانونية للدول وتستمد هذه المبادئ قوتها الملزمة أمام المحكم الدولي من الاعتقاد الراسخ لدى أعضاء المجتمع الدولي من مهنيين وتجار وأرباب عمل بأهميتها لتحكم العلاقات الناشئة بينهم، هذا ما يجعلها تتميز بذاتية خاصة<sup>(3)</sup>، وإن كانت هذه المبادئ تتسم بالعموم، إلا أن قضاء التحكيم قد استطاع في التطبيق العملي أن يضيف عليها ذاتيتها الخاصة التي تتفق وخصوصية معاملات التجارة الدولية<sup>(4)</sup>. وجدت هذه المبادئ تطبيقاً لها في العديد من القضايا التي تخص عقود الدولة لدى قضاء التحكيم الدولي<sup>(5)</sup>، حيث استند إليها المحكمون في العديد من القضايا لتبرير الأحكام التي اعتمدها، ومنها الحكم الصادر في قضية Aramco حيث اعتبرت المحكمة أنه بالرغم من أن

(1)- إياد محمود البردان، مرجع سابق، هامش ص 557.

(2)- محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 591.

(3)- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 267.

(4)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 148.

(5)- في عرض هذه القضايا: أنظر هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 384-389، وانظر كذلك: محمد كولا، مرجع

سابق، ص 221-22.

الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى تطبيق القانون السعودي الا أن هذا القانون يحتاج إلى تفسير أو تكملة بواسطة المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في مجال صناعة البترول<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مدى ملاءمة تطبيق القواعد عبر الدولية على منازعات العقود الإدارية

نادى جانب من الفقه إلى أن أنسب القوانين التي يمكن أن تحكم العقد الإداري الدولي يجب أن تراعي المبادئ العامة للقانون التي اتفق على احترامها عالمياً، بالإضافة إلى قواعد التجارة الدولية، نظراً لكون هذه العقود عبارة عن معاملات تجارية تجريها الدولة خارج محيطها والتي تكون في مجتمع التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

سوف نقوم بعرض أسانيد الاتجاه المنادي بتطبيق القواعد عبر الدولية على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ومشروعية تطبيقها من وجهة نظر المشرع الجزائري لنصل إلى مدى ملاءمتها للتطبيق على هذا النوع من العقود.

#### أولاً- الاتجاه المنادي بتطبيق القواعد عبر الدولية على العقود الإدارية

ينادي أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يجب تطبيق القانون العابر للدول، الذي يختلف عن القانون الدولي العام وعن القانون الداخلي، وهذا القانون يحوي المبادئ العامة للقانون وعادات التجار، وقواعد القانون الدولي الخاص<sup>(3)</sup>.

تبعاً لذلك يذهب جانب من الفقه مدعماً بالعديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، وكذلك أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي، إلى إمكانية خضوع العقود الإدارية الدولية للقواعد عبر الدولية ويجب على المحكم احترام اختيار الأطراف لهذه القواعد على الرغم

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 728.

(2)- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 378.

(3)- Maurice (K), La nation de contrat d'état: une contribution au débat, Rev, arb, 2003, p 741.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

من خصوصية عقود الدولة وعدم وجود قواعد عبر دولية خاصة بها، أو على الأقل لا توجد قواعد كافية من هذا القبيل، فهذه الميزة لا يجب أن تستتبع بالضرورة الانتهاء إلى استثناء اتفاق الأطراف على تطبيق القواعد عبر الدولية على عقود الدولة وعدم الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بأثر في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

حيث تعتبر القواعد عبر الدولية في رأي هذا الاتجاه هي الأكثر ملاءمة للتطبيق على عقود الدولة بقدر مراعاتها للطبيعة الخاصة لتلك القواعد، وأي نقص في القواعد عبر الدولية يمكن سده من خلال اللجوء إلى قواعد القانون الداخلي والعكس صحيح<sup>(2)</sup>.

ينتهي الفقه المنادي بإخضاع العقود الإدارية للقواعد عبر الدولية، إلى أن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يكمن في هذه القواعد، فإذا لم يخضع العقد إلى أي قانون يسمى العقد الطليق وتطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع يكون بمثابة قانون القاضي بالنسبة له، فالأعراف التجارية تتضمن تنظيمًا للروابط العقدية ذات الطابع الدولي وتحتوي على قواعد دولية درج العمل بها في مجال المعاملات الدولية<sup>(3)</sup>.

لاقت الأعراف التجارية تطبيقات متنوعة في العديد من القضايا التحكيمية حيث يعد حكم التحكيم الصادر في قضية شيخ أبو ظبي بمثابة المرجع الأساسي لأحكام التحكيم الأخرى التي أخذت بفكرة خضوع عقود الدولة ذات الطابع الدولي للقواعد العابرة للدول، حيث اتجه المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتعدية على عقد الامتياز البترولي محل المنازعة<sup>(4)</sup>.

وفي قضية Aramco ضد حكومة المملكة العربية السعودية ذهبت محكمة التحكيم بعد أن استبعدت تطبيق القانون السعودي على عقد الامتياز محل التحكيم بحجة عدم ملاءمته لحكم

(1) - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 390.

(2) - نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 482.

(3) - هاني محمود حمزة، المرجع نفسه، ص 392.

(4) - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 395.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

النزاع إلى القول أنه: "يجب البحث عن المبادئ المطبقة باللجوء إلى العادات والأعراف المتبعة في مجال صناعة وتجارة البترول"<sup>(1)</sup>.

كما وجد أنصار الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد عبر الدولية على عقود الدولة دعما في العديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، ففي دور انعقاد المجمع في أئينا عام 1989 والمتعلق بالتحكيم بين الدول والمشروعات التابعة للدول أو وحداتها الوطنية والمشروعات الأجنبية نصت المادة السادسة للقرار التي تعرضت للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة على أنه: "يملك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والقانون الموضوعي الذي ينبغي تطبيقه بواسطة المحكمين؛ وبصفة خاصة:

- 1- يجوز اختيار مصادر مختلفة للقواعد والمبادئ المطبقة في حق كل مسألة قد تنور،
- 2- يجوز استخلاص هذه القواعد والمبادئ من أنظمة قانونية وطنية مختلفة، وأيضا من مصادر غير وطنية كما هو الحال في شأن مبادئ القانون الدولي، والمبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية، وفي الحدود التي يترك فيها الأطراف هذه الأمور دون تحديد، ينبغي على محكمة التحكيم البحث عن القواعد والمبادئ الضرورية من بين المصادر المشار إليها في المادة الرابعة"<sup>(2)</sup>.

بالموازاة أكدت أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الاتجاه، ومن ذلك الحكم الصادر سنة 1992 حيث بعد ما قررت محكمة التحكيم التابعة لهذه الغرفة بأنه وفقا لما هو سائد في قضاء التحكيم الدولي، تكون عقود الدولة غالبا عقودا مدولة رافضة كافة الحجج التي أثرت أمامها والمتعلقة بوجود العقود الإدارية الدولية قررت أنه: "في

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 740.

(2)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 300.

حالة غياب تطبيق القانون الوطني فإن الحق الوضعي الحاكم لعقد الدولة ذات الطابع الدولي يشكل بواسطة المبادئ العامة للعقود الدولية<sup>(1)</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري من المسألة، فبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده اتخذ موقفا مناصرا لمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية، حيث نص في المادة 1050 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

إذا كان المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا مؤيدا لمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية، فإن هذا يقودنا إلى طرح التساؤل الآتي: هل يمكن تطبيق القواعد عبر الدولية على العقود الإدارية أم أن خصوصية هذه القواعد وطبيعتها تتنافر مع إمكانية تطبيق هذه القواعد؟

### ثانيا- تقدير الاتجاه المنادي بخضوع العقود الإدارية للقواعد عبر الدولية

تسعى الشركات الأجنبية الخاصة الطرف في التحكيم مع الدولة إلى إثبات الطابع الدولي لعقد الدولة الإداري وانتمائه إلى المجتمع الدولي، وإمكانية حل المنازعات الناشئة عنه طبقا لأحكام القواعد عبر الدولية، وأمام محكم دولي وإقصاء القانون الوطني للدولة المتعاقدة عن حكم المنازعات الناشئة عنه، حتى وإن تضمن العقد شرط يعطي الحق لمحاكم الدولة النظر في النزاع وتطبيق قانونها الداخلي على عقودها التي تبرمها في المجال الدولي<sup>(2)</sup>.

إلا أن فكرة تطبيق قواعد القانون العابرة للدول على العقود الإدارية هي فكرة منتقدة من قبل الفقه، حيث ذهب جانب إلى القول أنه ليست كل العقود التي يبرمها الشخص المعنوي العام في المجال الدولي تعد عقودا إدارية، فلا إدارة وهي بصدد ممارسة نشاطها قد ترى أنه من الأفضل أن تبرم عقودا كذلك التي يبرمها الأفراد العاديين منها عقود التجارة الدولية وفي هذا

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 740-741.

(2)- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 784.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

النوع من العقود يمكن إخضاعها للقواعد عبر الدولية، أما في حالة تعلق الأمر بالعقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاصها العامة فإن تطبيق القواعد عبر الدولية على هذه العقود سيكون أمراً محل شك نظراً لتعلق هذه العقود بالمصلحة العامة، وتختلف العضوية عن الأشخاص المعنوية العامة عندما تبرم عقداً إدارياً في نادي التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى أن عادات وأعراف التجارة الدولية هي قواعد من طبيعة تعاونية، فهي في الغالب تكون خاصة بكل مهنة أو بكل فرع من فروع التجارة الدولية، ومن أمثلتها العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب، وتجارة الحرير والصوف، وهي خاصة برجال الأعمال والتجار<sup>(2)</sup>.

حيث يترتب على الطبيعة التعاونية لعادات وأعراف التجارة الدولية أن العقود الخاضعة لهذه الأعراف لا بد أن تكون قد أبرمت بمناسبة تجارة معينة تنظمها أعراف معينة، ومما لا شك فيه أن العقود الإدارية لا تتعلق بمجال التجارة الدولية، وإنما يكون هدفها الأساسي تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي لا يمكن تصور إخضاع الشخص المعنوي العام الطرف في العلاقة التعاقدية لقواعد لم يشارك في الأساس في إرساء دعائمها<sup>(3)</sup>.

فضلاً عما سبق فالطبيعة الخاصة لعقود الدولة لا تتناسب مع تركيز هذه العقود في النظام عبر الدولي حيث أن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مثل عقود التنمية لا يطبق عليها القانون التجاري الدولي الذي وضع في الأصل لحكم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين الأفراد العاديين، أو بين الدولة بوصفها شخص عادي والأفراد، أما العلاقات التي تكون فيها

(1)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، ص 743.

(2)- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 278.

(3)- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع نفسه، ص 744-745.

## الباب الثاني:..... النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

الدولة صاحبة السيادة فإنه من الصعب تطبيق القواعد عبر الدولية على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية هذا من ناحية<sup>(1)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن القواعد عبر الدولية هي مجرد قواعد تعاقدية، غامضة، غير محددة، لا تحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثار في مجال العقود الدولية<sup>(2)</sup>، فهي وأن احتوت على أحكام تتصل بتفسير العقود وإبرامها إلا أنها تفتقر للقواعد القانونية التي تحكم المسائل ذات الأهمية؛ من ذلك أهلية الأطراف، التراضي، التقادم المسقط فالجاء إلى تطبيق هذه القواعد على عقود الدولة كما يرى جانب من الفقه يعتبر حلا سيئا في نتائجه وأيضا في آلياته الفنية<sup>(3)</sup>.

تأسيسا على ما سبق سرده من آراء، نرى أن القواعد عبر الدولية لا تتلاءم وطبيعة العقود الإدارية فهذه القواعد لا تشكل نظاما قانونيا متكاملًا يمكن أن يلم بجوانب العقد الإداري، فهذه القواعد قد وضعت من أجل تنظيم مصالح التجار في مجال التجارة الدولية ويمكن أن تمتد إلى العقود التي تكون فيها الدولة طرفا بوصفه فردا عاديا، أما العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة في معاملاتها التي تتعلق بالتنمية فإنه من غير الجائز إخضاع منازعاتها لهذه القواعد، حيث أن أعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون المستقر عليها دوليا لا يمكن أن تلائم عقود ذات طبيعة خاصة كالعقود الإدارية.

تبعا لذلك نلتمس من المشرع الجزائري تعديل المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واستبعاد أعراف التجارة الدولية من التطبيق على عقود الدولة وتقييد المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعية التي تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

(1)- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 302.

(2)- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 248.

(3)- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 813.

الختامة

تعرضنا في هذا البحث لمعالجة موضوع أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري من خلال دراسة شرعية هذا النظام في القانون الجزائري، وكذا عرض وتحليل أهم الجوانب الإجرائية والموضوعية التي أتت بها الشريعة العامة للتحكيم لبيان مدى ملاءمة أحكامها مع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وبناءا على ما تم بحثه سجلنا النتائج التالية:

\* تعكس العقود الإدارية توجهات الاستثمار و الانفاق للدول، ونظرا للطابع الخاص والاستثنائي لهذه الأخيرة فإن المنازعات التي تثور بشأنها ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الفاصل في المادة الإدارية، وتخضع لقواعد القانون الإداري الذي يضمن للإدارة فيها مركزا متميزا في معاملاتها ومنازعاتها مع الأفراد، وبالتالي فإن إجازة التحكيم في مثل هذه العقود أن يشكل خطرا على نظرية العقد الإداري والنظام القانوني له.

\* يمثل التحكيم عدالة خاصة بموجبه تسلب المنازعة من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية.

\* لم تكن مسألة قابلية حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بطريق التحكيم محل ترحيب فقهي أو قضائي، ومرجع ذلك خشية عدم مناسبة نظام التحكيم لطبيعة هذه العقود والمبادئ التي تحكمها ومن ثم يؤدي إلى تحول العقد الإداري إلى عقد مدني.

\* اتجه المشرع الجزائري نحو تكريس التحكيم كنظام بديل لتسوية منازعات العقود الإدارية (مادة الصفقات العمومية)، ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يراعي الطابع الموضوعي والإجرائي الخاص لمنازعات العقود الإدارية الذي يميزها عن منازعات القانون الخاص، حيث لم يخصص لتلك المنازعات قانون تحكيمي خاص بها، وإنما أخضعها لقواعد الشريعة العامة في التحكيم التي وضعت لتحكم علاقات الأفراد فيما بينهم.

\* يرتبط نظام التحكيم بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص، ويسيطر على إجراءاته الطابع الإتفاقي، منذ لحظة البدء فيها إلى غاية صدور الحكم المنهي للخصومة، ويفترض أن تقبل

جهة الإدارة هذه القواعد الإجرائية التي تعد إلى حد كبير غريبة عن المفهوم الشكلي للإجراءات المتبعة أمام القضاء الفاصل في المادة الإدارية، وتبعاً لذلك تكون إجراءات التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية تحت سيطرة قواعد القانون الخاص.

\* لا يوجد تعارض بين التحكيم والخصائص الذاتية للعقود الإدارية إذا كان التحكيم داخلياً حيث يستبعد القضاء المختص لغرض السرعة والسرية دون أن يستتبع ذلك استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على العقد، حيث يمكن للمحكم في منازعات العقود الإدارية أن يستخدم ذات السلطة التي يستخدمها القاضي الفاصل في المادة الإدارية ويطبق ذات المبادئ والحلول التي ابتكرها، حيث أن هذا الأخير يحرص دائماً على تحقيق التوازن بين مصالح طرفي الرابطة العقدية وهي نفس المهمة التي يقوم بها المحكم مع توافر ميزتي السرعة والسرية المبتغاة من وراء اللجوء إلى التحكيم، أما في التحكيم الدولي فاللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية من شأنه أن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها ويؤثر على مركز الإدارة فيها، إذا كان القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف أو المحكم حال غياب اختيار الأطراف له لا يعرف التمايز بينها وبين العقود المدنية المعروف في فرنسا والجزائر والدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، عندها تكون خطورة التحكيم على العقد الإداري حيث يصعب معه التسليم بحقوق الإدارة وامتيازاتها ومركزها المرموق فيه، وبالتالي لا تحسن مباشرة النواحي المتعلقة بامتيازاتها كسلطة عامة إذا ما وقعت تحت فرضية قانون يجهل التفرقة بين العقد الإداري والمدني.

\* إن التحكيم وإن احتل اليوم مكانة هامة في المجال الإداري إلا أنه يظل رغم ذلك مقتصرًا على المسائل التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق دون تلك التي تدخل في نطاق قضاء المشروعية، حيث لا يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بوصفها سلطة عامة، بحيث لا يبقى له سوى القرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها متعاقدة، ففي هذا النوع من القرارات يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة تنفيذًا لبنود العقد المبرم

واستنادا لنصوصه طالما أن المنازعة لا تتعلق بالنظام العام لأن هذه المنازعات تدخل في منطقة العقد ومن ثم فهي لا تندرج تحت ولاية قضاء الإلغاء.

\* المحكم يعتبر شخصا خاصا يستمد سلطاته من إرادة أطراف التحكيم واتفاقهم على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعة المعروضة وبالتالي لا يملك سلطة الأمر والإجبار التي يملكها القاضي لإضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم لهذا اتجه المشرع إلى إعطاء دور فعال لقضاء الدولة في عملية التحكيم من أجل أن يستكمل هذا النظام فاعليته، خاصة مع وجود الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع مما يثير إشكالية عدم امتثاله لتنفيذ الحكم الصادر ضده والدفع بالحصانة القضائية ضد إجراء التنفيذ.

\* إن اتجاه الدولة إلى إبرام الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية مع علمها المسبق بما للقضاء من دور في العملية التحكيمية كتدخله المساعد في تشكيل هيئة التحكيم أو تدخله أثناء سير الدعوى التحكيمية أو في الرقابة على حكم التحكيم وتنفيذه، يعد تنازلا ضمنا عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية، وهذا لا يؤثر بأي حال على سيادتها حيث أن تصرف الدولة يعد عملا من الأعمال الإدارية المتمثل في أبرام العقود الإدارية والتي لا تعد من المسائل المتعلقة بالسيادة.

\* كشفت الدراسة عن عجز الفقه المنادي بالتدويل عن الوصول إلى غايته المرجوة، حيث انتهينا إلى أن قواعد القانون الدولي العام لا تصلح للتطبيق على العقد الإداري الدولي لأنه قانون وضع لينظم العلاقات بين الدول، أما بالنسبة للقواعد عبر الدولية، فالطبيعة الخاصة لعقود الدولة لا تتناسب مع تركيز هذه العقود في النظام عبر الدولي حيث أن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مثل عقود التنمية لا يطبق عليها القانون التجاري الدولي الذي وضع في الأصل لحكم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين الأفراد العاديين، أو بين الدولة بوصفها

شخص عادي والأفراد، أما العلاقات التي تكون فيها الدولة صاحبة السيادة فإنه من الصعب تطبيق القواعد عبر الدولية على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية. ختاماً أسأل الله تعالى أن يجعل بحثي هذا خالصاً لوجهه الكريم.

المراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

قائمة المراجع

أولاً- النصوص الرسمية

أ- الدستور الجزائري

دستور 1996 المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر، عدد 25  
والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 والقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06  
مارس 2016 ج.ر، عدد 14.

ب- القوانين

- 1- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات  
العمومية الاقتصادية، ج.ر، عدد 1 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.
- 2- القانون رقم 01/06 مؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر،  
عدد 14.
- 3- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 1008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية  
والإدارية، ج.ر، عدد 21.
- 4- قانون عضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة  
وتنظيمه وعمله، ج.ر، عدد 37، 1998.
- 5- القانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46.

ج- الأوامر

- 1- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 معدل ومتمم يتضمن قانون الإجراءات  
المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 1966.

- 2- الأمر رقم 287/65 المؤرخ في 18/11/1965 المتضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29 الخاص باستغلال الوقود والثروة الهيدروكربونية، ج.ر، عدد 95.
- 3- الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52.
- 4- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر 11/58 المؤرخ في 22/11/1958 المتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية، عدد الصادرة في 13/04/1971.
- 5- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد 31.
- 6- الأمر رقم 44/75، المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج.ر، عدد 53.
- 8- الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 21/01/1995 المتضمن المصادقة على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات.
- 9- الأمر 03/01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 47، معدل ومتمم بالأمر رقم 08/06 مؤرخ في 15/07/2006.
- 10- الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر، عدد 47.

د- المراسيم:

- 1- المرسوم رقم 384/63 مؤرخ في 14 سبتمبر 1963، المتضمن نشر الاتفاق الجزائري-الفرنسي حول التحكيم، ج.ر، عدد 67 مكرر الصادرة في 17 سبتمبر 1963.

- 2- المرسوم رقم 154/82 مؤرخ في 10/04/1982 متضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، عدد 15.
  - 3- مرسوم رقم 259/82 المؤرخ في 07/08/1982 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية، ج.ر، عدد 32.
  - 4- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك سنة 1958 الخاص بالاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر، عدد 48 .
  - 5- المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المؤرخ في 15 جانفي 1989 الذي يضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بامتياز واحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر، عدد 03.
  - 6- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، عدد 27.
  - 7- المرسوم التشريعي 08/94 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر، عدد 33.
  - 7- المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 21/01/1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، ج.ر عدد 66.
  - 8- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، رقم 50.
- ثانيا- المؤلفات باللغة العربية
- أ- الكتب
- 1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.

- 2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 3- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، د.د.ن، 2002.
- 4- أحمد بركات مصطفى، حق اللجوء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، د.د.ن، مصر، 2008.
- 5- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 6- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990.
- 7- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.
- 8- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، (د ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 9- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 10- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 11- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 12- إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

- 13- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 14- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010.
- 15- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر.
- 16- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- 17- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 18- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009
- 19- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- 20- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2008.
- 21- حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 22- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون ذكر تاريخ نشر.

- 23- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2003.
- 24- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 25- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 26- حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 27- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 28- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 29- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
- 30- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008.
- 31- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، دم.ج، الجزائر، 1985 .
- 32- زهير اسكندر، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، تونس، ط1، 2008.

- 33- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر تاريخ نشر.
- 34- سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- 35- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 36- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ط5، 1991 .
- 37- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2003.
- 38- سيد عبد العال تمام، مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 39- سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2016.
- 40- عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، ط1، 1981.
- 41- عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 42- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط1، 2009.

- 43- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.
- 44- عبد القادر عدو، صمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 45- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 46- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية دار الجامعة الجديدة، الأزابطة، مصر، (د ط)، 2008.
- 47- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، ط1، 2007.
- 48- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، ط1، 2009.
- 49- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، 2011.
- 50- عمار عوابدي، القانون الإداري، "النشاط الإداري"، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 51- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، "نظرية الدعوى الإدارية"، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، 2005.
- 52- عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، دون سنة طبع.

- 53- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 54- عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 55- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- 56- كمال عليوش قريوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 57- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010.
- 58- ليلي رزوقي وحمدى باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003.
- 59- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 60- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 61- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014.
- 62- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 63- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.

- 64- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2007.
- 65- محمد الصغير بعلي، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004 .
- 66- محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، 2003.
- 67- محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة عن كيفية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقد الإداري والتحكيم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 68- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 69- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 70- محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، الطبعة الأولى، دار اليازوري، عمان، الأردن، 2013.
- 71- محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ذ.س.ن.
- 72- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
- 73- محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

- 74- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، مصر، (د ط)، 1999.
- 75- محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2001.
- 76- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 77- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 78- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 79- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.
- 80- محمود عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المتقدم للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة أولى، 2001.
- 81- محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الطبعة الأولى عمان، الأردن، 2007.
- 82- محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3، 2004.
- 83- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2006.
- 84- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.

- 85- مزياني فريدة، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 2001.
- 86- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2000.
- 87- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ط5، د.م.ج، الجزائر، 2009.
- 88- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، عمان، الأردن، 1998.
- 89- مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، طبعة أولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
- 90- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 91- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 92- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2002.
- 93- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 94- ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 95- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط1، لباد للنشر، سطيف، الجزائر، 2006.

- 96- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 97- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004.
- 98- نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 99- نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 100- هات محي الدين اليوسفي، الأثر الممتنع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 101- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 102- هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2004.
- 103- هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 104- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2007.
- 105- وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- 106- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

107- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

108- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

#### ب-المجلات والدوريات

1- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987.

2- أنور أحمد أرسلان، التحكيم في العقد الإداري، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1998.

3- برهام عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم في ظل القانون المصري رقم 37 لسنة 1994، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998.

4- بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006.

5- تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي لمعاصر، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003.

6- حسينة شرون، المسؤولية بسبب امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاء المترتبة عنها، مجلة المفكر، عدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006.

7- سعيد بوشعير، نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، الجزائر، 1986.

- 8- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد الثالث، 2001.
- 9- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة، الصلح، التحكيم، الجزء الأول، 2009.
- 10- عبد الوهاب عبدول، إشكاليات تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة عن المحاكم الاتحادية وسبل مواجهتها، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، 2012.
- 11- عصام الدين القصبي، إجراءات وحكم التحكيم، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998.
- 12- عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة القانونية، الدار البيضاء، المغرب، العدد 95.
- 13- غالب محمصاني، مدى اختصاص القضاء الإداري للنظر بدعاوي بطلان القرارات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، مجلة التحكيم العربي، العدد 14، جوان، 2010.
- 14- غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 9، لسنة 2009.
- 15- قاسم العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، 2005.

- 16- محمد أبو العينين، دور التحكيم في حل منازعات التجارة والاستثمار الدوليين، مجلة التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية، مطبعة اتحاد المحامين العرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998.
- 17- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، عدد 20، جانفي 2004.
- 18- محي الدين القيسي، العقود الإدارية خصائصها وإمكانية الطعن فيها، الملتقى العربي الأول "التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، بيروت، لبنان.
- 19- مصطفى لزرق، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية، مجلة المحكمة العليا، ج2، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم)، 2009.
- 20- ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، مجلة المفكر البرلماني، عدد 29، افريل.
- 21- نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009.
- 22- وجدي راغب فهمي، "هل التحكيم نوع من القضاء" دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، س17، العدد الأول والثاني، مارس - جوان 1993.
- ج - الرسائل العلمية
- 1- أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2000.

- 2- بوالشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2011.
- 3- بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، رسالة ماجستير ،جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2010.
- 4- جار الله جار الله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة، مصر، 2007.
- 5- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2013.
- 6- رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2001.
- 7- الطيب زيروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991.
- 8- عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2001.
- 9- عبد الباقي حسن عبد الحميد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2013.
- 10- عبد الله سلامة البطوش، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، عمان، الأردن، 2014.
- 11- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.

- 12- علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2012.
- 13- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة دكتوراه، بن عكنون، الجزائر، 1998.
- 14- مفتاح علي الشيباني عمر، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2006 .
- 15- نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، القاهرة، مصر، 2008.
- 16- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
- 17- نور الدين بن شيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.

### ثالثا - المؤلفات باللغة الأجنبية

#### A-Ouvrages

- 1- **Bencheneb.(A)**, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales en Algérie, O.P.U, 1984.
- 2- **Bennadji.(Ch)** Réflexion de la théorie du contrat administrative en Algérie, mélange en hommage à Ahmed Mehio, sous-direction de Yadh Ben Achour, Jean-Robert Henry, Rostom Mehdi, Edition Publisud ,2009.
- 3- **David. (R)**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982.
- 4- **David.(R)** , Arbitrage et droit comparé, R.I.D.C, 1959.

- 5- **Elhousseini .(M)** , L'arbitrage dans l'espace Ohada , conférence international sur droit des affaire de l'Ohada , maison du droit Vietnam française ,Vietnam ,2010.
- 6- **Fauchard. (Ph), Gaillard(E), Goldman(B)** , International commercial arbitration,Kluwer law international, the Hague , Boston, London 1999.
- 7- **Giorgios.(I), Zekos**, International Commercial and Marine Arbitration, Routledge-Cavendis, Abingdon,2008.
- 8- **Jean. (R) Mc- Neil**, American Arbitration law, Oxford University Press, New York, 1992.
- 9- **Jean. (R)**, L'arbitrage-droit interne-droit international privé, 2ème éd, 1993.
- 10- **Laubadère.(A.de),Moderne.(F), Devolvé.(P)**, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, 2eme éd, tomme 2, 1983, 1984.
- 11- **Laubadère. (A.de)**, Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, 1953.
- 12- **Mezghani.(A)**, Droit international privé, éd Cérès, 1991.
- 13- **Motulsky .(H)** , Ecrits, études, et notes sur l'arbitrage; préface de Goldman.(B) et Fauchard.(PH), Dalloz, 1994.
- 14- **Patrikios.(A)** , L'arbitrage en matière administrative , L.G.D.J ,1997.
- 15- **Raymond. (G) et Jean. (V)**, Lexique des termes juridiques, 16 édition, Dalloz, Paris, 2007.
- 16- **Zaki.(B)** , Dictionary of management sciences, Dar El KitabAlmasri, Cairo,égypte, 1ère éd,.

#### **B-Articles**

- 1- **Bollard.(G)** , Les principes directeurs du procès arbitrale, Rev.arb, 2004.
- 2- **Bruce.(E)** , La compétence du juge administrative dans l'arbitrage des personnes publiques, remises en question, Rev. arb, 2006.
- 3- **Charles. (J)**, les frontières de l'arbitrage, Rev. arb, 2001.

- 4- **Claude. (R)**, Des connaissances Personnelles de L'arbitre à son informatrice privilégiée, Rev. arb, 1991.
- 5- **Collavet.(F)**, De l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques, (Article 69 de la loi du 17 avril 1906), R.D.P, 1906.
- 6- **Coquin. (E)**, Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Rev. arb, 2006.
- 7- **Derains.(Y)** , L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev, arb, 1986.
- 8- **Faussard. (D)** , L'arbitrage en droit administratif, Rev. arb, 1990.
- 9- **Foussard.(D)** , Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage vers une consolidation des règles, Rev, arb, 2004.
- 10- **Gaudment.(Y)** , L'arbitrage Aspects de droit public état de la question, Rev, arb, 1992.
- 11- **Issad.(M)** , La nouvelle loi Algérienne relative a l'arbitrage international, Revarb ,2008.
- 12- **Issad.(M)** , Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage international, Séminaire de la Chambre Nationale du Commerce, Alger, 14.15 décembre 1992.
- 13- **Kessedjian. (C)** , Principe de la contradiction et arbitrage, Rev.arb, 1995.
- 14- **Klein.(F.E)** , La convention européenne sur l'arbitrage commercial international,Rev. Crit. D.I.P., 1962.
- 15- **Kobtan.(M)**, Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N3, 2003.
- 16- **Mauric. (K)**, La nation de contrat d'état: une contribution au débat, Rev, arb, 2003.
- 17- **Pearson.(N)**, Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev.arb 1970.
- 18- **Pierre.(M)** ,Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civile law et de commonlaw, Rev.arb, 1995.

19- Terki.(N), L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. Arb 1990.

### C-Thèses

1-Benchikh.(N), L'arbitrage dans les relations commerciales internationales de l'Algérie, thèse de doctorat, université de Maine, 1992.

2-Boucaron.(M), Le principe compétence – compétence en droit de l'arbitrage, thèse de doctorat en droit ,université de Nice ,France, 2011.

### رابعاً: المواقع الإلكترونية

1- أشرف روية، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"

<http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp?id=535>

2- دويب حسين صابر عبد العظيم، "التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/doib%20husin.pdf>

3- كريم الطوجي، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم".

[www.mohamoon.com/montada/default.aspx?](http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?)

4- محمد سامي الشوا، "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf>

5- نور حمد الدجايا، "القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf>

6- فريد بن بلقاسم، "الوساطة في الجزائر، حاضر، ماضي، مستقبل"

<https://forum.educdz.com/threads>

7- <http://www.elmoudjahid.com/ar/flash-actu/1422>

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
08	الباب الأول: فكرة التحكيم في العقود الإدارية
11	الفصل الأول: التحكيم والنظرية العامة للعقود الإدارية
12	المبحث الأول: الأسس العامة لنظام التحكيم
13	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم
14	الفرع الأول: تعريف التحكيم وأهميته
14	أولاً- تعريف التحكيم
17	ثانياً- أهمية اللجوء إلى التحكيم
20	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم
20	أولاً- النظرية التعاقدية
23	ثانياً- النظرية القضائية
27	ثالثاً- نظرية الطبيعة المختلطة
30	رابعاً- نظرية الطبيعة المستقلة
34	المطلب الثاني: ذاتية التحكيم وأنواعه
35	الفرع الأول: تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة
35	أولاً- التحكيم والصلح
38	ثانياً- التحكيم والوساطة
40	الفرع الثاني: أنواع التحكيم
40	أولاً- التحكيم الوطني والتحكيم الدولي
43	ثانياً- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
47	ثالثاً- التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر
49	رابعاً- التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح
51	المبحث الثاني: نظرية العقد الإداري أمام قضاء التحكيم
52	المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه

53	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
53	أولاً- التعريف الفقهي والقضائي
55	ثانياً- العقود الإدارية بتحديد القانون
57	الفرع الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري
57	أولاً- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد
59	ثانياً- علاقة العقد بالمرفق العام
60	ثالثاً- اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام
62	المطلب الثاني: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتحكيم
63	الفرع الأول: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية
64	أولاً- سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها
65	ثانياً- فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد
68	ثالثاً- سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة
71	رابعاً- حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة
71	خامساً- قاعدة عدم تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ
73	سادساً- نظريات التوازن المالي في العقد الإداري
75	الفرع الثاني: سلطة المحكم في الموازنة بين حقوق الإدارة والمتعاقد معها
76	أولاً- في مجال مركز الإدارة في العقد الإداري
77	ثانياً- في مجال حقوق المتعاقد مع الإدارة
82	الفصل الثاني: قابلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.
83	المبحث الأول: جوازية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية
84	المطلب الأول: الأصل منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية
84	الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ المنع
85	أولاً-المبادئ العامة للقانون
88	ثانياً- النصوص التشريعية المانعة للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية
91	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

91	أولاً- موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية
97	ثانياً- موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية
99	المطلب الثاني: التخفيف من حظر اللجوء إلى التحكيم
100	الفرع الأول: استثناء جواز اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية
101	أولاً- التكييف القانوني للصفقة العمومية
109	ثانياً- تطبيق التحكيم على مادة الصفقات العمومية
113	الفرع الثاني: صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية
114	أولاً- طبيعة صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية
117	ثانياً- صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية والتحكيم
120	المبحث الثاني: جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية
122	المطلب الأول: فكرة العقد الإداري الدولي
123	الفرع الأول: التكييف القانوني لعقود الدولة
123	أولاً- الاتجاه الرافض لتكييف عقود الدولة كعقود إدارية
125	ثانياً- الاتجاه المؤيد لتكييف عقود الدولة كعقود إدارية
127	الفرع الثاني: مفهوم العقد الإداري الدولي
128	أولاً- تعريف الفقه للعقد الإداري الدولي
129	ثانياً- معايير اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي
133	المطلب الثاني: تطور موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية
134	الفرع الأول: المرحلة السابقة على صدور المرسوم التشريعي 09/93
135	أولاً- مرحلة تقبل التحكيم الدولي
137	ثانياً- مرحلة إنكار نظام التحكيم الدولي
141	ثالثاً- التوجه نحو التحكيم الدولي
148	الفرع الثاني: تكريس التحكيم في العقود الإدارية الدولية
148	أولاً- الأسس القانونية لإجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية

150	ثانيا- مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية
156	الباب الثاني: النظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية
159	الفصل الأول: أثر التحكيم على النظام الإجرائي لمنازعات العقود الإدارية
160	المبحث الأول: الإجراءات السابقة على اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
160	المطلب الأول: اتفاق التحكيم الإداري
161	الفرع الأول: إبرام اتفاق التحكيم
162	أولا- ضوابط إبرام اتفاق التحكيم
168	ثانيا- أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية للدولة
170	الفرع الثاني: الاختصاص بفحص مشروعية اتفاق التحكيم
173	المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم الفاصلة في المادة الإدارية
174	الفرع الأول: ضوابط تشكيل هيئة التحكيم
174	أولا- الضوابط القانونية الملزمة
179	ثانيا- الضوابط التي تفرضها طبيعة العقود الإدارية
182	الفرع الثاني: دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم
183	أولا- ضوابط تدخل القضاء في تعيين المحكمين
186	ثانيا- المحكمة المختصة بالمساعدة في تعيين المحكمين
189	المبحث الثاني: سير خصومة التحكيم الإداري وصدور الحكم المنهي للخصومة
190	المطلب الأول: القواعد الإجرائية في خصومة التحكيم الإداري
190	الفرع الأول: سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم
191	أولا- الالتزام باتفاق الأطراف
192	ثانيا- مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي
197	ثالثا- احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام
198	الفرع الثاني: نطاق سلطة المحكم عند الفصل في منازعات العقود الإدارية
198	أولا- مبدأ الاختصاص بالاختصاص
201	ثانيا- سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية كمسألة أولية

205	ثالثا- نطاق سلطة المحكم في الفصل في المسائل الاستعجالية
210	المطلب الثاني: حكم التحكيم الإداري والطعن فيه
211	الفرع الأول: الطعن في حكم التحكيم
212	أولا- طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري
216	ثانيا- القضاء المختص بدعوى بطلان حكم تحكيم صادر في نزاع متعلق بعقد إداري دولي
219	الفرع الثاني: دفع الدولة بحصانتها القضائية ضد إجراءات التنفيذ
220	أولا- تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية الصادرة ضد الإدارة
222	ثانيا- تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة ضد الإدارة
227	الفصل الثاني: أثر التحكيم على التنظيم الموضوعي لمنازعات العقود الإدارية
228	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية
229	المطلب الأول: دور مبدأ سلطان الإرادة والمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
230	الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق
234	الفرع الثاني: دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق حال سكوت الأطراف
234	أولا- تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق من خلال منهج تنازع القوانين
238	ثانيا- التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق
241	المطلب الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد الإداري الدولي
242	الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بين التأييد والإعتراض
243	أولا- الإتجاه المؤيد لخضوع العقد الإداري للقانون الوطني للدولة المتعاقدة
249	ثانيا- استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة
252	الفرع الثاني: تقييد السلطة القانونية للدولة بواسطة شرط الثبات التشريعي
255	أولا- مشروعية شرط الثبات التشريعي
260	ثانيا- النطاق النسبي لشرط الثبات التشريعي
265	المبحث الثاني: تدويل المحكم للعقد الإداري الدولي
266	المطلب الأول: خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي العام
267	الفرع الأول: استراتيجيه الفقه في التدويل

267	أولاً- أسانيد الاتجاه المنادي بالتدويل
275	ثانياً- خضوع العقود الإدارية للقانون الدولي وفقاً لاتفاقية واشنطن
277	الفرع الثاني: مدى ملاءمة تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العقود الإدارية
278	أولاً : انعدام الأساس القانوني لإعمال قواعد القانون الدولي العام على العقود الإدارية
279	ثانياً: عدم كفاية قواعد القانون الدولي العام للتطبيق على العقود الإدارية
281	المطلب الثاني: التدويل غير المباشر للعقود الإدارية الدولية
282	الفرع الأول: ماهية القواعد عبر الدولية
283	أولاً- تعريف القواعد عبر الدولية
285	ثانياً- مصادر القواعد عبر الدولية
288	الفرع الثاني: مدى ملاءمة تطبيق القواعد عبر الدولية على منازعات العقود الإدارية
288	أولاً- الاتجاه المنادي بتطبيق القواعد عبر الدولية على العقود الإدارية
291	ثانياً- تقدير الاتجاه المنادي بخضوع العقود الإدارية للقواعد عبر الدولية
295	خاتمة
300	المراجع
	الملخص

## ملخص

جسد المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما في نطاق الصفقات العمومية، قابلية خضوع المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية للتحكيم الداخلي أو الدولي، غير أنه يبدو لنا في المقابل أنه قد أغفل وضع ضمانات إجرائية وموضوعية تكفل للعقد الإداري خصوصيته الطبيعية أين تظهر الإدارة، وهي تعمل على تحقيق الصالح العام، بسلطات غير تلك المتعارف عليها في علاقات القانون الخاص، فمن شأن إجازة التحكيم والحالة هذه خصخصة جزء معتبرا من النظام القانوني للعقد الإداري.

## الكلمات المفتاحية

التحكيم، العقود الإدارية، القضاء الفاصل في المادة الإدارية، الاستثمار الأجنبي، عقود الدولة.

## Abstract

In the Code of Civil and Administrative Procedure, the Algerian legislature has made it possible to submit disputes arising from the execution of administrative contracts, in particular public contracts, to national or international arbitration. However, it seems to us that it has lost sight of establishing a procedural and substantive mechanism which guarantees the administrative contract its natural specificity which gives the administration, acting in the general interest, powers different from those known in private right. The authorization of arbitration in this particular case is likely to privatize a significant part of the legal regime of the administrative contract.

## Keywords

Arbitration, Administrative contracts, Administrative jurisdiction, Foreign investment, Government contracts.

## Résumé

Le législateur algérien a concrétisé dans le Code de procédure civile et administrative la possibilité de soumettre à l'arbitrage national ou international les litiges nés de l'exécution des contrats administratifs, notamment les marchés publics. Cependant il nous paraît qu'il a perdu de vue de mettre en place un mécanisme procédural et de fond qui garantisse au contrat administratif sa spécificité naturelle qui donne à l'administration, agissant dans l'intérêt général, des pouvoirs différents de ceux connus en droit privé. L'autorisation de l'arbitrage dans ce cas précis est de nature à privatiser un part importante du régime juridique du contrat administratif.

## Mots clés

Arbitrage, Contrats administratifs, Juridiction statuant en matière administrative, Investissements étrangers, Contrats de l'État.