التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري
" دراســة مقـــارنة "

بن عــامر بــواب :أستاذ محاضر أ
هنــان ملــيكة : أستـاذة محاضر أ
معهد الحقـوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي نور البشير البيض

الملخص

تأكدت في السنوات الأخيرة أهمية التحكيم وذاتيته المستقلة باعتباره وسيلة أساسية لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات في نطاق المعاملات التجارية والاقتصادية. ويبقى الأمل في نجاح نظام التحكيم، والتسليم بأفضليته لحل هذه المنازعات معلقاً على حياد المحكمين، وموضوعيتهم من ناحية، وتحقق نفاذ أحكامه من ناحية ثانية. ولعل الإشكالية التي واجهت تنامي دور التحكيم في الفترة الأخيرة هي النقاش الحاد حول مدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات المتعلقة بالنظام العام، وخاصة ما تعلق منها بمنازعات العقود الإدارية، الشيء الذي حدا بنا اختيار معالجة هذا الموضوع، من زوايا عدة تجلي معالمه، وتنزع اللبس عنه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، منازعات، العقود، الإدارية، القانون العام، التشريع الجزائري.

Abstract

Definitions and identification of arbitration from Both civil and administrative law prospection are highlighted in two sections.

The second section in turn is devoted to the administrative law prospective by concentrating on the issues of administrative conflicts definition the various standards that differentiate it from other conflits and the definition of administrative contract as.

wkey words: administrative, arbitration, algerian, law.

المقدمة

التحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل حكم؛ بمعنى إطلاق اليد في الشيء للغير ليتصرف فيه كما يشاء، وهو من الحكمة؛ أي معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم، وبرجوعنا للمعنى الاصطلاحي للتحكيم نجد المشرع الجزائري عرفه في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد"[1]، وعرفه المشرع الفرنسي بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود، بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم"[2] ، وقد عرفه المشرع المصري بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى هيئة تحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[3] .

وقد يكون التحكيم في مجال العقود الإدارية أو في مجال العقود العادية، ولمعرفة الفرق في التحكيم بين المجالين لا بد لنا من دراسة مدى جواز التجاء أشخاص القانون العام لخيار التحكيم عند إبرامهم للعقود الإدارية؛ بمعنى أن هذا المقال سيدرس مشروعية هذا الخيار، وذلك حسب واقع التشريعات المنظمة للتحكيم وما طرأ عليها من تطورات فرضتها الاعتبارات التي يحققها التحكيم، والتي فرضت نفسها بقوة على التشريعات الوطنية.

وتنقسم عقود الدولة من الناحية الفنية وتبعاً للأهداف التي تسعى لإدراكها إلى عقود تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة، مع صعوة تكييفها بأنها عقود إدارية نظراً لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف، إضافة إلى هذه الطائفة هناك طائفة أخرى تتوافر على جميع المعايير المتطلبة من أجل الحاق هذا الوصف بها، على نحو يمكن أن يطلق عليها عقود ذات الطبيعة الإدارية، ذلك أن الفقه والقضاء يكاد يجمع على إسباغ صفة الإداري على العقد إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ذلك أن العقود الإدارية تتشابه مع العقود المدنية في أحكام كثيرة وأهمها أن تنشأ عن توافق إرادتين، ولكن في المقابل هناك فروق بينهما وهي أن العقود الإدارية تخضع للقانون الإداري والقضاء الإداري أما العقود المدنية فتخضع لأحكام القانون الخاص والقضاء العام العادي. وفي العقود الإدارية

التعاقد يتم بين طرفين غير متساويين فالإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة أما المتعاقد معه من الأفراد او الشركات فيسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة، وفي العقود الإدارية تتمتع الإدارة بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد والإشراف على تنفيذه وتوقيع الجزاءات في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسري على العقود المدنية.

وقد ثار التساؤل حول إمكانية الأخذ بالتحكيم واللجوء إليه في مجال القانون العام الداخلي بصفة عامة، وفي نطاق القانون الإداري بصفة خاصة، وفي إطار العقود الإدارية على وجه التحديد، من هنا نطرح إشكالية هذا البحث والمتمثلة في هل يمكن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية؟.

من أجل الإجابة على هذا التساؤل سنقسم دراستنا إلى ثلاث مباحث، نخص الأول بدراسة موقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة، وما طرأ على التشريعات الفرنسية في هذا المجال، والمبحث الثاني يعنى بدراسة موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية، ومن ثم يعالج المبحث الثالث موقف المشرع الجزائري.

1- موقف القانون الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

يعتبر التشريع والقضاء والفقه الفرنسي أساساً لدراسة أي نظرية من نظريات القانون بشكل عام والقانون الإداري بشكل خاص، وذلك لما تتميز به فرنسا من ثراء في ابتداع وصياغة الكثير من قواعد ونظريات ومبادئ هذا القانون، ولا يستطيع الباحث في أي مجال من مجالات القانون الإداري الولوج في دراسته قبل العروج على فرنسا ليأخذ من قانونها وقضائها وفقهها الأساس الذي يبنى عليه دراسته.

وفي سبيل تحقيق الغاية المنشودة من هذه الدراسة فلا بد من تقسيم البحث في مسالة التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا إلى عدة مراحل، وذلك حسب التطور الذي حصل في المسألة من خلال مطلبين، نخصص أولهما لمرحلة الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وثانيهما للحديث عن مرحلة التخفيف من حدة الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

1-1-مرحلة الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية

للقضاء الإداري الفرنسي دور بارز وموقف صلب في تعامله مع مسألة التحكيم في العقود الإدارية، حيث رفض في البداية إقرار حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى تضمين العقود الإدارية التي يبرمونها أي شروط تحكيمية لحل المنازعات التي تنشأ عن إبرام العقد أو تفسيره أو تنفيذه، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا

الاتجاه في العديد من الأحكام واستقر قضائه منذ القرن التاسع عشر على خروج منازعات الأشخاص العامة من إطار التحكيم، ومن أبرز هذه الأحكام، حكمه الصادر في 23 ديسمبر سنة 1881 حيث انتهى حكم المجلس إلى اعتبار الاتفاق على التحكيم باطلاً إذا ما صدر عن شخص غير أهل للتحكيم حسب المواد (83، 1004) من قانون المرافعات المدنية، وفي حكم آخر له قضى مجلس الدولة عام 1883 أن اتفاقية مدينة (أكس لي بان) على التحكيم قد لحقه عيب من النظام العام، وفي حكم آخر بتاريخ 19 مارس 1893 استند فيه مفوض الدولة (ورميو) إلى المادتين (83، 1004) من قانون المرافعات المدنية، وإلى أحكام سابقة صادرة عن المجلس للقول بأن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم.[4]

وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي الحظر الوارد بحق الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء للتحكيم ليشمل الأقاليم، حيث قضى قضاء مجلس الدولة بتاريخ 17 يوليو 1896 بإلغاء نصاً يكرس الشروط التي تخول مجلس محافظة (إيون) بوصفه محكماً أن يقضي في المنازعات بين الإدارة والمتعاقد[5]. كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أبرم بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة، وبين مجموعة من المشروعات حيث استند مجلس الدولة إلى نص المادة (2060) من التشريع المدني الفرنسي لإبطال هذا الشرط.[6]

وفي حكم حديث نسبياً عام 1989 قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء حكم هيئة التحكيم التي استندت في اختصاصها على شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة حيث قضى المجلس بأن شرط التحكيم باطل إلا إذا نص التشريع على غير ذلك، وبما أنه لا يوجد نص تشريعي يصرح للموقعين على عقود الأشغال العامة بالاتفاق على مثل هذا الشرط في تلك العقود فإن هذا الشرط في تلك العقود يعتبر باطلاً.[7]

من خلال ما سبق يكتشف الدارس أن مجلس الدولة الفرنسي تمسك بشدة بحظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وهو بذلك يعتبر الحظر مبدأ قانونياً عاماً، وما النصوص التشريعية التي تؤيد هذا الحظر وتقرره إلا واجهة تشريعية لهذا المبدأ.[8]

وتجدر الإشارة هنا أن مجلس الدولة الفرنسي قرر في عديد فتاويه أن مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم ملزم للإدارة باعتباره مبدأ عام عليها احترامه دون حاجة إلى نص تشريعي صريح يقرره، ويترتب على عدم مشروعية لجوء الإدارة للتحكيم في نزاع عقد إداري بقاء هذا النوع من المنازعات ضمن دائرة اختصاص

القضاء الإداري، ومن أشهر الفتاوى التي أوضح فيها مجلس الدولة رأيه هذا، الفتوى الصادرة بتاريخ 6 مارس 1986، بخصوص عقد إنشاء مدينة ملاهي "والت ديزني الأوربية" حيث كان الاتفاق المبرم بين إحدى محافظة الدولة الفرنسية والشركة الأمريكية " والت ديزني" يتضمن شرط اللجوء للتحكيم الوارد بالاتفاق بل أكثر من ذلك فقد رفض المجلس إضفاء صفة المشروعية على هذا الشرط.[9]

وبناء على هذا الموقف المتشدد من قبل مجلس الدولة الفرنسي استقر القضاء الفرنسي على بطلان أي اتفاق تلتزم بمقتضاه الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام للجوء للتحكيم كوسيلة لحل الخلافات الناشئة عن العقد الإداري، وأن هذا البطلان يكون مطلقاً يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلبه صاحب المصلحة.

1-1- مرحلة التخفيف من الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية

كان لموقف مجلس الدولة المتشدد السابق ذكره صدى معاكس عند جانب من الفقه كما أنه ترك أثره في أحكام القضاء المدني الفرنسي التي تبنت اتجاه أقل تشدداً في معالجة المسألة [10]، وضماناً للتسلسل المنهجي نتحدث أولاً عن موقف الفقه المعارض لموقف مجلس الدولة الفرنسي الذي كان أساساً لموقف القضاء العادي.

فقد قام الفقه الفرنسي المؤيد لإعطاء الإدارة أهلية الدخول في روابط عقدية تحتوي شروط تحكيمية بنقد موقف مجلس الدولة ودحض حججه التي ساقها في إطار إثبات موقفه المعارض من هذه المسألة. ففيما يتعلق بالأساس التشريعي الذي استند إليه مجلس الدولة وتمثل المادة (83، 1004) من قانون الإجراءات المدنية والمادة (2060) من القانون المدني[10] فإن الفقه رد بتعارضه مع ما انضمت إليه الدولة الفرنسية من معاهدات دولية والتي نصت على أهلية دخول الدولة أو أشخاص القانون العام في علاقة عقدية تحتوي على شرط اللجوء للتحكيم، ومن المعروف أنه حسب المادة (55) من الدستور الفرنسي[11] فإن هذه الاتفاقيات تسمو على التشريعات الداخلية.[12]

أما عن تعارض لجوء الإدارة للتحكيم مع مسألة النظام العام، فإن رأي هذا الفقه أنه من الواجب إعادة النظر فيه، بالنظر إلى أن مسألة تعلق هذه المنازعات بالنظام العام لا يعني إخراجها من إطار القابلية للتحكيم، جل ما في الأمر أنه لا يجوز للمحكم مخالفة هذه القواعد عند إصدار الحكم إلا إذا شابه عيب ناشئ عن مخالفة النظام العام، مما يترتب عليه البطلان كما في الأحكام التي تصدر عن القضاء أو هيئات التحكيم.[13]

هذا وقد نادى الفقيهان فيدل ومازو بأن الحظر الوارد في المادتين (83، 1004) مرافعات لا ينطبق في حالة المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، وطالب الفقيه أوبي باستثناء المؤسسات العامة التي تمارس نشاطاً ذو طبيعة تجارية من مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم استناداً إلى نص المادة (631) من قانون التجارة الفرنسي التي تجيز للأشخاص القانونية التي تمارس عملاً تجارياً اللجوء للتحكيم. ويقول الأستاذ جودميه أن مبدأ الحظر ليس له قيمة دستورية، وطالب الأستاذ باتركيوس المشرع الفرنسي بإصدار قانون يجيز للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، واعتبر الأستاذ فوسار، جاروسون وتيبول أن مبدأ الحظر لم يعد له ما يبرره من الناحية القانونية.

وبالمقابل كان موقف القضاء العادي الفرنسي أكثر مرونة هو الآخر، حيث أجاز لجوء الدولة أو أحد الأشخاص العامة للتحكيم لحل النزاعات الذي التي قد تنشأ عن العقود التي تبرمها. وتجدر الإشارة هنا أن ما عالجه القضاء العادي خارج عن إطار ما تدخل الدولة فيه من عقود إدارية، إذ أن الفرض قائم على تعاقد الدولة مع الطرف الأجنبي بصورة العقد العادي وليس العقد الإداري، إلا أن هذا القضاء كان بمثابة خطوة إلى الأمام بنظام التحكيم لكي يأخذ مجالاً أكبر في القانون الفرنسي بشكل عام.

وقد تبنت المحاكم العادية الفرنسية على اختلاف درجاتها هذه المسألة على النحو السابق شرحه، والملاحظ هنا أن القضاء العادي الفرنسي ميز بين حالتين: الحالة الأولى إذا كانت العلاقة داخلية فهنا يبقى منطق الحظر قائم وذلك لتعلقه بالنظام العام الداخلي، أما الحالة الثانية فهي إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبياً؛ أي في حالة عقد من عقود التجارة الدولية فإن محكمة النقض الفرنسية في عديد أحكامها ميزت بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وقررت حقيقة أنه ليس بالضرورة تطابق هذين النظامين، حيث قالت بأن العلاقات الدولية لا تخضع بالضرورة لنفس القواعد التي تنظم العلاقات الداخلية، وأن النظام العام الداخلي لا يمتزج بالضرورة مع النظام العام في الدولة.[14]

وقد أسس القضاء العادي الفرنسي موقفه السابق على عديد الأسانيد التي يمكن تلخيصها بما يلي:

- خصوصية عقود التجارة الدولية والتي اتخذت من شرط التحكيم الطريقة المثلى لحل الخلافات الناشئة عن هذه العقود.

- انضمام فرنسا للعديد من المعاهدات الدولية والتي نصت على أهلية الدولة وأشخاص القانون العام في الدخول باتفاقات تحوي شروط تحكيمية، وبالتالي ضرورة أن ينظر القضاء إلى هذه الاتفاقيات بقيمة أعلى من القوانين الوطنية، وذلك تطبيقاً للمادة (55) من الدستور.
- التركيز على جانب العقد وإخضاع العقد لقانون العقد، وذلك بإعمال قواعد الإسناد وإجازة شرط التحكيم بموجب مشروعيته في قانون أجنبي.

مما سبق يلاحظ الدارس أن القضاء الفرنسي العادي كان أكثر مرونة من نظيره الإداري في التعامل مع مشروعية لجوء الدولة وأشخاص القانون العام للتحكيم في المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية. وهذا الاتجاه كان محموداً حيث أنه واكب التطورات التي حصلت في مجال التجارة الدولية، كما أنه يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الواقعة على الدولة والمتمثلة في احترامها للعقود التي تبرمها وتتضمن شرط التحكيم.

2-موقف القانون المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أقر المشرع المصري نظام التحكيم كإحدى الوسائل الهامة لحل المنازعات منذ أمد بعيد، إيماناً منه بميزات التحكيم، وهذا ما تترجم أخيراً بصدور قانون خاص بالتحكيم ألغي بموجبه مواد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المصري، ونص فيه على التحكيم في كافة العقود بما فيها العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام. هذا القانون هو القانون رقم 27 لسنة 1994، وهذا القانون لم ينه الجدل الذي كان دائر حول مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقود الإدارية، مما حدا بالمشرع المصري إلى التدخل مرة أخرى ليحسم الجدل وينص صراحة على مشروعية هذه المسألة في التعديل الذي أجراه على قانون رقم 27 لسنة 1994 وذلك بالقانون رقم 9 لسنة 1997. بناءً على ما سبق سيجري معنا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول منهما لدراسة مشروعية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور القانون 27 لسنة 1994. أما ثانيهما فنتناول فيه مشروعية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور القانون 27 لسنة 1994.

2-1-مشروعية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون 27 لسنة 1994

إن الفقه والقضاء المصري ركز في مجال بحثه لمسألة مشروعية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية على الاعتبارات التفسيرية

للنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، أكثر من تلك الاعتبارات التي ذهب إليها الفقه والقضاء الفرنسي المتعلقة بالانتقادات ورد هذه الانتقادات حول أثر نظام التحكيم على مسائل أساسية في الدولة مثل اعتبارات السيادة والنظام العام للدولة والمبادئ القانونية العامة للقانون الفرنسي[15] كما رأينا سابقاً.

ومن المفيد أن نستعرض نصوص المواد التي كانت محل تفسير الفقه والقضاء المصري:

- نصت المادة (167) من الدستور المصري: "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم".
- نصت المادة (172) من الدستور المصري على أن: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".
- نصت المادة (10) من القانون 165 لسنة 1955 والمتعلق بمجلس الدولة: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر".
- نصت المادة (501) من قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام 1968 بأنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي قد تنشأ من تنفيذ عقد معين ...".
- نصت المادة (58) من قانون رقم 48 لسنة 1972 على أنه: "... لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها 5 آلاف جنيه بغير استيفاء إدارة الفتوى المختصة".

وقد استند الفقه والقضاء على نصوص المواد السابقة في تبرير الاتجاه الذي ذهب إليه، حيث وجد رأي معارض لمشروعية لجوء الإدارة إلى التحكيم، ومن أهم الأحكام التي تناولت المسألة حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 20 فبراير 1990، وحكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 20 يناير 1991، ويتعلق الحكم الأول بالدعوى المرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان لإعمال شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الشركة والوزارة

والمتضمن إحالة النزاع على هيئة تحكيم ثلاثية تعين الشركة أحد المحكمين والوزارة تعين الثاني ويتفقان بينهما على محكم ثالث، وقد رفضت الوزارة تعيين محكم مما دفع الشركة إلى رفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري لإلزام الوزارة بتعيين محكم، حيث أصدرت المحكمة الإدارية العليا حكمها بإلزام الوزارة بتنفيذ التزامها العقدي، إلا أن الوزارة طعنت في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا والتي قضت بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض الدعوى وقررت عدم جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.[16]

أما الحكم الثاني فيتعلق بعقد إداري بين وزارة الإسكان ومجموعة من الشركات لتنفيذ نفق الشهيد أحمد حمدي، ويحتوي العقد على شرط التحكيم في حال المنازعة، وبالفعل قامت المنازعة بين الطرفين على بعض العيوب الموجودة في النفق، حيث قامت الوزارة برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري من أجل إلزام الطرف الآخر بإصلاح العيوب، وعندها دفع بعض المدعى عليهم بعدم اختصاص القضاء الإداري، ودفع البعض الآخر بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم. إلا أن المحكمة رفضت هذه الدفوع وقضت باختصاصها بالدعوى وبطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لمخالفته قانون مجلس الدولة.

وبناءً على الحكمين السابقين انقسم الفقه على نفسه إلى مؤيد ومعارض إلى ما توصل إليه مجلس الدولة؛ أي القول بعدم مشروعية اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية، حيث ارتكز الفقه المعارض على تفسير نص المادة (501) من قانون المرافعات، ونص المادة (10) من قانون مجلس الدولة لسنة 1955، والمادة (11/10) من قانون مجلس الدولة لسنة 1972، بطريقة تقصر مجال التحكيم الوارد في المادة (501) على التحكيم الاختياري في إطار القانون الخاص، كما تفسر نصوص قانون مجلس الدولة على أنها من مسائل الاختصاص التي تتعلق بالنظام العام، وتعتبر أن الاتفاق على التحكيم يعد سلباً لهذا الاختصاص وتعديلاً له مما يضفي عليه عدم المشروعية، كما أن هذا الرأي لا يرى في نص المادة (58) من قانون 1972 ما يفيد إجازة المشرع لمشروعية لجوء الإدارة للتحكيم كونه قاصر على حالات لا تشمل العقود الإدارية بمجملها.

وعلى عكس الاتجاه السابق ظهر اتجاه فقهي آخر يقول بمشروعية لجوء الإدارة إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية في ظل الوضع التشريعي القائم في

مصر، وخير ما يمثل هذا الاتجاه هو قسم الفتوى في مجلس الدولة، حيث صدر عنه العديد من الفتاوى بهذا الاتجاه، كما أن المحكمة الإدارية العليا وفي حكم لها عادت عن اجتهادها السابق وقالت بمشروعية ذلك. كما أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أكدت هذا الاتجاه في الفتوى التي أصدرتها في 8 فبراير 1993 بمناسبة عقد مبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكروفيلم، حيث تبنت الجمعية نفس الرأي السابق إلا أنها في هذه الفتوى أوردت قيداً يتمثل في عدم استبعاد لجان التحكيم عند نظر المنازعة للقواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية. هذا الموقف الخاص بالجمعية العمومية يبين بوضوح التمسك بمشروعية لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في تلك المرحلة، وهو اتجاه رأى الفقه بأنه محمود، إذ أنه يتماشى مع الاتجاهات الحديثة التي تفرض التحكيم كإحدى أنجح الوسائل في حل النزاعات.[17]

وبعد هذا الجدل الفقهي بين مؤيد ومعارض لمسألة لجوء الإدارة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، قام القضاء الإداري المصري بإحداث نقلة نوعية في أحكامه، فقد أقر في حكمه الصادر 18 جانفي 1994 بمشروعية اللجوء للتحكيم، حيث أتيحت الفرصة لمحكمة القضاء الإداري لإبداء رأيها في الموضوع بمناسبة نزاع على تفسير عقد التزام بين الحكومة وإحدى الشركات من أجل تدوير القمامة ومخلفات المسالخ حيث تضمن هذا العقد شرطاً تحكيمياً، وعند رفع النزاع إلى محكمة القضاء الإداري، قضت بعدم قبول الدعوى المتعلقة بطلب تفسير العقد، وذلك لوجود شرط التحكيم فيه، وعند الطعن بحكم المحكمة أمام المحكمة العليا ردت الطعن وأيدت حكم محكمة القضاء الإداري وأكدت مشروعية شرط التحكيم الوارد في العقد. وبذلك تكون المحكمة الإدارية العليا قد عدلت في موقفها المتمثل بعدم مشروعية لجوء الإدارة إلى التحكيم، وهي الأسباب التي مهدت بعد ذلك لقيام المشرع بحسم هذه المسألة بإصدار نص تشريعي خاص متعلق بالتحكيم وإلغاء نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات [18]، وهو ما سيأتي معنا شرحه في الفرع التالي.

2-2- مشروعية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور قانون 27 لسنة 1994

قام المشرع المصري بإصدار قانون خاص يتعلق بتنظيم أحكام نظام التحكيم، وقد كان توجه المشرع المصري استجابة للمعطيات الحديثة التي تفرضها ضرورة مواكبة حركة التجارة الدولية، وقد هذا التوجه محموداً إلا أنه وفي مسألة التحكيم في العقود الإدارية زاد الأمر تعقيداً إذ ازدادت الخلافات حول مشروعية التحكيم في

مجال العقود الإدارية، حيث لم يرد في التشريع نصاً صريحاً حول العقود الإدارية، إذ اكتفى في المادة الأولى من القانون على القول بأن أحكامه تنطبق على كل تحكيم يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، وقد ثار الخلاف حول حدود ذلك، فيما إذا كان يشمل كافة العقود التي يمكن أن يدخل الشخص العام طرفاً فيها ومن ضمنها العقود الإدارية، أو يقتصر على العقود التي يبرمها الشخص العام كعقد من عقود القانون الخاص، وقد انقسمت الآراء حول المسألة على نحو ذهب فيه جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، وذلك كون قانون التحكيم لم يشر بشكل صريح لهذه الطائفة من المنازعات، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز إخراج هذه المنازعات من اختصاص القضاء الإداري، وهذا الرأي الفقهي يؤيده الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة 18 ديسمبر1996 [19].

وعلى خلاف هذا الاتجاه ذهب جانب آخر من الفقه إلى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية 20، واعتمد في رأيه على وجود نص تشريعي صريح في القانون رقم 27 لسنة 1994 يجيز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن التشريع يشمل كافة العقود ذات الطابع التجاري والاقتصادي، وبما في ذلك العقود الإدارية طالما كانت تتسم بهذا الطابع. ويؤيد ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون، حيث جاء فيها: (... فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة هن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع).

أمام هذه الخلافات التي ظهرت في الفقه والقضاء المصري، قام المشرع بحسم المسألة حيث أحدث تعديلاً على القانون رقم 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لسنة 1997 بالنص صراحةً على جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث أضاف القانون الجديد فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون القديم على أنه: "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"[21].

3-موقف القانون الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ظهرت في الفترة الأخيرة تطورات هائلة في العلاقات الاقتصادية والتجارية أدت إلى ما يسمى بظاهرة العولمة، والتي جعلت العالم قرية صغيرة يتأثر كافة أطرافها بالأعراف والتقاليد والقواعد السائدة فيه. وتمخض عن نظام العولمة ولادة عديد الاتفاقيات والقواعد الدولية التي تنظم عمليات التجارة الدولية واعتماد هذه الاتفاقيات على نظام التحكيم كوسيلة حديثة ومتطورة لحل الخلافات، سواء كانت هذه الخلافات قائمة بين أشخاص عاديين أو دخلت الحكومة طرفاً فيها، وقد أنظمت الجزائر إلى كثير من الاتفاقيات الدولية والإقليمية 22.

وبالنظر لطابع العقود الإدارية؛ كونها تتعلق بمشاريع الدولة والإدارة، وجب فيما يخص منازعاتها وضع طرق خاصة ومتميزة حتى لا يتعطل المشروع العام بسبب طول النزاعات، ولدراسة موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية ارتأينا تقسيم هذا المبحث لمطلبين نتناول في أولهما موقف المشرع الجزائري من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بموجب قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب القانون 66-154 المعدل بالقانون 01-05 الصادر في 22 مايو 2001. وسنتناول في ثانيهما موقف المشرع الجزائري بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى سابقه.

3-2-موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموجب قانون الإجراءات المدنية رقم 66-154

أعطى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدية والإدارية رقم: 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل بالقانون 01-05 المؤرخ في 22مايو 2001 تعريفاً لنظام التحكيم، حيث جاء في نص المادة (443): " اتفاق يحصل أمام محكمين يختارهم الخصوم، ويكون في عقد رسمي أو عرفي". كما جاء في نفس القانون نص يقول: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. ولا يجوز التحكيم في الإلزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في مسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. و لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

من خلال النص المتقدم نجد المشرع الجزائري قد حصر نطاق تطبيق نظام التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية التي يكون أحد أطرافها شخص

معنوي؛ أي الأشخاص العامة تستطيع اللجوء للتحكيم في النزاعات التي يكون مضمونها موضوع دولي يتعلق بالتجارة. وذلك مرده كون التحكيم له طبيعة خاصة، ذلك أنه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيداً عن القضاء الوطني الذي لا يتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، كما أن ازدهار هذه الأخيرة أدى إلى تعاظم دور التحكيم كوسيلة فعالة تتفاعل إيجاباً لحسم كل المنازعات بسرعة وبتوافق.

من خلال ما سبق يظهر لنا أن المشرع الجزائري يعارض لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الإدارية كأصل، ولكنه يورد استثناء فيما يخص لجوء الأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام في علاقاتهم التجارية الدولية للتحكيم.

وتجدر الإشارة هنا أن الباحث في موضوع من موضوعات التحكيم؛ وبالأخص على النطاق الدولي، تواجهه مشكلة تعدد المصطلحات وتداخلها في بعض الأحيان. فيأتي التحكيم الدولي بجانب مصطلح التحكيم الوطني، والتحكيم الأجنبي، والتحكيم شبه الدولي.

والأمر ليس مجرد اختلاف لفظي أو تلاعب بالعبارات، فالوقوف على حقيقة المصطلحات أمر تتعاظم أهميته بالنظر إلى النتائج الخطيرة التي تترتب على هذا التحديد. ومن هنا تغدو الحاجة إلى معرفة المقصود بصفة بالدولية. وباستعراض نصوص قانون الإجراءات المدنية الجزائري؛ نجده قد تحدث عن صفة الدولية في نص المادة (1039) بقوله: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". فالتحكيم يكون دوليا في نظر المشرع الجزائري إذا تعلق النزاع موضوع التحكيم بالتجارة الدولية، بالإضافة إلى توافر حالة كون النزاع يشمل اتفاق تحكيم يرتبط بأكثر من دولة؛ كما في حالة كون النزاع حول عقد أبرم في دولة ما، وكان التسليم واجبا أداءه في دولة أخرى، وثار نزاع حول البضاعة في دولة ثالثة، وبعبارة اعم أي علاقة تتضمن انتقالا للأموال أو السلع أو الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول، على أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري كان اشتراطه لهذه الحالة - ارتباط النزاع بأكثر من دولة – محدداً بدولتين على الأقل؛ كما هو واضح من النص أعلاه [23].

ويبدو من هذا أن الحالة المماثلة تشابه معيار دولية العقد الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية 16 التي اعتبرت العقد دوليا حين يتجاوز الإطار الاقتصادي الداخلي للدولة الواحدة أي حين يتضمن انتقالا عبر حدود الدول للأموال والسلع والخدمات. وقد كرس المشرع الفرنسي هذا المعيار في تحديد دولية التحكيم أيضا حين نص في

المادة (1492) مرافعات فرنسي، على أن يكون التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية"[24].

وقد ورد هذا المعيار في القانون النموذجي لليونيسترال؛ فقد جاء النص على تعلق النزاع بأكثر من دولة في القانون النموذجي كالآتي"إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة" والفارق واضح بين نص قانون الإجراءات المدنية الجزائري ونص القانون النموذجي؛ لا يحتاج إلى بيان وترتيب؛ ذلك أن نص القانون الجزائري يفضل نص القانون النموذجي لأن التحديد الوارد في الأخير قد يخالف الحقيقة لأن الأطراف قد يتفقون على أن النزاع يرتبط بأكثر من دولة، دون أن يكون ذلك حاصلا في الحقيقة.

وبالمقابل نجد المشرع الفرنسي؛ قد انطلق نحو معيار " الصفة الدولية " بالمعنى " الاقتصادي الدولي " ، لأنه اعتبر "دولياً" كل عمل اقتصادي دولي يجري عبر الحدود الدولية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن فرنسا لم تتقبل فكرة الصفة " الدولية " لأحكام التحكيم عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي وقعت عليها بتاريخ 25نوفمبر 1958 وصدقت عليها بتاريخ 26يونيو1959؛ حيث أبدت تحفظاً منصوص عليه في هذه الاتفاقية، وبمقتضاه: " تطبق الدولة الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في أراضي دولة أخرى متعاقدة وعلى تنفيذ هذه القرارات"؛ وبالتالي استبعدت فرنسا، بموجب هذا التحفظ ، تطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم " الدولية " التي لا هي وطنية ولا هي أجنبية.

لكن يمكن القول بأن فرنسا ولئن لم تأخذ بفكرة الصفة " الدولية " في تطبيق اتفاقية نيويورك إلا أنها قد أخذت بها بعد عقدين من الزمان في تطبيقها لقانون مرافعاتها الوطني الصادر بتاريخ 1981/05/12 بشأن التحكيم التجاري الدولي؛ حيث نصت في مادته (149) على أنه: " يعد دولياً التحكيم الذي يثير مسائل تتعلق بمصالح التجارة الدولية ". ويقصد بذلك المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود التجارة الدولية متى ترتب على عدم تنفيذها وضع العقبات أمام تقدم وازدهار التجارة الدولية، ومثال هذه العقود عقود التصدير والاستيراد، وإنشاء وبيع السفن التجارية، والوكالة بالعمولة ووكالات العقود والتوزيع الدولية، وبوجه عام جميع المنازعات الناشئة عن تداول وحركة الأموال والبضائع والنقود والخدمات عبر الحدود الدولية. وفي هذا الإطار أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأنه: " ليس لجنسية الأطراف ولا

لمكان التحكيم ولا للقانون المطبق أي أثر على تحديد الطابع الدولي للتحكيم؛ والذي يحدده هو العلاقات الاقتصادية في أساس النزاع "[25].

وبعكس ذلك لم تبدي مصر نفس التحفظ، ولا تحفظ آخر؛ عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958. وبالتالي فإنها تعد ملتزمة بما نصت عليه المادة الأولى منها من أن : " تطبق الاتفاقية أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب إليها الاعتراف بها وتنفيذها، وهي الأحكام التي أطلقنا عليها صفة أحكام التحكيم " الدولية " التي لا هي " وطنية " ولا هي " أجنبية ". هذا وتثير الطريقة التي جرت بها صياغة المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري تساؤلا يتعلق بشروط اعتبار التحكيم دوليا. فقد أردف النص معيار تعلق النزاع بالتجارة الدولية بعدة حالات؛ حيث ورد به " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية..."؛ وإذا كان النص قد اعتمد المعيار الاقتصادي -تعلق النزاع بالتجارة الدولية- إلا أن عبارة " وذلك في الأحوال الآتية"؛ تثير التساؤل عما إذا كان المقصود بهذه العبارة أن النزاع الذي يتعلق بالتجارة الدولية يتوفر له هذا الارتباط في الحالات التي ذكرها النص أم أن المقصود هو أن يتعلق النزاع موضوع التحكيم بالتجارة الدولية في أي حالة منها. وبعبارة أخرى هل يشترط لإسباغ صفة الدولية على التحكيم إثبات تعلق النزاع بالتجارة الدولية في كل حالة أم أنه يكفي مجرد توافر أي حالة باعتبار أن القانون افترض تعلق النزاع بالتجارة الدولية فيها بمجرد. توافر شروطها؟

هذا التساؤل الذي تثيره صياغة نص المادة الثالثة من قانون التحكيم ليس تمرينا نظريا أو ترفا أكاديميا، إنما هو تساؤل يجد له ما يبرره في تعدد الاختيارات التي تقدمها التجارب الدولية في تنظيم التحكيم الدولي. فمن هذه التنظيمات ما يشترط لكي نكون بصدد تحكيم دولي توافر أكثر من شرط يتحدد بمجموعها نطاق القواعد التي أوردها التنظيم، في حين أن تنظيمات دولية أخرى تكتفي في إسباغ صفة الدولية على التحكيم بتوافر حالة من الحالات التي تذكرها قواعدها. وإزاء تعدد تجارب التنظيمات الدولية بشأن هذه الشروط فإنه يتعين بيان الاتجاه إلى قصد المشرع المصري اختياره في هذا الشأن.

ففي تفسير أول لهذه الصياغة يمكن القول بأن القانون اعتمد المعيار الاقتصادي (ارتباط النزاع لدولية التحكيم ولكن القانون أورد عدة حالات أو مؤشرات يجب أن يتوفر إحداها لتثبيت الدولية للتحكيم، الأمر الذي مؤداه أن

اكتساب هذه الصفة يتوقف على تحقيق المعيار الرئيسي إضافة إلى توفر مؤشر إضافي تضمنته الحالات المنصوص عليها في فقرات النص الأربع. فالمعيار الاقتصادي هو معيار مشترك بين هذه الحالات يجب أن يتوفر في أي حالة منها وبذلك يقترب معيار دولية التحكيم من معيار دولية العقد الذي رأى فيه البعض معيارا مركبا من عناصر قانونية وأخرى اقتصادية. وفي تفسير ثان يمكن القول بأن القانون اعتمد في إسباغ صفة الدولية على التحكيم على معيار وحيد وهو المعيار الاقتصادي، أما الحالات التي أوردها فهي لا تعدوا أن تكون مؤشرات على تحقق هذا المعيار[26].

وفي اعتقاد الباحث أن التفسير الأول هو الأقرب إلى قصد المشرع المصري، حيث تضمنت صياغة صدر المادة الثالثة من القانون عطف الحالات التي ذكرها على المعيار الرئيسي مما يؤكد أن القانون يتطلب إثبات ارتباط النزاع بالتجارة الدولية في أي حالة من هذه الحالات لكي نكون بصدد تحكيم دولي. هذا و يتبين لنا من التحليل السابق أن قانون التحكيم المصري اعتنق، في تحديده لدولية التحكيم معيارا مركبا من عناصر قانونية وأخرى اقتصادية، وأنه يلزم بالتالي لاعتبار التحكيم دوليا ارتباطه بنقاط ارتباط بأكثر من قانون وطني هذا فضلا عن اتصال موضوع النزاع بالتجارة الدولية.

2-3-موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

بصدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، نجد المشرع الجزائري قد نص على إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة لنظام التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، فقد جاء في المادة (975): "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مادة الصفقات العمومية". كما نصت المادة (976): "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات الإدارية. وعند ما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين. وعندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي: بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي. وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة ممثلها القانوني". ونجد المادة (3/1006) من نفس

القانون تقول: " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"[27].

من خلال النص المتقدم يخلص لدينا أن المشرع الجزائري يحظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية داخلياً؛ أي أن المشرع الجزائري يكون قد ألغى احتكار الدولة للتجارة الخارجية وبالتالي لم يصبح يخضع منازعاتها لمبدأ السيادة، وأجاز اللجوء فيها للتحكيم، بعبارة أخرى يكون المشرع الجزائري استثنى منازعات الصفقات العمومية، في المادة 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أجاز اللجوء فيها للتحكيم، ويكون التحكيم بموجب الأمر رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية يدخل في مادته الثانية، التي أشارت إلى تسوية كل الخلافات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها والتي منها المادة 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم ينظم التحكيم في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإنما أخضعه لباب إجراءات التحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه، أصبح بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات والولايات أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد مما يسميه المشرع الجزائري بالأشغال العامة، وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام (الدولة، المؤسسات العامة، البلديات، الولايات) هو ان تدخل هذه العقود في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر، ويوقع العقد الوزير والوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفاً فيه، وإذا كانت البلدية أو الولاية هي الطرف فيوقعه الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي. أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فيوقعه ممثلها. وهنا ينبغي ان ننبه إلى ان كل ما تعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، والنظام العام الجزائري نطاقه يكبر ويصغر باختلاف الزمان، والمحاكم القضائية هي التي تحدد نطاقه وهو مرتبط بالمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية [28].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاستثناء الذي يثبت جواز فتح باب التحكيم الدولي أمام أشخاص القانون العام يرتبط تطوره بالظروف الاقتصادية الدولية، ذلك أن المشرع ورغم فتحه لأبواب التحكيم الدولي أمام أشخاص القانون العام، ولكن

مصير الحكم التحكيمي النابع من عقد إداري، يكون فيه شخص من أشخاص القانون العام طرفاً، بقي متوقفاً على ما إذا كان سيسلك طريق القضاء الآمن له، أم طريق التحكيم، فيكون المشرع الجزائري مازال يعتبر التحكيم طريقاً استثنائي للتقاضي.

الخاتمة

من خلال ما تقدم نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال القانون 08-09 قد وسع في دائرة لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم في منازعات الإدارية لتشمل الصفقات العمومية التي تعتبر أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية، إلا أن هناك ندرة كبيرة في هذا الشكل من طرق فض المنازعات باعتبار الجزائر جديدة عهد بتبني نظام التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية. وختاماً لما ناقشناه في هذه الدراسة نأمل أن تكون النتائج التي سنوردها والتي تم استنباطها من هذه الدراسة التحليلية الانعكاس الإيجابي، ولقد آثارنا أن نتلو النتائج بالتوازي مع المقترحات التي نهيب من كل باحث في حق القانون مزيد البحث.

- النتائج والتوصيات:

ونذكر فيها بأهم النتائج التي يمكن استخلاصها من هذا البحث على النحو الآتي:

- المزايا العديدة والفوائد العظيمة التي يمتاز بها التحكيم، حيث نشجع معظم الأنظمة القانونية على اللجوء إليه لفض المنازعات.
- بعد ازدياد تعاملات الدولة وتدخلاتها بدرجة كبيرة في المجال الاقتصادي بدأ التفكير في إمكانية اللجوء لطرق بديلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه التعاملات، بعيداً عن القضاء الرسمي الذي يتميز طريق اللجوء إليه بالطول والمشقة والتكلفة، وتتمثل أهم هذه الطرق الودية في التحكيم.
- عندما بدأ التفكير في تخفيف العبء على كاهل القضاء الرسمي للدولة ظهرت عدة مطبات أهمها تتعلق بالتعارض مع السيادة ومبادئ النظام العام،
- في القديم كان المبدأ السائد هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير، غير أنه بعد ذلك توالت وتعددت النصوص الخاصة التي تسمح لبعض أشخاص القانون العام وفي بعض المسائل اللجوء إلى التحكيم،

- في القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبناء على متطلبات تشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر ، أصبح اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يتعارض مع القواعد الدستورية والتشريعية المتعلقة باختصاص السلطة القضائية، ولا مساس بالقواعد والمبادئ الأساسية في القانون العام، وخاصة تلك المتعلقة بالإدارة كسلطة عامة تتميز بامتيازات لتحقيق المصلحة العامة.
- أصبح القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يفرق بين التحكيم على المستوى الداخلي والذي يجب أن يشجع بالنظر إلى الفوائد الجمة التي نجنيها من تطبيقه، إضافة إلى عدم تجميده القانون الوطني وبين التحكيم الدولي الذي يجب أن ينظم بما يحفظ المصالح الوطنية العليا.
- في التشريعات الحديثة لم يعد هناك موانع ولا عقبات تحول دون لجوء الإدارة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية خاصة ما تعلق منها بالعلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية. حيث أصبح الرأي الغالب سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر يتجه إلى تشجيع اللجوء لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية سواء على مستوى التشريع أو الفقه.
- بالرغم من أن المشرع الجزائري منح المتعاقد حق اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينه وبين المصلحة المتعاقدة إلا أنه أغفل عنصر هام هو عدم تخصيص نصوص خاصة بالإجراءات المتبعة للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية وتبيانها، بل أخضعها لقواعد التحكيم العامة نظراً لكونها من العقود ذات الأهمية البالغة، لذلك نقترح وضع قانون للتحكيم يتولى تنظيم إجراءات التحكيم ووضع قواعده بما يتناسب مع طبيعة الصفقة العمومية.
- نهيب بمشرعنا تخصيص باب في قانون الصفقات العمومية خاص بأحكام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

في الأخير نتمنى أن يجد التحكيم في مناعات العقود الإدارية اهتماماً واسعاً في المستقبل من طرف القضاء والفقه الجزائري.

الهوامش:

1 - القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير2008.

2- LOI No 93-42 du 26 Avril 1993 . promuilgation du Code de l'arbitrage. Revue de -2 l'arbitrage.1993.4.Document.PM721.

3-المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

4-محمد حسن هند، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 67.

-5- Patrick Janin, Méthodologie du droit administratif, Ellipses édition Marketing S.A,Paris,2007.

6–Dominique FOUSSARD ,L'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de L'Arbitrage 1990, Doctcine P. 11.

7- Nadine Poulet- GibotLeclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal,Paris, 3 éme édition, 2007.

8 -Nadine Poulet- GibotLeclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal,Paris, 3 éme édition, 2007

9- جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، 1999، ص 158 وما بعدها.

10 - جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ص 158 وما بعدها.

11- محمد حسن هند، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، ص 174.

12 - جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ص 205.

13 - راجع في ذلك: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية والمبادئ والعامة، ص 132 وما بعدها.

14 - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية والمبادئ والأسس العامة، ص 181.

15- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية والمبادئ والأسس العامة، ص 181.

16 - راجع : محمد حسن هند، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، ص95 وما بعدها.

17- راجع : محمد حسن هند، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، ص95 وما بعدها.

18 - جورجي شفيق ساري، مدى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص208.

19- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، ص202.

20 - لمزيد من التفصيل راجع: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي، 2003، ص57 وما بعدها.

21 - من أهمها اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية نيويورك لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

22 - لمزيد من التفصيل راجع: عبد المجيد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، بحث منشور، مجلة التحكيم، العدد 2، منشورات الحلبي، 2009، ص 43 وما بعدها.

23 - ينظر في ذلك: عبد المجيد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، بحث منشور، مجلة التحكيم، العدد 2، منشورات الحلبي، 2009، ص 43 وما بعدها.

24_Andrea giardina, l'arbitrato internzionale, rivista de l'rarbitryato, anno 2, no 1/1992 p21, 42

25- عبد المجيد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، بحث منشور، مجلة التحكيم، العدد 2، منشورات الحلبي، 2009، ص 43 وما بعدها.

26- عزمي عبد الفتاح عطية، حكم المحكمين في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 وفي قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وقانون المرافعات الفرنسي الجديد، بحث منشور، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، ص 687 وما بعدها.

27- وفي هذا الخصوص نجد القضاء الإداري الجزائري عرف الصفقة العمومية من خلال فصله في بعض المنازعات، فعرف مجلس الدولة الجزائري الصفقة العمومية في قراره المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 الصادر بقضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ولاية ببسكرة ضد (ق أ) بأنها: " عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمة". قرار رقم: 6215 تحت فهرس: 818 مشار إليه في: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، طبعة 2007، ص 36.

28- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 37.