الجمهوريـــة الجزائرية الديموقراطيـــة الشعبيـــة
وزارة التعليـــم العالـــي والبحـــث العلمـــي
جامعـة عبـد الرحمـان ميـرة– بجايـة –
كليـة الحقـوق والعلـوم السياسيـــة

مذكـرة من إعـداد الطـالـب

تاقة حسين

لنيل شهـادة الماجستيـــر في الحقوق

الشعبة: القانـون

فرع : هيئـات عموميـة وحوكمـة

بعنـوان

التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

تاريـخ المناقشـة: 2017/02/02

لجنـة المناقشـة:

د. **خلفي عبد الرحمان**، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،----------**رئيسا**،

أ.د.**بودريوه عبد الكريم**، أستـاذ، جامعة عبـد الرحمـان ميـرة، بجاية،----------**مشرفاً ومقررا**،

د. **بري نور الـــــدين**، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ----------**ممتحناً**.

السنة الجامعية 2015-2016.

إهـــــــــــــــــــــــــــــداء

إلى: والــدي، والــدتي، إخـــوتي، زوجـــتي وبـــناتي وكل أفراد عائلتي ...

إلى أصدقائي، وزملائي في الدراسة والمهنة.

إلى كل من أعانني في انجاز هذا العمل.

إلى كل هؤلاء اهدي لهم ثمرة هذا العمل.

حســــيـــــن

شـــكـــر

أتقدم بشكري الجزيل للأستاذ الدكتور ***بـودريوه عـبد الكريـم****، لقبوله الإشراف على هذه المذكرة ولنصائحه الوجيهة ، وحرصه على انجاز هذا العمل.*

الشكر كذلك لكل أساتذتي الذين ساهموا في تكويني القانوني بكل من جامعتي تيزي وزو وبجاية.

قائمـــــــــة أهم المختصـــرات

أولا: باللغة العربية

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ج. ر. ج. ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

ق. إ. م: قانون الإجراءات المدنية (ملغى).

ق. إ. م. م: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

د. س. م: دون سنة المناقشة.

ط: الطبعة.

ثانيا: باللغة الفرنسية

AL : Et autres.

AJDA : Actualité juridique du droit administratif.

ARPT : Autorité de régulation de la poste et télécommunication.

CE : Conseil d'Etat.

CF : Comparant avec.

D : Dalloz.

OPU : Offices des publications universitaire.

Puf : Presses universitaire de France.

S : Suivant.

مقـــــــــدمـــــــــة

تعتبر الصفقات العمومية، الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرّع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بانجاز وتسير و تجهيز المرفق العام، إذ أنّ الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية، وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، مما يجعل نظام الصفقات العمومية الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسير الأموال العامة .

لقد عرف نظام الصفقات العمومية عدة تطورات منذ الاستقلال إلى غاية يومنا هذا، ويعتبر التشريع المتعلق بالصفقات العمومية، من بين التشريعات التي أحظيت باهتمام كبير من طرف المشرّع الجزائري، إذ أدخلت عليه العديد من التغييرات و التعديلات ليتماشى ويتناسب مع الأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

إنّ البحث عن المفهوم القانوني للصفقة العمومية في الجزائر ليس بالأمر الهين، وذلك لارتباطها بالمال العام و تلبية احتياجات المرفق العام، حيث انّه وبالرجوع إلى المفهوم الفرنسي للصفقة نجد أنها مرتبطة بالعقد الذي تبرمه الإدارة حيث تعتبر كل صفقة عمومية عقدا إداريا، على عكس ذلك المشرع الجزائري منذ صدور أول قانون ينظم الصفقات العمومية سنة 1967، وذلك بموجب الأمر 67- 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية[1]، الذي أعطى مفهوما مخالفا لما اخذ به المشرّع الفرنسي، وذلك على أساس أن مفهوم الصفقات العمومية يشمل كل الطلبات العمومية الخاصة بالقطاع العام، الذي يشمل كل المرافق الإدارية منها والصناعية والتجارية، وذلك من أجل حماية أموال الدولة و اعتماد فكرة التنسيق بين مختلف المؤسسات العمومية الإدارية والاقتصادية[2].

[1]- أمر رقم 67- 90 مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52،لسنة 1967 (ملغى).

[2]- بوشعير سعيد، " نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02،1986،ص 434.

إلى جانب ذلك، أخضع المشرع الجزائري المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا آو جزئيا،بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 12 جانفي 2002، يتضمن قانون الصفقات العمومية[3]، وكذا المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 07اكتوبر2010المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والمتمم[4]. فقانون الصفقات العمومية يشمل الأشخاص العامة و كذا الأشخاص العامة الخاضعة للقانون الخاص والتي تخضع لاختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية نظرا للطبيعة الإدارية للصفقة العمومية .

نظرا لمختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية بداية من الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي والى تنفيذها و استلام المصلحة المتعاقدة للمشروع، قد تعترض الصفقة عدة نزاعات ،نزاعات قد تنشأ أثناء وعند إبرام الصفقة، نزاعات قد تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها، و نزاعات تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية. كل هذه المنازعات تدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري ، هذا إن كانت الصفقة العمومية داخلية، لكن قد تكون الصفقة العمومية دولية و تعترضها نفس النزاعات لكن هذا النوع من النازعات يكون أحد أطرافها أجنبي و هذا الأخير غالبا ما لا يثق في قضاء الدول النامية الشيء الذي يدفعه إلى

[3]- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 12جانفي 2002، يتضمن قانون الصفقات العمومية،ج.ر.ج.ج عدد52،صادر في 28 جويلية 2002، معدل ومتمم بموجب مرسوم 03- 301 مؤرخ في 11سبتمبر2003، ج.ر.ج.ج عدد55، صادر في 14 سبتمبر2003، معدل ومتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 اكتوبر2008، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 62،صادر في 09 نوفمبر2008،(ملغى).

[4]- مرسوم رئاسي 10- 236 مؤرخ في 07 اكتوبر2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58 صادر في 07 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادر في 06 مارس 2011، والمعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11- 222 المؤرخ في 16جوان 2011، ج.ر.ج.ج عدد 34، صادر 19 جوان 2011، المعدل والمتمم بموجب المرسوم 12- 23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج عدد 04، صادر في 26 في جانفي 2012.

اشتراط اللجوء إلى التحكيم، وهو الحل البديل المعمول به في إطار التجارة الدولية، وأكثر من ذالك فحتى دول بلد المتعامل تفرض في اتفاقيات التعاون شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور أو تنشأ بين الطرفين.

التشريع الجزائري، كغيره من تشريعات الدول النامية، حاول في بادئ الأمر اجتناب نظام التحكيم في العلاقات التجارية مع الدول الأجنبية ، إلا أنّ الحرص على تحقيق البناء الحضاري و الحصول على التكنولوجيا الحديثة، دفع بالمشرّع في نهاية الأمر إلى مسايرة ما هو معمول به في التعامل التجاري الدولي، الذي جعل من التحكيم الدولي ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، إضافة إلى ذلك، كانت الحاجة الماسة إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية للنهوض بالاقتصاد الوطني والذي يعرف تدهورا ملموسا بعد انخفاض قيمة مداخيل النفط.

قد عرفت الجزائر في المدة الأخيرة تحولات جذرية تتمثل في تخلي الدولة على احتكار التجارة الدولية وبالمقابل تشجيع المبادرة الفردية للدخول في اقتصاد السوق، و تتجلى هذه التغيرات و التحولات بوضوح، في إبرامها للعديد من المعاهدات الثنائية و الجماعية الخاصة بترقية التعاون و تبادل الاقتصادي، وهذا التوجه يؤكد رغبة الدولة الجزائرية في إتمام عملية الانتعاش الاقتصادي، هذا ما دفع بالمشرّع الجزائري إلى تقديم ضمانات قصد خلق مناخ مناسب لجلب المستثمر الأجنبي من اجل حثه للاستثمار في الجزائر، ولا شك أن من بين هذه الضمانات هو تكريس و إقرار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات .

الشيء الذي دفع بالبلدان النامية ومن بينها الجزائر، إعطاء أهمية كبيرة للتحكيم، الذي يعتبر كضمان لجلب الاستثمار و رؤوس الأموال، و مسايرة التشريع الداخلي لمتطلبات التجارة الدولية و قانون الأعمال، وهو أدى بالمشرّع الجزائري إلى إصدار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، واستحداث وسائل بديلة لحل النزاعات بما فيها التحكيم الذي حظي بتعديلات مهمة حتى يكون وسيلة فعالة في حل النزاعات.

إذا كان من السهل استيعاب فكرة التحكيم في المنازعات ذات الطابع التجاري و المدني، لأنه منذ الأزل كان وسيلة بديلة للقضاء الرسمي، فانه من الصعب تقبل فكرة التحكيم في المنازعات ذات الطابع الإداري، لما للإدارة من امتيازات السلطة العامة و مركز يختلف من ذلك الذي يتمتع به الشخص العادي، هذا الأخير ليس بإمكان أن يكون مع الإدارة في نفس المرتبة، وان حماية المال العام لا يمكن تحقيقه إلا من طرف القاضي الإداري، هذه مبادئ القانون العام تصطدم مع خصوصيات التحكيم ومع ضرورة انفتاح التحكيم في مجال القانون العام ، و باعتبار الصفقة العمومية عقد إداري تخضع لأحكام القانون العام.

وجود تعارض بين خصوصيات التحكيم و مبادئ القانون العام لا نقاش فيه، لكن كثيرا ما استعار هذا الأخير أحكام من القانون الخاص وكيفها حتى تتلاءم مع المنازعات الإدارية ، هذا ما أدى بجانب من الفقه إلى تقبل فكرة التحكيم في مجال القانون العام بصيفه عامة، و في الصفقات العمومية بصيفه خاصة، وذلك بتكيف إجراءات التحكيم مع إجراءات المنازعة الإدارية، الشيء الذي كرسته مختلف التشريعات المقارنة ، لذلك تطرح إشكالية كيف توصلت التشريعات المقارنة بما فيه التشريع الجزائري إلى تكريس التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في الصفقات العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية، استدعى منا الأمر إتباع منهج علمي يجمع بين المقارنة والتحليل قصد بيان وشرح أهم الأحكام التي تمنع على الأشخاص العامة اللجوء إلى تحكيم بخصوص منازعات الصفقات العمومية في بادئ الأمر ، و بعدها الأحكام التي فتحت المجال للتحكيم في مجال الصفقات العمومية في نهاية الأمر، كل هذا بالمقارنة مع القانون الفرنسي و بعض التشريعات العربية، مع توضيح أراء الفقه في هذا الشأن.

على هذا الأساس، تمّ إعداد هذه الدراسة المتعلقة بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية وفق منهجية علمية تمكّن من التعرّض لأهم المسائل القانونية التي يثيرها الموضوع، لذالك ارتأيت اعتماد تقسيم ثنائي، على الشكل التالي:

الفصل الأول : وسأخصصه لدراسة الصعوبات و العقبات التي تعتري التحكيم في الصفقات العمومية .

الفصل الثاني: وأخصصه لدراسة انفتاح الصفقات العمومية على التحكيم.

.

الفصل الأول

صعوبة اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية

يبدو أنّ فكرة التحكيم تتعارض مع القانون الإداري، وكان لهذا التعارض أثر على التحكيم في مجال الصفقات العمومية، باعتبارها من أنواع العقود الإدارية تخضع لأحكام القانون الإداري، وبالتالي فقد نتج عن هذا التعارض ظهور مبدأ منع اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية، و يعود هذا المنع إلى ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بقوة منذ زمن بعيد[1] (**المبحث الأول**).

مع ذلك، يبدو أنّ مجال الصفقات العمومية هو مجال خصب لمادة التحكيم، باعتبار هذه الصفقات عقود إدارية تتضمن التزامات حقوق كل من المتعاقد من جهة، والإدارة من جهة أخرى، الأمر الذي يقتضي التراضي بين هؤلاء الأطراف في مرحلة معينة.

أكثر من ذلك، فإنّ العقبات التي تعترض المحكمة التحكيمية، تكمن في عدم قدرتها على إدراك أسباب المصلحة العامة و خصوصية العقد الإداري، لما للإدارة من سلطات تتميز وتنفرد بها عن الشخص العادي[2]، عكس القاضي الإداري الذي يتحكم في نظرية العقد الإداري. هذه بعض الاعتبارات التي برّرت منع اللجوء إلى التحكيم تم تخطيها و تجاوزها، مما نتج عنه قبول استبعاد المنع في إطار الصفقات العمومية (**المبحث الثاني**).

[1] - BILLEMENT Jean, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 2013, p.86.

[2]- **شهوب مسعود**، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: الأنظمة القضائية المقارنة و المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1998،ص1.

المبحث الأول
مبدأ منع التحكيم في الصفقات العمومية

تم تكريس مبدأ منع اللجوء إلى التحكيم للأشخاص العامة لأول مرة في القانون الفرنسي- حسب البعض[3]- منذ بداية القرن التاسع عشر عندما أقره مجلس الدولة هذا المبدأ، ونص عليه المشرّع الفرنسي خصوصا في قانون الإجراءات المدنية القديم، الصادر سنة 1803 في المادتين 83 و 1004 منه[4].

من جهته، يَعتبر الفقه القانوني الفرنسي أنّ هذا المبدأ مكتسب[5]، وأنّ "اتفاق التحكيم لن يجد مكانته بين عقود الدولة"، و أنّه من بين الأسباب التي تؤسس منع الدولة من اللجوء إليه، هي الشكوك التي تحوم حول التحكيم في عقود الدولة[6]، يضاف إلى ذلك أنّ التحكيم منظم في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، و أنّ أصله من القانون الخاص وليس من القانون العام، فهو غريب عن هذا الأخير (**المطلب الأول**).

لم يطبق مبدأ منع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم على الأشخاص العامة فقط، وإنما امتد حتى إلى الأشخاص العامة الخاضعة لازدواجية النظام القانوني(المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري)، بل وصل إلى حدّ منع

---

[3]- **وليد العبادي محمد**، "أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة "، مجلة دراسات العلوم الشرعية والقانون، العدد 2، 2007، ص. 360 .

[4]- L'article 1004 de l'ancien code de procédure civile dispose qu' « *on ne peut compromettre sur… : -Aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public...* ». L'art. 83 du même code dispose *que « seront communiquées au procureur de la république les causes suivantes : 1-celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les Communes, les établissements publics ….* ».

[5] - LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, éd.* Sirey, Tome 2, Paris, 1888, p. 145 et s.

[6]- Kaline Santos Ferreira , *Le contentieux administratif en dehors du juge, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux 4, École Doctorale de Droit,* 2013, p. 188 et s.

أنظر في الموضوع، اياد محمد بران، التحكيم و النظام العام "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي، بيروت ، 2004 ص. 93.

الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص عندما يتعلق موضوع العقد بالأموال العمومية، الشيء الذي يؤدي إلى استبعاد الصفقات العمومية من إجراء التحكيم (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول

التحكيم مفهوم غريب عن القانون الإداري

"إن العلاقات بين التحكيم و القانون الإداري علاقات تنافرية أي أنّ القانون الإداري لا يسمح باللجوء إلى التحكيم بطبيعته، بالتالي لا وجود للتحكيم في القانون الإداري".

بهذه العبارة بدأ الأستاذ "DELVOLVE" تدخله خلال مؤتمر حول التحكيم في القانون الإداري، منظم من طرف جمعية التحكيم الفرنسية، وهذا يعكس تماما الهوة الموجود بين التحكيم و القانون الإداري[7]، لأنّ أصل التحكيم في الواقع نشأة في بيئة القانون الخاص، وهو طريق بديل لحل نزاعات القانون الخاص(**الفرع الأول**)، وتبعا لذلك، لا يمكن تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات الصفقات العمومية، و هذا ما يؤسس منع اللجوء إلى التحكيم فيما يخص معاملات الأشخاص العامة الخاضعة للقانون الإداري، بما فيها منازعات الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

[7] -« *Les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif sont des rapports conflictuels, en schématisant, on pourrait dire que le droit administratif ne permet pas le recours à l'arbitrage, il n'y a donc pas d'arbitrage de droit administratif. Mon exposé devrait être clos aussitôt après avoir commencé*".
DELVOLVE Pierre, « L'arbitrage en droit administratif », communication au colloque du 17 septembre 1990 organisé par la chambre de commerce et d'industrie de Paris, éd. Bialec, Nancy, 1991, pp.13-35, cf. 13.

الفـرع الأول
التحكيم كحل بديل
لتسوية نزاعات القانون الخاص

أثبتت ممارسة الأفراد لحقهم الدستوري في اللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتهم أنّ تقييد هذا الحق بالشكليات التي تستلزمها إجراءات الفصل في النزاع يتسبب في البطء في الفصل فيها، كما تكبدهم تكاليف ونفقات باهضة، ناهيك عن ازدحام المحاكم الإدارية، هذا ما يعاب على القضاء الإداري، و يجعل من الضروري البحث عن حل بديل لتسوية النزاعات القائمة بين الإدارة و الأشخاص الطبيعية.

قصد الحدّ من هذه الإشكالات، بدأ التفكير في إيجاد طرق بديلة لحل النزاعات. ويعتبر التحكيم أحد هذه الوسائل، رغم طبيعته الخاصة، لكونه ذو طابع قضائي(**أولا**)، لأن الحل الذي يصل إليه هو حكم تحكيمي ملزم للأطراف، عكس ذلك الذي يصل إليه القائم بالصلح و بالوساطة، حيث أنّ هذان الأخيران يُشاركان الأطراف في التوصل إلى حل توافقي يتوقف على إرادة الأطراف[8]. يبقى أنّ التحكيم مرتبط بالقانون الخاص (**ثانيا**)، و غريب عن القانون العام، هذا ما يجعله طريق أقل شيوعاً من الطرق الأخرى في مجال القانون الإداري.

أولا: التحكيم طريق بديل لحل النزاعات

تشكل الطرق البديلة لتسوية النزاعات في هذه السنوات الأخيرة، سواء كانت مجتمعة أو منفصلة، موضوع نقاش واسع على المستوى الفقهي والتشريعي، وتستوحي هذه الطرق مفهومها من القانون الأمريكي، حيث جاءت لتلبية التطورات الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد مع التطور المستمر للتجارة والخدمات، وما

[8]- **زيري زهية**، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 76.

نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة و الفعالية في البث في القضايا أو المساهمة في حلها.

لهذا ظهرت الحاجة لوجود آليات قانونية تمكّن الأطراف من حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم القضائية، و تسمح باقتراح حل بديل للقاضي الرسمي في تسوية النزاعات، و بالنتيجة، يجب تكريس وتفعيل هذه الطرق حتى تفي بالغرض الذي أُنشِئت من أجله، خاصة التخفيف من حجم القضايا المطروحة على محاكم الدولة[9].

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي اهتمت بهذه الطرق تحت تسمية"ALTERNATIVES DISPUTE RESOLUTION" أو اختصاراً بـ ADR [10]، وبعد تطورها و انتشارها في الولايات المتحدة الأمريكية، انتقل الأخذ بها إلى الدول الأوروبية تحت عدة مسميات، على غرار MARC[11]، أو MARL[12]، أو MARD[13]، وتحصى غالبا هذه الطرق في الصلح و التحكيم والوساطة.

رغم صعوبة تقديم تعريف جامع وإجمالي لهذه الطرق، إلا أنّ أغلبية الفقه يعرفها بصفة عامة على أنها تلك الآليات التي يلجأ إليها الأطراف لتفادي القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بهدف التوصل لحل لذلك الخلاف.

---

[9]- **سوالم سفيان**، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق: تخصص:قانون خاص، جامعة الحاج لخضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014 ،ص. 8.

[10]- **بشير الصليبي**، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 13؛ **مناني فرح**، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص. 13.

[11] - Mode alternatif de Règlement des conflits.

[12] - Mode alternatif de Règlement des litiges.

[13] - Mode alternatif de Règlement des différends.

لقد عرفها الفقيه"RICHER" على سبيل المثال، بأنّها "طرق تسوية النزاعات يُلجأ إليها برضا الأطراف"[14]، فهي في الواقع طرق مقبولة في حدود ما إذا كان اتفاق الطرفين ضروري للجوء إليها، و بالتالي يستبعد هذا التعريف التحكيم الإجباري الذي يحتل مع ذلك مكانة غير مستهان بها في القانون الإداري، رغم أنّ اللجوء إليه حاليا نادر جدا، إذ أن التحكيم الحديث يحكمه مبدأ الرضائية[15]، لذلك يمكن استبعاد التحكيم الإجباري كطريق بديل لتسوية النزاعات[16].

من ضمن هذه الطرق، يحتل التحكيم مكانة مختلفة، فإذا كان في الواقع الصلح والوساطة هي طرق غير قضائية لتسوية النزاعات، فإنّ التحكيم وإن كان طريقاً بديلاً لتسوية النزاعات، فهذا لا يعني التقليل من طابعه القضائي. حيث يعترف بهذا الطابع القضائي سواء كان في إطار القانون العام أو في إطار القانون الخاص، إذ أن التحكيم نوع من أنواع القضاء، يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة، و هي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فهو بالتالي يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، كما أنّ الفصل في المنازعة يكون طبقا لقواعد القانون الموضوعي، و يحوز حكم المحكم حجية الأمر المقضي فيه، و هو الموقف الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 17 مارس 1893 [17]، فهو بذلك حل بديل و قضائي في آن واحد لتسوية النزاعات.

---

[14] - RICHER Laurent, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », A.J.D.A, 1997, p.3

[15] - CE., *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Les Etudes du Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, La Documentation française, 1993, p. 19.

[15]-غير أنه، مع ظهور سلطات الضبط المستقلة، نلاحظ تمتعها باختصاص تحكيمي لا يستلزم رضا المتعاملين الاقتصاديين للجوء إليه، فهو تحكيم إجباري. أنظر في الموضوع:

BERRI Noureddine, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de doctorat en sciences, spécialité Droit, Université de Tizi-ouzou, 2014, p. 214 et s., du même auteur, « Le règlement des différends devant l'ARPT », Actes du colloque national sur les autorités de régulation en matière économique et financière, Université de Béjaia les 23 & 24 Mai 2007, p. 83 et s. (pp. 83-103)

[17]- مشار إليه في: **مساوي مليكة**،" التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 09 ،2015، ص. 182.

ثانيا: القانون الخاص أصل نشأة التحكيم

من الصعب الاعتراض على الطابع الخاص للتحكيم أساسا، و ذلك لعدة اعتبارات، منها التاريخية لكونه طريق تقليدي بديل لحل النزاعات بين الأفراد ، الشيء الذي يدفعنا الى القول أن التحكيم نابع من القانون الخاص، بالتالي فالتحكيم كان أصلا طريقة لتسوية النزاعات بين الخواص. و ما يدعم هذا الطرح في القانون الفرنسي نص المادة الأولى من المرسوم المؤرخ في 16 أوت 1790، التي اعتبرت أن التحكيم" هو الطريقة الأكثر عقلانية لإنهاء النزاعات بين المواطنين"[18].

ارتبط التحكيم ولمدة طويلة، بالنزاعات التي تنشأ بين الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص، خاصة منها تلك التي تنشأ بين التجار ، ومنذ القرن التاسع عشر التحكيم منظم بموجب أحكام القانون المدني الصادر سنة 1806، لكن اصبح اليوم منظم أساسا بموجب أحكام قانون الإجراءات المدنية من المادة 1442 وما يليها المستنبطة حاليا من المرسوم رقم 2011-48 المؤرخ في 13 جانفي 2011[19].

يحدد هذا المرسوم النظام القضائي للتحكيم من تشكيلة المحكمة التحكيمية إلى تنفيذ الحكم التحكيمي، ويشكل علاوة على ذلك مجموعة متناسقة من القواعد المشاد بجدارتها إلى درجة أنّه حتى عندما يكون التحكيم مسموحاً به في القانون الإداري، يكون الرجوع أحيانا إلى هذه النصوص[20].

---

[18] - L'article 1er du décret des 16-24 août qui dispose que *« l'arbitrage est le mode le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens »*, loi dite des 16-24 août 1790 https://www.legifrance.gouv.fr/, consulté le 12-04-2016.

[19]- Décret n° 11-48 du 13 janvier 2011 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code, JORF n°1380 du 14 mai 1981.

[20] - Voir, GUYON Yves, *L'arbitrage*, Economica, Paris, 1995, p. 12.

هناك نصين آخرين من القانون الخاص، يتضمنان المبادئ الأساسية للنزاعات القابلة للتحكيم، ويتعلق الأمر بالمواد 2059[21] و ما يليها من القانون المدني التي تسمح بإبرام مشارطه التحكيم فقط، بالإضافة إلى نص المادة 631 من القانون التجاري [22] التي تسمح باتفاق التحكيم للنزاعات بين التجار سواء كان شرطا أو مشارطة، وهذا نظرا للفرق الموجود بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، إذ أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب في عقد يتعهد من خلاله الطرفين اللجوء إلى التحكيم، بمناسبة نزاع محتمل قد ينشأ عن العقد أو أثناء تنفيذه[23]، ويأتي بصياغة عامة كأن ينص على أن يلجأ إلى التحكيم في حل أي نزاع يتعلق بتفسير وتنفيذ العقد، أما مشارطة التحكيم[24]، تعتبر اتفاق يبرم بين الخصوم حول نزاع قائم ومحدد وناتج عن العقد الأصلي يلتزمون بمقتضاه عرض النزاع على المحكم أو محكمين يختارونهم للفصل في النزاع عوض اللجوء إلى المحكمة المختصة[25].

في الجزائر، وعلى خلاف المشرّع الفرنسي، لم يعرّف المشرّع الجزائري التحكيم، لا في ظل الأمر رقم 66-158، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم[26]، ولا في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يلغيه[27]، كما لم ينظم القانون المدني عقد التحكيم.

---

[21] - L'article 2059 de code civil français dispose que, « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* », www.legifrance.gouv.fr/

[22] - L'article 631 de code de commerce : « … *Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire*», www.legifrance.gouv.fr/

[23]- عرفت المادة 1007 من ق إ م إ شرط التحكيم انه *"...الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم "* .

[24]-عرفت المادة 1010 من ق إ م إ اتفاق التحكيم انه " ... *هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم*".

-كما تنص المادة 1040 ف 1 من ق إ م إ : "*تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية*".

[25]- **نبيهة بومعزة**، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري.مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، عدد 53 ،2013، ص.221،222.

[26]– أمر رقم 66- 154 مؤرخ في 08جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم (ملغى).

[27]- ج ر ج ج، عدد 21الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

للتذكير كان القانون الفرنسي هو المطبق قبل صدور الأمر رقم 66- 154، حيث أنّ هذا الأخير تأثر به لم يتضمن أي جديد بل كرّس و تبنى النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت. و لقد تبنى المشرع القاعدة التي تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة من اللجوء إلى التحكيم، ولكنه لم يتبن قاعدة حصر التحكيم في الحقل التجاري، بل أجازه أيضا في مجال حل النزاعات المدنية [28].

تطور التحكيم كثيرا في مختلف النزاعات، خاصة في المجال التجاري، ويعود تزايد الإقبال على هذه الوسيلة لحل النزاعات -حسب البعض- إلى المزايا العديدة التي يحققها خصوصا البساطة والسرعة التي يتميز بهما، فإجراءات التحكيم لا يشوبها التعقيد كالقضاء، كما أنّ التحكيم يتسم بقدر من المرونة في حل المنازعات التي تُطرح عليه، و أنّ عقد جلساته تتم في أوقات مناسبة وبوتيرة سريعة لتقيد المحكمين بمدة معينة لإصدار حكمهم وحسمهم للنزاع المطروح[29]، وذلك على خلاف القضاء الرسمي، الذي ألزمه المشرّع بالفصل في النزاعات في آجال معقولة دون تحديدها بما يسمح للقاضي بتحديد المدة باستخدام سلطته التقديرية وبالنظر إلى طبيعة القضية المطروحة عليه وظروفها[30].

إضافة إلى ما سبق، يسمح التحكيم بالفصل بأقل تكلفة باقتصاد النفقات، ويوفر الجهد مقارنة بالقضاء، كما يضمن الفصل في النزاع من قبل محكمون تتوفر فيهم الكفاءة، لأنهم يختارهم أطراف النزاع على أساس الثقة بهم، وتوافر الخبرة و التخصص ليس فقط من الناحية القانونية، بل كذلك من الناحية الفنية لأن هؤلاء لا يكونون قانونيين بالضرورة.

---

[28]- **الأحدب عبد الحميد**،التحكيم في البلدان العربية،ط3، منشورات الحلبي، بيروت، 2008، ص. 329.

[29]- تنص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لانهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ."

[30]- تنص المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "... تفصل الجهات القضائية في الدعوى المعروضة أمامها في آجال معقول".

يتميز التحكيم كذلك، بالميزة المتعلقة بسريته، بما أن الحياة العملية والتجارية تتطلب في الكثير من الأحيان الحفاظ على سرية معينة، بحيث لا تفشى أسرار أطراف النزاع، سواء ما تعلق برقم أعمالهم وزبائنهم ونوع الصفقات المبرمة، وتبقى بين الهيئة التحكمية ودفاع الأطراف، عكس القضاء الذي يحكمه مبدآ علنية الجلسات[31].

بالرغم من المزايا السابقة والتي يتميز بها التحكيم،إلا أن كونه مقرر بموجب نصوص ليست معدة لتطبيقها في المجال الإداري بحكم طبيعتها المدنية و التجارية، فالقضاء العادي هو المختص في تسوية النزاعات بين الأشخاص الخاصة، و هذه النزعات تنظمها نصوص من القانون الخاص، فالطابع الخاص للتحكيم يظهر بكثرة في كونه صادر عن الأشخاص الخاصة، يستمدون سلطتهم من اتفاقية التحكيم، هذا ما جعل المختصين البارزين في مجال التحكيم أمثال Jean ROBERT و Henri MOTULSKI يرون أنّ كون التحكيم عدالة خاصة، يشكل أحد عناصر تعريفه، وهو ما يفسر النفور الذي يلاقيه التحكيم من القانون الإداري ويجعله أكثر وضوحاً[32].

إن نجاح التحكيم، لاسيما في المجال التجاري واقع أكيد، ويشجع على الأخذ به في مجال حل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، خاصة إذا علمنا أنّ القانون الإداري يمكن أن يستمد تقنيات من القانون الخاص مع تكييفها مع متطلبات و خصوصيات و أساليب القانون الإداري[33]، فكون أصل نشأة التحكيم يعود إلى

---

[31]- تنص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنّ جلسات الجهات القضائية "(...) علنية، ما لم تمس بالنظام العام أو الآداب العامة او حرمة الأسرة".

لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، انظر، **مولوج لامية**، النظام القانوني للمحكم على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العام للأعمال، كلية الحقوق،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2011، ص3 .

[32] - DIALLO Ousmane, "*Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté conquérante »*, In : *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, Genève, 2010, p. 13.

[33]-**قبلان علي عبد الأمير**، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة الزين الحقوقية و الأدبية، بيروت،2011،ص. 95.

القانون الخاص لا يحول دون إمكانية اللجوء إليه في منازعات العقود إدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة.

الفرع الثاني
مبدأ حظر التحكيم في القانون الإداري

حظر التحكيم هو مبدأ في القانون الإداري، وبالتالي في قانون الصفقات العمومية، ويعود أصله إلى أسس شبه فلسفية (**أولا**)، وجدت لها صدى في النصوص القانونية القديمة منها و الحالية(**ثانيا**).

أولا - تفسير المبدأ

حظي مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم بمكانة في القانون الإداري منذ بداية القرن التاسع عشر، حين اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 1824[34]، بمناسبة النظر في نزاع يتعلق باتفاقية ابرمها وزير الحرب تتضمن بند ينص على اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع بين الإطراف، أن البند باطل على أساس أن وزير الحرب لا يستطيع تغيير النظام القضائي، وذلك بالسماح للمحكمة التحكيمة بالفصل في نزاع يكون أحد أطرافه شخص من الأشخاص التابعين للقانون العام، وهو تم تأكيده من قبل نفس المجلس بموجب قرار صادر في 23 ديسمبر ، 1887 بمناسبة النظر في القضية المعروفة "Evêque de Moulins"[35]، وهو ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة بعد ذلك.

يظهر كلا من مفهوم المبدأ و قيمته القانونية بأكثر وضوح عند عرض جميع الأسباب التي أدت إلى منع التحكيم في القانون الإداري، والتي لا يمكن أن تدخل في إطار هذه الدراسة، نظرا لكونها غير مكرّسة للتحكيم في القانون الإداري، بل للتحكيم في

[34] -CE, 17 novembre 1824 Ouvrad c/. Ministre de la guerre, Journal du Palais, jurisprudence administrative, Bureau de l'administration, France, 1824, p. 668.
[35] - CE, 23 décembre 1887 M. de Dreux-Brézé c/ Evêque de Moulins, www.conseil-constitutionnel.fr/

الصفقات العمومية، إلا أنه من الضروري عرض تلك التي تبدو مهمة وذات أكثر صلة بالموضوع.

استند جانب من الفقه المؤيد لفكرة حظر التحكيم في القانون الإداري، إلى مضامين القرارات القديمة لمجلس الدولة، و قدم حجج عديدة، تدور في مجملها حول محور أساسي وحجة رئيسية مؤداها أن التحكيم يصطدم بثوابت القانون العام[36]، وأسس يستند إليها القانون الإداري و مبادئ ينبني عليها نظام العقود الإدارية [37].

يضيف البعض، أن مبدأ الفصل بين السلطات يفرض أن تستفيد الإدارة من قاض خاص، و هو القاضي الإداري، الذي هو أدرى بالمصالح العامة التي تواجه التصرف الإداري وليس الأمر كذلك للمحكين[38]، فاللجوء إلى التحكيم سيصطدم بهذا المبدأ التقليدي للقانون الفرنسي.

تجدر الإشارة إلى أنه منذ صدور قرار "Ouvrad"، الصادر في 17 نوفمبر 1824 السالف الذكر، الذي أكد من خلاله مجلس الدولة الفرنسي، أنّه ليس بإمكان الوزير تغيير نظام الجهات القضائية، بمعنى ليس بإمكانه تغيير قواعد اختصاص الجهات القضائية الإدارية، وبالتالي كان الأمر يتعلق فعلا باختصاص الجهة القضائية الإدارية، و هو ما رحب به جانب من كبير من الفقه الذي أيد هذا التأسيس.

يستند التفسير السابق على البديهية التي تقول أن التحكيم وإجراءاته مرتبط بطبيعته بالقضاء العادي و إجراءاته، غير أنه من الممكن اعتباره جزءا من النظام القضائي الإداري، وذلك في حالة الفصل في نزاع يؤول اختصاص الفصل فيه للقضاء الإداري،

---

[36]- **خليفة عبد العزيز عبد المنعم**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.70.

[37]- **بن زيد علي عبد العزيز**، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ، جامعة الأردن ،2007، ص. 55.

[38]- **مقابلة مزين فايز محمد**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، د.س.م، ص. 40.

والتالي يخضع كذلك لرقابته. هذا ما يُستنتج من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 02 مارس 1956 [39]، أين أعلن اختصاصه في الرقابة على الأحكام التحكيمية الصادرة في فرنسا (تحكيم وطني أو دولي)، و في هذا الشأن، لا يكتفي المجلس برقابة سطحية[40]، و هو نفس ما يستنتج من القرار المؤرخ في 03 مارس1989[41].

تأسيساً على هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، اعتبر الفقه أنّه *"عندما يتدخل المحكمون في نزاع إداري، سيشكلون بأنفسهم قضاء إداري"*، كما أن نشأة التحكيم في القانون الإداري تقتضي أن تكون وفقا لمبادئ و خصوصيات القانون الإداري[42].

السبب الثاني لمنع التحكيم في القانون الإداري أساسه منطقي أكثر منه قانوني، وهو السبب الذي استند إليه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات لسنة 1993.

---

[39]- أنظر قرار مجلس الدولة:

CE, *Décision* n° 9860du *2 mars 1956, SARL* Le *Secteur électrique* Reuilly, .Recueil Lebon, p. 102

[40]- لتوضيحات أكثر حول الموضوع أنظر:

PACTEAU Bernard, Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIXe siècle, PUF, Paris, 2003, p. 264

[41]- أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 مارس 1989:

CE, Conseil d'Etat, Section, du 3 mars 1989, 79532, www.legifrance.gouv.fr/ .
"Aux termes de l'article 17 du cahier des clauses administratives particulières au marché passé entre la société des autoroutes de la région Rhône-Alpes et le groupement I.S.A. "*les différends qui pourront se produire entre les parties pour l'application du présent contrat feront obligatoirement l'objet, avant tout règlement contentieux, d'une tentative de conciliation. Faute d'arriver à un accord, le différend sera soumis à l'arbitrage* ...". Aux termes de l'article 2061 du code civil "*la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi*". Aucune disposition législative n'autorise les signataires d'un marché de travaux publics à inclure une telle clause dans ce marché. Il suit de là que les stipulations précitées de l'article 17 du marché passé par la société A.R.E.A. avec le groupement d'entreprises I.S.A. sont illégales. Par voie de conséquence, la sentence arbitrale du 17 avril 1986, rendue en application de l'article 17 est dépourvue de base légale. Dès lors, la société A.R.E.A. est fondée à en demander l'annulation".

[42]- SAUVE Jean-Marc, "L'arbitrage et les personnes morales de droit public", communication au colloque sur l'arbitrage en droit public, organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, Paris, le 30 septembre 2009. L'auteur a pu écrire à ce sujet que, « *la philosophie de l'arbitrage peut sans peine s'adapter à la nature des missions particulières assignées à ses personnes* (*aux personnes publique*) ». www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/

في الواقع، يَعتبر مجلس الدولة أن كون العدالة من مهام الدولة بامتياز، فهي تشكل إحدى مهامها التقليدية و الجوهرية التي يجب على الدولة أن تنظمها بنفسها، و اعتبر أنّ " هناك تناقض في أن تنظم الدولة العدالة من جهة، ومن جهة أخرى لا تفوض لها حل النزاعات التي تكون فيها بنفسها أو إحدى مؤسساتها طرفا فيها" [43].

في نفس الاتجاه، هناك من يرى أن قواعد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري من النظام العام، فكل منازعة تكون الدولة طرفا فيها يعود الاختصاص للمحاكم الإدارية. مبدئيا فالدولة لا يجب أن تحاكم أو تقاضى إلا أمام القضاء الذي أنشأته، مما يعني استبعاد اختصاص كل الهيئات القضائية الموجودة داخل الدولة وسواء كانت عامة أو خاصة بما فيها المحكمة التحكيمية، وهي بذلك تقرر حصر سلطة النظر بالمنازعات التي تكون طرفا فيها بقضائها الخاص[44] .

إلا أنّه إذا فضلت الدولة أن تفوض النزاعات التي تكون طرفا فيها للقضاء الخاص، فإن ذلك يعتبر بمثابة اعتراف بفشل الدولة في تنظيم قضائها، ونوعية عدالتها، غير أن هذا الاعتبار مردود عليه كونه مبني على أسس فلسفية أكثر منها قانونية، ولا نفاجأ إذا كانت الدولة تتنازل عن المهام المسندة إليها أصلا وتفضل اللجوء إلى الأشخاص الخواص للقيام بمهامها التقليدية. مع ذلك، لن يشكل التحكيم حالة استثنائية، إذ تستخدم الدولة على سبيل المثال، شركات خاصة للمراقبة والحراسة بدلا من مصالح الشرطة الوطنية، لاسيما في مجال البيئة، و إن كان هذا الوضع قد يبدو غير طبيعي، إلا أنه قانوني، هذا من جهة. من جهة أخرى، إذا كان من الممكن فهم هذا التفسير بالنسبة للدولة، إلا أنّه لا يملك نفس

[43] -CE, Rapport, Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, *op.cit.* p.86, « *il serait contradictoire que l'état organise la justice d'une part et d'autre part ne lui confie pas la solution des litiges dans lesquels lui-même ou ses prolongement sont parties* ».

[44]- **اياد محمود بروان**، مرجع سابق،ص.97 .

القوة لفروعها، وخاصة بالنسبة لأولئك الذين يقتربون أكثر إلى الأشخاص الخاصة، مثل المؤسسات الصناعية والتجارية، حيث أن هؤلاء يعنيهم الحظر مثلهم مثل الدولة[45].

في النهاية، لا تبدو أية واحدة من هذه الاعتبارات مقنعة تماما، وهي تستند في الواقع على تعارض شبه فلسفي بين التحكيم "العدالة الخاصة" والأشخاص العامة، إذا كان لا يمكن فهمها ممكنا في القرن التاسع عشر، عصر تكوين القانون الإداري، فلم تعد حاليا لها نفس القوة مع تطور دور الدولة و أنماط تدخلها، مع ذلك، لا يمكن اعتبار أن الحظر لا أساس له.

فالتحكيم هو عدالة تستند إلى عقد، ولذلك فمن غير المعقول أن يلغى أو يعدل تصرف إداري بموجب قرار تحكيمي، ما من شأنه أن يعطي لهذا التصرف قيمة، ليس بين الأطراف فحسب ولكن تجاه الجميع، تأكيداً لذلك، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أنّ القضاء الإداري وحده هو الذي يملك سلطة إلغاء أو تعديل عقد إداري، وبالتالي فمراقبة مشروعية عقد كهذا له نطاق هام جداً لمنح رقابته لقاض غير القاضي الإداري الرسمي.

ثانيا : التكريس التشريعي لمبدأ الحظر

قبل أيّ تفصيل في الموضوع، يجب التوضيح أنّ النصوص القانونية التي تمنع الأشخاص العمومية من اللجوء إلى التحكيم سابقة لتكريس المبدأ، و لذلك يمكن التأكيد بأن هذه النصوص خلقت مبدأ المنع، و أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يقم إلا بتطبيقها، لكن الواقع أكثر تعقيدا من ذلك، فالنصوص ليست إلا تعبيرا عن مبدأ منع هذه الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة.

[45] أنظر:

MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics*, Mémoire de DEA droit public de l'économie, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 1999, p. 16.

بالتالي، وعلى حدّ قول محافظ الدولة "Gazier"،فإن النصوص القانونية المكرسة للمبدأ ما هي إلا "واجهة *تشريعية*"[46]، وساير مجلس الدولة هذا الطرح، من خلال منحه لهذا المبدأ قيمة المبدأ العام للقانون[47].

علاوة على ذلك، فإن هذه الفكرة تم تدعيمها بموجب النصوص القانونية التي سيتم تحليلها أدناه، و هذه النصوص تضمنها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والقانون المدني، فهي إذن نصوص من القانون الخاص غير معدة بالتالي للتطبيق في مجال القانون الإداري.

تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1806 مادتين تمكنت من وضع أساس مبدأ المنع. ويتعلق الأمر بنص المادة 1004 من جهة، والتي نصت على أن "التحكيم محظور بالنسبة لكل القضايا التي يتم عرضها على النيابة ". ومن جهة أخرى، تحدد المادة 83 من نفس القانون، الحالات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بها، و التي تتمثل بالقضايا التي تتعلق بالدولة، أملاك الدولة، البلديات والمؤسسات العمومية، وبقي هذا النص ساري المفعول إلى غاية إلغاء أحكامه بموجب القانون رقم 72-626 المؤرخ في 5 جويلية 1972، ومع ذلك، سيتم الإبقاء على المنع إلا انّه تم تحويل أحكام المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية إلى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

تنص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول أنّه: "*لا يمكننا إجراء تحكيم في ما يخص النزاعات المتعلقة بالأشخاص العامة والمؤسسات العمومية، وبشكل عام في جميع المسائل التي تمس بالنظام العام*"[48].

---

[46]- Le commissaire du gouvernement GAZIER estime en 1957, que les articles 83 et 1004 du code de procédure civile français n'étaient « *guère qu'une façade législative à un principe général du doit* … », cité par, RENDERS David & BOMBOIS Thomas, *L'arbitrage en droit public Belge (s/dir)*, RENDERS David et *al.*, *L'arbitrage en droit public*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 51.

[47] - أنظر في الموضوع،

Jèze Gaston, Les *principes généraux* du *droit administratif*, Tome *1*. La technique juridique du *droit* public français, 1925, Réédité par éd. Dalloz, Paris, 2005, p. 42 et s. V. également, GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 21e édition, LGDJ, Paris, 2015, p. 65 et s.

إنّ النص المؤرخ في عام 1972 السالف الذكر، لم يخفف من مبدأ المنع، بل يعززه بمنحه تناسق أكبر. في الواقع، هناك مادة واحدة عالجت المشكلة مباشرة دون ربطه بالقضايا التي يجب تبليغها للنيابة العامة.

لقد ساير هذا الوضع القانون اللبناني بموجب المواد 408-828 من قانون الإجراءات المدنية اللبناني القديم بمنع الدولة أو إحدى مؤسساتها اللجوء إلى التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، و بموجب مرسوم - قانون رقم 90 المؤرخ في 16 سبتمبر 1983 تم التخفيف من هذا المنع بموجب أحكام المادة 809 من القانون السالف الذكر، التي بموجبها يسمح للدولة والأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية[49].

استندت الجهات القضائية الإدارية في فرنسا إلى النصوص السابقة في الكثير من الأحيان من أجل تفعيل مبدأ منع التحكيم على الأشخاص العامة، حيث اعتبر أغلب الفقه، أنّ تكريس مبدأ منع التحكيم في العقود الإدارية من طرف مجلس الدولة، كان نتيجة مباشرة لتطبيق هذه النصوص، وبدا الاجتهاد القضائي بنفسه مترددا في هذه النقطة، حيث هناك قرارات تعتمد صراحة على المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم كأساس قانوني، وبالتالي، وخلافاً لمذكرات محافظ الدولة السيد Gazier ، الذي يعتبر أنّ مبدأ منع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم، ناتج عن مبدأ قانوني

---

[48] - L'article 2060 (Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972) dispose qu'« *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation des corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

[49] - C'est le cas de la majorité des textes comparés en la matière ; par exemple, l'article 809 du nouveau code de procédure civile Libanais dispose : « *Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international. L'État, ainsi que les personnes morales de droit public, peuvent recourir à l'arbitrage international* ».

Pour plus de détails voir : QUILLERE-MAJZOUB Fabienne, « L'arbitrage international en matière administrative au Liban », Revue juridique de l'Ouest, n°3- 2002, p. 297.

عام، غير أن مجلس الدولة استند على مواد قانون الإجراءات المدنية في قراره الصادر في 13 ديسمبر 1957 في قضية الشركة الوطنية للبيع الفائض[50].

يبدو التحكيم بذلك كمؤسسة لا مكان لها في القانون الإداري. هذا ولم يكتف مجلس الدولة عن التذكير بذلك منذ سنة 1824، رغم أنّ جانب من الفقه كان يدعو إلى فتح المجال للتحكيم أمام الأشخاص العامة، الذي أصبح ضروري بحكم تطور دور الدولة. هذا ما دفع بوزير العدل وحافظ الأختام الفرنسي بتاريخ 07 افريل 2006، بأن يطلب من نائب رئيس مجلس الدولة بإنشاء فوج عمل مكلف بالتفكير حول إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم وشروطه، باستثناء تلك النزاعات التي تتعلق بالأعمال الإدارية الانفرادية[51].

المطلب الثاني
الحظر الواسع
للتحكيم على الأشخاص العامة

منع التحكيم على الأشخاص العامة معترف به بالإجماع، لكنه لم يسلم من الانتقادات، لاسيما أنّ مجلس الدولة قام بتفسير واسع لمبدأ منع التحكيم، وذلك بمنحه قيمة المبدأ العام للقانون (الفرع الأول)، ولا يمكن وضع استثناء للمبدأ إلا بنص من القانون، وهو ما يضفي نوع من الجمود على المبدأ، وكانت الصفقات العمومية محل تطبيق

[50]- يُستنتج من قرار مجلس الدولة أنّ السند الوحيد للجوء الأشخاص العامة للتحكيم هو إرادة المشرع. انظر في هذا الشأن:

Conclusions GAZIER sur Conseil d'Etat, 13 décembre 1957, Société nationale de vente de surplus, Dalloz, 1958, Jurisprudence, p. 517.

[51]- *« Par lettre du 7 avril 2006, le Garde des sceaux a demandé au Vice-président du Conseil d'Etat de constituer un groupe de travail afin qu'une réflexion soit engagée sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux ».*

-Conseil d'Etat, Groupe de travail sur l'arbitrage, Rapport du 13 mars 2007, p. 1. www.conseil-etat.fr/

خاص لهذا المبدأ بالاعتماد على المعيار العضوي فيما يخص جميع الأشخاص العامة، ومنعاً ماديا فيما يخص الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تكريس المبدأ العام للقانون
الذي يمنع الأشخاص العامة من التحكيم

تم تكريس المبدأ العام للقانون بصفة شاملة، الذي بموجبه يمنع جميع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي جدّ متشدد في هذا الشأن، و طبّق المبدأ حتى خارج الحالات التي لم يشملها المنع بنص قانوني، و شمل بذلك حتى الأشخاص التي لم تتضمنها أحكام المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم **(أولا)**، بالرغم من أنّ مجلس الدولة لم يصفه صراحة بالمبدأ العام للقانون إلا لاحقا **(ثانيا)**.

أولا : منع عام لجميع الأشخاص العمومية

ابتعد مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق النصوص القانونية من أجل تكريس وتطبيق منع الأشخاص العمومية للجوء إلى التحكيم رغم عدم استثنائها بنص خاص، فكان المنع مؤسس على الأحكام المنصوص عليها بنص المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، المطبّق على الجماعات المحلية العامة مثل المحافظات (Départements)[52]، التي لم تكن خاضعة له بصرامة.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية القديم في 1806، لم يكن يعترف للمحافظات بعد بالشخصية المعنوية، وبالتالي لم تكن معنية بالمنع، مع ذلك، فإن القضاء طبّق عليها مبدأ المنع منذ 1896، و قد شدد مجلس الدولة بمنع الأشخاص العمومية من اللجوء إلى

[52]- أنظر في الموضوع،
GAUDEMET Yves, « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français », in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, éd. Economica, Paris, 2003, p. 172.

التحكيم بصفة مطلقة، و وصل به الأمر إلى تطبيقه حتى على الأشخاص العمومية الخاضعة للقانون الخاص، وكان جانب هام من الفقه يعتبر أنّ المؤسسات العمومية الصناعية و التجارية غير معنية بالمنع.

أسس أصحاب هذا الاتجاه نظريتهم على اعتبارات عملية وقانونية، كون هذه المؤسسات في الحقيقة تجار عموميين يستخدمون تقنيات القانون الخاص، وبالتالي، كان من الطبيعي الاعتراف لهم، مثلما هو الحال لأي تاجر، بحق اللجوء إلى التحكيم.

تتمثل الحجج القانونية التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه في نقطتين قانونيتين، تتمثل الأولى في اعتبار أن هذا النوع من المؤسسات العمومية لم يكن موجودا قبل سنة 1806، وبالتالي لم يكن بالإمكان تطبيق مبدأ المنع عليها باللجوء إلى التحكيم. غير أن هذه الحجة ليست جد مقنعة. وبالفعل، لم يتردد مجلس الدولة في منع اللجوء إلى التحكيم للمحافظات رغم عدم ورودها في النصوص، بينما لا تفرق المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية القديم بتاتا بين المؤسسة العمومية البحتة و المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون الخاص، فجميعها يشملها مبدأ الحظر من اللجوء إلى التحكيم.

أما الحجة القانونية الثانية التي استند عليها أصحاب هذا الرأي، فهي تميل إلى الاعتراف باستثناء مبدأ المنع لصالح المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، و كانت هذه الأخيرة تستند على القانون المؤرخ في 31 ديسمبر 1925 المعدل للمادة 631 من القانون التجاري، والتي ترخص شرط التحكيم في المجال التجاري، حيث أنّ المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية لها صفة التاجر وتبرم عقود تجارية. هذا ما يجعل من القانون المذكور أعلاه خرقا تشريعيا لحظر التحكيم بالنسبة لهؤلاء الأشخاص العموميون.

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي هذه الحجج بموجب قراره المؤرخ في 13 ديسمبر1957 [4]، وذلك بمناسبة الطعن الذي رفع أمامه ضد حكم محكمة تحكيم صدر ضد الشركة الوطنية لبيع الفائض (S.N.V.S) ، التي هي مؤسسة عمومية صناعية وتجارية،

أنشئت بموجب قانون مؤرخ في 24 أوت 1946، والذي ألزمها بدفع تعويض يقدر بـ 650.000 دولار للشركة العامة للعبور و النقل، و بالفعل قد رخص مرسوم مؤرخ في 15 أكتوبر 1946 الشركة الوطنية لبيع الفائض باللجوء إلى التحكيم.

رفضت الشركة الإعتراف بالحكم التحكيمي ودفعت ببطلانه لكونها في حد ذاتها لا تملك أهلية اللجوء إلى هذه الوسيلة لتسوية النزاعات، وذلك عملا بالمواد 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية، و عليه، قام مجلس الدولة، إثر مسألة أولية رفعت إليه من طرف محكمة استئناف باريس، بإلغاء المرسوم معتبرا أنّه "إذا كانت الشركة المعنية مؤسسة ذات طابع تجاري، لن يجردها هذا الظرف من صفتها كمؤسسة عمومية التي يُستنتج منها منع اللجوء إلى التحكيم"[53].

إذا كان هذا التحليل القضائي لم يتعرض لأيّ انتقاد في هذه الزاوية، بما أنّ المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية مؤسسات تبقى عمومية، إلا أنّ هذا القرار تعرض لعدة انتقادات من طرف الفقه، الذي اعتبر أن المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار تطور القانون الإداري[54].

و عليه، يكون مجلس الدولة ودون الحديث عن المبدأ العام للقانون بعد، قد طبّق من قبل المبدأ دون الاستناد إلى أي نص قانوني، غير أنّ قيمته القانونية بقيت غامضة إلى حين تكريس المبدأ صراحة سنة 1986.

في الجزائر ، ساير قانون الإجراءات المدنية الملغى موقف المشرع الفرنسي المكرس في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، حيث نص صراحة على منع التحكيم في

[53]- انظر:

Conseil d'Etat, 13 décembre 1957, Société nationale de vente de surplus, Décision précitée. Pour plus de détails, voir, SAUVE Jean-Marc, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », *op.cit*, p. 5

[54]- انظر:

STILLMUNKES Pierre, l'arbitrage en droit administratif, Thèse de Doctorat, Université de Paris, 1960, cité par, MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics, op.cit*, p. 20.

الفقرة الأولى من المادة 442 بالنسبة للدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات والدواوين العامة.

إنّ أول فجوة أُحدثت في هذا المنع، كانت بفعل اتفاق أتى في الشكل المبسط بين فرنسا و الجزائر في 27 مارس 1983 و الذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين فرنسيتين وولايتين جزائريتين هما وهران و قسنطينة، الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير مختصتين حينما رفع إليهما النزاع بناء على مبادرة من الولايتين، و ذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة، وهو ما دفع برئيس الحكومة بأن يبعث بتعليمة تأكد ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد.

الخطاب السياسي المناهض للتحكيم في مجال المحروقات والذي اعتبرته الكثير من الدول نشاطا متصلا بالسيادة، امتد لمجموع النشاطات الاقتصادية التي أصبحت عمومية كأصل عام بفعل الاختيار الاشتراكي، وهو ما دفع ببعض القضاة إلى توسيع دائرة المنع ليشمل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي إلى غاية 1988، و هو تاريخ الإصلاحات التي جسدت استقلالية المؤسسات العامة الاقتصادية[55].

ثانيا: المنع كمبدأ عام للقانون

يستخلص من المبادئ العامة للقانون العام بصفة عامة والقانون الفرنسي بصفة خاصة، أنّ الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن لها مخالفة النصوص القانونية التي تحدد اختصاص الجهات القضائية، وهذا ما كرّسته الفقرة الأولى من المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، وقد ساير مجلس الدولة الفرنسي هذا الطرح برأيه المؤرخ في 06 مارس 1986باعتباره أنّ هذا المنع مبدأ عام في القانون، و يستنتج من بوضوح أنه لا يمكن

[55]- تراري تاني مصطفى، "التحكيم في المنازعات الإدارية" ، نشرة المحامي ، عدد 09،2009، ص. 9.
Voir aussi : ALLIOUCH-KERBOUA Naîma, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 2010, p.6

لأي شخص من أشخاص القانون العام أن يلجأ إلى التحكيم، سواء كان ذلك قبل نشأة النزاع (مشارطة التحكيم) أو بعد نشأته (شرط التحكيم).

فمبدأ المنع أساسه المبادئ العامة للقانون العام، حيث جاءت النصوص القانونية لحماية هذا المبدأ و تأكيده، فالقاعدة القانونية المكتوبة تلعب دور ثانوي لا غير مادام أنها لا تخالف المبدأ.

لم يمنح تكريس مبدأ منع الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في النصوص القانونية مجالا للقاضي الإداري المرونة، أو حتى الاجتهاد من أجل فتح المجال للتحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، وبقي القاضي الإداري يبدي صرامة شديدة اتجاه التحكيم خصوصاً في مجال الصفقات العمومية.

ما يمكن التوصل إليه، هو أنّ القاضي الإداري، خاصة القاضي الفرنسي، يرفض بشدة التحكيم في مجال القانون الإداري، إذ يرى أنه هو من وضع الأسس و المبادئ العامة للقانون الإداري، فلا يمكن في أيّ حال من الأحوال أن يتنازل للقضاء الخاص للفصل في نزاع موضوعه عقد تنطبق عليه قواعد قانونية هو من ساهم في نشأتها و وضعها.

تدعيما لهذا التأسيس، تساءل الفقيه الفرنسي "LAFERRIERE"، الذي يعتبر من أبرز المتحمسين لمبدأ منع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم، كما يلي: " أيمكن أن نقبل لجوء الدولة للمحكمين في القضايا التي لا تسمح حتى للقضاة المدنين النظر فيها؟"[56].

[56] - Edouard LAFERRIERE a pu écrire en s'interrogeant « comment admettre en effet, que l'Etat puisse accepter des arbitres dans des causes où il ne lui est même pas permet d'accepter des juges civils »,
Edouard LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, op.cit, p. 145.

الفرع الثاني
خصوصية مبدأ المنع
في إطار الصفقات العمومية

يطبق مبدأ المنع العام من اللجوء إلى التحكيم على الأشخاص العامة و على كافة الأشخاص العمومية صاحبة المشروع والمتعاقد معها، وعليه، يؤدي المنع المفروض عليهم في اللجوء إلى التحكيم إلى المنع كذلك من اللجوء إليه في إطار الصفقات العمومية، غير أنّه ليس كل الصفقات العمومية تكون كل أطرافها أشخاص عامة، بل يمكن أن تكون أشخاص من القانون الخاص، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن أن تكون صاحبة مشروع في إطار صفقة عمومية.

يُستنتج امتداد مبدأ منع التحكيم على الأشخاص الخاصة في علاقاتها مع الأشخاص العامة في إطار صفقة عمومية كذلك من إجهاد محكمة التنازع الفرنسية بمناسبة قضية شركة بيرو [57].

---

[57] - **Le tribunal des Conflits considère «** *que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que, par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public* » ; le tribunal considère par ailleurs « *qu'il doit en être de même pour les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'Etat, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'Etat, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société ; qu'ainsi, quelles que soient les modalités adoptées pour la construction d'une autoroute, les marchés passés avec les entrepreneurs par l'administration ou par son concessionnaire ont le caractère de marchés de travaux publics* ».

-Tribunal des conflits, Décision n° , 01804 du 8 juillet 1963 Société Entreprise Peyrot, *www.legifrance.gouv.fr/*

لكن أعادت محكمة التنازع النظر في هذا القرار في قرار صادر في 9 مارس 2015 معتبرة أن العقد المبرم بين شركة بيرو و شخص خاص في إطار عقد الاستغلال (استغلال طريق سيار) خاضع لرقابة القاضي العادي.

Revenant sur sa jurisprudence dans sa décision du 9 mars 2015, le Tribunal des Conflits considère désormais « *qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en*

بذلك توجه الاجتهاد القضائي من منع يمس جميع الأشخاص العموميون، إلى منع يخص جميع نزاعات الاختصاص الإداري، وخاصة في هذه الحالة، الصفقات العمومية **(أولا)**. وهو ما يطرح أيضا التساؤل حول وضعية الشخص الوكيل بالنسبة لهذا المنع **(ثانيا)**.

أولا:الانتقال من المنع العضوي إلى المنع المادي.

ارتكز منع اللجوء إلى التحكيم لمدة طويلة على المعيار العضوي، لينطبق على الأشخاص العموميين بغض النظر عن طبيعة النزاع، سواء كان هذا الأخير ذو طابع إداري يؤول اختصاص الفصل فيه للقضاء الإداري، أو كان النزاع ذو طابع خاص يؤول اختصاص الفصل فيه للقضاء العادي. مع ذلك، أبطل مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 3 مارس 1989 (القرارA.R.E.A) [58]، حكم تحكيمي صادر في نزاع بين شخصان عاديان، كون موضوع النزاع المطروح أمام الهيئة التحكيمية ذات طابع إداري يؤول اختصاص الفصل فيه للقاضي الإداري، و هذا بالاعتماد على ما توصلت اليه محكمة التنازع في قضية بيرو.

تتلخص وقائع قضية شركة A.R.E.A في أنّ هذه الأخيرة، بصفتها وكيل خاص للطرقات السريعة المختلفة في منطقة رون ألب(Rhône-Alpes) ، أبرمت صفقة الأشغال العمومية مع مجموعة من المؤسسات، وقد ثار نزاع حول كشف الحساب العام والنهائي للصفقة، و شرعت في تفعيل شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة17 من دفتر الشروط الإدارية الخاصة.

أصدرت هيئة التحكيم قرارها بإلزام شركة A.R.E.A بدفع مبلغ معتبر للمجموعة، سددت الشركة ولكنها رفعت استئناف أمام مجلس الدولة. على أنّه بالرغم من كون العقد

l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État » Ainsi, « *les litiges nés de l'exécution de ce contrat relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire* »
Voir : T**ribunal des Conflits, décision n° C3984 du 09/03/2015,** www.legifrance.gouv.fr/

[58]- أنظر قرار مجلس الدولي الفرنسي الصادر في 3 مارس 1989، (شركة AREA)، مرجع سابق.

أبرم بين شركتين خاضعتين للقانون الخاص، كان ينبغي اعتبار النزاع من اختصاص القاضي الإداري، وذلك تطبيقا للاجتهاد القضائي في قضية مؤسسة بيرو، لأن بناء شبكة الطرق الوطنية ينتمي بطبيعته إلى الدولة. ونتيجة لذلك، فإن الصفقة المبرمة لبناء طريق سريع، حتى و إن أبرمت من شخصين خاضعين للقانون الخاص، تكون صفقة أشغال عمومية ذات طابع إداري وتقع بالتالي ضمن اختصاص القضاء الإداري.

وبذلك وجد القضاء الإداري نفسه يواجه شرط التحكيم و اعتبر هذا الأخير باطلا. وبالتالي، وفقا للأستاذ"Yves GAUDEMET " ، فالمعيار العضوي الذي حدد حتى الآن مبدأ المنع "*امتد بمعيار ثان و هو المعيار المادي* "، و الذي من شأنه أن يؤدي إلى منع التحكيم في جميع عقود الاختصاص الإداري، وبالتالي في الصفقات العمومية[59].

أسس مجلس الدولة إلغائه على منطق قانوني انتقده معظم المعلقين[47]، وهو في الحقيقة طبق أحكام المادة 2061 من القانون المدني، التي تمنع شرط التحكيم في المسائل المدنية. و كون القضية أحيلت أمام محكمة القضاء الإداري، ووفقا لمبدأ استقلالية القانون الإداري، كان جدير بجعل مجلس الدولة يستبعد هذا النص.

بالتأكيد، إذا حدث و أن استخدم القاضي الإداري نصوص القانون الخاص، بفعل ذلك، فعليه أن يطبقها بأكملها، والواقع في هذه الحالة، كانت الشركتان بالتأكيد تاجرتين بإمكانهما بالتالي الاستفادة من الاستثناء المنصوص عليه في المادة 631 من القانون التجاري. غير أن مجلس الدولة لم يشر إلى ذلك بتاتا، بينما استبعده محافظ الدولة، السيد GUILLAUME، من جهته معتبرا "*إنّه لا مجال لتطبيق أحكام المادة 631 من القانون التجاري التي تخص القضايا الخاضعة للقانون التجاري و التي يؤول اختصاص الفصل فيها للقضاء* العادي "[60]، كون القضية من اختصاص القضاء الإداري، لا يمكن

[59]- أنظر:

GAUDEMET Yves, « L'arbitrage : aspects de droit public- Etat de la question », Revue d'arbitrage, n° 1, 1992, pp.241-267.

[60]-ذكره :

استخدام الاستثناء حسب هذا الأخير، و من هنا تظهر استقلالية القانون الإداري ثانية عندما يتعلق الأمر بتطبيق هذا الاستثناء.

يبدو أنّ هذا التحليل ناتج من تفسير خاطئ للمادة 631 من القانون التجاري الفرنسي، و هو ما توصل إليه الفقه القانوني، مؤسسا رأيه أن صحة شرط التحكيم غير مرتبط باختصاص المحاكم التجارية، فشرط التحكيم يعد جائزا وصحيحا فقط في المواد التجارية، و في هذا السياق يرى الفقيه "Dominique FOUSSARD" بأن المادة 631 السالفة الذكر تنقسم إلى قسمين، يتعلق القسم الأول باختصاص المحاكم التجارية، بينما يتعلق الثاني بصحة شرط التحكيم في المواد التجارية، كما يظهر لذات الفقيه بأن المجالين لا يتداخلان فعلا، والواقع أن الفقرتين تشيران إلى نفس المعايير، مما جعل مجلس الدولة لم يصب في قراره [61]، لكن يعد هذا الطرح محل نقاش بعد أن أعادت محكمة التنازع الفرنسية النظر في اجتهادها بخصوص القضية في مارس 2015.

ثانيا: مبدأ المنع في مواجهة وكيل الشخص العام

عرفت الوكالة في السنوات الأخيرة تطورا هاما في الصفقات العمومية، فالسؤال الذي يطرح نفس هل يمكن للشخص العادي المفوض الخروج عن قاعدة المبدأ العام الذي يمنع التحكيم على الأشخاص العامة، لإجابة عن هذا التساؤل يجب أولا على تحديد الطبيعة القانونية للعقد التفويض أو الوكالة .

لقد اخذ المشرع الجزائري بمعيار الوكالة – العمل لحساب الإدارة – كمعيار لاعتبار العقد إداريا وذلك في قانون 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتعلق بقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وذلك في نص المادتين 55 و 56 التي أقرتا الأخذ بمعيار الوكالة

RIPERT George et ROBLOT René, Traité de droit commercial, Tome 1, 17ème éd., L.G.D.J. Paris, 1998, p. 82

[61]- انظر:

FOUSSARD Dominique, « Le juge administratif et l'arbitrage : remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A du 3 mars 1989 », Revue d'arbitrage, n°1, 1989, p 175.

في عبارة "باسم ولحاسب الدولة" في المادة 56، كما يظهر كذالك هذا المعيار في المادة 55 في عبارة المهمة المنوطة بها.

إلا أن المادتين تتناقض وأحكام المادة 800 من ق.ا.م.ا التي عوضت المادة 07 من ق.ا.م القديم، وذلك كونها جعلت الاختصاص للقضاء الإداري متى كان العقد المبرم من قبل الأشخاص المذكورة بها، حتى وان اختارت أسلوب العاقد العادي[62].

كما أن نص المادة 59 من القانون 88-01 استبعدت عقود المؤسسات الاقتصادية من تطبيق قانون الصفقات العمومية ، إلا أن المادة 56 تؤكد بأنّ النزاع الناتج يخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ، وهذا يتعلق بالعقود الإدارية الخاضعة لتنظيم الصّفقات العمومية، بينما تخرجها المادةّ 800 ق.ا.م.ا من اختصاص القضاء الإداري.

إنّ اعتبار عقد الوكالة عقدا إداريا، وان والوكيل يمارس نشاط المرفق العام لحساب الدولة و باسمها ، فانه يكون بذلك ليس حرا في التصرف في أموال المرفق العام ، و إنما مقيد بما يحقق حسن سير المرفق العام و ممتلكاته ، فبالتالي يمكن القول ان المنع المفروض على الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم يمتد إلى الوكيل.

[62]- **بوسماح محمد** الامين المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي ادريس، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

المبحث الثاني
محاولات إدراج التحكيم
في قانون الصفقات العمومية

يبدو أن الصفقات العمومية من بين العقود الإدارية التي تتوافق أكثر مع التحكيم، رغم ذلك، لا تتضمن مختلف قوانين الصفقات العمومية أي نص قانوني يسمح للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم، بما فيها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 والمتضمن لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[63]، بينما نص المشرع صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزعات التي قد تطرح حول الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008.

يختلف الوضع بالنسبة للقضاء والتشريع في فرنسا، ففي تقرير صادر عن مجلس الدولة والمخصص للطرق البديلة لحل النزعات في القانون الإداري،توصلت الدراسة التي تضمنها إلى نتيجة مفادها أنّ الصفقات العمومية من بين العقود الإدارية التي تتوافق مع التحكيم، وقد سمحت هذه النتيجة بالتخفيف من حدة مبدأ المنع من اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، بحيث أصبحت استثناء، إذ ينص قانون الصفقات العمومية الفرنسي في المادة 128 منه على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية إذا توفرت شروط معينة[64].

---

[63] - مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

[64]- تنص المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أنه:

« *Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile. Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie* ». www.legifrance.gouv.fr/

تبقى الصفقات العمومية الاستثناء الأهم لمبدأ منع التحكيم في القانون الإداري والذي نص عليه قانون الصفقات العمومية ،لذا تعتبر الصفقة العمومية الرضا خصبة للتحكيم (**مطلب الأول**) و مع ذلك يبقى التحكيم في مجال الصفقات العمومية محل لعدة تفسيرات (**مطلب ثاني**)

المطلب الأول
ملائمة التحكيم في منازعات
الصفقات العمومية

يرخص المشرّع الفرنسي، ومنذ سنة 1906، باللجوء إلى التحكيم في بعض الصفقات العمومية و في بعض المنازعات المتعلقة بها، لكن لبعض الأشخاص العامة فقط، وذلك تحت تأثير واقع ومجموعة من العوامل (فرع أول)، الشيء الذي خفف من شدّة تطبيق مبدأ منع التحكيم في القانون الإداري[65]، بالإضافة إلى ذلك، هناك إمكانية تواجد أحد أطراف الصفقة العمومية من الأشخاص الخاصة، وبالتالي يمكن التفكير في إمكانية السماح له باللجوء إلى التحكيم (فرع ثاني).

الفرع الأول
التحكيم في صفقات الأشغال و اللوازم

يستند أصل التحكيم في هذا النوع من الصفقات إلى مجموعة من العوامل و واقع فرض نفسه، وقد تم تجسيده في فرنسا بموجب أحكام المادة 06 من قانون المالية المؤرخ في 17 افريل 1906، وذلك بغرض تسوية المنازعات التي نشأت إثر المعرض العالمي لباريس في عام 1900، لذا وجب التعرض إلى مضمون هذا الاستثناء بنوع من التفصيل، لكون هذا

[65]- **المواجدة مراد محمود**، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2010، ص.97.

الأخير هو من فتح المجال بعد ذالك للأشخاص العامة للجوء إلى التحكيم في بعض الصفقات العمومية(أولا)، لكن رغم ذلك، فإن المشرع الفرنسي أحاط تنظيم هذا التحكيم بقيود صارمة(ثانيا)، حيث ربط اللجوء إليه بوجود نص تشريعي، كما اشترط أن يكون اللجوء إليه بموجب اتفاق التحكيم.[66] .

أولا:مضمون الاستثناء

تعتبر عقود الأشغال العامة و التوريدات من الاستثناءات التي وردت على مبدأ منع لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وكان ذلك بموجب المادة 69 من القانون الصادر بتاريخ 17 أفريل 1906، وقد اقترح هذا الاستثناء أثناء مناقشة مشروع ميزانية الدولة أمام مجلس النواب، وكان ذلك عام 1905،أين تقدم النائب "مورلوت"، بطلب تعديل مشروع قانون الميزانية بالسماح للدولة و المقاطعات والبلديات باللجوء إلى التحكيم من أجل حل المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة و التوريدات، وذلك وفقا لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية القديم.

أحيل هذا الاقتراح إلى لجنة الميزانية بمجلس النواب، ثم إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه حوله، وقد انتهى هذا الأخير إلى رفضه. وبتاريخ 23 مارس 1906، تقدم النائب "مورلوت" بهذا الاقتراح مرة ثانية إلى مجلس النواب أثناء مناقشة الميزانية، شارحا وجهة نظره حول هذا الموضوع بالقول : "أن متوسط المدة التي يتم فيها الفصل في القضايا عن طريق التحكيم في المحاكم التجارية لاتتعدى53يوما، في حين أن القضايا التي رفعتها الدولة أمام القضاء الإداري استغرقت مدة الفصل فيها عشر سنوات ونصف".

وأثناء مناقشة هذا الاقتراح بهذه الجلسة، أبدى وزير المالية بعض الملاحظات، طالبا فيها بضرورة النص على السماح لرئيس البلدية باللجوء إلى التحكيم، وتمت الموافقة

[66]- **محي الدين القيسي**،" العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان "مجلة التحكيم العربي،2003، ص 98.

على هذا الاقتراح بعد إدخال هذا التعديل، وأحيل المشروع إلى مجلس الشيوخ للتصويت عليه.

بتاريخ 30 مارس 1906، قدم السيد ميليس لاكروى، بصفته مقرر اللجنة المالية، تقريراً حول نص المادة المقترحة، موضحاً فيه ضرورة وضع بعض الضمانات، ليس فقط للبلديات ولكن أيضا للدولة و المقاطعات، وتمت الموافقة على المادة بعد إدخال بعض التعديلات عليها.

تم إذن التصويت على المادة 69 من القانون السالف الذكر، من أجل تسوية النزاعات الناشئة بعد المعرض الدولي، وقد استجاب هذا القانون بالتالي لمطالبة المقاولين بإدخال التحكيم في مجال النزاعات الفنية والمعقدة، والمتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات التي أبرمت بمناسبة المعرض العالمي الذي أقيم في باريس عام 1905.

وقد نصت المادة 69 من هذا القانون على جواز التحكيم وفقا لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (حاليا الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي)، لإنهاء المنازعات الخاصة بتصفية النفقات العامة المتعلقة بعقود الأشغال العامة و التوريدات الخاصة بالدولة و المقاطعات و البلديات، وذلك بشروط تختلف باختلاف الشخص العام المعني[67] .

[67]- Art. 69 de la loi de finance 1906 : « *Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'État, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile.*
En ce qui concerne l'État, il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre de l'économie et des finances.
En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire l'objet d'une délibération du conseil général, approuvée par le ministre de l'intérieur.
En ce qui concerne les communes, la délibération du conseil municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet », https://www.legifrance.gouv.fr/

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الفرنسي لم يسمح للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم بصفة مطلقة وإنما اشترط ضرورة توافر بعض الشروط سواء كانت شكلية أو موضوعية لصحة اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من المنازعات.

ثانيا : استثناء خاضع لشروط

حاول المشرع الفرنسي إدخال فكرة التحكيم في القانون العام، على بوابة الصفقات العمومية كاستثناء على مبدأ المنع الذي كرسه مجلس الدولة منذ القدم، و رغم ذالك كان المشرع الفرنسي مشددا و وضع له شروط صارمة سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية [68].

1-من الناحية الشكلية

رغم تخفيف المشرع الفرنسي عن مبدأ المنع للجوء إلى التحكيم في القانون الإداري، إلا انه كان صارما بقيده بشروط بتحديد الأشخاص العامة التي يسمح لها اللجوء إلى التحكيم ،و كذا العقد الذي يجوز اللجوء بصدده إلى التحكيم، وفي الأخير إلى الاتفاق على شرط التحكيم .

أ- حصر الأشخاص العامة

طبقا لنص المادة 69 السالفة الذكر، لا يطبق هذا النص إلا على عقود الدولة، المقاطعات و البلديات، فهذه الأشخاص قد وردت على سبيل الحصر،و بالتالي لا يجوز التوسع في تفسير هذا القانون ليشمل أشخاص عامة أخرى لم يرد ذكرها في هذا القانون . يترتب على ذلك عدم سريان نطاق تطبيق هذا القانون على عقود الأشغال العامة و التوريدات الخاصة بالأشخاص العامة الأخرى، مثل المؤسسات العامة وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 28-04-1948، مستندا في ذلك على أحكام المواد 83و1004 من قانون الإجراءات المدنية و طبقا لأحكام المادة 69 من القانون 1906 التي تسمح فقط

[68]- **محمد عباس وليد**، مرجع سابق، ص. 150.

للدولة ،المقاطعات و البلديات بتوفر بعض الشروط ،فانه يمنع على المؤسسات العامة اللجوء إلى إجراء التحكيم[69] .

ب- شرط صدور مرسوم

طبقا لنص المادة 69من القانون السالف الذكر، وتشترط للجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم صدور مرسوم من مجلس الوزراء مصادق عليه من وزير المالية و الوزير المختص، و ذلك إذا ما تعلق الأمر بعقود الإشغال العامة و التوريدات الخاصة بالدولة [70].

أما بالنسبة للمقاطعات فيتم اللجوء إلى التحكيم بعد مشاورة المجلس العام و موافقة وزير الداخلية[71].

أما بالنسبة للبلديات يجب مشاورة المجلس الشعبي البلدي ، وان يصادق على قرار المحافظ البلدية [72].

---

[69]- انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 28 افريل 1948:

-En vertu des disposions combinées des articles 83 et 1004 du code de procédure civile auxquelles l'article 69 de la loi 1906 a permis seulement à l Etat, au département, à la commune, de déroger sous certaines conditions, il est interdit au établissement publics de recourir à la procédure d' arbitrage. C.E, 28 avril 1948, Office public d'habitations à bon marché du département de Seine et Oise, Rec., p. 180.

[70]- الفقرة الثانية المادة 69 من القانون1906 على:

" ... *En ce qui concerne l état il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre des finances«.*

[71]- تنص المادة الفقرة الثالثة 69 من قانون سنة 1906 :

« En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire l'objet d'une délibération du conseil général, approuvé par le ministre de l'intérieur ».

[72]- تنص ا الفقرة الرابعة لمادة 69 من قانون سنة 1906 :

" En ce qui concerne les communes la délibération du conseil municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet" .

تجدر الإشارة إلا أن القيد الوارد على المحافظات و البلديات و المتعلق بإلزامية الموافقة المسبقة للجوء إلى التحكيم من طرف وزير الداخلية أو المحافظ فان هذا القيد قد الغي بموجب قانون 2 مارس 1982 ، إلا انه من الناحية العملية ورغم صدور هذا القانون بقيت مجالس البلدية تلجأ إلى الموافقة لغرض اللجوء إلى التحكيم[73] .

ج- اللجوء إلى التحكيم بعد المنازعة .

رغم أن نص المادة 69 السابقة الذكر لم تحدد ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم يتم بواسطة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، إلا أنّ مجلس الدولة قد اشترط لشرعية التحكيم في هذه المنازعات، أن يتم بموجب مشارطة التحكيم، ويتعلق بمنازعة قائمة، بحيث لا يجوز إدراج شرط التحكيم مقدما في العقد .

هذا وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ هذه الإجراءات يتعين احترامها و الالتزام بها وعدم الخروج على مقتضياتها و إلا تعرض اتفاق التحكيم للبطلان [74].

ولقد وسع المشرع الفرنسي في الأشخاص العامة المعنوية التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم بخصوص تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و التوريدات، وهولاء الأشخاص العامة تتمثل في النقابات المشتركة، النقابات المختلطة، والمراكز الحضرية و قطاعات البلديات و لا مؤسسات العامة الإقليمية و البلدية وذلك طبقا للمرسوم رقم 60-724 المؤرخ في 25 جويلية عام 1960.

2- الشروط الموضوعية

تشترط المادة 69 السالفة الذكر أن تكون المنازعة متعلقة بتصفية عقود الأشغال العامة و التوريدات، و من ثمة لا يمتد نطاق تطبيق هذا القانون إلى المنازعات

[73] -R.ROUQUETTE, Marchés des collectivités locales, comment régler le contentieux ?, moniteur des travaux public de bâtiment, 31 mars 1989, p. 63,

-ذكره عباس وليد محمد، مرجع سابق، ص. 152.

[74]- المرجع نفسه،ص.153.

الأخرى التي قد تنشأ عن هذه العقود، وكذلك لا يمتد نطاق تطبيقه الى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الأخرى، حتى ولو كانت المنازعة تتصل بتصفية النفقات المتعلقة بها تطبيقا للقاعدة التي مفادها الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره .

إلا أنّ المشرّع الفرنسي قد وسع من مجال المنازعات التي يمكن فيها للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، فإلى جانب إلى المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة و التوريدات، أضاف المشرع المنازعات المتعلقة بإعمال البناء ،وذلك من خلال نص المادة 25 السالف الذكر.

انتقد بعض الفقهاء هذا المرسوم، على اعتبار انّه قد وسع من مجال التحكيم بواسطة مرسوم وليس بمقتضى قانون وانه جاء مخالفا لأحكام المادة 34 من الدستور الفرنسي التي أعطت للمشرع وحده الاختصاص بإنشاء نظام قضائي جديد، وان النص على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء لا بد أنّ يكون بمقتضى قانون وإلا عد ذلك انتهاكا للدستور[75] .

وقد استدرك المشرع الفرنسي هذه الأحكام بموجب قانون الصفقات العمومية القديم بموجب الأحكام 247،361 مدرجا في ذلك الجماعات الإقليمية و مؤسساتها العامة ،وبعد ذلك في نص المادة 132 من قانون الصفقات العامة الصادر بمقتضى مرسوم 07 مارس 2001 و التي أحلت محلها المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الساري المفعول الصادر بموجب المرسوم رقم 975 المؤرخ في 01 أوت عام 2006 ،إذ نصت هذه المادة على إمكانية لجوء الدولة و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العامة المحلية إلى التحكيم، وذلك وفقا لأحكام الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي

[75] - **محمد عباس وليد**، المرجع السابق، ص.155.

لتسوية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و التوريدات ، واستلزمت بالنسبة للدولة صدور مرسوم بناء على تقرير من الوزير المختص و الوزير المكلف بالاقتصاد [76].

على الصعيد القوانين العربية فان الوضع يبدو مختلف، فعلى سبيل المثال منع قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974 أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم، غير انه عدل من موقفه بعد صدور القانون رقم 05-08،حيث أزال المنع، وبالتالي أصبح بإمكان الدولة ومؤسساتها أن تلجأ إلى التحكيم.

لكن، ومع سماح المشرع المغربي في القانون 08/05 بالتحكيم في مجالات كان ممنوعا فيها التحكيم، كتلك المرتبطة بأشخاص القانون العام، فإنّ هامش هذه الرقابة القضائية قد قلص مقارنة مع ما كان سائدا في ظل الفصل 306 من ق م م لسنة 1974. إلا أنه على الرغم من هذه التعديلات الجديدة فإنّ ذلك لم يمنع المشرع المغربي من انتقادات

إنّ المشرع المغربي حينما نص في الفقرة الأولى من الفصل 310 من القانون 08/05[77] على أنه: " لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية.

---

[76]- المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي تنص:

« *Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile. Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie* ». www.legifrance.gouv.fr/

[77]- قانون رقم 05-08، مؤرخ في 30 نوفمبر 2007، يتضمن قانون المسطرة المدنية ،ج.ر.م رقم 5584-25 صادر في 16 ديسمبر 2007.

غير أنّ النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل **عقد** تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي"، يكون بذلك قد جعل **المبدأ** الأساسي هو منع الدولة والجماعات والمحلية من اللجوء إلى التحكيم في المجالات التي تنفرد بالتصرف فيها ، **والاستثناء** هو أنّه يمكن أن تكون النزاعات المالية الناتجة عن هذه التصرفات الأحادية محل **عقد** تحكيم وليس **شرط** تحكيم، أي أنّه لا يمكن أن يدرج شرط تحكيم في عقد معين تكون الدولة أو جماعة محلية منفردة بالتصرف فيه[78].

لكن في المجالات التي لا تعتبر من التصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية، وفي هذا يندرج صنف العقود الإدارية ،الصفقات العمومية مثلا، فإنّ المشرع المغربي نص في الفقرة الثانية من الفصل 310 على أنّه: "... بالرغم من أحكام الفقرة الثانية من الفصل 317 أدناه، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل **اتفاق تحكيم** في دائرة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية. " وسواء كان ذلك قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه، وبالتالي، يرجع للقضاء الإداري اختصاص مراقبة مدى تقيد أطراف التحكيم بهذه المقتضيات القانونية الآمرة، في حين يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني[79].

تثير عبارة التقييد بالمقتضيات المتعلقة بالوصاية أو المراقبة، أكثر من سؤال، فهل اتفاق التحكيم (شرط أو عقد) بشأن **العقود** -وليس التصرفات الأحادية- التي تبرمها

[78]- **محمد طارق**، "قراءة في القانون 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية"، مجلة القانونية الالكترونية، عدد2014،63.http://www.alkanounia.com

[79]- **عبد الكبير العلوي الصوصي**،التحكيم في المنازعات الإدارية، مقال نشر بتاريخ ، 22 اوت 2015. http://economiedroit.com/blog/2015/08/22

الدولة أو الجماعات المحلية والمؤسسات العامة؟ ولكي يكون صحيحا يجب أن تتوفر فيه بالإضافة إلى الشروط المذكورة في المادة 317 من القانون رقم 08/05، الشروط التي تقررها النصوص المنظمة للعقود التي تبرمها هذه الجهات والتي تقتضي موافقة سلطة الوصاية، أو سلطة المراقبة المالية، فهذه القيود تطرح وكما ذهب إلى ذلك الأستاذ رياض فخري، أكثر من سؤال حول المراقبة أو الوصاية التي يمكن أن يخضع لها لجوء الدولة أو الجماعات المحلية في النزاعات المالية إلى آلية التحكيم، هل يعني ذلك أنه يجب أن تحصل على ترخيص مسبق بذلك؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما هي طبيعة هذا الترخيص، هل هو ترخيص عام أم ترخيص خاص بكل حالة على حدة، وما هي الجهة الموكول إليها منح هذا النوع من التراخيص، هل السلطة المحلية أم سلطة الوصاية المركزية[80]؟

يضاف إلى ذلك، أنّه إذا كان المشرّع قد تعامل بنوع من التشدد مع الدولة والجماعات المحلية وفق الإشارة إليه أعلاه، فإنّه بالنسبة للمقاولات العامة والمؤسسات العامة تعامل بنوع من **المرونة**، حيث نص الفصل 311 من القانون08/05 على أنّه " :يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم **اتفاقات تحكيم** وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها.

رغما عن مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 317 وما بعده، يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدى مجالس إدارتها وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة" .

وكل ما في الأمر هو أنه ألزم بأن يتم هذا اللجوء للتحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس الإدارة أو الرقابة أو التسيير بالنسبة للمقاولات العامة، و وفق الشروط والإجراءات المحددة من لدن مجالس الإدارة بالنسبة للمؤسسات العامة، إذا تعلق الأمر بعقد تحكيم، أما إذا تعلق الأمر باتفاق المؤسسات العامة على اللجوء للتحكيم

[80]- **محمد طارق**، مرجع سابق.

بواسطة شرط تحكيم، فإنّ هذا الشرط التحكيمي يكون محل مداولة **خاصة** من لدن مجلس إدارة هذه المؤسسات العامة.

وهنا تجب الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية أيضا، وهي هل هذه الشكليات ملزمة للمؤسسات العامة والمقاولات العامة دون سواها، لأنّه لا يستفاد منها ضرورة موافقة مجالس تلك الأشخاص المعنوية على ما تعاقدت عليه هذه الأشخاص المعنوية، بمعنى أنّ المتعاقد معها لا يهمه أن يكون اتفاق التحكيم بالنسبة للمقاولات العامة ولا عقد التحكيم بالنسبة للمؤسسات العامة قد تم وفق الشروط والإجراءات التي يحددها مجلس الإدارة لينتج آثاره في مواجهة كلا الطرفين المتعاقدين، أو أن سريان آثار شرط التحكيم يتوقف على نتيجة المداولة الخاصة التي سيجريها مجلس الإدارة في المؤسسة العامة المتعاقدة[81].

أم أن هذا الفصل 311 يفيد بأنّه على هذه المؤسسات العامة أن تراعي **إلزامية شرط المداولة** الخاصة لمجلس إدارتها كلما تعلق الأمر **بشرط تحكيم** مضمن في اتفاقات معينة، وإلا كان مآل هذا الشرط التحكيمي هو البطلان.

الفصل 308 من القانون رقم 08/05 ألزم أن يتم اللجوء للتحكيم ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا القانون، ومن ضمن هذه الإجراءات شرط المداولة مثلا، حيث نص على انّه " :يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب "...أي الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

ومحكمة النقض مستقرة في قضايا مشابهة لهذه التي تلزم تتبع بعض الشكليات على مبدأ قوامه أن"*كل تصرف تم بخلاف القانون لا يمكن أن ينتج عنه أي أثر قانوني ولا ينشئ للمتمسك به أي حق مكتسب*" ، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة

[81]- **عبد الكبير العلوي الصوصي**، مرجع سابق.

النقض حاليا) بتاريخ 2005/04/20 جاء فيه أن ..." *وهذا يعني أن المباراة قد جرت في غياب أي ضابط قانوني وأن التصرف الذي تم بخلاف القانون كما أشير إليه لا يمكن أن ينتج عنه أي أثر قانوني* وهذا القرار كان قد سبقه قرار آخر صادر أيضا عن نفس المحكمة بتاريخ 2005/03/09 جاء فيه ..." *المباراة التي يتمسك بنجاحه فيها أجريت قبل يومين من اجتماع اللجنة الذي كان يجب أن يسبق إجراء المباراة للبت في تشكيل الهيئة المشرفة على المباراة وليس بعد ذلك، فكان هذا الإخلال الجوهري وحده كافيا لاستنتاج أن رفض التأشيرة... كان مبنيا على سبب مشروع* ". وهذا التوجه أيضا سارت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في حكم صادر عنها بتاريخ 2005/03/01 جاء فيه ..." *وحيث إن الحق المكتسب لا يكون إلا في إطار الحق القانوني و المشروع، مما يكون معه مطلب الطاعن غير مرتكز على أساس* "[82].

ساير المشرّع اللبناني من جهته الاجتهاد القضائي الصادر عن مجلس شورى الدولة الذي اقر أنّ إدراج بند التحكيم في العقد الإداري يحتاج إلى إجازة القانون ،مما دفع بالمشرّع اللبناني إلى اصدار قانون رقم 2002/440 الذي بموجبه تم السماح للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم بمناسبة العقد الإداري و مهما كانت طبيعته .و تنص المادة 762 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على انّه : " *يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه*".

"يجوز للدولة و أشخاص القانون العام أيّا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم .

اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون ألتعديلي، لا يكون البند التحكيمي أو إتفاق التحكيم نافذا في العقود الإدارية، إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء

[82] - **ابراهيم منقار**، نظام التحكيم على ضوء التداخل الحاصل بين القانون العام و القانون الخاص- الصفقات العمومية- نموذجا، موقع العلوم القانونية.http://www.marocdroit.com

لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة، أو السلطة الوصية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام ".

من خلال هذا النص يتضح أنّ المشرع اللبناني فتح المجال للتحكيم بالنسبة لأشخاص العامة بخصوص العقود التي تبرمهما مع الغير مهما كانت طبيعة هذا العقد[83]، و باعتبار الصفقة العمومية عقد من العقود الإدارية بطبيعتها فهي مجال خصب للتحكيم حسب القانون اللبناني، إلا أنّ إجازة التحكيم من طرف المشرع اللبناني، الذي ساير الاجتهاد القضائي، جاء مقيد بشرط صدور مرسوم يتخذه مجلس الوزراء وباقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو السلطة الوصية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام ، وهذا لاعتبارات مرتبطة بالمصلحة العليا [84]، وبهذا يمكن القول أن المشرّع اللبناني فتح المجال و أجاز التحكيم لكن بحذر.

ما يلاحظ من خلال مختلف التشريعات إلي تسمح للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية أنها كانت حذرة، و ذلك بوضع شروط وقيود له قبل اللجوء إليه ، عكس المشرّع الجزائري الذي يظهر انه أكثر لبرالية لأنّه لم يضع أي قيد أو شرط للجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية .

[83]- **غالب محمصاني**،" مدى اختصاص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى بطلان القرارات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية"،مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن،بيروت،2010،ص.116.ص.ص.124.115.

[84]- **غالب غانم**،" الدولة بين الخضوع للتحكيم والتحرر منه "، مجلة التحكيم العالمية، العدد 13،بيروت،2012،ص.21.صص17-24

المطلب الثاني

الأشخاص الخاصة

و التحكيم في الصفقات العمومية

كان مجلس الدولة الفرنسي قد فصل في قضية امتداد مبدأ منع الأشخاص العامة الخاضعة للقانون العام من اللجوء إلى التحكيم ليطبق على الأشخاص العامة الخاضعة للقانون الخاص وذلك بمناسبة قضية AREA ، أي انتقل من المنع العضوي إلى المنع المادي ،إلا أنّ تدخل المشرّع الفرنسي بتعديل أحكام المادة 2060 من القانون المدني (فرع أول)، و ذلك بالسماح لبعض الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود ،كما أنّه هناك عقود تترتب عن الصفقة العمومية تتم بين الخواص يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم (فرع ثاني).

الفرع الأول

لجوء الأشخاص الخاصة

للتحكيم في الصفقات العمومية

بعد ما كان الاجتهاد القضائي في فرنسا يرفض فكرة لجوء الأشخاص الخاصة إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية، على أساس امتداد المنع العضوي إلى المنع المادي ، وعلى أساس وحدة النظام القانوني بين المؤسسات العامة الإدارية و المؤسسات العامة الصناعية و التجارية ،إلا إذا أجاز المشرّع ذلك صراحة هذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إدخال فقرة ثانية إلى نص المادة 2060 من القانون المدني الحالي بمقتضى القانون رقم 596-85 الصادر بتاريخ 09-07-1985، مجيزا التحكيم في المنازعات التي تكون المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري طرفا فيها .

وقد نصت المادة 2/2060 من القانون المدني على انه "يرخص للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء إلى التحكيم، على أن يكون بمقتضى مرسوم ".

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وقف أمام تشدد القاضي الإداري الذي رفض و بشدة السماح لهذه المؤسسات اللجوء إلى التحكيم.

وما يمكن استنتاجه من خلال نص المادة 2/2060 من القانون المدني، انّه لا ينطبق حكمها على كافة المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وإنّما على تلك التي يتم تحديها بموجب مرسوم، كما لا ينطبق حكمها أيضا على المؤسسات العامة الإدارية. [85]

إلى جانب ذلك، لم يصدر المرسوم الذي حدد المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري لم يصدر إلى غاية 2006 بموجب المرسوم رقم 56 المؤرخ في 08-01 -2002 وسمح بموجبها لبعض المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري باللجوء إلى التحكيم، إذ تنص المادة الأولى من هذا المرسوم على انّه من اجل تطبيق الفقرة الثانية من المادة 2060 من القانون المدني، فانّ المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري المذكورة في المادة 146 من قانون المناجم والفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الخاص بتأميم مرفقي الغاز والكهرباء يسمح لهم باللجوء إلى التحكيم[86].

تجدر الإشارة أن الحكم الخاص بمرفقي الغاز و الكهرباء قد فقد ألان كل قيمة له نتيجة تحويل هذين المرفقين إلى شكل شركات مساهمة .

يختلف الوضع بالنسبة للمشرّع الجزائري فقبل صدور قانون 88- 01 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية، تعتبر هذه المؤسسات من المؤسسات العامة و

---

[85]-**رسلان انور احمد،"** التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، 1998، ص.221.

[86] -Décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 pris pour l'application de l'article 2060 du code civil, autorisant des établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre, **https://www.legifrance.gouv.fr/**

-Art premier de ce décret stipule que : « *En application du deuxième alinéa de l'article 2060 du code civil, les établissements publics à caractère industriel et commercial mentionnés, d'une part, à l'article 146 du code minier, d'autre part, aux articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 susvisée sont autorisés à compromettre* ».

يؤول الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في منازعاتها حيث و طبقا لأحكام المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية لا يمكن لها للجوء إلى التحكيم و بالتالي يشملها الحظر المطبق على الأشخاص العامة .

غير أنّه و بعد صدور القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية، وقبل تعديل قانون الصفقات العمومية و إخضاع المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري، وكذا المؤسسات الاقتصادية العمومية لأحكام قانون الصفقات العمومية، وقبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، فانّ هذا النوع من المؤسسات يسمح لها باللجوء إلى التحكيم باعتبارها تخضع للقانون التجاري ولها الحرية الكاملة للتصرف في أموالها ، وخاصة بعد تعديل أحكام قانون 88-01 بالمرسوم التشريعي 94-08[87] و من خلال المواد 20و25 منه أن رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية لا يتكون فقط من الأموال العامة، وأنّ المشرع الجزائري لا يفرق بين ممتلكاتها ولقد أصبحت بهذا كلها قابلة للتصرف[88] . وعلى هذا الأساس يمكن للمؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم من دون أن تطرح مسالة طبيعة ممتلكاتها [89].

---

[87]- مرسوم تشريعي رقم 94- 08 مؤرخ في 26 ماي 1994، متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 ،ج.ر.ج.ج عدد 33 صادر في 23 ماي 1994.

- تنص المادة 24: " تعدل أحكام المادة 20 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 والمتضمن القانون ألتوجهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية و تحرر كمايلي :

المادة20:" تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للبيع و التحويل و الحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري، باستثناء أملاك التخصيص وأجزاء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع .

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الاقتضاء عن طريق التنظيم .

تنص المادة 25 :" المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال، تملك الدولة او شخصيات معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم او حصص الشركاء.

تتم كيفيات الزيادة في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية و التخفيض منه و كيفيات تعويض الامتلاك طبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري .

[88]- **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 3، الجزائر، 2005، ص.20.

[89]- المرجع نفسه، ص. 20.

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، نجد أنّ مجلس الدولة الجزائري قد حسم مسالة خضوع هذه المؤسسات من عدمه لقانون الصفقات العمومية، و بالتبعية اقر أيضا عدم اختصاص القضاء الإداري للفصل في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري لصفقة عمومية [90].

إلا أنّ ما يلاحظ على هذا القرار، أن مجلس الدولة الجزائري قد أصاب في من حيث منطوق القرار، إذ أن مؤسسة التسيير السياحي للشرق مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، وبالتالي لا تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري ، لكن ما يعاب عليه أنّه لم يصيب في **تأسيسه** و تسببيه له، فبدل أن يشير في حيثياته لأحكام المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 91- 434 المنظم للصفقات العمومية، والتي حصرت الأشخاص العمومية الخاضعة لأحكامه، وهي الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية و الإدارية، و هو ما يعني استبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية عليها، اكتف القرار بالإشارة للأمر 67-90 المتعلق بالصفقات العمومية، والذي اقر عدم خضوع عقود هذه المؤسسات لمحتوى أحكامه رغم أن هذا الآمر كان ملغى أثناء صدور القرار، إذ أسس مجلس الدولة قراره على المادة 59 من قانون 88- 01 والتي أكدت عدم خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكام الآمر 67-90 المتعلق بالصفقات العمومية[91] .

أما حاليا و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية و إخضاع المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري لأحكام قانون الصفقات العمومية، فانّ إشكالية إمكانية

---

[90]- قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003،ص 109.

[91]- **بوضياف عمار**، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص56.

اللجوء هذا النوع من الأشخاص إلى التحكيم لا تطرح، لكون أحكام المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسمح للأشخاص العمومية اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقة العمومية وهذا دون قيد أو شرط .

الفرع الثاني

التحكيم في عقود المناولة

أكد العديد من رجال الاقتصاد على ضرورة الاعتماد على المقاولة الفردية كإستراتيجية اقتصادية في كل القطاعات الاقتصادية خاصة القطاع الصناعي و في المشاريع الإنشائية ، نظرا للدور الذي تلعبه باعتبارها المحرك لعلاقات التعاون بين مختلف القطاعات الاقتصادية. لهذا أصبح اللجوء اليها أسلوب يعتمد الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة و المعقدة وحتى البسيطة منها لما توفرهم من مزايا

كان الاستخدام المكثف للمقاولة الفرعية، تأثير واضح ومباشر في الحياة الاقتصادية والاجتماعية سواء ايجابيا أو سلبيا، فمثلا ساعد هذا الأسلوب على إنشاء مشاريع سكنية في مدة وجيزة بفضل تعاون و تضافر جهود كل العاملين في مجال البناء، لكن بظهور مشكل تهدم البنايات الحديثة، وهذا ما حدث في زلزال الذي ضرب بومرداس وضواحيها في سنة 2003، رفض المقاولون تحمل المسؤولية وحدهم موجهين الاتهام مباشرة للمقاولين الفرعين المنفذين لهذه الأشغال على أنّهم المتسببون الحقيقيون في هذه الكارثة[92]

.

لقد تعددت المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية و الفقه، فالبعض يستعمل مصطلح " المقاولة الفرعية" والبعض يستعمل مصطلح المقاولة من الباطن، في حين يعتمد البعض الاخر على مصطلح " التعامل الثانوي" أو المناولة، وفي الأخير هناك من يستعمل و يفضل مصطلح "التعاقد من الباطن".

[92]- **برجم صليحة**، المقاولة الفرعية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر –يوسف بن خدة- كلية الحقوق ، 2009.ص1.

لكن بالبحث في حقيقة هذه المصطلحات و معناها، يتبيّن انّه لا يقصد من هذا التعدد في المصطلحات تعدد المعنى، وإنّما للمناولة مفهومين اثنين: مفهوم اقتصادي شائع في المجال الاقتصادي، والأخر ضيّق يخص معناها من الناحية القانونية .

ففي المجال الاقتصادي، يستعمل عادة لفظ " مناولة أو "المقاولة من الباطن، فيقال مقاول يعمل بطريق "المناولة "أو انه "مقاول من الباطن " عندما يكون زبائنه ليسوا هم المستهلكين النهائين، لكنهم مؤسسة أو عدة مؤسسات يلجأ إليها لانجاز بعض الأعمال، أو لصناعة جزء أو عدة أجزاء تدخل في تركيب المنتج النهائي.

بهذا المعنى نكون بصدد عملية مقاولة من الباطن في كل مرة يلجاء فيها متعامل اقتصادي إلى متعامل أخر مستقل عنه ليتولى بدلا منه تنفيذ عمل معين، أو صنع جزء من الأجزاء المستعملة في صناعة المنتوج النهائي[93] .

وقد تبنت المنظمة العربية للتنمية الصناعية و التعدين هذا المعنى، فعرفت المقاولة الفرعية في المجال الصناعي بأنّها "جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العملية الإنتاجية، بموجبها تقوم منشأة مقدمة الأعمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر، تسمى منفذة الأعمال المناولة، متخصصة لانجاز مرحلة أو أكثر من عمليات الإنتاج طبقا لعقد محدد مسبقا وملزم لطرفين ".

ووفقا للمفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية، يتضح أولا أن المقاولة الفرعية هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، وذلك مهما كانت طبيعتها و الطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة، والذي بموجبه تتعهد الأولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية، نظر لما تتمتع به هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانيات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وشروط اقتصادية ميسرة .

[93] -Alain BENABENT, LE Droit De CONSTRUCTION, DALLOZ EDITION, 2000, p, 1465 .

و تتميز المقاولة الفرعية وفقا لهذا المفهوم بوجود علاقة مباشرة بين المقاول الرئيسي والمقاول الفرعي، تتجسد في عقد واحد بين الطرفين، ولا وجود لعلاقة بين المقاول الفرعي والشخص المستفيد من العمل المنجز أو المنتوج النهائي، إذ يبقى المستهلك للمقاول الفرعي[94] .

المناولة مثلما هو مقرر قانونا هي منح جزء من الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد لشخص أخر بموجب عقد المناولة .هكذا نصت المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية حيث جاءت "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"[95] . و لقد عرفها الفقه أنّها "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولا فرعيا، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة، الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك[96]. وقد أخذ المشرع الجزائري، على غرار العديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة و قانون الصفقات العمومية الفرعية، أي باعتبارها تعاقد من الباطن في القانون المدني[97].

للمناولة أهمية قصوى في الصفقات العمومية، إذ تساهم في تنفيذ الصفقة في الآ جال المحددة حتى يتفادى المتعاقد الغرامات التأخيرية التي تفرضها الإدارة كجزاء عن التأخر في تنفيذ الصفقة، وفيما يحرص الطرفان على النص في اتفاقهما على تعهد كل واحد منهما بتنفيذ التزاماته بحسن نية و بذل الجهد اللازم للحيلولة دون نشوء أي نزاع بينهما ، كما يتفق الطرفان على الإجراءات القانونية الواجب إتباعها عند ظهور أي خلاف بشأن تنفيذ عقد المقاولة الفرعية ، حيث يوصى أن تكون البداية دائما للحلول الودية التي

---

[95]- مرسوم رئاسي رقم 15-247 متضمن قانون الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام .

[96]- **أنور العمروسي**، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص105.

[97]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني, ج.ر.ج.ج عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ,معدل و متمم بموجب القانون 05 -10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ،ج.ر.ج.ج عدد 44 ،الصادر في 23 يوليو 2005.

يجب أن يتوصل إليها خلال فترة زمنية محددة، و إلا عرض النزاع على هيئة تحكيم معينة أو على هيئة قضائية معينة بذاتها أو الهيئة القضائية المختصة نوعيا ومحليا وفقا للقانون[98].

فالعلاقة التي تربط بين المتعاقد بالمصلحة و المناول حتى وان كانت متصلة بتنفيذ صفقة عمومية، فهي تخضع للقانون الخاص، ولا يمكن بالتالي أن تخضع للمنع في أي حال من الأحوال للجوء إلى التحكيم طبقا لأحكام المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية [99]التي تنص على انّه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" .

إذن يوجد في الصفقات العمومية مجال خال من المنع فالتحكيم فيه ممكن ومطبق.

إلا أنّ المشرع الجزائري و تحت تأثير التجارة الدولية و الاتفاقات الدولية، و قصد تشجيع الاستثمارات و جلب المستثمر و المتعامل الأجنبي، كرسّ صراحة إمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم بنص من المادتين 1006/ 3و975 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر لا يجوز الأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ،ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية .وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

[98]- **برجم صليحة**، مرجع سابق، ص.54.

الفصل الثاني

تفتح الصفقات العمومية

للتحكيم بتأثير القانون الدولي و قانون الأعمال

كان التحكيم و لا يزال الطريق الأهم لفض النزاعات المتعلقة بالأعمال، خاصة منها الدولية، لذلك يعتبر قانون الأعمال و قانون التجارة الدولية من أخصب المجالات لإعمال هذه الوسيلة للفصل في النزاعات[1]، ولعلى السبب في اللجوء إلى هذه الوسيلة في قانون الأعمال ، ناتج عن تعارض هذا الأخير مع مبدأ علانية الدعاوى أمام الجهات القضائية العادية، فيمكن لإجراء علني أن يؤثر على سمعة مؤسسة تجاه زبائنها أو شركائها في حالة دخولها لبورصة القيم المنقولة مثلا.

هذه الحقائق التي تفرض نفسها في ميدان الأعمال، نجدها حاضرة في مجال الصفقات العمومية. فيمكن لمؤسسة أن تتردد في الدخول في إجراء قضائي ضد هيئة عمومية أو مجموعة إقليمية و تفضل أن لا تظهر أسرارها و مشاكلها للمجموعة الإقليمية التي يمكن أن تتعاقد معها لاحقا في إطار صفقة عمومية[2].

هذه الضرورات ليست غائبة أيضا على المستوى الدولي. سمحت عدة أسباب جدية بأن يكون التحكيم الوسيلة العادية لفض النزاعات الناشئة في إطار قانون التجارة الدولية، فإعمال التحكيم على هذا المستوى راجع لضعف الجهات القضائية من إستيعاب كل جوانب النزاع[3]. فإلى جانب إشكال تحديد الجهة القضائية المختصة على المستوى الدولي، غالبا ما يتردد شخص أجنبي برفع دعوى أمام الجهة القضائية الوطنية التي ينتمي إليها الطرف الثاني، هذا التردد يمكن أن يُنتج بخطر حياد الجهات القضائية الوطنية إذا كان المتعاقد شخص عام. وفي هذا السياق، يمكن إثارة إشكال عدم التوازن بين طرفي النزاع. ففي هذا الشأن يمكن للطرف الوطني أن يتواطأ مع الجهة القضائية اللذين لهما نفس الثقافة القانونية. و يزيد هذا الخطر حدةً في إطار القانون الإداري و قانون الصفقات

[11]- خالد عكاشة كمال، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، 2014،ص.208.

[2] - أنظر :

MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics*, Mémoire de DEA Droit public de l'économie, Université Panthéon-Assas paris II, 1999, p. 46

[3]- أنظر في الموضوع:

JACQUET (J-M.) & DELEBECQUE (P.), *Droit du commerce international*, éd. Dalloz, 1997.

العمومية، فمعظم الدول، خاصة دول الكمن لو Common law ، لا تفرق بين القانون الخاص و القانون العام، فمفهوم العقد الإداري غير معروف عندهم، لذا أصبح من الضروري اعتماد التحكيم خاصة إذا كان العقد الإداري مبرم مع شخص خاص ينتمي إلى دولة من هذه الدول.

فتطور قانون الصفقات العمومية على المستوى الوطني و الدولي من جهة، و ظهور قانون الأعمال من جهة أخرى، أثرا على التحكيم في الصفقات العمومية، و يظهر هذا التأثير أكثر على المستوى الدولي (**مبحث أول**)، منه في إطار قانون الأعمال نظرا لنقص تطور هذا الأخير في اتجاه إعمال التحكيم في الصفقات العمومية (**مبحث ثاني**).

المبحث الأول
الاتجاه نحو الاعتراف بقابلية نزاعات الصفقات العمومية التحكيم على المستوى الدولي

للقانون الدولي مكانة مهمة في التنظيم القانوني، نتيجة لذلك، تعتبر الإشكالات الناتجة عن تطبيقه أكثر أهمية، فهذا القانون يُطبق في نفس الوقت من طرف القاضي العادي و القاضي الإداري، و الاختلافات بين القاضيين حول التحكيم ممكنة نظرا لتردد القاضي الإداري تجاه التحكيم، و هذا ما يؤدي إلى خلق إشكالات قانونية، أن التحكيم يمثل الوسيلة المعتمد عليها كثيرا في الفصل في النزاعات على المستوى الدولي، و تردد القاضي الإداري منه في الصفقات العمومية الدولية يشكل عائق لتنمية هذا النوع من العقود.

تعتبر العقود الدولية المبرمة من طرف الأشخاص العامة الوطنية خاضعة عموما للقانون الخاص في حالة ما إذا انتهجت هذه الأشخاص سلوك التجار العاديون[4]. في هذا السياق، قام القاضي العادي في فرنسا بإصدار عدة قرارات تخص أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، و هذا الإجهاد القضائي أدى إلى قلب مبدأ حضر التحكيم، على الأشخاص العامة التي تملك حق اللجوء إلى التحكيم في إطار قانون التجارة الدولية **(مطلب أول)**، أما في حالة منح الاختصاص للقاضي الإداري، فيظهر أن هذا الأخير لم يؤيد هذا التطور و يتردد في قبوله **(مطلب ثاني)**.

[4]- أنظر:

TRUCHET (D.), « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », Revue Dalloz Affaire, 1996, p. 731 et s.

المطلب الأول
رفع مبدأ حظر التحكيم
على الأشخاص العامة على المستوى الدولي

تلعب الدول دورا هاما على المستوى الدولي، فهي مصدر القانون الدولي العام الناتج عن العلاقات فيما بينها، و كذا مصدر للقانون الدولي الخاص، قانون التجارة الدولية الناتجين عن علاقاتها التعاقدية مع الأشخاص الخاصة.

زادت مشاركة الدول في إعداد قواعد قانون التجارة الدولية في العشرين سنة الأخيرة إلى حدّ وصف الدولة ب "متعامل التجارة الدولية"[5]. فلم تصمد الصفقات العمومية الدولية مع ظهور قواعد قانونية دولية تفرض الدخول في العملية التنافسية الدولية، فالعقود التي تبرمها الدول قابلة لتكييفها بعقود دولية، ففي هذا الشأن، يظهر من الضروري التطرق لتحديد مفهومي الصفقة العمومية الدولية و التحكيم التجاري الدولي **(فرع أول)**. و فرضت لخصوصية التحكيم الدولي على القاضي العادي للاعتراف بأهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم **(فرع ثاني)**.

[5]- في الموضوع، أنظر:
JACQUET (J.-M.), « *L'Etat, opérateur du commerce international* », JDI, 1989, p. 621

الفرع الأول
التحكيم و الصفقات العمومية الدولية

من البديهي القول أنّ الاقتصاد الدولي حرر تدريجيا خلال الخمسين سنة الأخيرة، فوضع وسائل دولية مثل، تطوير مناطق التبادل الحر و الإتحاد الاقتصادي الأوربي و إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، عملت على تقديم وتيرة أكثر لهذه الظاهرة، ونتج عن هذا التطور كثرة العقود الدولية التي تكون أحد طرفيها عموما أشخاص عامة، فغياب جهة قضائية دولية لفض النزاعات الناشئة من هذه العقود يؤدي أطرافها اللجوء إلى التحكيم، إذا كان التحكيم الدولي معروف لدى المختصين في قانون التجارة الدولية (**اولا**)، فتكييف عقود الدولة لاسيما الصفقات العمومية على المستوى الدولي، ليس بالأمر الهين (**ثانيا**).

أولا: فكرة التحكيم الدولي

يبقى التحكيم الوطني والتحكيم الدولي يدلان تقريبا على نفس المعنى، فيمثل في كلا المستويين طريق بديل و قضائي لحل النزاعات. لكن طابعه الدولي و مكانته في حل النزاعات يمنحه صبغة هيئة خصوصية.

تنص المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "[6].

أولا و قبل كل شيء، من الضروري القول أنّ دولية التحكيم التجاري الدولي يُحدد عن طريق موضوع النزاع و بعد ذلك يجب معرفة ما هو النزاع الذي يهم التجارة الدولية، فهذا النص لا يحُدد بدقة نوعية النزاع الذي يخص التحكيم الدولي. لكن تتضح الأمور أكثر بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، خاصة الفرنسي، الذي تطرق عدة مرات لموضوع

[6]- ينص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تقريبا على نفس الشيئ:
« *est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* »

التحكيم التجاري الدولي، فحسب محكمة استئناف باريس فانّ "الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يتحدد بالقانون الواجب التطبيق في الموضوع أو الإجراءات ولا يتحدد بإرادة أطراف النزاع و لكن عن طريق طبيعة العملية الاقتصادية التي ينتج عنها النزاع (...)، و يكفي للتحكيم أن يكون دوليا إذا كانت العملية الاقتصادية هي محل حركة الأموال أو الخدمات خارج عن الحدود الوطنية" "

« *Le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond et quant à la procédure, ni de la volonté des parties, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige* (...), *il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières* »[7].

كان محل هذا القرار نزاع يتعلق بصفقة عمومية مبرمة من قبل وزارة التجهيز التونسية و ممولة من قبل دولة الكويت مع مجمع الشركات من بينما شركة فرنسية، و في هذه القضية قضت محكمة استئناف باريس بأن العملية الاقتصادية تخص التحكيم التجاري الدولي لوجود تحويل للأجهزة و المهارات و كذا دفع ثمن العقد خارج عبر الحدود.

تجدر الإشارة في الأخير إلا انه من الضروري معرفة أنّ التحكيم التجاري الدولي تحكمه قواعد مختلفة عن تلك المعتمدة في التحكيم الداخلي، بالطبع، تكون اتفاقية

[7] - أنظر قرار محكمة إستئناف باريس

Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. C ; 24 février 1994 Ministère tunisien de l'équipement c/ société Bec Frères, Revue d'arbitrage, 1995, p. 275, Note GAUDEMENT Yves.

التحكيم مهما كان شكلها دائما مستقلة[8]. و تُحدد هذه الاستقلالية بالنظر إلى تنظيم قانوني معين أكثر منه بالنظر إلى التصرف المرتبط بها.

حظي التحكيم التجاري الدولي في السنوات الأخيرة بأهمية قصوى كطريق بديل للفصل في النزاعات الدولية حتى و إن كان أحد أطرافها شخص عام. فمعظم عقود الدولة تنص على شرط التحكيم. و هذا التوجه مدعم، من جهة باعتبار أنّ الدول الأنجلوساكسونية تتعتمد على التحكيم كثيرا و تفرضه شركاتها على المتعاقدين معها حتى و إن كان هؤلاء المتعاقدين معها أشخاص عامة. و من جهة أخرى، تتواجد الشركات الأجنبية أمام دولة أو مجموعة إقليمية تتميز ببعض الإمتيازات أمام الجهات القضائية الوطنية و لاستبعاد خطر التواطؤ معها، لهذا يفضل المتعاقد الخاص اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

تعتبر هذه المفاهيم الأولية مهمة في بحثنا فهي تسمح لنا لفهم أكثر مسألة منع التحكيم للأشخاص العامة و السماح به على المستوى الدولي، أي أنه تم الإعتراف للأشخاص العامة على إمكانيتها في اللجوء للتحكيم بالمعنى الواسع، أي بالإتفاق أو بوضع شرط التحكيم على المستوى الدولي.

ثانيا: صعوبة تكييف الصفقات العمومية على المستوى الدولي

يعتبر تكييف عقود الدولة على المستوى الدولي إشكال متكرر، و تطرح الصفقات العمومية و بعض العقود الأخرى مثل عقد الاستغلال، مسائل إضافية لسبب تكييفها على المستوى الوطني بعقود إدارية، فمن الضروري معرفة ما إذا كان التكييف في القانون الداخلي للعقد الإداري لا يطرح إشكالا بالنظر إلى تكييفه بالعقد الدولي.

[8]- في الموضوع، أنظر، **تعويلت كريم**، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 و القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- 2004.

فحسب مجلس الدولة الفرنسي، يُعرف العقد الدولي بأنه "العقد الذي يشمل في تنفيذه على حركة عابرة للحدود الوطنية للأشخاص أو السلع أو رؤوس الأموال أو الخبرات" [9]

لهذا، إذا كان العقد مُبرم بين وطني و شخص خاص أجنبي، فإنه يحمل في طياته ضروريا حركة عابرة للحدود و بالتالي تسمح بتكييفه كعقد دولي.

و هذا الإشكال ليس نظري فقط، ففي السنوات الأخيرة أصبح القانون الدولي و القانون الأوربي يهتمان بموضوع الصفقات العمومية عن قرب، فإذا كانت أول النصوص الأوربية الخاصة بالصفقات العمومية صادرة سنة 1970، فإنّ المشرع الأوربي وضع تنظيم قانوني كامل و حقيقي إبداء من سنة 1988، حيث قام بإصدار سبعة نصوص (*Directives*) بين سنة 1988 و 1993، التي أُدخلت في القوانين الوطنية الأوربية.

في نفس السياق، يوجد تنظيم دولي حول الصفقات العمومية سنته منظمة الغات (GATT) منذ سنة 1979، الذي يفرض الإلزام بالمنافسة في الصفقات العمومية، و نتج من وضع هذه النصوص الإلتزام بالمنافسة في بعض العقود و هذا ما يسمح للدولة و الجماعات المحلية في إبرام عقود مع مقاول أجنبي[10].

تُكيف العقود المبرمة بين دولة و شخص خاص أجنبي عموما "بعقود الدولة"، و هذا التكييف، حسب أحد الكتاب، مرتبط بحقيقة تتوسط بين العقد الإداري في القانون الداخلي و الاتفاق بين الدول في التنظيم القانوني الدولي[11]. و لكن لا نجد الا تعاريف قليلة

[9] -« *Contrat dont l'exécution comporte un mouvement transfrontière de personnes, de marchandises, de capitaux, de savoir-faire* »[9].

[10] - MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics, op.cit,* p. 50.

[11]- أنظر:

BERLIN (D.), « Contrats d'Etats », Répertoire International Dalloz, 1988.

لهذه العقود، و هذا ما يزيد من صعوبة تكييفها، فحسب أحد الفقهاء، "يعتبر عقد يربط بين دولة أو سلطة عامة و شخص خاص أجنبي[12]"،

يمكن أن يشمل هذا التعريف كل الصفقات التي تُبرم مع شركة أجنبية، و لكن يمكن أيضا اعتبار عقود الدولة، كما أسلفنا الذكر، كالعقود الدولية التي تتعدى التفرقة بين العقد الإداري و عقود القانون الخاص، إذ لا يمكن تصنيفها ضمن هذين العقدين، فنظرية "عقود الدولة" بُنيت خارج نطاقهما، ويظهر أن إرادة فقه القانون الدولي تتجه نحو جعلها أسمى من أي تنظيم قانوني وطني رغم صعوبة فكها من هذا الأخير، و يرى بعض الفقه القانوني إمكانية تكييف البعض من هذه العقود كعقود إدارية رغم تعرضها مع مفهوم عقود الدولة، إذ باعتبار الصفقات العمومية عقود إدارية فمفهوم عقود الدولة مستبعد، ويبقى هذا النوع من العقود غير واضح رغم استعانة الكثير من الفقه الدولي به في دراساتهم.

و بالفعل، يتردد الفقه الإداري كثيرا من استعمال هذا المفهوم و الدليل على ذلك عدم ذكره من قبل مجلس الدولة الفرنسي في قراراته و دراساته[13]. جانب اخر من الفقه، قدم تكييف للصفقات العمومية الدولية و اعتبرها "عقود إدارية دولية"[14]. فالفرق بين العقد الإداري و العقد الخاضع للقانون الخاص غير معترف به دوليا، و لا يمكن أن نجد العقد الإداري في كل الدول، لكن يمكن تكييفها كعقود إدارية أمام القضاء الإداري، في مثال عقود دولية مبرمة من قبل دولة معينة في حالة المشاركة في مرفق عام أوفي حالة عقد ينص على شرط أو مبدأ غير مألوف في القانون الخاص، و في هذا السياق، أصدر مجلس الدولة الفرنسي عدة قرارات تُدعم هذا الرأي، ففي إحدى قراراته، يرى المجلس أن عقد

---

[12]- أنظر:

AUDIT (B.), *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Cours de l'Académie de Droit de La Haye, 1987, p. 30

[13]- أنظر

APOSTOLOS (P.), *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, Tome 189, Paris 1997, p. 94 et s.

[14]- تكييف مقدم من قبل،

TOUBIANA (A.-M.), « Le contrat administratif », Répertoire de droit international, 1997, p. 574.

التوريد المبرم لصالح الدولة الفرنسية حتى و إن أُبرم و نُفذ في الخارج عقدا إداريا[15] . ، و يُعتبر بالطبع عقدا دوليا، و يرتكز تكييف مجلس الدولة الفرنسي على أنّ القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الفرنسي، و لكنه سرعان تخلى على نظرية إقليمية القانون العام في قرار صادر عنه في 7 جانفي 1987 [16]، و هذا لا يعني التخلي عن تكييف هذه العقود بالعقود "الإدارية الدولية"، و هذا ما فعله المجلس في القرار السالف الذكر.

أكدت محكمة التنازع الفرنسية الحل السابق في قرارها الصادر في 19 ماي 1958 في قضية *(société Myrtoon Steamship)*[17] ، و ترى فيه المحكمة أنّ العقد المبرم بين الدولة الفرنسية و مالك سفينة إنجليزي، لا يشير إلى أي مشاركة في تنفيذ التزامات مرفق عام و لا إلى شرط أو مبدأ غير مألوف في القانون الخاص، هو عقد خاضع للقانون الخاص، و محتوى هذا العقد هو مشارطة الإيجار (Charte-partie) مبرمة في لندن سنة 1940 و فيه قام موظف فرنسي بإيجار سفينة مملوك لشركة إنجليزية، و هو عقد دولي.

إذا بالمفهوم المخالفة، إذا كانت شروط هذا العقد تخص تنفيذ مرفق عام أو شرط غير مألوف في القانون الخاص كان بإمكان المحكمة تكييف العقد بأنه عقد إداري.

إذا كان القانون الدولي الخاص لا يعترف بوجود العقود الإدارية الدولية، فيظهر أنّ بعض العقود الدولية خاصة الصفقات العمومية المبرمة مع شخص خاص أجنبي قابلة لتكييفها في القانون الداخلي بأنها عقود إدارية، و نتيجة لذلك خاضعة لاختصاص القاضي الإداري.

أمام عدم تكييف متفق عليه حول الصفقات العمومية المبرمة على المستوى الدولي من طرف الأشخاص العامة، فإننا سنعتمد في دراستنا هذه على تكييف هذه العقود

---

[15] - أنظر،

CE, décision du 11 janvier 1951, Habib Bechara, S. 1952. 3. 67, cité par, MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics*, *op.cit*, p. 51.

[16] - CE, 7 janvier 1987, Dame Félicien, Revue critique de droit international public(RCDIP), 1988, p 687, Note Rodiere.

[17] - TC., 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamschip*, D. 1958, Jurisprudence, p. 699, Note Robert Jean.

بالصفقات العمومية الدولية، و هذا التكييف يسمح بتطبيق قواعد القانون الداخلي و بالتالي منح الاختصاص للقاضي الإداري، كما يسمح بالعودة إلى العناصر الخارجية للعقد مثل حضور متعاقد أجنبي أو تنفيذ العقد في الخارج أو بدفع ثمن العقد خارج حدود الدولة.

الفرع الثاني

إمكانية لجوء

الأشخاص العامة إلى التحكيم الدولي

يتميز التحكيم الدولي بخصائص تفرقه عن التحكيم الداخلي. لكن القانون الوضعي، يحتفظ بمبدأ حضر التحكيم و بالقاعدة المنصوص عليها في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. نفس القاعدة نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 2060 من قانون المدني[18]، فلا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. فالمبدأ هو حظر الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم، لكن يمكنها ذلك في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، حيث أنه لا وجود لأي استثناء خاص يتعلق بالتحكيم الدولي، و لا يوجد أي مبرر لاستبعاده،

[18]- تنص هذه المادة على أنّه:

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

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

إن مثل هذا الحل يطرح إشكالا معقدا، و هذا بالنظر إلى أهمية التحكيم على المستوى الدولي، وهو نفسه موقف القضاء العادي الذي قبل بمبدأ لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم على المستوى الدولي (أولا)، كما أكدت النصوص اللاحقة على هذا الموقف، بأن رخصت صراحة للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم(ثانيا)

أولا: اعتراف القاضي العادي بحق اللجوء إلى التحكيم على المستوى الدولي

لقد كان للقاضي العادي تأويل للتحكيم على أساس انه يخدم خيار الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم(أ)، غير أنه يمكن الاحتجاج،بأنّ مثل هذا الاعتراف ليس له أي تأثير على الصفقات العمومية، التي تبقى عقود إدارية، هذا التحليل يتقاسمه غالبية الفقه، بالرغم من أن هذا الموقف قد تم نفيه حديثا من طرف محكمة النقض ومحكمة التنازع على حد سواء التي أقرت بوجود صفقات عمومية من القانون الخاص(ب).

1- تأويل التحكيم الدولي لصالح الأشخاص العامة

اعترف القاضي ابتداء من خمسينيات القرن الماضي للأشخاص العامة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم على المستوى الدولي غير انه، إذا كان هذا الحل قد تم إقراره بسرعة، فإن أساسه لم يعرف الاستقرار إلا بعد مرور 10 سنوات، حيث سمحت محكمة الاستئناف في مرحلة أولى[19] بالتحكيم الدولي، معتبرة أن الحظر على المستوى الداخلي ليس له سوى أساس وحيد ألا وهو الحماية الخاصة التي تتمتع بها الأشخاص العامة أمام الهيئات القضائية الفرنسية، بعد رفع تقرير أسباب ذلك إلى الوزارة العامة، غير أنه يمكن للدولة الفرنسية التخلي عن ذلك على المستوى الدولي و القبول باختصاص هيئة قضائية أجنبية.

[19] Cour d'appel de Paris 10 avril 1957 Société Myrtoon Steamship c/ Agent judiciaire du Trésor, D.1958, vjurisprudence, p. 702.

في هذا الشأن لم يكن لهذا الحل أي فائدة إلا بالوجود السابق للمواد 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، و الذي تم إلغاءه سنة 1972. في حين أسست محكمة النقض قرارها في قضية "Capitaine du san carlo"[20] على قاعدة تنازع القوانين، إذ أن القانون الإيطالي قابل للتطبيق على هذه القضية.

وبمقابل تأييده لهذا الحل انتقد الفقه أساسه، تم استخلاص الحل بصفة نهائية سنة 1966 في قرار "Galakis"[21]، حيث أكدت محكمة النقض الحل الذي أقرته محكمة الاستئناف و المتمثل في خيار الدولة في اللجوء إلى التحكيم على المستوى الدولي، دون أن تؤسس ذلك على قاعدة تنازع القوانين، حيث إعترف القضاء بوجود" قاعدة مادية دولية"[22]، التي إعتبرها البعض مبدأ عام في القانون الدولي[23]. منذ ذلك الحين تم التأكيد على هذا الحل عدة مرات، حيث عرف تطبيقات خاصة تتعلق بالجماعات العامة الأجنبية التي تخلصت في فرنسا من حظر لجوئها إلى التحكيم الواقع عليها في قانونها الوطني، إذ استبعد القاضي العادي في فرنسا القانون الأجنبي المقيد[24]، الذي ذهب إلى حدّ اعتبار أن القاعدة التي تمنع الدولة من معارضة إمكانية لجوءها إلى التحكيم في القانون الداخلي هي قاعدة من النظام العام الدولي[25].

لقد تحولت القاعدة التي تحظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في على المستوى الدولي ،إلى الاعتراف بمبدأ حقيقي يسمح بالتحكيم الدولي.

[20] Cass. Civ. 1ére 14 avril 164 O.N.I.C c/ Capitaine du San Carlo; JDI. 1965 p. 649, note B. GOLDMAN; R.C.D.I.P. 1966 p. 70, note H. BATIFOL.
[21] Cass. Civ. 1ére 2 mai 1966 Trésor Public c/ Galakis, Grands arréts du droit international privé n 45; D. 1966 jurisprudence, p. 575, note J. ROBERTG.
[22] Cour d'appel de Paris 13 juin 1966 Société Kuwait Foreign Trading Cntracting and Investment c/ Société Icori Estero SPA et Société Lombardi Estero SPA, J.D.I 1997 P.151 note E. LOQUIN.
[23] E. GAILLARD; Arbitrage commerciale international: Convention d'arbitrage- Arbitrabilité, Jurisclasseur droit international, Fasc. 586-3, 1994, n 10 et s
[24] Cour d'appel de Paris 17 décembre 1991 Société Gatoil, rev. arb. 1993 p. 280; Cour d'appel de Paris 24 février 1994 Société Bec Fréres, rev, arb. 1995 p. 275.
[25] Cour d'appel de Paris 13 juin 1996 précrité note 113.

2- تطبيق الاجتهاد القضائي العادي على الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من خلال الدراسة التي أجريناها إلى حد الآن من طائفة العقود الإدارية، تخضع بالنتيجة لاختصاص القاضي الإداري، ما يعني عدم تطبيق الاجتهادات القضائية العادية على الصفقات العمومية. غير أنه إضافة إلى أنّ هذا الإجتهاد القضائي قد يشكل طريقا يتبعه القاضي الإداري، لا تعتبر كل الصفقات العمومية عقود إدارية بصفة تلقائية.

حيث أنّه إذا كانت غالبية الصفقات العمومية تبقى عقود إدارية، يبقى بالرغم من ذلك من الممكن أن تخضع صفقة عمومية لاختصاص القاضي العادي، لقد تم إثارة الشكوك حول الاختصاص التلقائي للقاضي الإداري في قرار لمحكمة النقض الفرنسية، ففي قرار "Locunivers" الصادر في 17 ديسمبر 1996[26]، الذي اعتبر أنّ مجرد إخضاع عقد لأحكام قانون الصفقات العمومية لا يمنحه طابع العقد الإداري، في هذا الشأن، و في ظل غياب المشاركة في تنفيذ المرفق العام، و لم يتضمن شروط غير مألوفة من القانون العام، وأُخضعت الصفقة العمومية للتوريد المعنية لاختصاص القاضي العادي، لقد تم تأكيد حل محكمة النقض من طرف محكمة التنازع في قرارها الصادر عنها في 5 جويلية 1998[27]، حيث اعتبرت "أنّ إبرام عقود توريد اللوازم من طرف بلدية"Sauve" وفقا لقانون الصفقات العمومية بسبب قيمتها المالية، لا يكفي لوحده إضفاء طابع العقد الإداري، كونه لم يشرك الشخص الخاص المتعاقد في تنفيذ المرفق العام و لم يتضمن أي بند غير مألوف من القانون العام". و بهذا إذن يوجد هنالك صفقات عمومية تخضع لاختصاص القاضي العادي، ما يعني أن مثل هذه الصفقة و على احتمال تكييفها على أنها صفقة دولية، يمكن أن تخضع في حالة النزاع للتحكيم الدولي.

[26] Cass. Civ. 1ére 17 décembre 1996 Société Locunivers, Droit administratif 1997 n 122, observations L. RICHER.
[27] Tribunal des conflis 5 juillet 1999 Commune de Sauve c/ Société Gestetner, req. n 3124

بهذا المعنى يمنح هذا التكريس معنى حقيقي للتفسير الذي يقوم به القاضي العادي للتحكيم الدولي إزاء الصفقات العمومية.

ثانيا: الاعتراف الصريح للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم الدولي في النصوص القانونية

يشجع الاجتهاد القضائي العادي التحكيم الدولي، مستندا في هذا الصدد على نصوص اتفاقية(1) وتشريعية(2) على حد سواء، التي تسمح بالتحكيم على المستوى الدولي في بعض الحالات.

1- الترخيص ألاتفاقي للتحكيم

يبين تعدد الاتفاقيات الدولية التي تعالج نظام التحكيم، الأهمية التي يحتلها هذا الأخير على المستوى الدولي، يهدف البعض منها إلى حل صعوبات الاعتراف بالأحكام التحكيمية[28]، الذي هو موضوع لا يدخل في إطار هذه الدراسة، كما أنّ هذه الاتفاقيات سمحت من الانتقال من التحكيم الوطني إلى التحكيم الدولي[29].

هناك ثلاث اتفاقيات في حقيقة الأمر من هي قادرة على الترخيص بالتحكيم في الصفقات العمومية. اثنان منها ذات مضمون عام، أما الثالثة فلها مضمون خاص، أول هذه الاتفاقيات هي الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي موقعة في "جنيف" في 21 أفريل 1961[30]. حيث تتضمن هذه الاتفاقية مادة تم تخصيصها لأهلية الأشخاص المعنوية من القانون العام في الخضوع للتحكيم و التي تنص:" في الحالة المشار إليها في المادة الأولى

[28] Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, convention d'arbitrage du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sen tances étrangères, et, convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance des sen tances arbitrales étrangères.

[29]- **السالمي حسين**، التحكيم و قضاء الدّولة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ، بيروت،2008، ص. 104.

[30] Et introduite en doit interne pat le décret n 68-117 du 26 janvier 1968 publié au journal officiel du 9 février 168

من هذه الاتفاقية، تملك الأشخاص العامة التي تم تكييفها على أنها أشخاص معنوية من القانون العام خيار إبرام اتفاقية الحكيم".

تهدف هذه الاتفاقية إلى التطبيق على التجارة الدولية، و التي يمكن الإعتراض عليها من منطلق أنّ الصفقة العمومية تكيّف على أنّها عقد إداري، و لا يمكن أن تكون تجارية، غير أنّ الطابع التجاري للعملية أو للتحكيم على المستوى الدولي، مستقل عن التكييف الذي تحمله في القانون الداخلي، إذ يكفي أن تهتم بعملية اقتصادية تتضمن حركة سلع أو خدمات أو دفع عبر الحدود[31] كي يُعترف لها بالطابع الاقتصادي، هذا الموقف يتقاسمه كل من الاجتهاد القضائي و الفقه[32]، إذن فالطابع التجاري للتحكيم أكثر اتساعا في القانون الدولي منه في القانون الداخلي، يبدو بالنتيجة أن الصفقات العمومية الدولية تدخل في نطاق تطبيق اتفاقية "جنيف"، بغض النظر عن عدم إمكانية تكييفها بالعقود التجارية في القانون الداخلي.

إنّ ما ينبغي الإشارة إليه، هو أن تطبيق هذه الاتفاقية يبقى جد محدود، و هذا بالنظر إلى قلة عدد الدول الموقعة عليها، أضف إلى ذلك أنّ اتفاقية "جنيف" ليس فقط أنها لا تعني أساسا إلا الدول الأوربية، لكن أيضا لا يوجد أي بلد أنجلوساكسوني طرف فيها.

إلى جانب اتفاقية "جنيف" لسنة 1961، هناك اتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 [33]، حيث

[31] Cour d'appel de Paris 13 juin 1966 Société Kuwait Foreign Trading Cntracting and Investment, J.D.I. 1997 p.151.

[32] Philip FOUCHARD, Arbitrage international: Notions, Jurisclasseur droit international, Fasc. 585-1, n 59 et suivants.

[33]- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 1995/10/30، ج.ر.ج.ج عدد 66 صادر في 5 نوفمبر 1995 1995. انظر في الموضوع كذالك، قبايلي طيب،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، لرسالة لنيل دراجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري –تيزي وزو- كلية الحقوق و العلوم السياسية 2012.

أنشأت هذه الاتفاقية المركز الأولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"CIRDI"، و التي تمنح على ضوء أحكام المادتين الأولى و الثانية منها وسائل تسوية للنزاعات التي تنشأ بين دولة ما و رعايا دولة أخرى_لاسيما التحكيم_، كما يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن أيّ نزاع متعلق بالاستثمار، و هو ما يشكل بالنتيجة ترخيص اتفاقي للأشخاص العامة للجوء إلى التحكيم، إذ تُطبق هذه الاتفاقية على كل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وليس على الصفقات العمومية،غير أن التفسير الذي قُدم للاستثمار جد واسع و يصعب تحديد مفهومه[34]، فهو يشمل عقود الامتياز، التنمية الاقتصادية، إنشاء شركة أو وحدة مشتركة، تقديم خدمات[35].

إن القبول بهذا المفهوم للاستثمار، يجعله شاملا لبعض الصفقات العمومية، لاسيما تلك المتعلقة بالأشغال و الخدمات. ما يجعل من اتفاقية "واشنطن" فرضية أُخرى ترخص بالتحكيم في الصفقات العمومية.

الاتفاقية الثالثة التي ترخص للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم و التي تبدو أكثر دقة، هذه الأخيرة منصوص عليها في اتفاقية "Canterbury" المبرمة في 12 فيفري 1968 بين فرنسا وبريطانيا الاتحادية، فيما يتعلق بإنشاء نفق تحت قنوات الصرف، حيث تنص الاتفاقية على خيار الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم في خالة نزاع بين الحكومتين الإنجليزية و الفرنسية و أصحاب الامتيازات.

بهذا نلاحظ أنّ العديد من الاتفاقيات الدولية ترخص للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم. بمقابل ذلك، وبخلاف القانون الدولي، يبقى القانون الأوربي و بشكل مفاجئ فيما يتعلق بالتحكيم، سواء في القانون الأوربي التقليدي، أو في القانون الأوربي المعاصر، إذ لا وجود لأي إشارة إلى التحكيم، حيث هنالك نص وحيد و فقط يتضمنه قرار مجلس

[34]- **مصلح احمد أطرونة، محمودي فاطمة الزهراء**، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان،2013.ص 260 و ما يليها.

[35] Matthieu DE BOISSESON, Interrogations et doute sur l'évolution législative: L'article 9 de la du 19 août 1986, rev. arb. p. 3 et spécialement p. 12.

الإتحاد الأوربي بتاريخ 1973[36] ينص على التحكيم و يرخصه في صفقات الأشغال العمومية الممولة ولو جزئيا من طرف الخزينة الأوربية للتنمية في المقاطعة الفرنسية"d'autre mer"، و الذي استبعد مجلس الدولة تطبيقه بقرار في 19 مارس 1962[37].

إذ ينبغي للتحكيم محل الترخيص احترام التنظيم المتعلق بالتحكيم المحدد من طرف مجلس الإتحاد الأروبين و الذي لم يتم تبنيه في القانون الفرنسي.

2- الترخيص التشريعي للتحكيم

موازاة مع الاتفاقيات الدولية، يوجد هنالك ترخيص منصوص عليه وفقا لمقتضيات تشريعية، و هي المادة 09 من قانون 19 أوت 1986. يعتبر هذا القانون وقتي ما دام انّه وجه لإتمام اتفاق بين الدولة و الجماعات العامة الفرنسية من جهة، و شركة القانون الامريكي "walt disney productions" من جهة أخرىن بهدف إنشاء حدائق "eurodisneyland" الجذابة، تضمن هذا العقد شرط التحكيم. قام الوزير المكلف بالتخطيط و التهيئة الإقليمية بتحرير طلب رأي لمجلس الدولة بغية معرفة ما إذا كان من الممكن إدراج ذلك في العقد. أبدى هذا الأخير رأيه، يكفي لنا أن نعلم أن مجلس الدولة رد برأي سلبي فيما يتعلق بمدى إمكانية تضمين شرط التحكيم[38]، أما الأطراف فلم تكن ترغب في التنازل عن وجود شرط التحكيم، و بالتالي كان من الأجدر على المشرع التدخل و الترخيص بالتحكيم في هذه الاتفاقية، غير أنه بإحالة إلى المادة 2060 من قانون الإجراءات المدنية، رُخص للدولة، الجماعات الإقليمية و الهيئات العمومية بإدراج التحكيم في العقود التي تبرمها بالاشتراك فيما بينها مع الشركات الأجنبية، لإنجاز عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية، و ذلك بهدف تسوية النزاعات المتعلقة بتطبيق و تفسير هذه العقود[39] متى

[36] Articles 55 de l'annexe XI fixant cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournituresz financés par le fond européen de développement ajouté à la decision du conseil des communautés Européene du 29 septembre 1970 par la décision du Conseil du 24 juillet 1973.
[37] Conseil d'Etat 19 mars 1982 jean- joseph, Rec. 128.
[38] Conseil d'Etat , Avis , 6 mars 1986, E.D.C.E. 1987 P. 178.
[39] Article 9 de la loi n 86-972 du 19 aout 1986 portant divers dispositions relatives aux collectivités locales, Journal officiel du 22 aout 1986 p. 10190.

وُجدت، كما ترخص هذه الأحكام التشريعية بالتحكيم في العقود مع الشركات الأجنبية، و التي هي عقود تتضمن بالضرورة حركة للسلع و الخدمات أو للدفع عبر الحدود.

تسمح هذه الأحكام التشريعية للأشخاص العامة بالتحكيم على المستوى الدولي. يمكن لهذا الترخيص بشرط التحكيم بين عدة جماعات عامة و شركة أجنبية أن يجد تطبيقا خاصا في إطار صفقة عمومية دولية مبرمة مع شركة أجنبية.

في هذا الصدد يعتبر بعض الكتاب أنه بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها قانونا فإن إمكانية اللجوء إلى هذا النص معرضة إلى أن تكون محدودة[40].

حيث يقتضي كشرط أول إبرام العقد بالاشتراك بين الدولة، الجماعات الإقليمية و الهيئات العمومية، وخارج هذه الحالة يكون التحكيم مستحيلا. هذا الشرط يتجاوب حقيقة مع مشروع"Eurodisneyland" أين لم تكن الدولة هي الطرف الوحيد في العقد، بل هناك أيضا الجماعات الإقليمية "La région ile de France et le département de la seine et marie" و هيئة عمومية.

يشكل هذا الشرط حدّ أكيد لاستعمال المادة 09 من قانون 1989، حيث أن فرضية اجتماع هذه الأشخاص العامة في نفس العقد و في نفس الجهة يعتبر أمر نادر[41]. أضف إلى ذلك المادة 09 من قانون 1986 لم تربط إمكانية اللجوء إلى التحكيم و فقط على العقود التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة دون أن يمنح القانون أي مؤشر عن مضمون هذه العملية، فإن هذا التعبيير يحيلنا بالتأكيد إلى تقنين العمران المصاغ بقانون 07 جانفي 1983.

بهذا المعنى تقتصر هذه العمليات على الأشغال المتعلقة بالمدن الجديدة، ترميمات حي الدفاع، مجال الصناعات المطارية ل"Antifer" و ذلك بمنطقة "Fos_sur_mer"، هذا

[40] Yves GAUDMET, L'arbitrage: Aspects..., op. cit. p. 248.
[41] Mattieu DE BOISSESON, Interrogations et doutes ..., op. cit. p. 19

التفسير الذي أخذ به كلا المعلقين على النص[42]، يؤدي إلى ملاحظة الحدود المتعلقة بهذا القانون.

من خلا ما ذكر يرى جانب من الفقه أنه من غير الممكن الاعتماد على نص المادة 09 من قانون سنة 1986 كأساس للجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية الدولية.

على خلاف المشرع و الفقه الفرنسيين، فان المشرع الجزائري كان غامضا إذ أنّ هناك جانب من الفقه، يرى أن بداية الانفتاح بالنسبة للأشخاص العامة على التحكيم في الصفقات العمومية، كان منذ صدور المرسوم رقم 82- 145 المؤرخ في 10 افريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي[43]، و يفهم ذلك من خلال أحكام المادة 55 منه التي تلزم المتعاملين العموميين على إدراج بيانات معينة في عقودهم المبرمة قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات على القانون الواجب التطبيق ونظام تسوية المنازعات الناشئة منها.

و في نفس الاتجاه،تمت المصادقة على بروتوكول خاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية بتاريخ 7 أوت 1982[44] و الموقع بالجزائر في 21 جوان 1982 و جاء في المادة 6 منه على مايلي :

- إن تسوية الخلافات التي قد تحدث عند إبرام أو تنفيذ العقود الموجودة بين الطرفين بطريقة ودية.

---

[42] M. DE boisseson, note précitée, B, PACTEAU, Une nouvelle hypothése d'arbitrage pour les litiges administratif, L'art 9 de la loi du 19 aout 1986, LPA. 8 octobre 1986, p. 12.

[43]- مرسوم رقم 82- 145 مؤرّخ في 10 افريل 1982، ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ج عدد 15 صادر في 13 افريل 1982(ملغى)

[44]- مرسوم رقم 82- 259 مؤرخ في 07 أوت 1982، يتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية ، الموقع في 21 جوان 1982،ج.ر.ج.ج عدد 32 صادر في 10 أوت 1982.

- في حالة ما إذا لا يمكن تسوية هذه الخلافات بالطرق الودية يتم حلها آنذاك طبقا لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل هذه الخلافات.

- أنّ يوافق الطرفين على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات و الذي يمكن ان ترجع إليه أحكام العقود التجارية المبرمة بين المستعملين الجزائريين و الفرنسيين .

علما أن احتكار التجارة الدولية وقت إبرام هذا الاتفاق، كان للدولة بواسطة تعاملها الاقتصاديين، فان البرتوكول الذي يعتبر اتفاقية دولية،فتح الباب واسعا للتحكيم و الدليل على ذلك ، الاتفاق المبرم في 27 مارس 1983 و المنظم للتحكيم بين الجزائر و فرنسا الذي كرس مبادئ تحكيم غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي [45].

بالرغم من حدود الترخيص التشريعين، يبقى الموقف الليبرالي للقاضي العادي المساند لمختلف الاتفاقيات الدولية، كان من الممكن أن يسمح بتوسيع إمكانية التحكيم على المستوى الدولي، و هو ما ليس عليه الحال، حيث يبدو أن القاضي الإداري يرفض حاليا أن يأخذ من جانبه بالاجتهاد القضائي البناء لمحكمة النقض، من ذلك، فإنّ أغلب الصفقات العمومية، حتى تلك المبرمة مع شخص خاص تبقى من اختصاص القاضي الإداري، لأن موقف هذا الأخير يبقى إذن حاسم في مادة الصفقات العمومية.

[45]- **فريدة حسين**، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في مجال الاستثمار بالجزائر، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- كلية الحقوق بوخالفة، 200،ص 19 .

المطلب الثاني

تردد القاضي الإداري

بقبول التحكيم

بينت الممارسة تردد القاضي الإداري في قبول التحكيم، و هذا التردد يخص التحكيم على المستوى الدولي (**فرع أول**)، و يعود ذلك ما يميز هذا الأخير من لا أمن قانوني (**فرع ثاني**).

الفرع الأول

موقف القاضي

الإداري تجاه التحكيم الدولي

نادرا ما يواجه القاضي الإداري عملية تحكيم دولي، لكن يحتفظ دائما بموقف مقيد عندما تُعرض عليه قضية تحكيم دولي، فمجلس الدولة الفرنسي، في قرار صادر عنه سنة 1957 في موضوع يخص التحكيم التجاري الدولي (*Société nationale de vente de surplus*)، لم يول أي اهتمام لموضوع التحكيم و اكتفى بإلغاء المرسوم الذي يمنح للمؤسسة العامة في اللجوء إلى التحكيم[46] . و هذا الموقف ناتج عن تفسيره الضيق للتحكيم و العقود الدولية (**أولا**)، والاتفاقيات الدولية التي تسمح للأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم (**ثانيا**).

[46] - L'objet du litige portait sur la vente par un établissement public industriel et commercial d'un lot de tube de pipe-line à une société dont le siège était au Maroc (Tanger). L'établissement public demandant la résiliation est estimant celle-ci acquise, avait revendu le lot à une société américaine. Mais la première société avait fait bloquer la marchandise dans le port d'Anvers (France). Il était donc bien question d'une opération portant sur un mouvement de bien, de services ou un paiement à travers une frontière permettant de donner le caractère international à l'arbitrage en cause.

أولا: التفسير الضيق لمفهومي التحكيم و العقود الدولية

يظهر موقف مجلس الدولة الفرنسي بخصوص مفهومي التحكيم و العقد الدولي، في رأيه الصادر في 6 مارس 1986[47]، بموجبه اعتبر المجلس أن العقد الذي يُبرم بين أشخاص عامة فرنسية (الدولة، الهيئات الإقليمية ، المؤسسة العامة و شركة والت ديزني الأمريكية "walt Diseney Productions" يخضع للتنظيم القانوني الداخلي الفرنسي و ليس للمبادئ التي تحكم التجارة الدولية، بالرغم من توفر عناصر العقد الدولي فهو عقد استثمار أجنبي ناتج عن إتفاق إستغلال و بإستعمال أدوات دفع دولية[48]، يضاف إلى ذلك، كون العقد مبرم مع شركة خاضعة للقانون الأمريكي، فكل هذه العناصر كانت كافية لأن يُكيف مجلس الدولة الفرنسي الصفقة بعقد دولي.

يذهب القاضي الإداري إلى أبعد من ذلك و يميز و يُعارض بين العقد الإداري و العقد الدولي، فعندما يكون العقد إداريا، لا يمكن تكييفه بأنّه عملية تدخل في التجارة الدولية، و بالتالي لا يمكن أن يخضع للتحكيم الدولي، لكن يختلف مفهوم التجارة في القانون الدولي عن التجارة في القانون الداخلي، و لا يمكن لتكييف العقد على المستوى الداخلي أن يؤثر على تكييفه على المستوى الدولي، إذا، تُكيف كل عملية إقتصادية قائمة على حركة السلع و الخدمات و الدفع العابر للحدود على أنها عملية تجارية دولية، ففي قضية والت ديزني السالفة الذكر فإن لم تكن العملية عقد إداري، فهذا الأخير يمكن أن يُكيف، في القانون الدولي، على أنّه عملية تدخل في التجارة الدولية.

---

[47] -*Avis* n° 339710 du *6 mars 1986* sur le projet Eurodisneyland, in Grands *avis* du *Conseil d'État*, n° 15, p. 175.

[48]- أنظر:

DE BOISSESON (M.), « Interrogation et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev.'arb N°1, 1988, p. 3*

فهذا التوجه أدى ببعض الفقه للقول أن القاضي الإداري يرفض تطبيق المبادئ الناتجة من اجتهاد محكمة النقض الفرنسية الخاصة بقضية Galakis[49]. فيُحظر التحكيم الدولي على الأشخاص العامة، بينما يرى البعض أنّ مجلس الدولة الفرنسي يقبل باجتهاد محكمة النقض لكن مفهوم التجارة الدولية لا تُطبق في هذه القضية[50]. بمعنى أخر، يمكن للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في حالة عمليات تمس التجارة الدولية،لكن لا يمكن اعتبار عقد إداري كعقد دولي، فالتحكيم في هذه الحالة يبقى محظور، و نصل إلى نفس النتيجة في شأن الصفقات العمومية في كل الأحوال، فبمجرد خضوع الصفقة لاختصاص مجلس الدولة فإنه مكيف بعقد إداري.

ليس بعيدا عن رفض إمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم الدولي، نجد ان مجلس الدولة الفرنسي بيّن موقف ضيق فيما يخص الاتفاقيات الدولية التي تسمح به.

ثانيا: التفسير الضيق للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم

توصل مجلس الدولة الفرنسي، في رأيه الصادر في 6 مارس 1986، إلى بوجود مبدأ عام يمنع لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم للتحكيم، لكن وضع المجلس تحفض متعلق بالأحكام التشريعية الصريحة من جهة، و ببنود الاتفاقيات الدولية السارية المفعول في فرنسا من جهة أخرى، يمكن، لاتفاقية دولية حسب المجلس، أن ترفع حظر التحكيم و وضع استثناء لمبدأ الحظر، فعلى المجلس إذن تطبيق اتفاقيات جنيف و واشنطن اللتان تسمح للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، فهذه الأخيرة تسمح للأشخاص العامة بذلك في حالة الاستثمارات الدولية.

---

[49]- أنظر :

TEBOUL (G.), « Arbitrage international et personnes morales de droit public », AJDA, 1997, p.25

[50]- أنظر:

RIBS (M.), « Ombres et incertitudes de l’arbitrage pour les personnes morales de droit public français », JCP, 1990, I, 3465.

بالرجوع إلى قضية Eurodisneyland، فالمشروع يعتبر إستثمار بقيمة 600 مليون دولار من طرف شركة Disney، فهذا يُعتبر كإستثمار حسب إتفاقية واشنطن. لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يوضح رأيه في هذا الشأن و إكتفى بالقول أنه لا ينتج من الإتفاقية ما يسمح لهذه الأشخاص باللجوء إلى التحكيم الدولي وقد عبر عن ذلك كما يلي :

« La convention de Washington (…) qui se borne à organiser les modalités de règlement des litiges que les parties à un différend ont décidé de soumettre au centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n'emporte aucune conséquence quant à la possibilité de compromettre d'une personne publique »

فإذا كان هدف الاتفاقية هو إلغاء أي حظر محتمل للتحكيم على المستوى الدولي، حينما يتعلق الأمر بمسالة الإستثمار، فان مجلس الدولة يعتبر أنّ هذه الإتفاقية لا يترتب عنها أي أثر فيما يتعلق بخيار لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، في هذا الصدد يثير بعض الكتاب حجة لتدعيم موقف مجلس الدولة[51]، و التي هي نتيجة لاتفاقية "واشنطن" في حد ذاتها. حيث أنّه بالجمع بين المادة 25 و مقدمة الاتفاقية يتضح لنا جليا أنّ اختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار يبقى دائما اختياري و ليس إجباري، و مع ذلك فإذا لم يكن التحكيم إجباري، فهو يترك للأشخاص العامة إمكانية اللجوء إلى إليه، وبهذا المعنى فإن هدف الاتفاقية هو الترخيص للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم بالرغم من الحظر المحتمل في القانون الداخلي.

يفضي مثل هذه القراءة إلى إفراغ هذه الاتفاقية من معناها إلى حدّ جعل الأستاذ "Goldman " يرى أنّ مجلس الدولة لا يؤول، بل يرفض الاتفاقية بصفة مطلقة، و ذلك باستبعادها عن هدفها الوحيد[52].

[51] J.RIBS, Ombres et incertitudes ..., op. cit. n 11 et 19-D.
[52] .B.GOLDMAN, Intervention au colloque du 17 septembre 1990, op. cit. p. 42.

إذا كان مجلس الدولة قد استند بصفة صريحة إلى اتفاقية "واشنطن" في رأيه لسنة 1986، فإنّه بالمقابل لم يثر اتفاقية "جنيف" لسنة 1961، حيث لم تكن الولايات المتحدة الأمريكية طرفا فيها ، ما يعني أنها غير قابلة للتطبيق بين الأشخاص الفرنسية العامة و الشركات الأمريكية، إن احتمال تطبيق هذه الاتفاقية من طرف مجلس الدولة هي إمكانية قائمة، إذ أنها ترخص بالتحكيم التجاري الدولي للأشخاص العامة. غير أنه فمن الأرجح أن يستبعد مجلس الدولة تطبيقها في حالة العقود الإدارية، فمجلس الدولة يزيح احتمالية تكييف هذا العقد بعملية التجارة الدولية. من ذلك فإنه من غير المفيد الاستمرار في التحليل، إذ أن مسألة التعارض بين التحكيم التجاري الدولي و العقد الإداري قد تم دراستها سابقا[53].

إن موقف مجلس الدولة إزاء التحكيم جدّ مقيد على المستوى الداخلي و الدولي على حد سواء، و بالنتيجة، فهو يستبعد اللجوء حاليا إلى التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، ما يجعل معظمها تخضع لاختصاص القاضي الإداري، في هذا الشأن يرتكز موقف مجلس الدولة فيما يخص التحكيم كلية على رأي 06 مارس 1986، حيث يتعلق الأمر بموقف منعزل، و لم يحدث خلال طعن تنازعي، و هنا نعيد ما قاله الأستاذ"Gaudemet " سنة 1992 "لا ينبغي المبالغة في نطاق هذا الرأي. فهو لا يغلق الباب على تطور ممكن[54]". وكمثال عن ذلك، خلال إخطار بنزاع مستقبلا.

الفرع الثاني

تحفظات ناتجة عن أللأمن القانوني

إن الصعوبات المتعلقة بمفهوم الصفقة العمومية الدولية، و التي يضاف إليها اختلاف الموقف إزاء التحكيم الدولي بين مجلس الدولة و محكمة النقض، تشكل في القانون الفرنسي حاليا مصدر هشاشة بالنسبة للتحكيم الدولي**(أولا)**. أمام الوضعية

[53] CF. ibid. p. 64.
[54] Yves GAUDEMET, Arbitrage: Aspects de droit public ..., op.cit. p. 253.

الصعبة للتحكيم في الصفقات العمومية على المستوى الدولي، يوجد طرق تسمح بتجاوز موقف الإجتهاد القضائي الإداري حول التحكيم الدولي(**ثانيا**). هذا الحل، حتى و إن لم يكن مقنعا، إلا أنّه يمنح بمقابل ذلك فرصة عملية للمتعاقدين الخواص للإدارة.

أولا: هشاشة وضعية التحكيم الدولي

إن الوضعية الحالية للتحكيم في القانون الفرنسي تبقى غير مقبولة،حيث يوجد من جهة صعوبات حول المفاهيم في حد ذاتها، و الذي أدى إلى أنّ نفس العقد_بحسب القضاء محل الإخطار، محكمة تحكيمية، قضاء عادي أو إداري_ يمكن أن يكون عنصره الإداري أو الدولي حاسما في تكييفه، أضف إلى ذلك أن الاعتراف بالصفقة العمومية للقانون الخاص يِولد فرضية أنّ اختصاص القاضي العادي لا ينبغي إهمالها، من جهة أخرى هذا التكييف لا يكون محايدا بالنظر إلى القاضي محل الإخطار، فإن القاضي العادي في الواقع سوف يقبل الطعن في التحكيم الدولي، و يطبق عليه نظام قضائي جد مرن، في حين أنّ القاضي الإداري سوف يعاقبه و في الحالات النادرة أين يعتبره مشروع سوف يطبق عليه نظام جد صارم[55].

أما بالنسبة للعقود الدولية، فهي تشكل عقود من طائفة خاصة، و لا تعتبر من الناحية النظرية لا من القانون العام و لا من القانون الخاص، إنّ ازدواجية القضاء في القانون الفرنسي تفرض الاحتفاظ بهذا التقسيم، حتى و لو على حساب هذه العقود. لكن إذا كان هذا التقسيم موجود فإنه لا ينبغي أن يؤدي إلى إزدواجية النظام القضائي المطبق على هذا النوع العقود.

أمام هذه الوضعية، يجد المتعاقد الأجنبي مع لإدارة نفسه في وضعية هشة، فهو يعرض اتفاق التحكيم الذي أبرمه مع شخص فرنسي عام للإلغاء، إلى جانب ذلك، تتعزز هذه الهشاشة بسوء النية التي غالبا ما أكدت عليها الإدارة في نزاعاتها، و التي يمكن أن

[55] L a possibilité de l'appel existe, par exemple, de plein droit pour la juridiction administrative.

تتجلى في الرغبة في إيقاع المتعاقد معها في غلط. حيث أنّ الأشخاص العامة تقبل اللجوء إلى التحكيم، شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، غير أنّه بمجرد الحكم عليها من طرف المحكمة التحكمية تثير عدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم.

و يعتبر القرار المتعلق ب"Societé national de vente de surplus" منيرا لهذه النقطة على وجه الخصوص[56]، حيث قبلت الهيئة العمومية الصناعية و التجارية بالتحكيم المقترح من المتعاقد معها، بعد أن ألزمتها المحكمة التحكيمية بدفع تعويض ب 650 ألف دولار، أثارت أمام الهيئات القضائية المدنية ثم أمام مجلس الدولة عدم أهليتها للتحكيم. محافظ الحكومة نفسه، بالرغم من أنهّ سار في نفس موقف المؤسسة العمومية، إلا أنه يقر في الحل الذي يقترحه:" أنه من الخطأ عدم إدانة السلوك غير اللائق لهذه الشركة الوطنية.

مثل هذه الوضعية معقدة لدرجة فرض على القانون الدولي تخصيص مكانة هامة لحسن نية المتعاقد، حيث أن كل قانون التجارة الدولية يرتكز في حقيقة الأمر على الأعراف التجارية، فهو مجموع قواعد التجارة الدولية، و مبادئ المبادلات الدولية، و التي نجد من بينها مبدأ حسن النية الذي يستحوذ على المقدمة[57]، هذه الأخيرة تعتبر مبادئ ناتجة عما يسميه " الأستاذ "Goldman" ب[58]"Societé mecatorium".

إن سلوكات الأشخاص العامة ليست فقط غير لائقة، بل هي مدانة من وجهة نظر قواعد التجارة الدولية. أن موقف مجلس الدولة أدى إلى نتيجة مؤسفة، ساعدت إلى تفاقم اللامساواة الواقعية بين المتعاقدين الأجانب مع الإدارة. إذ أنّ البعض منهم، و بحكم القوة الاقتصادية التي يمثلونها، أو النفوذ السياسي الذي يملكونه، يمكنهم فرض ضغط أو الحصول من الحكومة على تصويت من البرلمان على نص يسمح بإدراج شرط الحكيم في

[56] Conseil d'ETAT, Assemblée, 13 décembre 1957 Société nationale de vente de surplus, Rec. 677, D. 1958, jurisprudence, p. 517 , Conclusions GAZIER, Note J. HUILLIER.
[57] J.M. JAQUET et P. DELEBEQUE, Droit du commerce international, op.cit. n 49.
[58] B. GOLDMAN, Frontiére du droit et *lex mercatoria,* Archives de philosophie du droit 1964, p 177 et s.

مشروع العقد، وهو ما عليه الحال مع مشروع."Eurodiseyland". أما بالنسبة لباقي المتعاقدين الأقل أهمية بالنسبة للإدارة، فهم يخضعون للحظر الذي يمس الأشخاص العامة.

إن اختلاف الموقف بين مجلس الدولة و محكمة النقض يؤدي إلى نتائج سلبية لأبسط الإشكالات، إلا أنّه و بمقابل ذلك، يمنح قانون التحكيم الدولي عن طريق مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم وسائل تجاوز موقف القضاء الإداري.

ثانيا: إمكانية عدم مراعاة موقف القضاء الإداري

يرتكز التحكيم الدولي على مبدأ يسمح بعدم مراعاة موقف مجلس الدولة، والمتمثل في استقلالية إتفاق التحكيم، الذي لم يتوقف نطاقه عن الاتساع منذ قرار "Hechi" لمحكمة استئناف باريس الصادر في 19 جوان 1970[59]، إلى غاية تكريسه" كقاعدة مادية" في القانون الدولي بقرار عن محكمة النقض في 20 ديسمبر 1993[60].

إن استقلالية اتفاق التحكيم لا يعني فقط أن هذا الاتفاق مستقل عن العقد الأصلي، بل عن كل نظام قانوني وطني، القيد الوحيدة لوجوده و فعليته هي و فقط إرادة أطرافه و مقتضيات النظام العام الدولي[61].

أقد عرف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عدة تطبيقات خاصة أمام محكمة استئناف باريس في إطار الصفقات العمومية الدولية[62]، في هذا الشأن يعتبر قرار "Bec freres" في 24 فيفري 1994 قرار جد مهم، باعتباره مرجع مخاطر عدم مراعاة الإجتهاد القضائي لمجلس الدولة.

---

[59] Cour d'appel de Paris juin 1970 Hecht, J.D.I. 1971 P. 836 note B. OPETIT.

[60] Cass. Civ. 1ere 20 décembre 1993 Dalico, R.C.D.I.P. 1994 . P. 663, note P. MAYER

[61]- تعويلت كريم مرجع سابق،ص.70 وما يليها.

[62] Cour d'appel de Paris 24 F2VRIER 1994 Société Bec Fréres, rev. arb. 1995 p. 275, note Y. GAUDEMET?, 13 juin 1996 Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment, G.D.I. 1997 P. 151, note E. LOQUIN.

تتلخص حيثيات هذه القضية في قيام الدولة التونسية بإجراء دعوة إلى المنافسة متعلقة بصفقة الأشغال العامة، و اختارت تجمع للمؤسسات، الذي نجد على مستواه شركة فرنسية، و هي شركة "Bec freres". تبعا لصعوبة في التنفيذ، قرر المجمع تفعيل اتفاق التحكيم المنصوص عليه في الصفقة، و بعد جملة من الإجراءات، أصدرت المحكمة التحكيمية حكما ألزمت بمقتضاه المحكمة التونسية، و من جهتها أقامت الهيئة القضائية الإدارية التونسية الأسمى بتطبيق مبدأ حظر التحكيم على الأشخاص العامة المنصوص عليه في التشريع التونسي، و ألغى إتفاق التحكيم، قام المجمع بمطالبة القاضي المدني الفرنسي بتنفيذ الحكم التحكيمي. او أصدرة على اثر ذلك محكمة استئناف باريس اعتبرت فيه أن هذا التحكيم هو تحكيم دولي و بالنتيجة، فإنه انطلاقا من استقلالية اتفاق التحكيم، تبقى مقتضيات النظام العام الدولي وحدها و فقط هي من تتعارض مع الاتفاق، مع استبعاد حظر النظام الداخلي. أن موقف القاضي العادي إزاء الدولة التونسية يمكن أن يعرف نقلا إلى الدولة الفرنسية، حيث يمكن للشركة الأجنبية التي قام مجلس الدولة بإلغاء اتفاق التحكيم الذي يربطها بشخص فرنسي عام أن تخطر هيئة قضائية أجنبية لتنفيذ الحكم التحكيمي. هذه الأخيرة سيكون لها نفس موقف القضاء العادي الفرنسي. حيث أنه بمقدورها استبعاد قرار مجلس الدولة مستندة في ذلك مبدأ إلى استقلالية اتفاق التحكيم.

إنّ الموقف الحالي لمجلس الدولة بشأن التحكيم الدولي أضحى غير مقبول في القانون الدولي، حيث أصبحت قرارات هذا المجلس ا معرضة للاستبعاد على الساحة الدولية،يبدو من ذلك أنه من الضروري على مجلس الدولة حاليا الأخذ بنتائج الاجتهادات القضائية الناتجة عن قضية"Galakis"، و تبنيها بما يتماشى مع قواعد القانون الإداري. إن الاعتراف بإمكانية اللجوء إلى التحكيم أضحى مسألة وقت. فهو مفروض في كل الحالات.

المبحث الثاني

تطور التحكيم في الصفقات العمومية

تأثر المشرع الجزائري بالقانون الدولي للأعمال بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتكريس إمكانية الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية دون قيد أو شرط، هذا تحت ضغط الاتفاقيات الدولية لغرض جلب الاستثمار وبهدف تقديم أكثر ضمانات للمستثمرين الذين لا يثقون بقضاء الدول المستضيفة. عكس المشرع الفرنسي الذي بقي حبيس ا المادة 128من تقنين الصفقات العمومية القديم مثلما جاءت في قانون 17 أفريل 1906 و التي لا تتماشى مع متطلبات قانون الأعمال، حيث نجدها من جانب تميز بين مختلف أنواع الصفقات و مختلف الأشخاص العامة، الشيء الذي كان من الأجدر ألا يحدث، مما يعني أنه أصبح من الضروري توسيع إمكانية التحكيم في الصفقات العمومية بعد السماح للأشخاص العامة باللجوء الى التحكيم في علاقتها بالتجارة الدولية **(مطلب أول)**، كما ان المشرع الجزائري رغم تكريسه لحق الأشخاص العامة اللجوء الى التحكيم في الصفقات العمومية الا انه يُطرح إشكال وضع إطار قانوني لهذا التحكيم يتماشى ليس فقط مع قانون الصفقات العومية، و لكن أيضا مع القانون الإداري**(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول

تمديد التحكيم

في الصفقات العمومية تحت تأثير قانون الأعمال

تسمح المواد من 247 إلى 361 من قانون الصفقات العمومية للدولة الجماعات المحلية و الهيئات العمومية المحلية في فرنسا ، باللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بتصفية صفقات أشغالها و خدماتها، هذا الموقف أضحى غير معمول به حاليا. أما في الجزائر ورغم السماح للأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات

العمومية إلا إنّ تطور إمكانية التحكيم في الصفقات العمومية أصبحت ضرورية(**فرع أول**)، هذه الأخيرة ينبغي أن يتم تعميمها مع الاحتفاظ بمجموعة من الضمانات.(**فرع ثاني**)

الفرع الأول

توسيع التحكيم في الصفقات العمومية

تمر ضرورة تطور إمكانية التحكيم في الصفقات العمومية عبر تبسيط التحكيم في هذه الصفقات(**أولا**)، و مع ذلك لا يزال هناك شك حول معنى هذا التبسيط الذي يمكن أن يؤدي إلى تمديد أو إلغاء التحكيم في الصفقات العمومية(**ثانيا**)

أولا: تطور ضروري في إطار تبسيط قانون الصفقات العمومية

إن إصلاح قانون الصفقات العمومية كان أمرا منتظرا، إذ أنه من بين الخطوط العريضة لمشاريع الإصلاحات كان تبسيط قانون الصفقات العمومية اقتراحا متكررا. هذا الإشكال يمكن نقله إلى التحكيم في الصفقات العمومية.فقانون الصفقات العمومية الجزائري عرف عدة تعديلات لغرض تبسيطه ولضرورة تكيفيه مع التغيرات التي عرفتها الدولة الجزائرية في مختلف المجالات، إلا انهّ وحتى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و في القسم الخاص بالتسوية الودية للنزاعات لا تشير لا من بعيد ولا حتى من قريب إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة للتسوية النزاعات التي قد تثير أثناء تنفيذ الصفقة العمومية[63]، رغم تكريس هذا الحل في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بصفة صريحة.

ما يؤخذ على المشرع الجزائري في قانون الصفقات و تفويض المرفق العام أيضا انه لم يحدد الصفقات العمومية التي يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم ، وخاصة في اختلاف موضوعها وقيمتها، إذ نجد صفقة أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات.إذ نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذالك في نص المواد 975 و1006

[63]- انظر نص المادة 153 و ما يليها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

منه ، وجاءت بصفة عامة بما يفهم ان كل الصفقات العمومية قابلة للتحكيم، عكس المشرع الفرنسي الذي حصرها وميز بين تلك التي يمكن فيها اللجوء إلى التحكيم و تلك التي لايمكن التحكيم فيها.

انتقد الفقه في فرنسا هذا التميز إذ يرى انه كان من الأجدر ألا تكون، إذ أنه لا وجود لأي سبب يبرر استبعاد الصفقات العمومية للخدمات من التحكيم، ما دام أن صفقات الأشغال و التوريد قد أخضعت له. إن هذا الأمر يبقى غير مفهوم، فمن جهة نادرا ما يخضع قانون الصفقات العمومية هذه الأنواع الثلاث من الصفقات لقواعد مختلفة، كما انه من جهة أخرى لا يوجد اي مبرر منطقي لإخضاع صفقات الخدمات لنظام مختلف فيما يتعلق بالتحكيم. بنفس الطريقة تم منع الهيئات العمومية من اللجوء إلى التحكيم. إن حالة الهيئات العمومية الصناعية و التجارية تبدو مختلفة قليلا، فهذه الهيئات لا تدخل ضمن نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية. أما بالنسبة للهيئات العمومية الإدارية للدولة، فهي تخضع وفقا للمادة 39 منه لقانون الصفقات العمومية. استبعادها من نطاق تطبيق التحكيم لا يبدو أنه مبرر، مادام أن باقي الأشخاص العامة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية، بما في ذلك الهيئات العمومية المحلية تمتلك هذه الإمكانية. و بهذا المعنى نلاحظ أن قانون الصفقات العمومية يتضمن في مادة الحكيم تمييزات غير مفيدة، و هو ما يؤثر على وضوح النص.

تحث كل مشاريع الإصلاحات في فرنسا على ضرورة تبسيط قانون الصفقات العمومية. حيث يعتبر تقرير "Trassy_ paillogues" أن تنظيم الصفقات العمومية ينبغي أن يكون أكثر بساطة، على نحو يكون مفهوما و مطبقا من طرف المشترين العموميين الذين يفوق عددهم عدد المتخصصين و كذا المؤسسات[64]. هذا الإشكال قبل للنقل إلى التحكيم. فالتقرير السالف ذكره_ مثله مثل باقي مشاريع الإصلاحات الأخرى_ لم يشر إلى أي إصلاح للتحكيم في الصفقات العمومية.

[64] Mission parlementaire sur la réforme des marchés publics, rapport présenté par Alfred TRASSY-PAILLOGUES, député, le 8 mars 1996, Mon T.P. 5 avril, cahier spéciale n 4819 bis, 325.

من هذا المنظور يظهر أن المشرع الجزائري أكثر جرأة من المشرع الفرنسي بخصوص توسيع مجال التحكيم في جميع الصفقات العمومية وعدم قيده بشروط سواء كانت شكلية او موضوعية.

ثانيا: تطور ضروري في إطار تمديد نطاق التحكيم في الصفقات العمومية

إذا كان إشكال ضرورة التحكيم في الصفقات العمومية لم يتم طرحه بعد في إطار هذه الدراسة[65]، فإن بعض من إيجابياته تمت إثارتها سابق. ربما أن التساؤل الذي ينبغي طرحه، هو معرفة أسباب حظر التحكيم في الصفقات العمومية. لقد أصبح التحكيم طريق عادي لتسوية النزاعات في قانون الأعمال، بالتالي أصبح من الضروري التساؤل عن احتمال وجود عوائق تحول دون إزالة هذا الحظر.

يثسير بعض الكتاب مبرر تعارض التحكيم و القانون الإداري، فما دام أن الدولة هي من تتكفل بتنظيم العدالة وجب عليها أن تقدم المثال، و بالنتيجة عدم التنازل عن مهمتها هذه للهيئات القضائية الرسمية. إن هذه الفكرة جاءت كنتيجة لعلاقات التنافس بين التحكيم و القضاء الرسمي. و هو ما ليس عليه الحال في الحقيقة، فالتحكيم يعتبر مكملا لهذه الهيئات القضائية، فهو يسمح من جانب بتحرير قضاء الدولة، ومن جانب اخر،يبقى هذا الأخير متدخلا أثناء الإجراءات، و تنفيذ الحكم التحكيمي، متى كان ذلك ضروري.

إضافة إلى ذلك، يشكل اللجوء إلى التحكيم خطرا على الأشخاص العامة، و هذا بالنظر إلى نتائجه غير المعروفة[66]. من ذلك يجب معارضة فكرة تمركز التحكيم كمبدأ في القانون. غير أن المحكم يبقى مقيد بمبادئ سير المحاكمة و بقواعد النظام العام حتى و إن اختص في تسوية ودية. أخيرا يخضع المحكم لرقابة محتملة من رف القاضي الوطني عن

[65] Cf. ibid. p. 13.
[66] E. LAFFERERIERE, Traité de la juridiction administrative ..., op. cit. p. 146.

طريق الاستئناف، كل هذا يشكل مجموع الضمانات التي تسمح للطرف العام في العقد بالاطمئنان ، و ذلك بأن تدرج شرط تُسقف به مبلغ الإدانة المتخذ إزاء الإدارة[67].

إن الخطر الأساسي للتحكيم هو أنه يبقى أقل احتراما للأموال العامة من القضاء الإداري، إن هذا الانتقاد يبدو أنه يجد أساسه في القرارات الأكثر شهرة في التحكيم الإداري، ألا و هي قرارات "societé nationale de vente de surplus"[68] و قضية"AREA"[69]. في هذه الأخيرة مثلا ألزمت المحكمة التحكمية شركة الطريق السيار بتعويض يقدر ب 29.6 مليون فرنك فرنسي، في حين لم يحكم مجلس الدولة سوى ب 16 مليون فرنك تقريبا كتعويض. إن الفرق يبدو جوهري بين المبلغين. في هذا الصدد يرى العديد من الكتاب بتوجه القاضي الإداري إلى التخفيف من التعويضات المقررة لصالح خصوم الإدارة[70]. فالمشكلة إذن في القاضي الإداري و ليس في التحكيم، و التي(هذه الأسباب) لا ينبغي أن تعتبر في هذه الحالة عائق لإلغاء التحكيم. هذا الإشكال دفع بمجلس الدولة إلى تكريس مبدأ من النظام العام الذي بموجبه لا ينبغي الزام شخص عام بدفع مبلغ لا ينبغي له دفعه[71]. إذن لا وجود لأي عائق لا يمكن تجاوزه لقبول التحكيم في الصفقات العمومية.هذا الرأي يمكن تعزيزه بتصفح سريع للقانون المقارن[72].

يقدم التحكيم العديد من المزايا التي يستفيد منها مجال الأعمال: السرية اختيار القضاة، وبالتالي أمكانية اختيار متخصصين في المادة المتنازع فيها، المرونة و السرعة في بعض الحالات، خاصة أمام تطور دور الدولة و باقي الأشخاص العامة، و هو ما أدى إلى نشاطات تمس بعالم الأعمال[73]. على مستوى هذه النشاطات نجد الصفقات العمومية،

[67] Une telle clause avait été, par exemple, insérée dans l'affaire du Tribunal de Strasbourg du 24 février 1997 (M. *Harry Lapp c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, L.P.A. 19 mars 1997 p. 16).
[68] Conseil d'Etat Ass. 13 vdécembrev 1957 bSociété nationale de vente de surplus, Rec. 677.
[69] Conseil d'Etat Sect. 3 mars 1989 A.R.E.A., Rec. 72.
[70] Par exemple, Jean RIVERO et jean WALINE, Droit administratif, précis Dalloz, 15éme éd., 1994, n 295.
[71] Conseil d'Etat Sect. 19 mars 1971 Mergui, Rec. 235.
[72] Ces informations sont issues du compte-rendu des réponses au questionnaire de droit comparé réalisé âr le Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits ..., op. cit. p. 105 et s.
[73] Régler autrement les conflits , op. cit. p. 87.

التي و بالنظر إلى الأموال المجودة في المزاد، فهي تشكل مصالح جد خاصة للمؤسسات. فقانون الصفقات العمومية يدخل ضمن ما يمكن تسميته بالقانون العام للأعمال، وهو ما يفرض ضرورة تمديد نطاق التحكيم.

الفرع الثاني

تعميم وتأطير

التحكيم في الصفقات العمومية

إن تطور التحكيم في الصفقات العمومية ينبغي أن يتم في إطار تعميمه و تأطيره، فالحاجة إلى التبسيط في التفكير في تعميم التحكيم(**أولا**)، لكن اللجوء إلى التحكيم ينبغي أن يكون مؤطرا بهدف تفادي مخاطر التعسف(**ثانيا**)

أولا: تعميم التحكيم في الصفقات العمومية

لا يعني تعميم التحكيم في الصفقات العمومية أنّ التحكيم يمكن أن يكون ممكنا مهما كان النزاع المتعلق بالصفقة العمومية، بل يتعلق الأمر و فقط بالنزاعات ما بعد التعاقد. من جهة ينبغي ترك النزاعات المتعلقة بالمشروعية خارج نطاق التحكيم، وهو الشيء الذي يستخلص من أحكام المادة 1006 من ق.ا.م.ا المذكورة سابقا، إذ يقتصر التحكيم على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط- الحقوق التي له مطلق التصرف فيها-، وهذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية من بينها النزعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية، النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعه[74] ، وهو ما ذهب اليه "Charles jarrosson"[75]، فإن الأمر يتعلق "بحل مبرر تماما و مقبول بالإجماع"، حيث كانت و لازالت منازعات المشروعية من اختصاص القاض الإداري، حيث يعتبر هذا الكاتب دائما أن هذا النزاع يدخل ضمن جزء من السلطة الذي لا يمكن للدولة

[74]- **موساوي مليكة**، مرجع سابق، ص.187.

[75] Charles JARROSSON, L'arbitrage en droit public, A.J.D.A. 1997 p. 16.

مهما كان الوضع تفويضه لشخص خاص.على كل تبقى إمكانية التحكيم في منازعات المشروعية فرضية من الصعب تصورها. فالقانون غير كافي لوحده للسماح لمحكمة تحكيمية برقابة مشروعية قرار إداري. حيث اعتبر المجلس الدستوري في قراره في 23 جانفي 1987[76]، أن إلغاء أو تعديل قرار إداري لا يدخل إلا ضمن اختصاص القضاء الإداري.

من جهة أخرى، فيما يتعلق بالمنازعات التعاقدية إزالة تعدد التميزات في المعاملة بحسب الأشخاص العامة، أنواع الصفقات أو النزاعات، إذ ينبغي أن يكون التحكيم ممكن في مجمل المنازعات التعاقدية المتعلقة بالصفقات العمومية، ليس فقط فيما يتعلق بالإبرام، و لكن فيما يتعلق بتنفيذ العقد. ضف إلى ذلك ينبغي السماح بالتحكيم لمجمل الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات العمومية. و أخيرا بالنسبة لصفقات الخدمات، ينبغي إخضاعها هي الأخرى للتحكيم أيضا. و بنفس الطريقة كذلك، يبدو أنه لا يوجد أي مبرر لرفض الإعتراف بشرط التحكيم للأشخاص العامة، حيث يدخل هذا الأخير ضمن ممارسات قانون الأعمال، الذي يبدو أنه لا يشكل أي خطر سوى تسوية النزاع. لم يذهب مجلس الدولة بعيدا في الاقتراحات التي قدمها، فإذا كان قد اقترح حقيقة تعميم التحكيم على الصفقات العمومية[77]، فهو يقصد بذلك تعميم الحل الموجود، أي المواد 247 إلى 361 من قانون الصفقات العمومية، بو هو ما يؤدي من جانب إلى تضييق التحكيم على النزاعات المتعلقة بالإبرام و الصرف، كما أنه يؤدي من جانب أخر إلى الإبقاء على الإجتهاد القضائي الرافض لشرط التحكيم[78].

أخيرا فإن النزاعات المتعلقة بضمانات ما بعد التعاقد، ينبغي إخضاعها هي الأخرى للتحكيم، كون أن هذه المسؤولية تتقارب مع نظيرتها التعاقدية، و ما دام أن هذه الأخيرة تم قبولها لا يوجد أي مبرر لرفض إمكانية التحكيم في المسؤولية ما بعد التعاقدية.

[76] Conseil constitutionnel, décision n 86- 224 DC du 23 janvier 1987 loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence., Rec. 8, G..A.J.A. n 109.
[77] Régler autrement les conflit, op. cit. p. 90- 91.
[78] Conseil d'Etat 8 mars 1961 Société Air- Couzinet Transocéanic, Rec. 162.

ثانيا: تأطير اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية

إذا كان تعميم التحكيم على الصفقات العمومية أضحى ضرورة لابد منها، فإنه و بمقابل ذلك ينبغي أن يكون اللجوء إلى التحكيم متضمنا لأدنى تأطير. فإذا كان هذا حال الدولة، تبقى الجماعات المحلية ضعيفة التأطير في إمكانية لجوءها إلى التحكيم . حيث تبدو مقترحات قسم التقرير و الدراسات لمجلس الدولة المتعلقة بالتحكيم في القانون الإداري جد منطقية و متوازنة في هذه النقطة[79]. إذ يشترط للجوء الدولة إلى التحكيم وفقا للمادة 247 من قانون الصفقات العمومية، أن يكون مرخصا بمرسوم من مجلس الوزراء مصادق عليه من طرف الوزير المختص و وزير المالية. مثل هذا المستوى في القرار يعتبر مفرطا. حيث أن قرار الوزير المعني يمكن ان يكون كافيا لحماية المصالح العامة. على أقصى تقدير، يمكن أن تصور مثلما يفعله مجلس الدولة، أن هذا القرار المشترك بين هذا الوزير و الوزير المكلف بالميزانية يرتبط بالعواقب الخطيرة لمثل هذا القرار. بالنسبة للجماعات المحلية، فلم تعد تخضع لأية رقابة[80]، منذ إقرار ألامركزية في سنة 1982،إذا لم تكن مداولة من مجلس المداولة المحلي. و إذا كانت هذه المداولة قد تم نقلها إلى الوالي، كان من الأجدر تحقيقا لحيطة أكثرن أن تكون هنالك إمكانية لنقل شرط التحكيم. بمقابل ذلك يقترح مجلس الدولة الحصول على رأي محكمة الإستئناف الإدارية، و ذلك بالنظر إلى الوضعية التي تتواجد فيها الجماعات المحلية.

أخيرا لا ينبغي، بحسب قسم التقرير و الدراسات لمجلس الدولة إخضاع الهيئات العمومية لرقابة أجهزة الوصاية. إن تمتعها بالاستقلالية في التسيير يسمح لها باللجوء إلى التحكيم بكل حرية. هذا الحل يبدو مبرر تماما.

[79] Régler autrement les conflit ..., op. cit. p. 86.

[80] La décision de recourir à l'arbitrage devait, avant cette date étre soumise à l'approbation de l'autorité tuelle. Un auteur(Réni ROUQUETTE, Marchés des collectivités locales. Comment régler le contentieux?, Mon. T.P. 31 mars 1989, p. 64) soutient toutefois qu'une telle approbation reste nécéssaire.

إن حل إمكانية التحكيم ليست كافية، البعض يعتبر أنها ليست المسألة الصعبة التي ينبغي حلها[81] لتطوير التحكيم في الصفقات العمومية، و التي يمكن تجاوزها بكل بساطة بإصدار قانون، في حين أن مسألة النظام القانوني تبدو أكثر تعقيدً.

المطلب الثاني

وضع إطار قانوني

للتحكيم في الصفقات العمومية

لا يمكن للتحكيم أن يجد مكانة له في الصفقات العمومية، إذا لم يوجد هناك نظام قانوني واضح و دقيق، إن الغياب النسبي للنظام القانوني في إطار التحكيم المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يشكل_ دون أدنى شك_ أحد الأسباب لاستعماله الضئيل ان لم نقل منعدم، إن هذه المسألة أضحت معقدة، يحتوي القانون الجزائري في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على تقنين حقيقي للتحكيم، مساير القانون الفرنسي و الذي يعتبر مثالا في الأنظمة المقارنة [82]. و تبنيه يمكن أن يساهم في تأسيس نظام قانوني للتحكيم في الصفقات العمومية.

على خلاف المشرع الفرنسي، أدرج المشرع الجزائري التحكيم في الصفقات العمومية بصفة صريحة، و هذا بالنظر إلى نظامه القانوني في النظام الإداري من أجل تفادي أي إثارة لشكوك انتمائه إلى النظام القضائي، كما أنه ينبغي من جانب إجراء تعديلات لهذا النظام القانوني بهدف الأخذ بعين الإعتبار مقتضيات القانون الإداري و قانون الصفقات العمومية(فرع أول)، و من جانب أخر، فإن التحديد جد الدقيق لدور القاضي في هذا النظام القانوني أمر ضروري(فرع ثاني).

[81] Y. GAUDEMET, L'arbitrage: Aspects de droit public ..., op. cit. p. 256-257.
[82] Y. GAUDEMET, L'arbitrage: Aspects de droit public ..., op. cit. p. 256.

الفرع الأول

تعديل التحكيم

في الصفقات العمومية

يبدو أن بعض الإجراءات التحكيمية مثلما هي منظمة في قانون الإجراءات المدنية الجديد لا تتماشى مع قانون الصفقات العمومية. ينبغي إذن تعديل نظام إجراءات التحكيم حتى يصبح متماشي(**أولا**). ثم إنه من الضروري تصور إشكال التداخل بين التحكيم و القرارات الإدارية، الذي ينبغي تنظيمه لتفادي المساس بفعلية التحكيم(**ثانيا**).

أولا: تعديل إجراءات التحكيم في قانون الصفقات العمومية

إن الإجراءات التحكيمية قد تم تنظيمها لعلاقات من القانون الخاص، ما يعني بعض العناصر لا تتماشى مع القانون الإداري[83].

إذا كان إنشاء المحكمة التحكيمية في حد ذاتها لا تطرح أي إشكال من وجهة نظر القانون الإداري، فإنّ الأمر ليس كذلك بالنسبة للدعوى التحكيمية، حيث يبدو أن هنالك العديد من الأحكام التي ينبغي تعديلها في هذا الصدد حتى تتماشى مع قانون الصفقات العمومية و القانون الإداري.

يتعلق التعديل الأول بالتزام خاص في الصفقات العمومية، و المتمثل في التسوية الودية للنزعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، اذأنّ أحكام المادة 153 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية تلزم المصلحة المتعاقدة بالبحث عن الحل الودي للنزعات التي قد تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، و هو الشرط الذي يرد في دفاتر الشروط قبل اللجوء إلى القضاء[84]. يبدو إن الجمع بين إجرائي الصلح و التحكيم، أنه إضافة إلى أنه

[83] Comme cette étude l'a montré précédemment, Cf. ibid. p. 42 et s.

[84]- تنص المادة 153 الفقرة الخامسة على : "..... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط ، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة امام العدالة .....".

مفرط، سوف يفقد التحكيم أحد إيجابياته، ألا وهي السرعة. كنتيجة لذلك ينبغي استبعاد هذا الالتزام إلا في حالة اتجاه نية الأطراف بصريح العبارة إلى خلاف ذلك.

تفرض العديد من التعديلات مقارنة بقانون الإجراءات المدنية نفسها بعد ذلك، و المتعلقة بالدعوى التحكيمية، حيث انّه من مميزات و خصائص التحكيم هو التزام المحكمين خلال مرحلة الإجراءات بمبادئ سير المحاكمة المدنية. هذه الخاصية ينبغي تعديلها بموجب نص ، من منطلق أن التحكيم من جهة، ليس بتحكيم مدني و إنما تحكيم إداري، و من جهة أخرى توفر القانون الإداري على المبادئ العامة للقانون لاسيما حقوق الدفاع[85]، وفي هذا الصدد تنص المادة 815 من ق.ا.م.ا على انه:" مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام". فإذا كنت هذه المبادئ مطبقة دون نص، فإن مبادئ المنازعة الإدارية أو "المبادئ الأساسية"على حد تعبير الأستاذ"M partikios"، يمكن الإبقاء" عليها لأسباب بيداغوجية"[86]، إلى جانب ذلك تنص المادة 819 فقرة 2 على سلطة الأمر، بهدف إرغام أحد الأطراف على تقديم دليله يملكه. إن إدخال استثناء على مبدأ حظر توجيه أمر للإدارة يعتبر شيء جديد في القانون الإداري، يعتبر الأستاذ"Partikios " و هو ما اعتبره خارج سلطة المحكم أن مثل هذه السلطة ينبغي منعها على المحكم[87]. غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي[88] في اجتهاده القضائي في 28 ماي 1954 في قضية[89]"Barel"، لا يرى سوى بالنقل لصالح المحكمين. إن الأخذ بهذا الاجتهاد في مادة توجيه الأوامر يعد أمر ضروري.

في الواقع يجد المحكمون أنفسهم، في الحالة العكسية عاجزين أمام الإدارة، و يجعل من مهمتهم عرضة للفشل، و هو ما يؤكد ضرورة منحهم هذه السلطة. تدقيق آخر يفرض نفسه، يتعلق بالدعوى التحكيمية، حيث تنص المادة 1471 من قانون الإجراءات

[85] Par exemple, le principe de respect des droit de la défense(Conseil d'Etat 5 mai 1944 Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec. 133, G.A.J.A. N 63).
[86] A. PATRIKIOS, L'arbitrage en matiére administratives, op.cit. p. 203.
[87] A. PATRIKIOS, op.cit. p. 203.
[88] Régler autrement les conflits, op. cit. p. 98.
[89]C onseil d'Etat Ass. 28 mai 1954 Barel, Rec. 308, G.A.J.A. n 86.

المدنية الجديد على انقطاع الخصومة، لا نجد أي نص مشابه له في القانون الإداري. هذا النص إذن ينبغي حذفه.

أخيرا يبدو أن الأحكام المتعلقة بالتسوية الودية تطرح صعوبة في القانون الإداري، إذ أن تحفظ القاضي الإداري حول مفاهيم الإنصاف و التسوية الودية أمر معروف عنه[90]. حيث أن هذا المفهوم يبدو بعيدا جدا عن القانون الإداري للإبقاء عليه، بالرغم من أنه يرتب بعض المصالح. عنصران أساسيان يعززان هذه الفكرة، أن الأطراف من جهة يمكنها اللجوء دائما_ إذا ما رغبت في حل مؤسس على وجه الخصوص على الإنصاف_ إلى طريق غير قضائي لتسوية النزاع مثل الصلح, كما أنه من جانب اخر فإن المحكمين من الناحية العملية حتى و لو لم يختص في تسوية ودية، تجدهم عادة ما يبذلون قصارى جهدهم "لتقسيم الإجاصة على اثنين"[91]، و هو ما يحد من عواقب إلغاء التسوية الودية.

ثانيا: المحكمة التحكيمية و التصرفات الإدارية

لقد تم الإتفاق بالإجماع على أنه لا يمكن للمحكمين ممارسة رقابة على مشروعية التصرفات الإدارية، اذ يتضمن كل من أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الممارسة التحكيمية على حد سواء مخاطر التعارض بين المحكمة التحكيمية و القرارات الإدارية، حيث ينص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من جهة، على أنه يمكن للمحكمة التحكيمية الادعاء الفرعي بالتزوير في وثيقة[92]، و في هذه الحالة تجد المحكمة التحكمية تنظر و تفحص تصرفات الإدارة مثل هذه الأحكام ينبغي حذفها، لاسيما فيما يتعلق بالتصرفات الإدارية كونها تؤدي في هذه الحالة إلى فحص صحتها، عكس الادعاء الأصلي بالتزوير أين منح المشرع للمحكمة التحكمية سلطة لإحالة الأطراف أمام الجهة القضائية

[90] Cf. ibid. p. 44.
[91] Les entretiens de Droit et patrimoine, Atouts et faiblesse de l'arbitrage, Droit et patrimoine, juin 1993, p. 47 et spécialement p. 50.
[92] Article 1467 N.C.P.C.

المختصة[93] . كما أنه من البديهي جدا من جهة أخرى،أنه حينما يتدخل المحكمون في المنازعات المتعلقة بالعلاقات التعاقدية، أن يواجهوا تصرفات إدارية،

اعتبر مجلس الدولة في قرير له سنة 1993[94]، أنه لا يكون للتحكيم أية فائدة إلا إذا كان بمقدور المحكمين حل كل المسائل المتعلقة بالنزاع بما في ذلك مشروعية و تفسير التصرفات الإدارية، و في كل الأحوال يمكن للقاضي أن يختص في هذه المسائل حين رقابته للحكم ألتحكيمي، هذا الموقف و بالرغم من أنه أُتخذ من أعلى هيئة قضائية إدارية في فرنسا، إلا أن استبعاده يبدو أمرا ضروريا، إذ أن رقابة مشروعية التصرفات الإدارية ينبغي أن يُخصص و فقط للقاضي الإداري، فالمواقف التي اتخذها مجلس الدولة في تقريره حول هذه النقطة، تبدو أنها تأخذ اتجاه معرض لرقابة مشروعية التصرفات الإدارية المتعلقة بالصفقات العمومية.

يكمن الحل لتجاوز هذه هذا الإشكال في اللجوء إلى قاعدة" القضاء المختص أصلا" ، بين القضاء الإداري الرسمي و المحكمة التحكيمية، هذا الإجراء ليس له أي صلة بذلك الموجود بين القاضي العادي و القاضي الإداري، حيث تعتبر المحكمة التحكيمية هنا بمثابة هيئة قضائية من النظام الإداري. بالتالي ينبغي وضع إجراء جديد للقاضي المختص أصلا. إن مثل هذا الحل يؤدي إلى عائق حقيقي، و هو تعطيل التحكيم، بالرغم من أنه يعتبر وسيلة لفض النزاعات. من ذلك ينبغي التفكير في إجراء تعديلات على هذا الإجراء من أجل تفادي إفراغ التحكيم من كل معناه.

ينبغي الاعتراف للمحكمة التحكيمية بهامش من الصلاحيات، إذ ينبغي السماح لها _مثلها مثل القاضي_ بتفسير النزاع، كما ينبغي إضافة إلى ذلك الترخيص لها باعتبارها هيئة

[93]- تنص المادة 1021 ق.ا.م.ا: "... إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، او إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف أجال التحكيم في تاريخ الحكم في المسألة العارضة.

[94] Régler autrement les conflit ..., op. cit. p. 92.

قضائية من النظام الإداري بتفسير التصرفات الإدارية المنفردة، بهدف تفادي الطعون المتكررة أمام القاضي الإداري.

ينبغي التفكير أخيرا في ميعاد يلتزم فيه القضاء بالفصل. إذا كان هذا الحل الأخير يمكن أن يكون مفيدا، إلا أن أثبتت التجربة في مادة المنازعات الإدارية، أن الهيئات القضائية الإدارية غالبا ما تجد صعوبات في احترام المواعيد المفروضة عليها[95].

ننتهي بالقول أن إدخال التعديلات هي ضرورية لنقل إجراء تحكيمي ناتج عن القانون الخاص إلى قانون الصفقات العمومية. يتعلق التعديل الأساسي كلية بدور القاضي الإداري، الذي يعتبر_طبيعيا_ غائب بصفة تامة عن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثاني

تثمين تدخل القاضي الإداري

في الخصومة التحكيمية

حينما تختار الأطراف اللجوء إلى التحكيم، يكون ذلك رغبة منها في تفادي الإجراء التنازعي الرسمي، بالرغم من أن تفادي تدخل القاضي الوطني في إطار التحكيم لا يمكن تفاديه في بعض الحالات، فهو يتدخل خلال مرحلة الإجراءات **(أولا)**، كما يكون مدعوا لرقابة الحكم التحكيمي**(ثانيا)**. حيث ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تدخل القاضي في هاتين الحالتين

إن التحكيم في الصفقات العمومية يفرض شعورا عاما، ألا و هو ضرورة استبدال القاضي المدني بالقاضي الإداري.

[95] Par exemple, dans le cas du référé précontractuel, alors que les Président du tribunal administratif a normalement 20 jours pour statuer, le délai moyen est deux mois.

أولا: تدخل القاضي الإداري في إجراءات التحكيم

أمام الوضعية الحالية ،يتساءل بعض الفقهاء كيفية تحديد من هو القاضي المختص حينما تطرأ حوادث أثناء إجراءات ألتحكيمي[96]. يتعلق هذا الإشكال أساسا بإنشاء المحكمة التحكيمية، وكذا بالعوائق التي يمكن أن تظهر خلال كل المرحلة التحكيمية[97]

أجاب المشرع الجزائري على هذا التساؤل بموجب أحكام المادة 976 من ق . ا. م . ا،إمكانية تدخل القاضي الإداري في كل عقبة قد تعرقل سير إجراءات المحكمة التحكيمية ، إذ أحالت على تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون،أمام الجهات القضائية الإدارية .

على أساس هذه المادة يمكن للقاضي الإداري التدخل بتعين المحكم إذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم، بفعل احد الأطراف او بمناسبة تنفيذ إجراءات تعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل التنفيذ. و ذلك عملا بنص المادة 1009 من ق.ا.م.ا، والتي تنص على انّه" *إذا اعترضت صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيم، بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.*

إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك و يصرح بالوجه للتعين."

كما يمكن للقاضي الإداري أن يعاين بطلان شرط التحكيم او انه غير كاف لتشكيل المحكمة التحكيم،ويصرح بالأوجه للتعين[98] .

[96] M. Foussard(L'arbitrage en droit administratif, op. cit. p. 35) se prononce en faveur de la juridiction judiciaire; M DELVOVE(Communication au colloque du 17 septembre 1990, op. cit. p. 29) considére qu'il s'agit d'une question ouverte; M. oatrikios(L'arbitrage en matiére administrative, op. cit. p. 194) éstime, quant à lui, que la juridiction administrative doit rester compétente.

[97] Nous tenons à faire remarquer que l'eqxequateur sera traité avec les voies de recours.

إذن لا يوجد أي مبرر قانون يمنع تدخل القاضي الإداري في مساعدة المحكمة التحكيمية بخصوص العوائق متعلقة بتشكيل أو إنشاء المحكمة التحكيمية، مثلما هو عليه الحال في مساعدة القاضي العادي بالنسبة للمحكمة التحكيمية في مجال المنازعات المدنية .

إذن فهو مجرد نقل هذه القاعدة إلى القانون الإداري ، يبدو و أنه حل بسيط و فعال. كما يمكن تخويل المساعدة التقنية للمحكمة التحكيمية لرئيس المحكمة الإدارية المختصة إقليميا. و التي يمكن الطعن النقض في هذا الأمر أمام مجلس الدولة.

ثانيا: تعديل طرق الطعن في الحكم التحكيمي

يترتب عن طرق الطعن صعوبتين أساسيتين، فمن جهة تعارض طرق الطعن المفتوحة مع الحكم التحكيمي، و من جهة أخرى، يثور إشكال المختص بمعرفتها.

إذ أن طرق الطعن المفتوحة في الصفقات العمومية إزاء الحكم التحكيمي، تتعلق أساسا بمسألة التنازل عن الاستئناف، و هي مسألة تمت إثارتها سابقا[99]. إذا كان مجلس الدولة قد بدا جد متحفظ بشأنها في رأيه في 06 مارس 1986[100] ، كان له رأي أكثر ليبرالية في تقريره لسنة 1995[101] حيث اقترح القبول بالحلول المتعلقة بهذه المسألة الواردة في قانون الإجراءات المدنية ألا وهو خيار التنازل عن الاستئناف.

يبدو أن هذا الحل ينبغي التمسك به. من منطلق أن التحكيم مقيد بضرورة إيجاد حل سريع، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 1030 من ق.ا.م.ا[102]،و ذلك بالقبول

---

[99] Cf. ibid. p. 43.

[100] Conseil d'Etat, avis du 6 mais 1986, E.D.C.E. 1987 p. 178.

[101] Régler autrement les conflits, op. cit p. 100.

[102]- تنص المادة 1033 على : "*يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في اجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم*" .

بالتدخل المحدود للقاضي الوطني. بهذا يكون الاستئناف مفتوح على الأطراف كمبدأ، مع إمكانية التنازل الصريح في اتفاقية التحكيم. إذ ينبغي أن تكون إرادة الأشخاص العامة في التنازل عن الاستئناف صريحة حتى تكون كاملة الوعي بإلتزماته[103].

إن طرق الطعن في التحكيم في المواد المدنية مفتوحة أمام محكمة الاستئناف، تتعلق هذه الطرق، بالطرق التقليدية للطعن، استئناف الطعن بالإلغاء و الأمر بالتنفيذ على حد سواء

إذا كان الأمر المتضمن التنفيذ غير قابل لأي طعن، فإنه في حالة الرفض يمكن فيه الطعن بالاستئناف، لا يوجد أدنى شك في أن طرق الطعن في التحكيم الإداري ينبغي أن تتم أمام القاضي الإداري. هذا الحل موجود في الوضعية الحالية للقانون حتى و لو كان ذلك بصفة ضمنية. يبقى تحديد الهيئة القضائية الإدارية المختصة بمعرفة طرق الطعن هذه. فيما يتعلق بالأمر بالتنفيذ، يمكن نقل الحل الوارد في المادة المدنية إلى المادة الإدارية. في مادة التحكيم المدني أو التجاري فأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي يمنح من طرف رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصه. و يكون قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي[104].

إذن يمكن اعتماد نفس الحل في المادة الإدارية إذ يتم إسناد مهمة منح امر بتنفيذ الحكم التحكيمي لرئيس المحكمة الإدارية. أما ما يتعلق بالطعن بالاستئناف. يوجد خيار بين المحكمة الإدارية للاستئناف و مجلس الدولة، إذ أن الطعن أمام المحكمة الإدارية للاستئناف، يشكل نقلا للحل المعتمد في قانون الإجراءات المدنية و الادارية[105] ، الذي يمنح أفضلية إمكانية الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة. اما الطعن مباشرة أمام هذا الأخير

---

[103] Cf, ibid. p. 43-44

[104]- تنص المادة 1035 ق.ا.م.ا :" يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو تحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، و يدع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل. يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل الحكم .

يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجال 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

[105]- تنص المادة 975 ق.ا.م.ا : "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون , أمام الجهات القضائية الإدارية ... "

فيمنح أفضلية السرعة . بالنظر إلى البطئ الحالي للمحاكم الإدارية للاستئناف في اتخاذ القرار،بالغم من الطابع التقليدي لهذا المبرر، نقول أنه من المفضل القبول باختصاص مجلس الدولة. الاستئناف أمام مجلس الدولة يسمح إضافة إلى ذلك، بنشوء سريع لاجتهاد قضائي يتعلق بالتحكيم في الصفقات العمومية، الذي يبقى فقير إلى حد الأن.

يمكن إيجاد حلول تسمح بتطوير التحكيم في قانون الصفقات العمومية، على نحو يسمح بضبط المسألة بسهولة، و ذلك عن طريق وضع قانون على شاكلة الكتاب في قانون الإجراءات المدنية في القانون الخاص، يشكل تقنين حقيقي للتحكيم الإداري، موازاة مع ذلك يكون للقاضي الإداري دور في تأويل النصوص، من منطلق أنه سوف يتخلى عن توجهه التقليدي الذي يعطي من خلاله تفسير جد ضيق لنصوص التحكيم، أين يصل في بعض الأحيان إلى إفراغها من معناها كلية.

خاتـمـــــــة

لم يعد لمقولة "خارج القاضي، لا وجود لأي حل". هذه المقولة ليس لها مكان حاليا في مجال التحكيم في الصفقات العمومية، بعد كسر الحظر التام الذي كان مطبقّ إلى غاية صدور المرسم رقم 93-09 الذي يسمح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في إطار التجارة الدولية الذي خفف مبدأ المنع الوارد في المادة 442من قانون الإجراءات المدنية ، ليستبعد نهائيا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في سنة 2008، أن وصول المشرع الجزائري إلى هذه المرحلة بانفتاح الصفقات العمومية سواء كانت داخلية أو دولية كان ارتجاليا، إذ لا نجد أي دراسات أو تقارير أو حتى اجتهادات قضائية تتضمن تأكيد ضرورة انفتاح الصفقات العمومية على التحكيم ، أن كان من الناحية الاقتصادية شيء مفهوم، فبالنسبة للناحية القانونية ليس كذلك.

من جهته جاء المشرع الفرنسي منذ صدور قانون المالية لسنة1906 باستثناء على مبدأ المنع للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، إذ سمح بموجب هذا القانون سمح لبعض الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم و في بعض الصفقات العمومية فقط ،وحتي ذلك كان تحت شروط ،من صدور مرسوم و اتفاق التحكيم ،ورغم الدراسات و التوصيات و كذا التقارير التي تدعو المشرّع الفرنسي إلى الانفتاح أكثر إلى التحكيم بالنسبة لجميع الصفقات العمومية و كذا العقود الإدارية إلا انّه لم يستجب لذلك نظرا لتشدد و تمسك القاضي الإداري الفرنسي باختصاصه وحده للفصل في منازعات التي تكون الدولة أو حد فروعها طرفا فيها.

إن تجسيد المشرّع الجزائري لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية بصفة صريحة دون أخد بعين الاعتبار التطور القانوني و القضائي خاصة، قد يؤدي إلى إفشال التحكيم في مجال القانون العام ،ليبقى فقط واجهة قانونية موجهة أساسا لأهداف اقتصادية لا غير ،وخاصة بالنسبة للتحكيم في الصفقات العمومية الداخلية أين تنعدم فيها أي محاولة أو تجربة .

إن السؤال الذي يطرح نفسه إن كانت الصفقة العمومية تهدف إلى حسن صرف و إنفاق المال العام، فهل بإمكان للمحكم في الجزائر التصرف وفقا لمقتضيات القانون العام، وذلك مع أخد بعين لاعتبار لما للإدارة و المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة،وبالتالي المحافظة على المال العام ،أظن ليس بالأمر الأكيد إذ لم يأخذ المشرع الجزائري الصفة ووظيفة و تكوين المحكم ، لان تشكيل المحكمة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية، بتشكيلها تشكل محكمة إدارية يجب أن تحتكم إلى أحكام القانون العام .إذن على المشرع التدخل في بخصوص تشكيل المحكمة التحكيمية بأخذ بعين الاعتبار طبيعة نزعات الصفقات العمومية.

كما على المشرع الجزائري التدخل لتعديل قانون الصفقات العمومية وذالك لمنح التحكيم أكثر فعالية وذالك بإلغاء أحكام المادة 125 منه التي لا تتماشى و خصوصية التحكيم المتمثلة في سرعت الفصل في القضايا المطروحة أمام المحكمة التحكيمية . و كذالك تكريس نص في هذا القانون يؤكد فيه إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة موافقة المتعاقد مع المصلحة و كبند في دفتر الشروط .

إلى جانب ذلك وقع المشرع الجزائري في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في نص المادة 975 و نص المادة 1006 من ق.ا.م.ا، فمن جهة، يذكر الأشخاص المعنوية العامة و من جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800 من ق .ا.م.ا.فهناك فرق بين المصطلحين،فالمادة 800 من ق.ا.م.ا لم تتضمن الا بعض الأشخاص المعنوية العامة وليس كلهم .وأكثر من ذلك هناك بعض الأشخاص الخاضعة للقانون التجاري و الخاضعين لأحكام قانون الصفقات العمومية و المذكورة بنص المادة 6 من المرسوم رقم 15-247 وهي المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا او جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة او من الجماعات الإقليمية و غير مذكورة في نص المادة 975من ق.ا.م.ا

كما وقع المشرع أيضا في تعارض فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم، ففي المادة 975 السالفة الذكر يحصره في مجال الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و مجال الصفقات العمومية،في حين يحصره في المادة 1006 في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية و مجال الصفقات العمومية ،إذن لابد من المشرع أن يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة من اجل ضمان تكامل النصوص أو بإلغاء أحكام المادة 975 من ق.ا.م.ا التي تقصي الأشخاص الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية ، من اللجوء إلى التحكيم عكس أحكام المادة 1006 من ق .ا.م.ا.

ومهما يكن فمن خلال هذه الدراسة يمكن القول أن المشرع الجزائري بالمقارنة مع مختلف التشريعات المقارنة التي تسمح للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية كان أكثر لبرالية لأنّه لم يضع أي قيد أو شرط للجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية . عكس التشريعات المقارنة التي كانت حذرة، و ذلك بوضع شروط وقيود شكلية و موضوعية قبل اللجوء إلى التحكيم، و ذلك بتحديد نوع و طبيعة الصفقة ، أو بصدور مرسوم و موافقة بعض الهيئات المختصة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية:

أ- الكتب:

1. اياد محمد بران، التحكيم و النظام العام "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي، بيروت، 2004.
2. الأحرب عبد الحميد،التحكيم في البلدان العربية ،،ط3، منشورات الحلبي ، بيروت، 2008.
3. الطراونة مصلح احمد، محمودي الزهراء فاطمة، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي: بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي، دار وائل للنشر، عمان، 2013.
4. المواجدة مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2010.
5. السالمي الحسين، التحكيم وقضاء الدولة: دراسة علمية تاصيلية مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،2008 .
6. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية ، منشأة المعارف، 2003 .
7. اسماعيل محمد عبد المجيد، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
8. **بوسماح محمد** الامين المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي ادريس، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
9. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
10. بكر محمد عبد العزيز، اثر شرط التحكيم على مفهوم المتفرد للعقد الإداري، الجهاز المركزي للمحاسبات، القاهرة،2001 .

11.وليد محمد عباس ،التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2010.
12.مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، 2010.
13.عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005.
14.قبلان علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة الزين الحقوقية و الأدبية، بيروت،2011.
15.شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية " الأنظمة القضائية المقارنة و المنازعات لإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
16.خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

ب-الرسائل والمذكرات جامعية:

I. الرسائل:

1. سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق : تخصص : قانون خاص، جامعة الحاج لخضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014.
2. قبايلي طيّب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو- كلية الحقوق و العلوم السياسية،2012.

II. المذكرات

1. ايت وارت حمزة، الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار قانون الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: القانون العام التخصص: القانون العام للاعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية – كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014 .

2. بن زيد علي عبد العزيز، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة ،رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ، جامعة الأردن ،2007.
3. بن حاجة احمد، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون المؤسسات، جامعة الجزائر كلية الحقوق- بن عكنون،2006 .

4. برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع: العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة -كلية الحقوق، 2009.
5. زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية،جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015.

6. مولوج لامية، النظام القانوني للمحكم على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العام للأعمال، كلية الحقوق ،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011 .
7. مقابلة مزين فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، د.س.م، ص. 40.

8. **فريدة حسين**، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في مجال الاستثمار بالجزائر، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- كلية الحقوق بوخالفة، 2000

9. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، 2004.

ت-المقالات

1. محيي الدين القيسي ،" العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الادارية في لبنان "مجلة التحكيم العربي، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم،2003 ،ص ص 91-108 .
2. مساوي مليكة ،" التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 09 ،2015،ص ص171-191.
3. نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري،مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون/ جامعة عنابة، عدد - 53 ،2013،ص ص 220-229.
4. سري الدين هاني صالح، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة مع إشارة خاصة لأحكام القانون المصري و أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ص ص 109-122.
5. رسلان انور احمد،" التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول،كلية شرطة دبي، 1998،ص 223- 243
6. تراري تاني مصطفى، التحكيم في المنازعات الإدارية ، نشرة المحامي ، عدد 09، 2009، ص ص 09-10.
7. غالب غانم،" الدولة بين الخضوع للتحكيم والتحرر منه "، مجلة التحكيم العالمية، العدد 13،بيروت،2012،ص ص17-24 .
8. غالب محمصاني،" مدى اختصاص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى بطلان القرارات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية"،مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن،بيروت،2010،ص ص.124.115.

ث-الاجتهاد القضائي

قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003.

ج- النصوص القانونية

I. الدستور:

دستور الجزائر لسنة 1996، ج. ر. ج. ج. عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم 0-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج. ر. ج. ج. عدد 25 صادر في 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. عدد 63 صادر في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، ج. ر. ج. ج. عدد 14 صادر في 07 مارس 2016.

II. المواثيق الدولية:

1. مرسوم رقم 88- 233 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتضمن انضمام الدولة الجزائرية بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيورك في 10جوان 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر.ج.ج عدد 48 صادر في 23 نوفمبر 1988.
2. مرسوم الرئاسي رقم 95 -346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ،ج.ر.ج.ج عدد 66 صادر في 5 نوفمبر 1995 .

III. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 67-90 مؤرّخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد52 لسنة 1967، (ملغى).
2. أمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني, ج.ر.ج.ج، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر, 1975 معدل و متمم بموجب قانون 05 -10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ،ج.ر.ج.ج، عدد 44 ،صادر في 23 يوليو – 2005.
3. مرسوم رقم 82- 145 مؤرخ في 10 افريل 1982، ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ج عدد 15 صادر في 13 افريل 1982(ملغى)
4. قانون 88-01 مؤرّخ في12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج عدد02 صادر في 13 جانفي 1988، ملغى جزئيا بأمر رقم 95-25 مؤرّخ في 25 ديسمبر 19995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج.ج. عدد 55، صادر في 25 ديسمبر1995.
5. المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25أفريل 1993، يعدل ويتمم، الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد، 27 صادر في 27 افريل 1993 (ملغى) بقانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فيفري 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية ،ج،ر،ج، ج، العدد 21،صادر في 23 افريل 2008 .
6. مرسوم تشريعي رقم 94- 08 مؤرّخ في 26 ماي 1994، متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 ،ج.ر.ج.ج عدد 33 صادر في 23 ماي 1994.
7. قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فيفري 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية ،ج،ر،ج، ج، العدد 21،صادر في 23 افريل 2008 .

IV. النصوص التنظيمية:

1- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرّخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج.ر.ج.ج عدد57، صادر في 13 نوفمبر 1991، (ملغى) .
2- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرّخ في 12جانفي 2002، يتضمن قانون الصفقات العمومية،ج.ر.ج.ج عدد52،صادر في 28 جويلية 2002، معدل ومتمم بموجب مرسوم 03- 301 مؤرّخ في 11سبتمبر2003، ج.ر.ج.ج عدد55، صادر في 14 سبتمبر2003، معدل ومتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرّخ في 26 اكتوبر2008، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 62،صادر في 09 نوفمبر2008،(ملغى).

3- مرسوم رئاسي 10- 236 مؤرّخ في 07 اكتوبر2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58 صادر في 07 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرّخ في 01 مارس 2011، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادر في 06 مارس 2011، والمعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11- 222 المؤرّخ في 16جوان 2011، ج.ر.ج.ج عدد 34، صادر 19 جوان 2011، المعدل والمتمم بموجب المرسوم 12- 23 المؤرّخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج عدد 04، صادر في 26 في جانفي 2012.

4- مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرّخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج عدد 50صادر في 20 سبتمبر 2015.

ثانيا:باللّغة الفرنسية

A- Ouvrages :

1. ALAIN BENABENT, LE DROIT DE CONSTRUCTION, DALLOZ EDITION, France, 2000.
2. ALLIOUCH-KERBOUA Naîma, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 2010, p .6.
3. APOSTOLOS (P.), *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, Tome 189, Paris 1997.
4. BLLEMENT Jean, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 2013.
5. GAUDEMET Yves, « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français », in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, éd. Economica, Paris, 2003, pp. 165-175.
6. GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 21e édition, LGDJ, Paris, 2015.
7. GUYON Yves, *L'arbitrage*, Economica, Paris, 1995.
8. JACQUET (J-M.) & DELEBECQUE (P.), *Droit du commerce international*, éd. Dalloz, France, 1997.
9. *JEZE Gaston*, Les *principes généraux* du *droit administratif*, Tome *1*. La technique juridique du *droit* public français, 1925.
10. LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, éd.* Sirey, Paris, 1888, Tome 2.
11. PACTEAU Bernard, Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIXe siècle, PUF, Paris, 2003, p. 264
12. RENDERS David & BOMBOIS Thomas, *L'arbitrage en droit public Belge (s/dir)*, RENDERS David et *al.*, *L'arbitrage en droit public*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.
13. *RIPERT George et ROBLOT René, Traité de droit commercial,* Tome 1, 17ème éd., L.G.D.J. Paris, 1998.
14. RIVERO Jean et WALINE jean, *Droit administratif*, 15eme éd., précis Dalloz, France, 1994.

B- Thèses et mémoire:

I. Thèses :

1. BERRI Noureddine, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications,* Thèse de doctorat en sciences, spécialité Droit, Université de Tizi-ouzou, 2014.
2. KALINE SANTOS Ferreira, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux 4, École Doctorale de Droit,* 2013.
3. STILLMUNKES Pierre, *l'arbitrage en droit administratif,* Thèse de Doctorat, Université de Paris, 1960.

II. Mémoire DEA:

MOUTET (A), *L'arbitrage dans les marchés publics,* Mémoire de DEA droit public de l'économie, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 1999.

C- Articles :

1. BERLIN (D.), « Contrats d'Etats », Répertoire International Dalloz, 1988.
2. Charles JARROSSON, L'arbitrage en droit public, A.J.D.A. 1997.
3. CHEDLY Lotfi, « L'administration et l'arbitrage », Etudes juridiques, n° 13, 2006, pp. 181-211.
4. DE BOISSESON, Mathieu, « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.*, 1987, p. 3.
5. E.GAILLARD; Arbitrage commerciale international : Convention d'arbitrage- arbitrabilité, Jurisclasseur droit international, Fasc. 586-3, 1994.
6. FOUCHARD Philip, Arbitrage international: Notions, Jurisclasseur droit international, Fasc. 585-1.
7. FOUSSARD Dominique, « Le juge administratif et l'arbitrage : remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A du 3 mars 1989 », Revue d'arbitrage, n°1, 1989, p. 175.
8. GAUDEMET Yves, « L'arbitrage : aspects de droit public- Etat de la question », Revue d'arbitrage, 1992, n°02. pp.241-267.
9. JACQUET (J.-M.), « *L'Etat, opérateur du commerce international* », JDI, 1989, p. 621.
10. Matthieu DE BOISSESON, Interrogations et doute sur l'évolution législative: L'article 9 de la du 19 août 1986, rev. arb. p. 3.
11. QUILLERE-MAJZOUB Fabienne, « L'arbitrage international en matière administrative au Liban », Revue juridique de l'Ouest, n°3, 2002, pp. 293-334.
12. *RAPP Lucien," France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid", AJDA, 2004, PP. 579-590.*

13. RIBS (M.), « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », JCP, 1990.
14. RICHER Laurent, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », A.J.D.A, 1997.
15. TEBOUL (G.), « Arbitrage international et personnes morales de droit public », AJDA, 1997, p.25.
16. TOUBIANA (A.-M.), « Le contrat administratif », Répertoire de droit international, 1997, p. 574.
17. TRUCHET (D.), « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », Revue Dalloz Affaire, 1996, p. 731.

D- Actes des colloques :

1. BERRI Noureddine, « Le règlement des différends devant l'ARPT », Actes du colloque national sur les autorités de régulation en matière économique et financière, Université de Béjaia les 23 & 24 Mai 2007, pp. 83-103.
2. DELVOLVE Pierre, « L'arbitrage en droit administratif », communication au colloque du 17 septembre 1990 organisé par la chambre de commerce et d'industrie de Paris, éd. Bialec, Nancy, 1991, pp.13-35.
3. SAUVE Jean-Marc, "L'arbitrage et les personnes morales de droit public", communication au colloque sur l'arbitrage en droit public, organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, Paris, le 30 septembre 2009.

E- Rapports et avis officiels :

1. *Avis* n° 339710 du *6 mars 1986* sur le projet Eurodisney land (in Grands *avis* du *Conseil d'État*, n° 15.
2. CE, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Les Etudes du Conseil d'Etat,* Section du rapport et des études, La Documentation française, 1993.
3. CE, Groupe de travail sur l'arbitrage, Rapport du 13 mars 2007.
4. Mission parlementaire sur la réforme des marchés publics, rapport présenté par Alfred TRASSY-PAILLOGUES, député, le 8 mars 1996.

F- Documents :

1. AUDIT (B.), *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Cours de l'Académie de Droit de La Haye, 1987.
2. DIALLO Ousmane, "*Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté conquérante »,* In : *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, Genève, 2010.
3. ROUQUETTE Rémi, Marchés des collectivités locales. Comment régler le contentieux?, Mon. T.P. 31 mars 1989, p. 64.

H-Textes juridiques étrangers :

I. Textes Législatifs Français :

1. Loi dite des 16-24 août 1790 https://www.legifrance.gouv.fr/, consulté le 12-04-2016.
2. *Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906*, www.legifrance.gouv.fr/
3. Loi n 86-972 du 19 aout 1986 portant divers dispositions relatives aux collectivités locales, Journal officiel du 22 aout 1986 p. 10190.
4. Code civil français, www.legifrance.gouv.fr/
5. Code de commerce, www.legifrance.gouv.fr/

II. Textes Réglementaires Français :

1. Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code, JORF n°1380 du 14 mai 1981.
2. Décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002 pris pour l'application de l'article 2060 du code civil, autorisant des établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre, https://www.legifrance.gouv.fr/
3. Décision du Conseil d'Etat du 24 juillet 1973 relative à l'annexe XI fixant cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournitures financés par le fond européen de développement ajouté à la décision du conseil des communautés Européenne du 29 septembre 1970.

I - **Jurisprudence :**

I. jurisprudence du conseil constitutionnel français :

Conseil constitutionnel, décision n° 86- 224 DC du 23 janvier 1987 loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

II. Jurisprudence du tribunal des conflits français :

1. TC., 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamschip*, D. 1958.
2. TC, Décision n°01804 du 8 juillet 1963 Société Entreprise Peyrot, www.legifrance.gouv.fr/.
3. TC, 5 juillet 1999 Commune de Sauve c/ Société Gestetner.
4. TC, décision n° C3984 du 09/03/2015, www.legifrance.gouv.fr/

III. Jurisprudence du conseil d'Etat Français :

1. CE, 17 november 1824 Ouvrad c/. Ministre de la guerre, Journal du Palais, jurisprudence administrative.
2. CE, 23 décembre 1887 M. de Dreux-Brézé c/ Evêque de Moulins.
3. CE 5 mai 1944 Dame Veuve Trompier-Gravier.
4. C.E, 28 avril 1948, Office public d'habitations à bon marché du département de Seine et Oise.
5. CE, décision du 11 janvier 1951, Habib Bechara, S. 1952.
6. CE Ass. 28 mai 1954 Barel.
7. CE, *Décision* n° 9860 du *2 mars 1956*, *SARL* Le *Secteur électrique* Reuilly, Recueil Lebon, p. 102.
8. CE, 13 décembre 1957, Société nationale de vente de surplus.
9. CE 8 mars 1961 Société Air- Couzinet Transocéanic.
10. CE Sect. 19 mars 1971 Mergui.
11. Conseil d'Etat 19 mars 1982 jean- joseph.
12. CE, 7 janvier 1987, Dame Félicien.
13. CE, Conseil d'Etat, Section, du 3 mars 1989, 79532, www.legifrance.gouv.fr/.

IV. Jurisprudence de la cour de cassation française :

1. Cass. Civ. 1ére 14 avril 1964 O.N.I.C c/ Capitaine du San Carlo.

2. Cass. Civ. 1ére 2 mai 1966 Trésor Public c/ Galakis.

3. Cass. Civ. 1ere 20 décembre 1993, Dalico.

4. Cass. Civ. 1ére 17 décembre 1996 Société Locunivers.

V. Jurisprudence de la cour d'appel de Paris :

1. Cour d'appel de Paris 10 avril 1957 Société Myrtoon Steamship c/ Agent judiciaire du Trésor, D.1958.

2. Cour d'appel de Paris 13 juin 1966 Société Kuwait Foreign Trading Cntracting and Investment.

3. Cour d'appel de Paris juin 1970, Hecht .

4. Cour d'appel de Paris 17 décembre 1991 Société Gatoil.

5. Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. C ; 24 février 1994 Ministère tunisien de l'équipement c/ société Bec Frères.

فهرس المحتويات

الفهـــــــرس

مــقدمـــة ص2

الفصل الأول:صعوبة اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية ص8

المبحث الأول: مبدأ منع التحكيم في الصفقات العمومية ص9

المطلب الأول:التحكيم مفهوم غريب عن القانون الإداري ص11

الفرع الأول: **التحكيم كحل بديل لتسوية نزاعات القانون الخاص ص11**

أولا: التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ص11

ثانيا: القانون الخاص أصل نشأة التحكيم ص14

الفرع الثاني: مبدأ حظر التحكيم في القانون الإداري ص18

أولا: تفسير المبدأ ص18

ثانيا: التكريس التشريعي لمبدأ الحظر ص22

المطلب الثاني: الحظر الواسع للتحكيم على الأشخاص العامة ص25

الفرع الأول: تكريس المبدأ العام للقانون الذي يمنع الأشخاص العامة من التحكيم.....ص26

أولا: منع عام لجميع الأشخاص العمومية..... ص26

ثانيا: المنع كمبدأ عام للقانون..... ص29

الفرع الثاني: خصوصية مبدأ المنع في إطار الصفقات العمومي..... ص31

أولا : الانتقال من منع عضوي إلى منع مادي..... ص32

ثانيا: مبدأ المنع في مواجهة وكيل الشخص العام ..... ص 34

المبحث الثاني: محاولات إدراج التحكيم في قانون الصفقات العمومية..... ص36

المطلب الأول: ملائمة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .....ص 37

الفرع الأول: التحكيم في صفقات الأشغال و اللوازم..... ص37

أولا: مضمون الاستثناء ص38

ثانيا: استثناء خاضع لشروط ص40

1- من الناحية الشكلية ص40

أ– حصر الأشخاص العامة..... ص40

ب- شرط صدور مرسوم..... ص41

ج- اللجوء إلى تحكيم بعد المنازعة ص42
2-الشروط الموضوعية ص42
المطلب الثاني: الأشخاص الخاصة و التحكيم في الصفقات العمومية ص50
الفرع الأول: لجوء الأشخاص الخاصة للتحكيم في الصفقات العمومية ص50
الفرع الثاني: **التحكيم في عقود المناولة ص54**
الفصل الثاني: تفتح الصفقات العمومية للتحكيم..... ص59
المبحث الأول: الاتجاه للاعتراف بقابلية التحكيم في الصفقات العمومية
على المستوى الدولي..... ص61
المطلب الأول: رفع مبدأ حظر التحكيم للأشخاص العامة على المستوى الدولي..... ص62
الفرع الأول: التحكيم و الصفقات العمومية الدولية ص63
أولا: فكرة التحكيم الدولي..... ص63
ثانيا:استحالة تكييف الصفقات العمومية على المستوى الدولي ص65
الفرع الثاني: **إمكانية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم الدولي ص69**
أولا:اعتراف القاضي العادي بحق اللجوء إلى التحكيم على المستوى الدولي..... ص70
1- **: تأويل التحكيم الدولي لصالح الأشخاص العامة ص70**
2- **تطبيق الاجتهاد القضائي العادي على الصفقات العمومية..... ص72**
ثانيا: **الإعتراف الصريح للنصوص القانونية للجوء الأشخاص العامة للتحكيم**
على المستوى الدولي ص73
1- الترخيص ألاتفاقي للتحكيم ص73
2- الترخيص التشريعي للتحكيم.....ص76
المطلب الثاني: تردد القاضي الإداري بقبول التحكيم ص80
الفرع الأول: موقف القاضي الإداري تجاه التحكيم الدولي ص80
أولا:التفسير الضيق لمفهومي التحكيم و العقود الدولية..... ص81
ثانيا: التفسير الضيق للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ص82
الفرع الثاني: : تحفظات ناتجة عن الأمن القانون..... ص84
أولا : هشاشة وضعية التحكيم الدولي.....ص85

ثانيا: : إمكانية عدم مراعاة موقف القضاء الإداري ص87
المبحث الثاني: تطور التحكيم في الصفقات العمومية ص89
المطلب الأول : تمديد التحكيم في الصفقات العمومية تحت تأثير قانون الأعمال ص89
الفرع الأول: توسيع التحكيم في الصفقات العمومية ص90
أولا: : تطور ضروري في إطار تبسيط قانون الصفقات العمومية ص90
ثانيا: : تطور ضروري في إطار تمديد نطاق التحكيم في الصفقات العمومية ص92
الفرع الثاني : تعميم و تأطير التحكيم في الصفقات العمومية ص94
أولا: تعميم التحكيم في الصفقات العمومية ص94
ثانيا: تأطير اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية ص96
المطلب الثاني : وضع إطار قانوني للتحكيم في الصفقات العمومية ص97
الفرع الأول: تعديل التحكيم في الصفقات العمومية ص98
أولا: تعديل إجراءات التحكيم في قانون الصفقات العمومية ص98
ثانيا: المحكمة التحكيمية و التصرفات الإدارية ص100
الفرع الثاني: **تثمين دور القاضي الإداري في الخصومة التحكيمية**..... ص102
أولا: تعديل تدخل القاضي الإداري في إجراءات التحكيم..... ص 103
ثانيا: تعديل طرق الطعن في الحكم التحكيمي ص104
خاتمة ص108
قائمة المراجع..... ص112
فهرس المحتويات..... ص126

مـــلخـــــص

جعل الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ منع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم من مبادئ القانون العام ليتوسع في تطبقه من المعيار العضوي إلى المعيار المادي، فكانت بعض الصفقات العمومية محل استثناء عن مبدأ المنع، ليشمل الاستثناء السماح للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم على المستوى الدولي ليس باعتبارها صفقة عمومية لكن باعتبارها عقد من عقود التجارة الدولية.

قد ساير المشرع الجزائري نضيره الفرنسي قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و بعد صدوره ذهب إلى ابعد من ذلك، و تحت ضغط الحاجة إلى جلب الاستثمار فتح المشرع الجزائري المجال للتحكيم في جميع الصفقات العمومية سواء كانت داخلية أو دولية.

لجوء المشرع الجزائري إلى التحكيم في الصفقات العمومية كان ارتجاليا دون وضع نظام قانوني خاص به يتكيف مع مبادئ القانون العام باعتبار الصفقة العمومية عقد إداري.

Résumé

La jurisprudence française a fait du principe d'interdiction de compromettre aux personnes publiques, un principe de droit public, et l'a appliqué sur la base du critère matériel après l'avoir avalisé sur la base du critère organique. Certains marchés publics étaient exceptés du principe pour permettre aux personnes publiques de compromettre au niveau international sur des marchés considérés comme étant des contrats de commerce international.

Le législateur algérien dépasse son homologue français en conférant, aux personnes publiques, la possibilité de recourir à l'arbitrage dans tous les marchés publics, qu'ils soient nationaux ou internationaux, mais sans mettre en lumière un régime juridique clair et adapté aux principes de droit public étant entendu que le marché public est avant tout un contrat administratif.

Summary

French jurisprudence has made the principle of prohibition of compromising public persons a principle of public law, and applied it on the basis of the material criterion after having endorsed it on the basis of the organic criterion. Some public procurement contracts were excepted from the principle to allow public entities to compromise internationally in markets considered to be international trade contracts.

The Algerian legislator goes beyond its French counterpart by conferring on public persons the possibility of resorting to arbitration in all public contracts, whether national or international, but without highlighting a clear legal regime adapted to the principles of public law on the understanding that the public contract is above all an administrative contract.