مجلة الحقوق والحريات
المجلد 10 ، العدد01
2022 ، ص652-662

دور الأمن القانوني في تفعيل التحكيم في المادة الإدارية

The role of legal security in activating administrative arbitration

قويدر منقور[1]
جامعة غليزان، كلية الحقوق (الجزائر)
Kouider.mankour@univ-relizane.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/01/12	2022/02/09	2022/04/23

الملخص:

يعد التحكيم في المواد الإدارية أحد أهم المواضيع الراهنة و المستحدثة على المستويات الثلاث الفقهية، التشريعية و القضائية، و قد تمخض هذه الموضوع نتيجة لتطورات عديدة عرفتها الأشخاص المعنوية العامة ممثلة في الدولة و الهيئات التابعة لها في مجال فض النزاعات و بالخصوص الطرق البديلة لحل النزاع.

من جهة أخرى أدى التدخل التشريعي في هذا المجال من خلال إرساء ترسانة من النصوص القانونية و التنظيمية التي تنظم التحكيم في منازعات القانون العام إلى بعث الطمأنينة لدى المتعامل الاقتصادي و بالتالي تفعيل هذا النوع من الطرق البديلة في مجال القانون العام و هو ما يعرف اليوم بالأمن القانوني.

الكلمات المفتاحية: الأمن القانوني، التحكيم الإداري، القانون الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات، الفاعلية.

Abstract:

Administrative arbitration is the most important current topic issue at the legislative, jurisprudential, and judicial level, and this topic has emerged as a result of developments that public persons have experienced in alternative methods.

[1] المؤلف المرسل: قويدر منقور

The interference of the legislator in this field led to the activation of arbitration in the field of public law which is what is known as legal security.

key words: Légal Security, administrative arbitration, Administrative Law, alternative ways of resolving disputes , the activation.

مقدمة:

ظهر الأمن القانوني في القانون الألماني بموجب قرار المحكمة الدستورية الفدرالية بتاريخ 1961/12/19 كعنصر ضروري لمبدأ دولة القانون، ثم تطرقت إليه محكمة العدل الأوروبية في قضية Bosch كمتطلب أساسي[1].

و من هنا يتضح أن ألمانيا كان لها السبق في إبراز مفهوم الأمن القانوني مقارنة بفرنسا.

هذا و قد جاء تعريفه في التقرير الدوري الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006 و الذي جاء فيه ما يلي :" مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن و دون أن يبذل مجهودات قادرا على تحديد ما هو مباح و ما هو محظور بموجب القانون الساري، و من أجل بلوغ هذه النتيجة يجب أن تكون القوانين واضحة و مفهومة، و لا تخضع في الزمن لتغيرات مفرطة و غير متوقعة"[2].

و قد أجمع غالبية الفقه على عناصر الأمن القانوني و هي:

- وضوح التشريع و الاستشراف التشريعي،
- عدم رجعية الأحكام القانونية،
- احترام مواعيد الطعن،
- احترام الحقوق المكتسبة و حماية الثقة المشروعة،
- تحديد التشريع للمتطلبات الإجرائية
- العلم اليقيني للقانون من قبل المخاطبين به[3].

لطالما كان التحكيم في المنازعات الإدارية كطريق بديل عن القضاء موضوعا شكل مسرحا لصراع حاد بين مختلف التيارات الفقهية المختلفة بين التأييد و الرفض،

---

[1]- **شول بن شهرة، أيت عودية بلخير محمد،** الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثاني، المجلد الثالث، ديسمبر 2018، ص 02.

[2] - CE, sécurité juridique et complexité du droit, rapport public, études et documents du CE, n 57, la documentation française, 2006, p 281.

[3] - Les principes de confiance et sécurité juridique en droit européen, In service de documentation des études et du rapport de la cour de cassation, version révisée, le 27/11/2015, p 02.

فقد شبه أحد الباحثين التحكيم و القانون الإداري على أنهما موضوعان يعيشان في بيئتين مختلفتين لا تلتقي دروبهما أبدا .[1]

و تعتبر المبررات السيادية أهم الاعتراضات التي واجهت الاعتراف بالتحكيم في المادة الإدارية، لأنه و ببساطة سوف يؤدي إلى إخراج منازعات الدولة من ولاية القضاء الوطني و إلحاقها بالتحكيم الذي هو عبارة عن قضاء خاص أو عدالة خاصة تنطوي على الكثير من المرونة غير المعتادة في نطاق القضاء الذي يتسم عموميا بجبرية اختصاصه و عدم إتاحة الفرصة للأطراف من اجل اختيار القواعد الموضوعية أو الإجرائية المطبقة على النزاع.

غير أن الاعتراضات الفقهية تلاشت عبر الزمن من خلال اعتراف التشريعات بجواز التحكيم في مجال القانون العام و ذلك بالنظر إلى التحول الذي عرفه مفهوم القانون الإداري من بعده الداخلي إلى بعده الدولي، و تحول مفهوم القانون الإداري من المفهوم التقليدي المنحصر في الوظائف الإدارية إلى المفهوم الحديث و هو ما يعرف اليوم بالقانون الإداري الاقتصادي[2].

من هذا المنطلق، نطرح الإشكال التالي:

إلى أي مدى ساهم الاستقرار التشريعي و مبدأ الأمن القانوني في مجال التحكيم إلى إرساء و تفعيل القواعد الموضوعية و الإجرائية الخاصة بقابلية التحكيم في المواد الإدارية؟

نحاول الإجابة عن التساؤل المطروح وفقا لخطة ثنائية، نتناول في المبحث الأول (الاعتراف التشريعي بجواز التحكيم في المواد الإدارية) و في المبحث الثاني (ضبط التشريع للإجراءات الخاصة بالتحكيم).

استدعت منا الدراسة اعتماد المنهج الوصفي في المقام الأول من خلال سرد جملة من النصوص القانونية، يأتي كدرجة ثانية المنهج التحليلي، ثم المنهج المقارن.

---

[1] - **Vera Arcangeli**, les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public Policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada, thèse de doctorat en droit, université de Montréal, soutenue novembre 1999, p 247.

[2] - **بنور أسماء**، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 02، محمد بن أحمد، نوقشت بتاريخ، 2019/01/31، ص ص 03-04.

المبحث الأول: اعتراف التشريع بجواز التحكيم في المواد الإدارية: القابلية الموضوعية

إن حظر التحكيم في المنازعات الإدارية يجد مجاله الخصب و الملائم في الدول التي يحكمها القانون الإداري المشبّع بالمبادئ الأساسية التي تحكم علاقات القانون العام، إضافة إلى وجود قضاء إداري مكرس للفصل في المنازعات ذات الصبغة الإدارية، و هذا ما انعكس على السياسة التشريعية لهذه الدول، التي اتجهت في بادئ الأمر إلى تكريس مبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية.

غير أن التحولات التي عرفها تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية ذات البعد الدولي خاصة، أدت إلى مزاحمة التحكيم للقضاء الوطني في منازعات العقود الدولية للإدارة من خلال إجازة التشريع للحكيم في منازعات صنف معين من العقود الإدارية.

المطلب الأول: قابلية التحكيم في الصفقات العمومية

تبنّى المشرع الفرنسي لأول مرة التحكيم في الصفقات العمومية بموجب المرسوم 975/2006 ضمن المادة 128 منه مع الاحتفاظ بقواعد البوليس أي ضرورة تطبيق القانون الفرنسي، و في الحقيقة هذا أمر معتاد و متعارف عليه فالمشرع الفرنسي و القاضي الفرنسي يمكن وصفهما على التوالي بمشرع الأولوية و قاضي الأولوية فهمهما الأكبر دائما هو منح الأولوية لتطبيق القانون الفرنسي و تغليبه عن القوانين الأجنبية.

و بموجب الأمر 899/2015 المتضمن الصفقات العمومية، أنشأ المشرع الفرنسي طائفة جديدة من العقود تسمى بصفقات الشراكة[1] بموجب المادة 04 منه و هي حلقة من سلسلة الحلقات التي تميز مسار تطور تشريعات عقود الشراكة في فرنسا و عقود الدولة بصفة عامة.

أما المشرع الجزائري و بمقتضى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مادتيه 975 و 1006 فانّه نص على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في مادة الصفقات العمومية دون تمييز بين الوطنية و الدولية، الأمر الذي استدركه المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات و تفويضات المرفق العام في مادته 07/153[1] حيث يفهم من خلالها أن التحكيم المقصود في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يخص الصفقات العمومية الدولية و ليس الصفقات العمومية الوطنية.

[1] -"-Les marchés de partenariats définis à l'article 67 sont des marchés publics".

أما تفويضات المرفق العام فهي تبقى مستبعدة من التحكيم و للعلم أيضا فان المشرع الجزائري عند تناوله لتفويضات المرافق العامة فانه قصد بها تلك التفويضات الوطنية فقط و لم يتناول التفويضات التي تتم لصالح المتعاملين الأجانب.

المطلب الثاني: قابلية التحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص

لا تزال عقود الشراكة في التشريع الجزائري تعرف فراغا قانونيا، خلافا للتشريع الفرنسي الذي قننها لأول مرة سنة 2004 بموجب الأمر 559/2004، و قد نص على جواز التحكيم في عقود الشراكة مع إلزامية تطبيق القانون الفرنسي.

و من خلال هذا الشرط يكون المشرع الفرنسي قد أفرغ التحكيم في عقود الشراكة من أهم المميزات التي تميز التحكيم و هي حق الأطراف المتنازعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، و لهذا يمكن وصف مسلك المشرع الفرنسي بأنه مجرد إلباس للقضاء الوطني لباسا تحكيميا لا غير.

المطلب الثالث: قابلية التحكيم في عقود التفويض (تفويض المرافق العامة)

نظم المشرع المغربي عقود التدبير المفوض بمقتضى القانون 54/05، و التي أجاز فيها التحكيم بموجب المادة 09 منه، و التي جاءت كما يلي:"يمكن لعقد التدبير المفوض أن يأخذ شكل اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم، كما يكون عقد التدبير المفوض موضوعا لتحكيم داخلي أو تحكيم دولي".

أما عن المشرع الجزائري، و بموجب تنظيمه لعقود التفويض بالمرسوم التنفيذي 199/18، فلا يجوز التحكيم فيها نظرا لطابعها الداخلي و ذلك استنادا لنص المادتين 04 و 10 منه.

و هنا يثور التساؤل كيف للمشرع الجزائري أن يفاضل بين المتعامل الأجنبي و المتعامل الوطني، فيعترف فقط بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي فقط و هنا تراه يطرح التحكيم كمحفز للمستثمر الأجنبي و يتجاهل أهمية هذا الحافز للمستثمر الوطني في حين أن المقاربة التشريعية في هذا المجال يجب أن تكون قائمة على التوازن و الشمولية من دون أي تمييز أو تفضيل غير مبررين.

المبحث الثاني: ضبط التشريع للمتطلبات الإجرائية الخاصة بعملية التحكيم

يخضع اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية إلى جملة الإجراءات التي خصها المشرع بجملة من النصوص القانونية، و سنركز في هذا المحور على دراسة الخصوصية الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم

يخضع إبرام اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية الدولية في شكل شرط التحكيم أو عقد التحكيم بعد توفر الشروط الشكلية و الموضوعية لاتفاق التحكيم إلى إجراء خاص يتعلق بضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من قبل الجهات الإدارية المعنية و ذلك نظرا للطابع الاستثنائي للتحكيم في مجال تلك العقود.

فقد نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، و تعتبر هذه الموافقة بمثابة عمل قانوني إداري يتجسد في شكل قرار إداري يتضمن الموافقة على التحكيم.

هذا و قد جاءت المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي:

"إن لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم في الصفقات يكون بمبادرة من الوزير بالنسبة لصفقات الدولة، و بالنسبة لصفقات الولاية و البلدية يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الممثل القانوني".

المشرع الفرنسي أخذ كذلك بهذا الإجراء بحيث تكون الموافقة على التحكيم بموجب مرسوم يصدر عن الوزير المعني.

و هنا يتضح بجلاء سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة أنه مهما كانت خطوات الانفتاح على التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية، إلا أن التحكيم الإداري و مقارنة بالتحكيم التجاري أو التحكيم في القانون الخاص عموما، يبقى متسما بذاتية خاصة تمليها جملة من اعتبارات القانون العام مثل تعليق اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية على موافقة مسبقة من السلطة التنفيذية، و كذلك تقييد حرية الأطراف و الهيئة التحكيمية بتطبيق القانون الوطني للدولة التي تنتمي لها المصلحة (الإدارة) المتعاقدة التي تطلب اللجوء إلى التحكيم.

المطلب الثاني: الخصومة التحكيمية

لا يمكن للخصومة التحكيمية أن تنعقد إلا بجملة من الإجراءات التي لا تصح من دونها، و التي تستدعي تدخل القضاء الإداري فيما يخص العقبات التي تعرفها.

تطرق المشرع الجزائري إلى تشكيل الهيئة التحكيمية من خلال القواعد التي تحكم هذه المرحلة من حيث حرية الأطراف في اختيار الهيئة التحكيمية بموجب المادة 1041[1] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث تبنى الطبيعة الاتفاقية لتعيين المحكمين مع وضع ضوابط تضمن صلاحية أداء المحكم لمهامه.

كم تطرق المشرع أيضا إلى اللجوء إلى القضاء كداعم للمحكم عندما تعترض الهيئة التحكيمية صعوبات، فيجوز للطرف الذي يهمه التعجيل رفع المسألة إلى رئيس المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء التحكيم إذا كان يجري في الجزائر، و إلى رئيس المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة إذا كان التحكيم يجري بالخارج[2].

نفس القاعدة تنطبق على اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية، إذ يرجع الأمر إلى الهيئة التحكيمية في اتخاذها كأصل عام، مع إمكانية اللجوء إلى المحكم الاستعجالي[3] كحل أولي اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي لاتخاذ تلك التدابير[4].

المطلب الثالث: تنفيذ حكم التحكيم

من بين المسائل الإجرائية التي تتطلب الوضوح التشريعي في العملية التحكيمية تبيان كيفية تنفيذ أحكام التحكيم، و هو ما تم تقريره في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تنص على ضرورة إثبات حكم التحكيم الدولي من أجل الاعتراف به و عدم مخالفة الحكم للنظام العام، و يتم ذلك عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم و بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتهما.

---

[1] –" و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية....."

[2] –" و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية....."

[3] - انظر المادة 1041 من ق ا م ا و ربطها بالمادة 976 من ق ا م ا.

[4] - L'article 29 du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI, 2012.

و قد استوحى المشرع الجزائري هذا الإجراء من نص المادة 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي مع ضرورة ترجمة الوثائق إلى اللغة الفرنسية.

هذا و قد جاءت المادة 2/1051 بالإجراءات الخاصة بالاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي، أين يستوجب الأمر صدور أوامر استعجالية من قبل رئيس المحكمة الإدارية.

انه و من بين المسائل التي يجب على التشريع أن يراعيها في مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات إدارية و كذلك الطعن ضدها أو طلب الاعتراف بها ان كانت صادرة خارج الجزائر هو مراعاة النظام القضائي المزدوج الذي تتبناه الجزائر و لهذا يجب إخضاع هذه المسائل بوضوح و بصريح النصوص لولاية و اختصاص القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي لتعريف النزاع الإداري المكرس في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهذا من أجل غلق الباب أمام أي تأويل أو تفسير في غير محله.

خاتمة:

بعد تحليل موضوع دور الأمن القانوني في تفعيل التحكيم في المنازعات الإدارية، فانه يتضح لنا غموض تشريعي في كثير من النقاط ذات الصلة المباشرة بالتحكيم في المواد الإدارية، و لهذا فإن النظام القانوني لهذا النوع من التحكيم حتى يجسد فعلا الاستقرار التشريعي يجب أن يتم تجسيده بموجب قوانين خاصة تجمع كل الأحكام ذات الصلة و تفصيل مراحل كل العملية التحكيمية و ما يرافقها من إشكالات مختلفة.

فلكي يكون النظام القانوني للتحكيم في المادة الإدارية ناجعا و يتمتع بجاذبية المتعاقد مع الإدارة الجزائرية و بالأخص المستثمر الأجنبي فان هذا النظام يجب أن يكون متسما بكل مقومات و متطلبات تحقيق الأمن القانوني و على رأسها الوضوح و الدقة و الشمولية و الاستقرار و الاستمرارية و هذا لن يتحقق إلا بنظام قانوني يتميز بما يلي:

- إفراغ الأحكام المتعلقة بالتحكيم في المواد الإدارية في وثيقة قانونية واحدة
- إتاحة الحرية لطالبي اللجوء إلى التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق مع تبني مقاربة تشريعية تنطلق من توازنات لا تتجاهل الاعتبارات ذات السيادة الوطنية و الحفاظ على النظام العام الوطني.

- تفعيل التحكيم في الإطار الوطني وعدم حصره في الإطار الدولي، إذ لا يجب ممارسة المحاباة التشريعية لصالح المستثمر الأجنبي على حساب المستثمر الوطني.

- الدقة و الوضوح في تحديد كيفيات إثبات الحكم التحكيمي الأجنبي، و إجراءات الاعتراف به، و طرق الطعن في الأحكام التحكيمية و إجراءات تنفيذها و الجزاءات المترتبة عن إشكالات تواجه تلك العملية.

و لعلّ أن التفاؤل باتجاه الإرادة التشريعية مستقبلا في الجزائر نحو إرساء دعائم و مقومات الأمن القانوني تجد سندها في المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي أكدت على ما يجب أن يراعيه المشرع من أجل ضمان تحقيق الأمن القانوني حيث ورد في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه ما يلي: ((تحقيقا للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق و الحريات، على ضمان الوصول إليه و وضوحه و استقراره))

و لهذا فان التحكيم الذي يوصف بالقضاء الخاص ثارة و العدالة الخاصة ثارة أخرى فانه يتناول مسائل جوهرية تمس بشكل مباشر الحقوق المالية للمواطنين و حرياتهم خاصة في مجال التجارة و الاستثمار و لهذا فان النظام القانوني للتحكيم سواء كان في المادة الإدارية أو في مواد أخرى يبقى من بين المواضيع التي يجب أن تحظى بنظام قانوني يستجيب لكل متطلبات الأمن القانوني التي سبق ذكرها في محطات مختلفة من هذه الدراسة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- القوانين:

- قانون 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 21 تاريخ الصدور 2008/04/23.

ب - النصوص التنظيمية:

1- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 50 تاريخ الصدور 20 سبتمبر 2015.

2- المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82 الصادرة بتاريخ 2020/12/30.

3-المرسوم التنفيذي 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية *الشعبية*، العدد 48 تاريخ الصدور 05 غشت 2018.

ج- الوثائق و الدراسات الرسمية:

[1] - CE, sécurité juridique et complexité du droit, rapport public, études et documents du CE, n 57, la documentation française, 2006, p 281.

[2] - Les principes de confiance et sécurité juridique en droit européen, In service de documentation des études et du rapport de la cour de cassation, version révisée, le 27/11/2015, p 02.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الرسائل الجامعية:

1- **بنور أسماء**، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 02، نوقشت بتاريخ، 2019/01/31.

2- **Vera Arcangeli**, les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public Policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada, thèse de doctorat en droit, université de Montréal, soutenue, novembre 1999.

ب- المقالات في المجلات:

- **شول بن شهرة، أيت عودية بلخير محمد**، الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثاني، المجلد الثالث، ديسمبر 2018.