

تاريخ القبول: 2026-05-11

تاريخ الاستلام: 2026-01-21

دور التحكيم في المحافظة على التوازن المالي للصفقة العمومية في الظروف الطارئة

*The role of arbitration in maintaining the financial balance
of public transactions in emergency circumstances.*

ط/د بخدة بوفلجة* أ.د جارد محمد

مخبر الدراسات القانونية و مسؤولية المهنيين

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة طاهري محمد – بشار

djared.mohamed@univ-bechar.dz

bakhadda.boufeldja@univ-bechar.dz

ملخص.

إن الأهمية العملية للتحكيم كوسيلة للمحافظة على التوازن المالي للصفقات العمومية أضحت تفرض نفسها بقوة في الوقت الحاضر ، خاصة في ظل التطورات الاقتصادية التي يشهدها العالم ، و الديناميكية التي تتميز بها عقود الصفقات العمومية. فلا شك أن موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية عند تنفيذها يثير العديد من المشاكل القانونية كون نظام التحكيم نظام يركز على مبدأ سلطان إرادة الأطراف من جهة ، و عدم تساوي المراكز القانونية لأطراف الصفقة العمومية من جهة أخرى.

و قد أضحت فكرة الظروف الطارئة من النظريات المسلم بها في القانون الإداري كأساس لإعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية . فطبيعة نظام التحكيم و المزايا التي يتميز بها مقارنة بالقضاء الوطني ، قد يشكل طريقا بديلا للتسوية الودية للمنازعات المتعلقة بإعادة التوازن المالي ، كون هذا النظام يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين.

كلمات مفتاحية: الصفقات العمومية – الظروف الطارئة – التوازن المالي – التحكيم.

Abstract: (not more than 10 Lines)

Enter your abstract here (an abstract is a brief, comprehensive summary of the contents of the article). Enter your abstract here (an abstract is a brief, comprehensive summary of the contents of the article).

Enter your abstract here (an abstract is a brief, comprehensive summary of the contents of the article). Enter your abstract here (an abstract is a brief, comprehensive summary of the contents of the article).

Keywords:

مقدمة.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها أشخاص القانون العام مع المتعاملين ، في سبيل إشباع الحاجات العامة و ضمان استمرارية عمل المرافق العامة بانتظام. فهذا النوع من العقود الإدارية يتميز عن العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم كون الإدارة المتعاقدة تبرم هذه العقود باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق و امتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها ، إذ يعتبر هذا الأخير الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج إلى حماية تشريعية و قضائية في مواجهة السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة المتعاقد معها. و نظرا لطبيعة عقود الصفقات العمومية كون تنفيذها يمتد على مدى سنوات ، فقد يعترض تنفيذها بعض الظروف الاستثنائية و الصعوبات الخارجية التي تخل بالتوازن المالي للعقد على نحو تزيد فيه الأعباء المالية و الالتزامات الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد مع الإدارة ، فتجعل تنفيذ العقد صعبا أو مكلفا و مرهقا له ، مما يؤدي إلى تعثر تنفيذ الصفقة العمومية .

فمن غير المنطقي أن يتحمل المتعامل المتعاقد لوحده هذه الأعباء المالية الإضافية غير المتوقعة التي لا دخل له فيها عند إبرام العقد ، بل أن العدالة و الصالح العام يقتضيان تحمل الإدارة المتعاقدة جزء من هذه الأعباء المالية بتعويض المتعاقد معها عما أصابه من أضرار من جراء هذه الظروف الاستثنائية، بما يضمن إعادة التوازن المالي للعقد ، و تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته و تنفيذ العقد في الآجال المتفق عليها. فقد أضحت فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ، و منها عقود الصفقات العمومية من المسائل المسلم بها في القانون الإداري ، تشكل ضمانا عادلا و شريفا للتوازن بين الحقوق و الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة.

إن استخدام المحكم لنظرية الظروف الطارئة كأساس لإعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية تجعل منه يتمتع بسلطات تختلف عن تلك التي يتمتع بها القاضي الإداري ، كون الأول يهدف إلى تحقيق العدالة أما الثاني فيحرص على تطبيق القانون. فإذا كان الأصل هو خضوع مثل هذه المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية إلى اختصاص القضاء الإداري ، فإن حرص المشرع الجزائري على تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية بالطرق الودية يجعل من التحكيم طريقا بديلا عن القضاء لتسويتها لما يتميز به هذا النظام كالتخصص و الكفاءة العالية ، و سرعة الفصل في النزاع و ما يتسم به من سرية. كما أن هذا النظام يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، سواء من حيث اختيار المحكمين الذين يفصلون في النزاع أو اختيار القانون الواجب التطبيق ، كما أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية مسألة اختيارية و اتفاقية تخضع لمبدأ سلطان إرادة الأطراف ، بما يضمن استمرار العلاقات بينهم مستقبلا.

و من هنا تظهر أهمية التحكيم كطريق بديل عن القضاء الوطني للمحافظة على التوازن المالي في عقود الصفقات العمومية. و عليه فإن الإشكالية التي تطرح بمناسبة دراستنا لهذا الموضوع: ما مدى فعالية نظام التحكيم في المحافظة على التوازن المالي للصفقات العمومية؟

إشكالية سوف نحاول الإجابة عليها من خلال تعرضنا بالدراسة و التحليل لنقطتين جوهريتين:

الأولى ، الظروف الطارئة و تأثيرها على التوازن المالي للصفقة العمومية.

و الثانية ، التحكيم كآلية لإعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية في الظروف الطارئة.

و ذلك من خلال اعتمادنا على المنهج التحليلي المقارن ، الذي نعتقد أنه الأنسب لدراسة مثل هذه المواضيع.

المبحث الأول: الظروف الطارئة و تأثيرها على التوازن المالي للصفقة العمومية.

قد تعترض تنفيذ عقد الصفقة العمومية بعض الظروف و الصعوبات الخارجية غير المتوقعة ، التي من شأنها أن تجعل من تنفيذ هذا العقد صعبا أو فيه إرهاب للمتعاقد مع الإدارة ، ما قد يخل بالتوازن المالي للعقد. فإذا زادت أعباء و التزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة

فمن المفروض و المنطقي أن تزيد حقوقه في مقابل ذلك ، فتنشأ له بعض الحقوق الجديدة التي تتناسب مع هذه الظروف و الصعوبات غير المتوقعة.

المطلب الأول: التأصيل القانوني و الفقهي لنظرية الظروف الطارئة.

في الكثير من الأوضاع و الحالات لا يحدث الاختلال في التوازن المالي للصفقة العمومية بسبب تصرفات المصلحة المتعاقدة ، كما هو الحال في نظرية فعل الأمير ، فقد يحدث هذا الاختلال بسبب بعض الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادتها ، لم يكن يتوقع حدوثها أثناء إبرام عقد الصفقة العمومية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها ، و يترتب على ذلك اختلال في التوازن المالي للعقد ، الأمر الذي يجعل من تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية مرهقا أو مهددا بالتوقف عن تنفيذ هذه الالتزامات ، مما قد يؤثر سلبا على سير المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة .

و تفاديا لهذه الصعوبات و مواجهتها ، اهتمت مختلف التشريعات الوطنية ، و منها التشريع الجزائري ، إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة كآلية لإعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية ، وفقا لشروط و ضوابط محددة.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

الظروف الطارئة هي حوادث استثنائية غير متوقعة ، تحدث بصورة مستقلة عن إرادة طرفي العقد أثناء تنفيذه ، و تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي لهذا العقد ، إذ لم تكن متوقعة أثناء إبرامه على نحو تصبح معه تنفيذ الإلتزامات التعاقدية مرهقة أو محدثة لعجز مالي للمتعاقد المتعاقد مع الإدارة¹. غير أن العقد يظل قائما و ملزما لأطرافه ، إذ يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تتخذ بعض الإجراءات الضرورية التي من شأنها مساعدة المتعاقد معها على تحطيط هذه الصعوبات بتحملها أو تغطية جزء من هذه الأعباء أو الخسارة ، و ذلك من أجل إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية ، كالتعويض الجزئي للمتعاقد ، و ذلك لضمان استمرارية المرفق العام ، و عدالة العلاقة التعاقدية و استمراريتها².

و عليه ، فإن الظروف الطارئة تجعل من تنفيذ العقد مكلفا و مرهقا للمتعاقد مع الإدارة ، و لا تجعل تنفيذه مستحيلا كما هو الحال في حالة القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

و تستند نظرية الظروف الطارئة على اعتبارين أساسيين³:

أولهما : العدالة المجردة ، التي تستلزم عدم ترك المتعامل المتعاقد مع الإدارة يصارع لوحده ظروف لا دخل و لا يد له فيها ، و لم يسعه توقعها عند إبرام العقد ، و تجعل من تنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها مع الإدارة مرهقة له ماديا ، مما قد يعرضه إلى خسائر مادية ، أو التوقف عن الوفاء بالتزاماته . فالعدالة المجردة تقتضي في هذه الظروف تدخل الإدارة لمساعدة المتعامل المتعاقد معها على تجاوز هذه الصعوبات و مرافقته له ، تحقيقا لمصلحتها في استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.

ثانيهما: أن تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على الصورة المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص لا يتناسب مع طبيعة العقود الإدارية ، و منها عقود الصفقات العمومية ، من حيث تنفيذها ، حيث يتصل تنفيذها بتحقيق المصلحة العامة التي تقتضي السرعة في التنفيذ و إتمامه ، و هذا ما يتطلب من الإدارة المساهمة في تغطية و تحمل جزء من الأعباء المالية و التكاليف الإضافية الناجمة عن الظرف الطارئ حتى يتمكن المتعامل المتعاقد من تنفيذ العقد ، بما يحقق ضمان استمرارية تقديم المرافق العامة للخدمات للجمهور بانتظام و اطراد. و من أبرز الأمثلة عن الحوادث الطارئة التي قد تعترض تنفيذ عقود الصفقات العمومية ، ارتفاع أسعار المواد الأولية المستخدمة في المشروع محل التعاقد من قبل المتعاقد نتيجة لظروف اقتصادية طارئة أدت إلى تقلب أسعارها في السوق ، على نحو لا دخل للإدارة أو المتعاقد معها فيها.

و بذلك تختلف الظروف الطارئة عن عمل الأمير ، كون هذا الأخير هو عمل صادر عن الإدارة المتعاقدة بصورة غير متوقعة من المتعاقد و دون خطأ من جانبها ، يترتب عليه تكاليف إضافية و أعباء جديدة على المتعاقد من شأنها جعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة و أشد إرهاقا للمتعاقدين ، و يؤدي هذا العمل إلى إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي أصابته من جراء فعل الأمير ، و ذلك بهدف إعادة التوازن المالي للعقد الإداري⁴.

فلا شك أن نظرية الظروف الطارئة توازن بين مصلحتين:

الأولى ، مصلحة المتعامل المتعاقد مع الإدارة ، بأن تتدخل هذه الأخيرة لرفع الإرهاق عنه في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، و تمكينه من تنفيذ العقد.

أما الثانية ، فتتمثل في تحقيق المصلحة العامة ، و هي ضمان تحقيق الأهداف المتوخاة من وراء إبرام الصفقة العمومية ، و ضمان سير المرافق العامة بانتظام و استمرار.

و بذلك ، فإن نظرية الظروف الطارئة تعد من الأسس الهامة التي تقوم عليها العقود الإدارية عموما ، و من ذلك عقود الصفقات العمومية ، بحيث لا يجوز النص في هذه العقود على استبعاد تطبيق هذه النظرية في حال توافر شروط إعمالها ، كما سنرى لاحقا ، ذلك أن الهدف من وراء تقرير هذه النظرية هو مساعدة المتعامل المتعاقد مع الإدارة على التخفيف من وطأة الأعباء المالية الإضافية التي لم يتضمنها عقد الصفقة العمومية ، وعدم تحميله هذه الأعباء بمفرده ، و دفعه إلى الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، و ذلك ضمانا لتحقيق الهدف العام الذي من أجله تم إبرام الصفقة العمومية ، بما يضمن سير المرافق العامة بانتظام و استمرار.

الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.

إن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة من أطراف العقد و لم تكن في الحسبان عند إبرامهم لهذا العقد ، و أن هذه الظروف أجنبية و مستقلة عن إرادة المتعاقدين ، من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد على نحو يلحق بالمتعامل المتعاقد مع الإدارة أعباء مالية إضافية تثقل كاهله أو خسائر فادحة تلحق به.

و لكي يعتبر ظرف طارئا يتعين أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

1. أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ، و لا يمكن دفعه.

لإعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية عموما ، و من ذلك عقود الصفقات العمومية ، يتعين أن يكون حدوث الظرف الطارئ خارجا من نطاق التوقعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري . كما ينبغي أن لا يكون باستطاعة المتعامل المتعاقد دفع هذا الظرف و الحيلولة دون حدوثه⁵.

غير أنه يقع على عاتق كل متعاقد مع الإدارة عند إبرام عقود الصفقات العمومية أن يتوقع و يأخذ في الحسبان بعض المخاطر العادية المرتبطة بالعقد أو المشروع ، و أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لذلك ، لأن مثل هذه المخاطر العادية لا تدخل في نطاق الظروف الطارئة ، ذلك أن المقصود بهذه الظروف المخاطر التي تفوق كل توقعات أطراف العقد.

فنظرية الظروف الطارئة تم تقريرها لتأمين المتعاقد من المخاطر الطارئة و المفاجئة التي لا يمكن توقعها. و عليه ، فإن نظرية الظروف الطارئة لا يمكن إعمالها في حال الأخطار التي كان يمكن للمتعامل المتعاقد توقعها بطبيعة النشاط الاقتصادي الممارس من قبله الذي ينطوي على هامش من المخاطرة ، فإذا كان هناك مجال لتوقع الحادث فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة و يتحمل المتعاقد تبعات تقصيره في تقدير هذه الأخطار و عدم الاحتياط منها⁶.

و تتنوع الظروف الاستثنائية الطارئة التي يمكن أن تعترض تنفيذ العقد الإداري ، و من ذلك عقد الصفقات العمومية ، و تكون أساسا لإعمال نظرية الظروف الطارئة كونها تفوق التوقع و تتجاوز الحد المألوف في العقد المبرم بين الإدارة و المتعاقد معها ، حيث تعتبر الظروف

الطبيعية العامل الرئيسي و الغالب فيها ، كالزلازل و الفيضانات. كما قد تكون هذه الظروف في صورة أحداث سياسية كإعلان حالة الحرب و غلق الممرات المائية ، أو أحدث و ظروف اقتصادية كارتفاع أسعار المواد الأولية و غيرها، أو صدور إجراءات إدارية من غير الجهة المتعاقدة.

و عليه ، فإن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي ، ذلك أن كل عقد تبرمه الإدارة مع المتعامل معها يحمل بطبيعته في طياته قدرا معينا من المخاطر غير المتوقعة⁷ ، إذ يجب على المتعاقد أخذ الحذر في تقدير هذه الأخطار عند إبرام العقد . أما إذا كان الحادث يفوق طاقة توقعه و لا يمكنه دفعه ، وجب في هذه الحالة تفعيل نظرية الظروف الطارئة. فمعيار عدم التوقع الذي يقوم على أساسه الظرف الطارئ يخضع في تقديره إلى القاضي أو المحكم ، حسب الأحوال ، حال فصله في النزاع المتعلق بمطالبة المتعامل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض على أساس الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، إستنادا على نظرية الظروف الطارئة ، مستندا في تقدير مدى توقع المتعاقد الظرف الطارئ أو إمكانية توقعه على معيار الرجل العادي الذي هو في نفس ظروف و مركز المتعامل المتعاقد مع الإدارة.

و يستتبع كون الحادث غير متوقع استحالة دفعه ، لأن عدم توقع المتعاقد للظرف الطارئ لا يكفي لوحده لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، إذ يتعين أن يثبت إضافة إلى ذلك عدم استطاعته دفع هذا الظرف أو مواجهته تفاديا للآثار الضارة التي قد يسببها هذا الظرف⁸. فإذا كان بإمكان المتعاقد دفع الظرف الطارئ لكنه تقاعس عن ذلك ، فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، و لا يمكنه المطالبة بالتعويض عما خلفه الظرف الطارئ من آثار ضارة له.

فبناء على ما سبق ، حتى يتسنى للمتعامل المتعاقد مع الإدارة المطالبة بمشاركة هذه الأخيرة في تحمل جزء من الآثار الضارة للظرف الطارئ ، فإنه يتعين ألا يكون قد توقع حدوث هذا الظرف وفقا للمجرى العادي حسب طبيعة العقد المبرم. كما ينبغي أن لا يكون بمقدوره دفع هذا الظرف الطارئ.

2. يجب أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا خارجا عن إرادة المتعاقدين.

و معنى ذلك أن تكون الظروف الطارئة مستقلة عن طرفي العقد ، إذ لا يمكن للمتعامل المتعاقد مع الإدارة إثارة نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بتحمل الإدارة جزء من الأعباء إلا إذا كان العنصر أو الحادث الذي أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد أجنبيا و خارجا عن إرادة المتعاقدين ، بمعنى أن لا يكون للإدارة أو المتعاقد معها يد في إحداث الظرف الطارئ الذي أدى إلى هذا الإخلال ، و هو ما عبرت عنه صراحة المحكمة الإدارية المصرية بقولها: « يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين و لا دخل لهذه الإرادة في وقوعه»⁹.

أ. الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين.

لا يمكن للمتعامل المتعاقد إثارة نظرية الظروف الطارئة كأساس لمطالبته الإدارة المتعاقدة معه تحمل جزء من الأضرار الناتجة عن الظرف الطارئ إلا إذا أثبت أن سبب حدوث هذا الظرف أجنبيا عنه و خارجا عن إرادته. بمعنى ألا يكون للمتعاقد يد في إحداث الظرف الطارئ ، سواء عمدا أو نتيجة إهمال منه ، أو أنه قد تقاعس و قصر في دفع الخطر الناجم عن هذا الظرف الطارئ ببذل الجهد الكافي لتفادي أو توقي الظرف الطارئ و الأضرار التي قد تنجم عنه¹⁰.

و عليه ، كلما كان الظرف الطارئ منسوباً إلى المتعاقد ، بأن كان هو المتسبب في إحداث هذا الظرف بفعله عمدا أو إهمالا ، فإنه يتحمل لوحده الأعباء المالية للظرف الطارئ ، و ل يمكنه مطالبة الإدارة المتعاقدة عه بالمشاركة أو تحمل جزء منها.

ب. الظرف الطارئ خارج إرادة الإدارة.

يذهب الفقه و القضاء الكلاسيكيين إلى تقرير أن الظرف الطارئ يجب أن يكون أجنبيا و خارجا عن إرادة الإدارة كما هو الحال بالنسبة للمتعاقد معها. بيد أن بعض الفقه¹¹ يعارض هذا الإتجاه و يعتبره غير منطقي ، فالقول أن الظرف الطارئ يجب أن يكون أجنبيا و خارجا

عن إرادة الإدارة و المتعاقد معها على حد سواء هو أمر يؤدي إلى التناقض ، فكيف يمكن القول أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة لا يمكنه الحصول على تعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة إذا كان الإختلال المالي للعقد ناتجا عن عمل الإدارة بينما يمكنه إثارة نظرية الظروف الطارئة إذا لم يكن للإدارة يد في إحداث الظرف الطارئ؟

و قد حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الجدل في أحكامه الحديثة ، فذهب إلى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون مستقلا عن إرادة المتعاقد ، و لكن قد يكون من عمل الإدارة. فإذا كانت الظروف الناتجة عن فعل الإدارة أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد ، فالأصل فيها إعمال نظرية فعل الأمير ، فإذا لم يمكن ذلك لعدم توافر شروطها طبقت نظرية الظروف الطارئة¹². فإذا كانت الإدارة هي المتسببة في الظرف الطارئ ، فالأصل أن يتم إعمال أحكام نظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها. أما إذا كان الظرف الطارئ ناتجا عن إجراءات قامت بها جهة إدارية غير المتعاقدة و ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد ، جاز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض عنها استنادا على نظرية الظروف الطارئة. فالمتعامل المتعاقد مع الإدارة لا يمكن حرمانه من التعويض في هذه الحالة حال السماح له بالمطالبة بالتعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة ، متى توافرت باقي شروط إعمال النظرية¹³.

و بذلك ، يكون القضاء الفرنسي قد أتاح للمتعاقد مع الإدارة إمكانية إثارة النظريتين ، نظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة ، في حال حدوث إختلال في التوازن المالي للعقد ، للحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته. لذلك فإن نظرية الظروف الطارئة يمكن إعمالها و إثارتها و لو كان الظرف الطارئ منسوباً إلى الإدارة المتعاقدة أو إلى إدارة أخرى.

3. طبيعة الظرف الطارئ.

ذهب الفقه التقليدي إلى أنه يجب أن يكون الظرف الطارئ ناتجا عن مخاطر اقتصادية ، غير أن الواقع العملي كشف عن نسبية و محدودية الطبيعة الاقتصادية للظرف الطارئ كأساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، نظرا لتداخل الأسباب الاقتصادية مع أسباب أخرى إدارية و سياسية و طبيعية تحدث ظروف طارئة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، و هو ما حدا بالفقه الحديث إلى أن يعتبر كل حادث طارئ مهما كانت طبيعته يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا جسيما يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لتشمل كافة المخاطر الاقتصادية مهما تنوعت أسبابها¹⁴، سواء أكانت طبيعية ، كالزلازل و الفيضانات ، أو إدارية كتدخل جهة إدارية أخرى غير متعاقدة و اتخاذها إجراء إداري من شأنه إحداث ظرف طارئ ، كالقرار الصادر عن البنك المركزي بتخفيض قيمة العملة الوطنية ، أو سياسية مثل إعلان حالة الطوارئ.

و بذلك امتزجت المخاطر الاقتصادية بمخاطر أخرى ، سياسية و إدارية و طبيعية، على نحو أصبحت معه نظرية الظروف الطارئة نظرية عامة يمكن تطبيقها كلما توافرت شروط إعمالها.

4. أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد.

يتحدد نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة من حيث الزمان بمرحلة سريان العقد ، أي بعد إبرامه و قبل انقضائه. لذلك ، فإنه لإعمال هذه النظرية يشترط أن يقع الظرف الطارئ الاستثنائي بعد إبرام العقد و خلال تنفيذه و قبل تمامه ، إذ لا مجال لتطبيق النظرية قبل إبرام العقد أو انقضائه بتمام تنفيذه¹⁵.

فإذا وقع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد ، فإنه من المفترض أن يكون المتعاقد على علم به ليضعه في حساباته عند تقدير الأسعار قبل التعاقد مع الإدارة . أما إذا وقع هذا الظرف بعد انقضاء العقد ، فإن هذا الظرف لا يلحق بالمتعاقد ضارا يتيح له المطالبة بالتعويض لجبره. و نظرا لخصوصية عقود الصفقات العمومية و تميزها عن باقي العقود الإدارية الأخرى من حيث إجراءات إبرامها ، حيث تمر بمراحل عديدة قبل التوقيع النهائي على العقد ، فإن الإشكال الذي يطرح في حالة وقوع الظرف الطارئ في الفترة ما بين تقديم العطاءات و إرساء الصفقة على المتعامل و إبرام العقد؟

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن إلى أنه إذا وقعت الظروف الطارئة في الفترة بين تاريخ تقديم العطاء و إبرام العقد ، فإن المتعاقد مع الإدارة يستفيد من مساهمة الإدارة في الخسائر و الأضرار الناجمة عن الظرف الطارئ منذ تاريخ طرح عطاءه (الإيجاب) ، على أساس أنه منذ هذه اللحظة صار ملتزما بالعقد. أما إذا وقع الظرف الطارئ قبل بث الإدارة في العطاءات خلال المدة المحددة ، فإنه من حق المتنافسين سحب عطاءاتهم ، فإن لم يفعلوا ذلك ، فإن ذلك يعتبر قرينة على معرفتهم للظرف الطارئ وقت التعاقد ، و من ثم لا يحق لهم إثارة نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض¹⁶.

5. أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إختلال جسيم في التوازن المالي للعقد.

لا يمكن إثارة نظرية الظروف الطارئة إلا إذا أثرت هذه الظروف على العقد بشكل كبير يؤدي معه إلى إخلال جسيم في التوازن المالي للعقد ، و يؤدي ذلك بالتبعية إلى خسارة فادحة للمتعاقد ، مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا له و أمرا في غاية العسر ، و لكن دون أن يصل الأمر إلى درجة استحالة التنفيذ ، لأننا في هذه الحالة نكون أمام القوة القاهرة¹⁷.

و من ثم لا يكفي لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يعترض تنفيذ العقد الإداري لظرف طارئ استثنائي غير متوقع الحدوث ، و لا يملك المتعاقد مع الإدارة القدرة على دفعه ، بل يجب أن يلحق هذا الظرف بالمتعاقد ضرا جسيما يترتب عنه خسائر و أضرار فادحة ، مما يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في ظل حدوث هذا الظرف مرهقا له ماليا.

و بناء على ذلك ، فإن ضياع الأرباح على المتعاقد أو فقدانه لها ، كلها أو بعضها ، لا يعد كافيا لاستحقاقه التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة¹⁸ ، بل يشترط أن يلحق بالمتعاقد ضرر فعلي يؤدي إلى إختلال جسيم بالتوازن المالي للعقد اختلالا من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة للمتعاقد.

لذلك ، يخرج من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة الحالات التي يؤدي فيها حدوث الظرف الطارئ إلى مجرد نقص في الأرباح أو ارتفاع طفيف في تكاليف تنفيذ العقد ، إذ يعتبر ذلك من قبيل المخاطر العادية في تنفيذ العقود الإدارية ، و من ذلك عقود الصفقات العمومية ، التي لا تبرر إعمال هذه النظرية ، و لا يستحق المتعاقد تعويضا من الإدارة عنها.

و من أهم المعايير المعتمدة في تحديد مدى حدوث إختلال جسيم في التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة و إلحاق ضرر جسيم أو خسارة فادحة بالمتعاقد يستلزم التعويض ، أن تكون الآثار المترتبة على العقد بسبب الظرف الطارئ قد تجاوزت ما يسمى بالحد الأقصى للأسعار ، و القصد بالحد الأقصى للأسعار ذلك الارتفاع في السعر الذي كان بإمكان المتعاقدين توقعه أثناء إبرام العقد¹⁹ .

كما أن معيار قياس مدى تأثير الظرف الطارئ على التوازن المالي للعقد هو معيار شخصي يقاس بقدرة المتعاقد مع الإدارة على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها ، فهو ليس معيارا جامدا ، بل يختلف تطبيقه من متعاقد لآخر²⁰.

المطلب الثاني: فكرة التوازن المالي في عقود الصفقات العمومية.

نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها عقود الصفقات العمومية كون تنفيذها يمتد على مدى سنوات في الكثير من الحالات ، فقد يعترض تنفيذها بعض الظروف الاستثنائية غير المتوقعة التي قد تجعل من تنفيذها صعبا أو مكلفا للمتعاقد مع الإدارة. فقد تزيد الأعباء و الإلتزامات المالية الملقاة على عاتق المتعاقد مما يؤثر عليه ماليا ، فيختل نتيجة لذلك التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية . إلا أن مقتضيات تحقيق العدالة و ضمان استمرارية سير المرفق العام يتطلبان إعادة التوازن المالي لهذا العقد بأن تتحمل الإدارة جزء من هذه الأعباء المالية الإضافية و تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر، حيث يمثل التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية حالة العدل التي ارتضاها المتعاقدان عند إبرام العقد.

الفرع الأول: مدلول فكرة التوازن المالي في عقود الصفقات العمومية.

تقوم فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية عموماً ، و من ذلك عقود الصفقات العمومية ، أنه عند إبرام العقد بين الإدارة و المتعامل المتعاقد معها يجب أن تكون حقوق و التزامات الأطراف قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد ليستمر هذا التوازن المالي إلى غاية تنفيذ العقد ، فإذا اختل هذا التوازن المالي بمحدث زيادة أو خفض لالتزامات أحد المتعاقدين ، فإن ذلك يستوجب على الإدارة اتخاذ التدابير و الإجراءات اللازمة التي من شأنها المحافظة على التوازن المالي للعقد²¹. لذلك ، يعد ضمان التوازن المالي من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية في مواجهة الإدارة ، إلى جانب حقه في الحصول على المقابل المالي.

فلا شك أن الهدف الأساسي من إبرام عقود الصفقات العمومية مع المتعاملين المتعاقدين هو تحقيق المصلحة العامة و ضمان استمرارية سير المرافق العامة . فإذا كانت الإدارة تتمتع ببعض السلطات التي خولها لها القانون التي تمكنها من زيادة فرض بعض الالتزامات و الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعاقد معها ، أو لسبب آخر دون تدخل منها ، مما يشكل على المتعاقد أعباء مالية فيختل نتيجة لذلك التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية ، فإنه في مقابل فإن المتعامل المتعاقد يهدف إلى تحقيق الربح ، لذلك من حقه ضمان التوازن المالي للعقد الذي يهدف إلى ترتيب حقوقه و التزاماته العقدية بطريقة تجعلها متوازنة و متكافئة مع حقوق و التزامات الإدارة المتعاقد معها. و بذلك فإن حماية المصالح المالية للمتعاقد مع الإدارة على أساس فكرة التوازن المالي للعقد من شأنها تحقيق المصلحة العامة التي تصبو إليها الإدارة المتعاقدة لتحقيقها من وراء إبرامها لعقود الصفقات العمومية ، من خلال تحملها جزء من الأعباء المالية الاستثنائية ومساعدة المتعاقد معها على تحمل هذه الأعباء لتعيد التوازن المالي للصفقة ، ضماناً لتنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة . فهذه المصلحة لا يمكن تحقيقها إلا بضمان تنفيذ العقد و الالتزامات التعاقدية تنفيذاً سليماً ، مع مراعاة ما قد يطرأ على العقد من تعديلات لاحقة.

فهذا المعنى ، فإن التوازن المالي للصفقة العمومية لا يعتبر ضماناً للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة العجز المحتمل أو خسارته للأرباح المتوقعة ، و إنما هو في الحقيقة آلية تستهدف الإبقاء على طبيعة هذا العقد و حدود الحقوق و الالتزامات على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد ، لذلك يعتبر حق المتعاقد مع الإدارة في إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية حقاً أساسياً له و يمثل امتداداً لحقه الثابت في عقد الصفقة العمومية ، و هو المقابل المالي المتفق عليه²².

و في سياق تحديد مفهوم التوازن المالي للعقود الإدارية ، يرى الفقيه بيكينيو أن: «التوازن المالي للعقد الإداري يعني إقامة معادلة حسابية بين الحقوق و الإلتزامات ، فإذا افترضنا أن حقوق المتعاقد عند إبرام العقد تساوي (أ) و أن التزاماته تساوي (ب) ، فإن نسبة حقوقه بعد الزيادة أو النقصان تتحول إلى أ- ب ، بحيث تتعادل الحقوق و الإلتزامات المنصوص عليها في العقد فتصبح المعادلة كمايلي²³:

أ - أ

ب=ب- «.

يبد أن بعض الفقه يرى أن التوازن المالي للعقد الإداري لا يعني التوازن الحسابي على النحو المبين أعلاه ، و إنما مرجعه و أساسه اعتبارات تحقيق العدالة و ما يجب أن يسود تنفيذ العقود الإدارية عموماً من حسن نية ، و تمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل يسير بدون إرهاق أو أعباء مالية إضافية ، بما يؤدي في النهاية إلى تحقيق المصلحة العامة²⁴.

و بناء على ما سبق بيانه ، يمكننا القول أن فكرة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية من شأنها أن تحقق قدراً كبيراً من التوازن بين الأعباء المالية التي يتحملها المتعامل المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا و الأرباح التي سوف يحققها من وراء إبرام عقد الصفقة العمومية مع الإدارة ، على اعتبار أن هذا العقد هو الأساس الذي يحدد مصالح الطرفين المتعاقدين ، و فيه تتعادل كفة الميزان بينهما.

فلا شك أن عقود الصفقات العمومية تقوم على أساس وجود تناسب بين الحقوق و الإلتزامات المتقابلة في طرقي العقد ، لذلك يجب أن يظل التوازن المالي للعقد قائما منذ لحظة إبرام العقد و إلى غاية تنفيذه ، إذ أن هذا التوازن هو أمر مفترض في كل عقد إداري تبرمه الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها ، و من ذلك عقود الصفقات العمومية ، مما يمنح للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الأعباء المالية الاستثنائية التي نشأت بعد إبرام العقد دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقد ، إذ ليس من العدل و لا من المصلحة العامة أن يتحمل المتعامل المتعاقد وحده تلك الأعباء المالية الإضافية ، بل لابد على الإدارة أن تتحمل معه جزء من هذه الأعباء بما يحافظ على التوازن المالي للصفقة العمومية.

الفرع الثاني: أساس إعمال فكرة التوازن المالي للعقد في مجال الصفقات العمومية.

لعل من أهم المبادئ العامة التي تحكم العقود المدنية مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " ، بمعنى أن أطراف العقد يلتزمون بالتزامات محددة و ثابتة أثناء فترة تنفيذ العقد. غير أن تطبيق هذا المبدأ العام على إطلاقه في مجال الصفقات العمومية غير مقبول ، و لا يعدو هذا الأصل إلا أن يكون استثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فتطبيق هذا المبدأ على الصورة المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص لا تتناسب مع طبيعة تنفيذ عقود الصفقات العمومية التي ترتبط عادة بتحقيق المصلحة العامة التي تقتضي تنفيذ العقد بسرعة و على أحسن وجه.

فنظرا للخاصية التي تتميز بها عقود الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية كونها عقودا تتميز بالديناميكية و التكيف مع التغيرات و المرونة لضمان تنفيذها ، و هو ما يقتضي ضمان التوازن المالي للعقد الصفقة العمومية على نحو يضمن الحقوق المالية للمتعاقد المتعاقد مع الإدارة ، على أساس أنه كلما زادت التزاماته زادت حقوقه أيضا ، و تلك هي مناط فكرة التوازن المالي في عقود الصفقات العمومية²⁵.

فلاشك أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يهدف من وراء إبرام عقد الصفقة العمومية إلى تحقيق الربح ، فإذا طرأت أية زيادة في الأعباء المالية الملقاة على عاتقه ، سواء نتيجة لاستخدام الإدارة لحقها الذي يخولها إياه القانون في تعديل العقد أو لحادث مفاجئ استثنائي ، كحالة الظروف الطارئة مجال دراستنا ، فإنه من المنطقي و العدل أن يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية إلى الحالة التي كان عليها عند إبرام العقد ، حفاظا على المصلحة العامة و حرصا على استمرارية سير المرفق العام بانتظام.

و على هذا الأساس ، نعتقد أنه ضروري إعمال فكرة التوازن المالي للعقد كلما كان هناك إختلال في التوازن المالي للصفقة العمومية ، سواء أكان هذا الاختلال لسبب راجع إلى عمل قامت به الإدارة أو لظروف استثنائية خارجية مثل الظروف الطارئة.

ففكرة التوازن المالي للعقد - عموما - تهدف إلى تحقيق نوع من العدالة المعقولة و المنطقية كونها تقوم على أساس عدم تغليب مصلحة الإدارة المتعاقدة على حساب مصلحة المتعامل المتعاقد معها ، لأن التعويض الذي سيحكم به للمتعاقد مع الإدارة يستند في الأساس على التوازن المالي الشريف و العادل ، و ليس على أساس العمليات الحسابية²⁶.

و قد اختلف الفقه حول تحديد أساس فكرة التوازن المالي للعقد:

أولاً: يذهب بعض الفقه إلى أن فكرة التوازن المالي للعقد يمكن أن يجد أساسا له في النية المشتركة للمتعاقدين²⁷ ، و تطبيقا لهذا الاتجاه الفقهي فإن الإدارة و المتعامل المتعاقد معها عند إبرام عقد الصفقة العمومية يكونا قد اتفقا ضمنا و مسبقا على المحافظة على التوازن المالي للعقد المبرم بينهما ، و يعتبر ذلك بندا من بنود العقد ، سواء أكان صريحا منصوصا عليه أم ضمنيا يستمد من مضمون العقد و طبيعته. غير أن هذا الرأي الفقهي الذي ينسب أساس إعمال فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للمتعاقدين تعرض للإنتقاد على أساس أن هذا التفسير لنية المتعاقدين يؤدي إلى الغموض و التوسع في مفهوم مبدأ التوازن المالي للعقد²⁸.

ثانيا: بينما يرى فريق آخر من الفقه أن أساس إعمال فكرة التوازن المالي للعقد هو العدالة و تحقيق المصلحة العامة ، و ضمان استمرارية سير المرفق العام ، ذلك أن الإدارة لا يمكن لها أن تدخل تعديلا على العقد أو تقوم بإرادتها المنفردة بعمل قد يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد و الإضرار بالمتعامل المتعاقد معها ، أو بسبب ظروف استثنائية مفاجئة لا دخل للمتعاقد في حدوثه ، دون أن ينشئ هذا حقا للمتعاقد في المطالبة بالتعويض²⁹.

و عليه ، فإن تحقيق العدالة يقتضي الموازنة بين حقوق و التزامات الإدارة و المتعاقد معها.

و نحن من جانبنا ، نعتقد أنه بناء فكرة التوازن المالي للعقد في مجال الصفقات العمومية على أساس النية المشتركة للمتعاقدين لا يستقيم إلا في حالة النص صراحة في العقد على التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد الصفقة العمومية ، مهما كان سبب اختلاله ، فنكون حينئذ أمام تفسير شروط العقد و بنوده . أما في حالة عدم النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي ، فإن فكرة التوازن المالي يكون مرجعها و أساسها مبدأ العدالة ، بتعويض المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن كل ضرر يصيبه من جراء الزيادة في أعبائه المالية بشكل جسيم تجعل من تنفيذ العقد مرهقا له ماليا ، ضمنا لتحقيق المصلحة العامة.

لذلك ، فإن اختلال التوازن المالي للعقد في مجال الصفقات العمومية هو المبرر في تقرير مبدأ التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد مع الإدارة في كل الأحوال. فلا شك أن إعمال فكرة التوازن المالي في هذه الحالة من شأنها الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد وقت إبرامه و بقاء الإلتزامات بالقدر الذي اتفق عليه الأطراف ، مع ضرورة مراعاة التعادل في الأداءات المتقابلة لعقد الصفقة العمومية.

المبحث الثاني: التحكيم كآلية لإعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية في الظروف الطارئة.

لا شك أن الديناميكية و التطور التي تعرفها عقود الصفقات العمومية تتطلب إيجاد طرق بديلة لتسوية النزاعات الناشئة عنها ، و من ذلك طريق التحكيم ، بغية ضمان المحافظة على استقرار الأوضاع و المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة. فإذا كان القاضي يهدف إلى تطبيق القانون ، فإن المحكم يهدف إلى تحقيق العدالة و إيجاد الحلول الودية التي ترضي أطراف العقد.

غير أن اللجوء إلى التحكيم ، بما يضمنه هذا الأسلوب من تسوية النزاعات من منح أطراف النزاع حرية اختيار القانون الواجب التطبيق قد يؤثر على نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية ، خاصة أن نظام التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين و استمرار العلاقة التعاقدية بينهما مستقبلا. فالتحكيم هو نوع من العدالة الخاصة الاتفاقية أساسه و ركيزته اتفاق الأطراف على ذلك ، على نحو تكون فيه مهمة هيئة التحكيم مهمة قضائية تهدف إلى حسم النزاع وفقا لما يحقق مصلحة الإدارة و المتعامل المتعاقد معها.

المطلب الأول: جدلية قبول التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

تتسم منازعات الصفقات العمومية بالخصوصية كونها تتعلق بعقد من العقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها طرفا فيها. فإذا كانت العقود الإدارية عموما تتميز بخصائص استثنائية غير موجودة في عقود القانون الخاص ، ففي مقابل ذلك فلا بد من وجود ضمانات قانونية لصالح المتعامل المتعاقد مع الإدارة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية ، و يعتبر التحكيم من أول هذه الضمانات.

غير أن لجوء المصلحة المتعاقدة ، ممثلة في الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية ، لنظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية ، أثار جدلا كبيرا في أوساط الفقه و التشريعات الوطنية المقارنة ، ما جعل البعض منها يتردد في تبني هذا النظام في مجال الصفقات العمومية نظرا لخصوصية و أهمية هذه العقود ، و ارتباطها العضوي بالقضاء الإداري و المنازعات الإدارية.

الفرع الأول: موقف بعض التشريعات الوطنية المقارنة من اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

تباينت مواقف التشريعات الوطنية المقارنة من مسألة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، فمنها من أجازت التحكيم في هذا النوع من المنازعات ، و منها من حظرته بداية ، و منها من اتخذت موقفا وسطا بين الحظر في بعض منازعات الصفقات العمومية و أجازته في منازعات أخرى.

و سوف نكتفي في هذا الشأن بتسليط الضوء على موقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة ، على اعتبار أن القانون الفرنسي يعد مهد القانون الإداري و كان له تأثير كبير على باقي التشريعات الوطنية الأخرى ، خاصة اللاتينية منها ، إضافة إلى أن نظام التحكيم في ظل هذا القانون كان مشحونا بكثير من الأحداث و المتغيرات التي كان لها بالغ الأثر على التشريعات الوطنية المقارنة الأخرى . كما لا يفوتنا في هذا الصدد عرض موقف المشرع المصري ، كونه أفرد قانونا مستقلا و مفصلا لموضوع التحكيم .

أولا: موقف المشرع الفرنسي.

عرفت فرنسا نظام التحكيم منذ القدم ، إذ نجد لهذا النظام جذور تضرب في أعماق التاريخ الفرنسي عبر العصور³⁰ ، غير أن المشرع الفرنسي اعتنق مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها ، مع بعض الاستثناءات التي لحقت هذا المبدأ تماشيا مع بعض الظروف الخاصة.

تبنى المشرع الفرنسي في البداية مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، حيث حظر المشرع الفرنسي على الدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم . و يجد هذا الحظر أساسا له في نص المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 1806 ، حيث نصت على أنه لا يجوز إبرام إتفاقيات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها للنياحة العامة و تستلزم حضورها فيها ، و المنازعات التي حددتها المادة 83 من ذات القانون ، و ذكرت من بينها المنازعات التي تتعلق بالنظام العام و المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة³¹ . و يعتبر نص هذه المادة أول نص تشريعي يحظر بموجبه على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم إذا كان من الواجب إبلاغ النياحة العامة بشأنها ، حيث يشمل هذا الحظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها ، بما في ذلك عقود الصفقات العمومية ، حتى و لو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التي تختص بها المحاكم المدنية ، و اعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام لا يجوز مخالفته.

و قد ساير القضاء الفرنسي هذا الاتجاه الذي تبناه الشرع الفرنسي بخصوص مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها شخص عام ، و منها منازعات الصفقات العمومية ، استنادا على نص المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية ، المشار إليهما أعلاه ، على أساس أن نص هاتين المادتين جاء صريحا و أنه ما على القضاة إلا تطبيق القانون³² . و في هذا الصدد ، قضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه ببطالان شرط التحكيم الوارد في العقود التي يكون أحد أطرافها شخص من الأشخاص العامة ، حيث اعتبر المجلس أن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو مبدأ قانوني تلتزم به الإدارة دون الحاجة إلى وجود نص تشريعي يقضي بذلك³³.

و قد بقي موقف المشرع الفرنسي على هذا الحال ، و استمر هذا الحظر بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سنة 1972 ، حيث استبدلت المادة 1004 بالمادة 2060 ، و التي حددت الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ، و من ذلك المنازعات التي تكون الأشخاص أو المؤسسات العامة طرفا فيها³⁴ .

غير أنه بفعل الانتقادات التي وجهها الفقه للمشرع الفرنسي بشأن تشدده في اعتناقه مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم ، و تحت وطأة ضغوط الحاجات العامة و الضرورة ، حيث كشف الواقع العملي أن العديد من المؤسسات العامة اضطرت إلى إبرام عقود تضمنت شرط تحكيم ، لاسيما عقود التجارة الدولية ، خفف المشرع الفرنسي من مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود

الإدارية بشكل نسبي من خلال النص على بعض الاستثناءات التي يمكن فيها للدولة و الأشخاص الاعتبارية الأخرى اللجوء إلى التحكيم ، حيث شملت هذه الاستثناءات منازعات العقود التي تبرمها الدولة أو أحد هيئاتها العامة ، بما في ذلك منازعات الصفقات العمومية ، حيث أصدر القانون رقم 972/86 بتاريخ 19/08/1986 ، أجاز بموجبه التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي ، حيث نصت المادة التاسعة منه على أنه: « يجوز للدولة و الوحدات المحلية و المؤسسات العامة إدراج شروط تحكيم في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية ، لتنفيذ أعمال ذات نفع وطني بغرض تسوية المنازعات المتصلة بتطبيق أو تفسير هذه العقود». و يرجع هذا التحول اللافت من المشرع الفرنسي بخصوص التحكيم في منازعات الصفقات العمومية إلى قضية شهيرة تعرف بـ "قضية والت ديزني" التي ساهمت بشكل كبير و فعال في تدخل المشرع الفرنسي و تبنيه للتحكيم في العقود الإدارية ، و منها عقود الصفقات العمومية. ففي سنة 1986 أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لتنفيذ مشروع إقامة ملاهي على نسق ملاهي والت ديزني المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأصرت الشركة الأمريكية على أن يتضمن عقد الصفقة شرط تحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد ، فعرض وزير التخطيط الفرنسي الأمر على مجلس الدولة لإبداء رأيه حول مدى إمكانية إدراج شرط تحكيم في العقد المزمع إبرامه مع الشركة الأمريكية . فأصدر مجلس الدولة الفرنسي رأيه الشهير في 9/03/1986 الذي أقر فيه و بشكل صريح مبدأ حظر التحكيم على أشخاص القانون العام ، باستثناء حالة وجود نص قانوني صريح مما يستلزم تدخل المشرع بموجب نص قانوني صريح يقضي بالسماح بالتحكيم لأشخاص القانون العام ، حيث جاء في رأيه: «..... لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة الخروج على القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني ، و اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي يكونون طرفا فيها ، و التي تلتصق بالعلاقات التي تدخل في النظام القانوني الداخلي.....» ، و استطرد مجلس الدولة في عرض رأيه أنه: «إذا كانت هناك ضرورة تحتملها المصلحة الوطنية لهذا الشرط (شرط التحكيم) ، فيجب أن يصدر ترخيص خاص به من المشرع»³⁵ ، و من هنا يتضح أن مجلس الدولة الفرنسي في رأيه هذا ذهب إلى أنه يمكن معالجة الإشكالية المتعلقة بمدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية من خلال إصدار المشرع لنص تشريعي صريح يقضي بجواز اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات ، و هو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى التدخل و إصدار القانون 972/86 المشار إليه أعلاه.

و قد ربط المشرع الفرنسي أعمال هذا الاستثناء بضرورة توافر الشروط التالية³⁶:

1. أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية ، أي أن يكون دوليا ، و من ثم فإن هذا الاستثناء لا ينطبق على العقود التي تبرمها الأشخاص العامة مع شركات وطنية .
2. أن يكون العقد بشأن مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.
3. صدور مرسوم من مجلس الوزراء يتضمن الموافقة على تضمين العقد شرط تحكيم ، بعد التأكد من توافر الشروط التي حددها القانون ، و يكون ذلك في كل حالة على حدة.

ثانيا: موقف المشرع المصري.

تجدر الإشارة في البداية أن المشرع المصري قد نظم موضوع التحكيم تنظيما متكاملا في قانون مستقل ، و هو القانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية ، و جاء في المادة الأولى منه أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص ، أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج ، و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

إن العبارات الواردة في نص هذه المادة تدل على أن المشرع المصري قد حسم موقفه بشأن مدى جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بأن أجاز التحكيم في هذه المنازعات ، فعبارة " كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع " توحى بإجازة المشرع للتحكيم في منازعات العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها شخص من الأشخاص العامة بما في ذلك منازعات الصفقات العمومية . و مع ذلك ، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن هذا النص لم يحسم مسألة التحكيم في العقود الإدارية كونه لم ينص صراحة على ذلك ، و يرجع ذلك لأهمية هذه العقود و تشعبها و تعدد جوانبها ، و من ثم يصعب التسليم بحسم هذه المسألة عن طريق هذه العبارة المذكورة أعلاه . فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة ، و هي قواعد إدارية معظمها ذات مصدر قضائي من ابتكار القضاء الإداري ، و من ثم يصعب التسليم بإخضاع منازعاتها للتحكيم وفقا للقانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية الذي لم ينص صراحة على خضوع منازعات العقود الإدارية لأحكامه³⁷ . و في ظل هذا الجدل القائم حول تفسير نص المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 و غموضها بشأن مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم ، تدخل المشرع المصري لإزالة هذا اللبس و الغموض بإصدار القانون رقم 9 لسنة 1997 بتاريخ 1997/05/13 ، و أضاف بموجبه فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 ، نص فيها صراحة على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، و منها منازعات الصفقات العمومية ، حيث جاء فيها: « و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، و لا يجوز التفويض في ذلك» .

و بذلك ، يكون المشرع المصري قد وضع حدا للخلاف و الجدل الذي أثير حول مسألة جواز التحكيم في العقود الإدارية من عدمه ، و أقر التحكيم في جميع المنازعات المتعلقة بكافة العقود الإدارية ، بما في ذلك عقود الصفقات العمومية ، إلا أنه قيد ذلك بقيدين: الأول ، ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، و من ثم فإنه لا يجوز أن يتضمن العقد الإداري شرط التحكيم دون موافقة من الوزير المختص .

و الثاني ، عدم إمكانية تفويض هذا الاختصاص ، إذ لا يجوز للوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أن يفوض غيره في ممارسة اختصاصه فيما يتعلق بالموافقة على التحكيم في العقد الإداري و قد أكد المشرع المصري صراحة على موقفه هذا في إجازة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، و ذلك في قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، حيث نص في المادة 42 منه على أنه: « يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم ، بموافقة الوزير المختص ، مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد» .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

لم يكن أمر تبني الجزائر لنظام التحكيم ممكنا منذ السنوات الأولى للاستقلال ، حيث اتخذت موقفا معاديا و معارضا لهذا النظام مبررة ذلك بتعارضه مع السيادة الوطنية ، و هو ما انعكس على موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية عموما . فكثيرا ما وصف موقف الجزائر من هذا النظام و إلى غاية سنة 1993 ، بالموقف المتناقض في حد ذاته ، ففي الوقت الذي كان فيه الخطاب السياسي الرسمي يظهر عداوة لهذا النظام طوال سنين عديدة ، فإنه في مقابل ذلك على الصعيد العملي لم تكن تخلو بعض العقود التي كانت تبرمها بعض المؤسسات العمومية في الخارج من شروط يصار بموجبها إلى تسوية النزاعات المتعلقة بها عن طريق نظام التحكيم³⁸ . و قد مر نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر بمرحلتين هامتين ، مرحلة المعارضة و العداء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، ثم مرحلة الانفتاح على التحكيم في مجال الصفقات العمومية و تكريسه في النظام القانوني الجزائري.

أولاً: مرحلة حظر التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

أكد المشرع الجزائري بعد الإستقلال على مبدأ حظر التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في العديد من القوانين التي أصدرها في عدة مجالات ، مكرسا مبدأ " عدم إمكانية تقاضي الدولة و الأشخاص الاعتبارية الأخرى إلا أمام المحاكم الوطنية .

1. حظر التحكيم إثر صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966.

تبنى المشرع الجزائري بموجب أول تقنين لقانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 بموجب الأمر رقم 154/66 ، مبدأ أساسيا اقتبسه من القواعد المنظمة للتحكيم في فرنسا ، مفاده أن أشخاص القانون العام لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم . فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد خصص الكتاب الثامن من هذا القانون للتحكيم ، بل أن المادة 442 وضعت قاعدة يمكن بمقتضاها لكل شخص أن يطلب التحكيم دون قيد ، إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة كانت صريحة في حظر لجوء الدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى إلى التحكيم في علاقاتها ، حيث نصت: « لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم». و عليه ، استنادا على هذا النص ، فإنه يحظر على الدولة و الأشخاص العامة الأخرى اللجوء إلى التحكيم مهما كانت طبيعة العلاقة التي تربطه بالمتعاقد معها ، و هو ما ينسحب على منازعات الصفقات العمومية ، فإذا أبرمت الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى صفقة عمومية مع متعامل آخر ، فإنه يحظر عليها الاتفاق على التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عنها.

2. حظر التحكيم في إطار القوانين المنظمة للصفقات العمومية.

يعتبر الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 ، أول تشريع ينظم الصفقات العمومية بعد الاستقلال . و قد حددت المادة الأولى منه الأشخاص العامة التي يخولها القانون سلطة إبرام الصفقات العمومية ، و هي الدولة و العمالات و المؤسسات أو المكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري . بينما نصت المادة 152 من هذا الأمر على مبدأ هام يتمثل في " مبدأ التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية" ، و اعتبرته الأصل في تسوية المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود الإدارية بأن ألزمت اللجوء إلى الطرق الودية لتسوية هذه المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء ، حيث نصت على أنه: « تشكل في كل وزارة بقرار لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية ، و إن الإجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية». غير أن اللافت للإنتباه أن الأمر 90/67 لم يشير إلى نظام التحكيم كآلية ودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، و هو ما يطرح التساؤل حول المقصود بعبارة " التسوية الودية " الواردة في نص المادة 152 ، المشار إليها أعلاه؟ ذهب بعض الفقه إلى أن المشرع عندما ألزم اللجان الاستشارية المشكلة على مستوى كل وزارة بالبحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية ، قبل اللجوء إلى القضاء ، فإن ذلك يعتبر بمثابة ترخيص ضمني منه بإمكانية اللجوء إلى التحكيم ، باعتباره طريق ودي لتسوية المنازعات ، لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، غير أن هذا الرأي تعرض للإنتقاد على أساس أنه لا يمكن لأحكام هذا المرسوم أن تخالف قانون الإجراءات المدنية ، لا سيما المادة 3/442 التي حظرت صراحة على الدولة و الأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم³⁹.

و بصدر القانون المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي سنة 1982 بموجب المرسوم 145/82 ، المؤرخ في 1982/04/10 ، أصبحت كل المؤسسات العمومية خاضعة للقانون الإداري ، و بالتالي فقد وحد المشرع الجزائري التسمية بإدراجه تسمية " المتعامل العمومي " ، ليبقى السؤال مطروحا: هل يمكن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية؟ إن القراءة الأولية لنص المادة 104 من المرسوم 145/82 تظهر عدم حسم المشرع الجزائري لموقفه من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، سواء تعلق الأمر بالمتعامل العمومي أو بمتعامل أجنبي. غير أن المادة 55 من ذات المرسوم أوجبت أن تتضمن كل صفقة عمومية البيانات التالية: «..... القانون المطبق و شروط التسوية الودية.....» ، و هو ما يفتح الباب أمام الأشخاص المذكورين في المادة 05

بالخروج عن أحكام المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية التي كانت تحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم. غير أن التسليم بذلك يدفعنا إلى القول أن تطبيق هذا الرأي لا يستقيم قانونا كون المادة 55 المذكورة أعلاه وجدت بمرسوم ، بينما المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وجدت بموجب أمر ، و عليه فإن المادة الأخيرة أسمى من المرسوم في التدرج التشريعي.

و قد ألغيت المادة 152 من الأمر 90/67 بصدر المرسوم الرئاسي 250/02 ، المؤرخ في 24 يوليو 2002 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، و جاء في المادة 102 من هذا المرسوم :«...و في حال اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة». فالاتفاق الذي قصده المشرع الجزائري في هذه المادة ليس اتفاق التحكيم و إنما الاتفاق على التسوية الودية للنزاعات التي قد تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

3. الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد تبني موقفا متشددا من لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في العلاقات التي تربطها بالأشخاص الأخرى ، و اعتنق مبدأ حظر التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، إلا أن الواقع العملي كشف عن اتجاه بعض المؤسسات العمومية نحو اللجوء إلى التحكيم لتسوية بعض المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، حيث أبرمت العديد من العقود ، المرتبطة غالبا بعقود البترول ، التي تضمنت شرط تحكيم ، مخالفة بذلك نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 ، حيث يرجع ذلك لعدة أسباب أهمها التعقيدات التقنية التي تتميز بها هذه العقود و التي تتطلب تسويتها اللجوء إلى أشخاص مختصين في هذا المجال. و قد عبر الأستاذ الطيب زيروي عن هذا الموقف بقوله: «يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم على الصعيد الرسمي»⁴⁰ ، حيث كان موقف المشرع الجزائري متناقضا يتراوح بين القبول و الرفض و التقبل.

ثانيا: مرحلة الاعتراف بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، و تكريسه في النظام القانوني الجزائري.

في نهاية الثمانينات غيرت الجزائر من سياستها الاقتصادية نتيجة للتطورات الاقتصادية و الأيديولوجية التي عرفتتها ، فانتقلت على إثر ذلك من نظام الاقتصاد الموجه إلى تبني نظام اقتصاد السوق المفتوح ، حيث كان لهذا التغير بالغ الأثر على موقف المشرع الجزائري من التحكيم ، حيث كرس المشرع الجزائري مبدأ جاز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في العديد من النصوص القانونية ، أهمها:

1. المرسوم التشريعي 09/93 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية.

بعد ثلاثين سنة من الحذر و التردد ، تبنت الجزائر رسميا نظام التحكيم بموجب المرسوم التشريعي 09/93 ، المؤرخ في 1993/04/25 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 ، حيث جاء المشرع الجزائري بأحكام جديدة تتعلق بلجوء الأشخاص المعنوية العامة لنظام التحكيم ، فألغى المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية ، سالف الذكر ، وجاء في نص المادة الأولى من هذا المرسوم :« و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقطاع العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية ». فالظاهر من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد فتح الباب أمام الأشخاص الاعتبارية العامة للجوء إلى التحكيم ، غير أنه قصره على العلاقات التجارية الدولية. بمفهوم المخالفة أنه حظر على هذه الأشخاص اللجوء إلى التحكيم فيما عدا هذه العلاقات. و على ذلك فإن النزاعات ذات الطابع الداخلي ، و منها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية التي لا يكون أحد عناصرها أجنبيا لا يجوز التحكيم فيها بل تعرض منازعاتها على القضاء الإداري. غير أن الإشكال الذي يفرض نفسه بقوة في هذا الصدد : هل يشمل مصطلح العلاقات التجارية الدولية الصفقات العمومية التي تبرمها الدول أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، كعقود الأشغال العامة و عقود التوريدات الدولية؟

ذهب بعض الفقه الفرنسي⁴¹ ، و نحن نؤيده في ذلك ، إلى التوسع في مفهوم العلاقات التجارية الدولية ، لتشمل عقود الصفقات العمومية الدولية ، معتبرا أن الصفقة العمومية يمكن أن تحتوي على مظاهر ترتبط بالتجارة الدولية في الحالات التي تؤدي فيها إلى حركة البضائع و الأموال عبر الحدود. و على هذا الأساس ، تعتبر صفقة عمومية العقد المبرم بين شخص اعتباري عام و شركة أجنبية.

و عليه ، فإن الدولة عندما تبرم عقودا مع شركات أجنبية ، كعقود الأشغال العامة أو عقود التوريد ، فإنها تستهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، بمعنى ليس هناك تعارض بين مفهوم التجارة الدولية و مفهوم المرفق العام . لذلك نحن نعتقد أنه يجب التوسع في مفهوم العلاقات التجارية الدولية لتشمل هذا النوع من العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، و من ثم يجوز إخضاع منازعاتها للتحكيم.

2. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008.

تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 ، الصادر بموجب القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 2008/02/25

اعترافا صريحا من المشرع الجزائري على مبدأ جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة:

● فقد أكد على هذا المبدأ في نص المادة 975 بنصها: « لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية».

● كما أكد على هذا المبدأ في الفقرة الثالثة من المادة 1006 من نفس القانون بنصها: « لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

3. المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 ، و الذي اعترف فيه المشرع الجزائري صراحة بجواز التحكيم في

منازعات الصفقات العمومية ، كان لزاما على المشرع أن يعزز هذا الموقف بتكريس مبدأ جواز التحكيم في القوانين المنظمة للصفقات العمومية . فقد تضمن المرسوم الرئاسي 247/15 أحكاما تتعلق بالتسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، سواء تلك الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الجزائريين ، أو تلك المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجناب.

فقد نصت المادة 153 من هذا المرسوم على أن: « تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

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

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.....».

يظهر لنا من خلال هذه المادة مدى حرص المشرع الجزائري على التسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بعيدا عن القضاء ، و ما قد يترتب على اللجوء إليه من عرقلة تنفيذ الصفقة العمومية نظرا لطول و تعقيد الإجراءات الخاصة بالفصل في منازعات هذه العقود أمام القضاء الإداري ، حيث ألزم الإدارة بالسعي للبحث عن حل ودي للنزاعات التي يمكن أن تثور في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، و من ذلك المنازعات المرتبطة باختلال التوازن المالي للصفقة . و عليه ، فإن الإدارة ملزمة بالبحث عن حل ودي يعيد التوازن المالي للصفقة العمومية ، من خلال التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

فلا شك أن نظام التحكيم يعد من بين هذه الحلول الودية التي يمكن للإدارة اللجوء إليها لتسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية ، كون هذا النظام لا يتعارض مع الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ، لا سيما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي أجاز صراحة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة ، كما أشرنا آنفا.

4. و قد تضمن القانون رقم 12/23 ، المؤرخ في 2023/08/05 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، نفس الأحكام التي تضمنها المرسوم الرئاسي 247/15 ، و المتعلقة بالتسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، سواء تلك الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الجزائريين ، أو تلك المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب ، و ذلك في المادة 87 ، حيث جاءت هذه المادة مطابقة لصياغة المادة 153 من المرسوم 247/15.

المطلب الثاني: تطبيقات تحكيمية لإعادة التوازن المالي للصفقات العمومية.

إن لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاختلال المالي لعقود الصفقات العمومية لا يصطدم بالطبيعة الذاتية لهذا النمط من العقود إذا ما اتفق أطرافها ، الإدارة و المتعامل المتعاقد معها على تسويتها عن طريق التحكيم ، فإذا اختل التوازن المالي للعقد و اختلف أطرافه حول ذلك ، يصبح تدخل هيئة التحكيم أمرا ضروريا لإعادة التوازن المالي للعقد و حسم النزاع. فالتحكيم هو نوع من العدالة الخاصة الاتفاقية يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين و استمرار العلاقة بينهما ، أساسه و ركيزته إتفاق التحكيم .

الفرع الأول: الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

تستند سلطة هيئة التحكيم في إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية من إتفاق الإدارة و المتعامل المتعاقد معها على منحها هذه السلطة من خلال نصوص العقد ذاته ، أو بناء على اتفاق لاحق من خلاله تستند إلى السلطة المخولة لها بموجب هذا الاتفاق. فاتفاق التحكيم حجر الزاوية في العملية التحكيمية ، فهو عقد يتم بإرادة أطراف النزاع . فهو بذلك دستور التحكيم و مصدر سلطات هيئة التحكيم .

و عليه ، فإن اتفاق التحكيم يحدث أثرا قانونيا هاما ، يتمثل في امتناع الأطراف عن طرح نزاعهم المتعلق بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية على القضاء الإداري ، باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في هذه المنازعات ، و طرحه على هيئة تحكيمية خاصة للفصل فيه ، و هو ما يفرض على أطرافه لاحقا الالتزام بالحكم الصادر عن هذه الهيئة التحكيمية⁴².

و يعرف اتفاق التحكيم - بصفة عامة- على أنه اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية ، لتفصل فيها هيئة تحكيمية بحكم نهائي و ملزم ، بعيدا عن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

و قد يتم إفراغ الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في إحدى الصورتين: إما في صورة شرط تحكيم يتضمنه العقد ، أو في صورة إتفاق لاحق يطلق عليه مشاركة التحكيم.

أولا: شرط التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يلتزم بمقتضاه أطراف العقد على تسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاع حول هذا العقد بواسطة التحكيم دون القضاء⁴³.

و عليه ، فإن الاتفاق على التحكيم في صورة شرط التحكيم يكون سابقا على نشوء النزاع بين أطراف العقد ، فهو اتفاق يواجه منازعات مستقبلية و احتمالية غير محققة الوقوع ، و غير قائمة فعليا ، و لكنها قد تنشأ مستقبلا.

و يرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية في صورة بند من بنود العقد ، و من ثم يكون مثل هذا الشرط جائزا في عقود الصفقات العمومية ، طالما أن المشرع قد أجاز التحكيم في منازعات هذا النوع من العقود الإدارية. فقد يرد شرط التحكيم في صورة بند في عقد الصفقة العمومية الأصلي يتفق بموجبه الإدارة و المتعامل المتعاقد معها على تسوية ما قد ينشأ من نزاع مستقبلا حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه بواسطة هيئة تحكيمية بعيدا عن القضاء.

غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يرد شرط التحكيم في اتفاق لاحق قبل نشوء النزاع ، فقد يكون شرط التحكيم منفصلا عن العقد الأصلي ، و هو عقد الصفقة العمومية ، فالعبرة بوصفه شرط تحكيم أن يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع. و بذلك ، يعد شرط التحكيم تنازلا مسبقا من الإدارة و المتعاقد معها منذ البداية عن اللجوء إلى القضاء ، و منح الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، التي قد تنشأ مستقبلا بينهما إلى قضاء التحكيم.

ثانيا: مشاركة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

يقصد بمشارطة التحكيم ، ذلك الاتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع بينهم ، يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على التحكيم بدلا من عرضه على المحكمة المختصة أصلا⁴⁴ ، و يسمى أحيانا وثيقة التحكيم الخاصة. فمشارطة التحكيم بهذا المعنى ، هي اتفاق لاحق على قيام النزاع ، تفترض أن يكون النزاع قد نشب فعلا بين الأطراف ، و اتجهت إرادتهم إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع القائم بينهم فعلا. و عليه ، فإن المميز لمشارطة التحكيم عن شرط التحكيم هو أنها تتم بعد نشوء النزاع ، فنشأة النزاع ضروري لصحة مشارطة التحكيم ، فإذا أبرمت هذه الأخيرة قبل نشوء النزاع تكون باطلة.

الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في تحقيق التوازن المالي للصفقة العمومية في الظروف الطارئة.

تعد سلطة هيئة التحكيم في إعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية في الظروف الطارئة من المسائل الجوهرية في خصومة التحكيم التي تنعقد بعد إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية هذا النزاع القائم بينهما و إعلان أحدهم رغبته في تحريك إجراءات التحكيم إلى الطرف الآخر⁴⁵.

فعلى هذا الأساس ، فإن إعادة التوازن المالي لعقود الصفقات العمومية على أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة من قبل هيئة التحكيم يعتمد على السلطات الممنوحة لهذه السلطة بموجب إتفاق التحكيم ، حيث تختلف هذه السلطة بحسب توسيعها أو تقييدها. فقد تكون سلطة هيئة التحكيم طليقة في إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف إذا كانت مفوضة بالصلح من قبل الأطراف بموجب إتفاق التحكيم ، فتكون لها سلطات واسعة تعفيها من تطبيق قواعد و أحكام القانون الموضوعي ، إلا ما تعلق منها بالنظام العام ، و هو ما يطلق عليه " التحكيم بالصلح " . و قد تكون هيئة التحكيم مقيدة بتطبيق قواعد و أحكام القانون الإداري لإعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية ، و هو ما يسمى " التحكيم بالقانون " . و يكمن الفارق بين هذين النوعين من التحكيم في مدى ما تتمتع به هيئة التحكيم المخول بالفصل في النزاع من سلطات و حدود ما يرد عليها من قيود ، سواء أكانت هذه القيود قيودا قانونية أو قيودا إجرائية.

أولا: التحكيم بالقانون.

التحكيم بالقانون هو ذلك النوع من التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الإجرائية و الموضوعية في القانون الذي اختاره الأطراف على النزاع المعروض عليها⁴⁶.

و ترتيبا على ذلك ، فإن هيئة التحكيم تنظر في النزاع المتعلق بموضوع إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية بين الإدارة و المتعامل المتعاقد معها و تصدر حكمها فيه وفقا للقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على النزاع ، و تقييم ادعاءات الأطراف على أساس معيار موضوعي قوامه أحكام القانون ، شأنها في ذلك شأن الهيئة القضائية.

فالأصل أن يتفق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم أمام هيئة التحكيم وفق لأحكام القانون المختار ، و هنا تمارس هيئة التحكيم سلطاتها مثل قضاة المحاكم القضائية ، حيث تلتزم بتطبيق أحكام القانون المختار من خلال البحث في ادعاءات الخصوم و تقييمها ، لينتهي بها الأمر إلى إصدار حكمها استنادا في ذلك على نص قانوني ، بغض النظر عن مدى تحقيق هذا الحكم للعدالة.

ثانيا: التحكيم بالصلح.

يعتبر التحكيم بالصلح ، أو كما يطلق عليه التحكيم الطليق أو التحكيم بالعدل ، استثناء عن الأصل العام و هو التحكيم بالقانون. ففي ظل هذا النوع من التحكيم تتحرر هيئة التحكيم من التقيد بأي نصوص قانونية ، أيا كان مصدرها ، للفصل في النزاع المعروض عليها ، بل تفصل فيه وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف ، أو وفقا لما تراه عادلا و ملائما لمصلحة الأطراف ، و طبقا لما يرتاح إليه ضمير المحكمين⁴⁷ ، و ذلك بناء على تفويض من أطراف النزاع لهيئة التحكيم هذه السلطة في اتفاق التحكيم. فلا يصح اعتبار هيئة التحكيم مفوضة بالصلح إلا إذا فوضها الخصوم ذلك صراحة في اتفاق التحكيم ، و كانت إرادتهم واضحة لا لبس فيها على تحويل هيئة التحكيم هذه السلطة.

و عليه ، فإن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح تتمتع بنوعين من السلطات ، إحداها سلبية و الأخرى إيجابية:

فأما السلطة السلبية ، فتتمثل في عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية ، غير أن السلطة لا تمتد إلى القواعد الآمرة و قواعد النظام العام. أما السلطة الإيجابية ، فهي سلطة إيجاد الحل العادل و الملائم للنزاع المعروض عليه.

و تأسيسا على ما سبق ، فإن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح و هي بصدد البحث في مسألة إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية فإنها تلتزم بالبحث عن حل عادل و منصف يرضي و يحافظ على مصالح الإدارة و المتعامل المتعاقد معها في نفس الوقت ، استنادا على قناعاتها الشخصية قوامها التقدير الذاتي لمدى ملاءمة عدالة و صحة ادعاءات الأطراف. فمهمة هيئة التحكيم في هذه الحالة التقريب بين مصالح الطرفين و الوصول إلى حل وسط. فعلى هذا الأساس فإن هيئة التحكيم تقوم بتسوية هذا النزاع بين طرفيه أكثر مما تحسمه. غير أن هيئة التحكيم تبقى مقيدة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

ففي ثبوت لهيئة التحكيم توافر مقتضيات أعمال نظرية الظروف الطارئة ، فإنها تقوم بتقدير التعويض الذي يستحقه المتعامل المتعاقد مع الإدارة وفقا لقواعد العدالة التي تقتضي أن تتم هذا التقدير من قبلها على أساس ما لحق المتعاقد من خسارة ، تتمثل فيما أنفقته من مصاريف إضافية أو أعباء مالية فرضت عليه كأثر للظروف الطارئة.

خاتمة:

لا شك أن نظام التحكيم يعتبر من الوسائل الودية الفعالة التي من شأنها تسوية المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية ، فقد أثبت الواقع العملي في العديد من القضايا نجاعة هذا النظام في إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية من خلال تبنيه حلول عادلة ترضي الإدارة من جهة و المتعامل المتعاقد معها من جهة أخرى .

فقد خطى المشرع الجزائري خطوات كبيرة نحو الاعتراف بجواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بعدما كان و لفترة طويلة يعتنق مبدأ حظر التحكيم في هذه المنازعات ، مواكبا بذلك التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي داخليا و دوليا.

فعلى الرغم من أهمية التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية إلا أن موضوع التحكيم لم يحظ بالمعالجة القانونية الكافية في القوانين النازمة للصفقات العمومية.

و قد توصلنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج و الملاحظات ، أهمها:

1. إن الهدف من أعمال نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية هو إعادة الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها عند إبرام العقد ، بما يضمن تنفيذ الصفقة العمومية.

2. في حال اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية بسبب الظروف الطارئة ، فإن حق المتعامل المتعاقد مع الإدارة يقتصر على التعويض لاعادة التوازن للصفقة ، و لا تملك هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد.
3. تعتمد هيئة التحكيم في تقدير التعويض أثناء أعمال نظرية الظروف الطارئة على معايير موضوعية و شخصية ، تختلف باختلاف المتعامل المتعاقد مع الإدارة و قدراته المالية.
4. أن الهدف من وراء إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية ، هو المحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة من جهة ، و تحقيق المصلحة العامة و ضمان سيرورة المرافق العامة من جهة أخرى.
- في الختام ، نقترح على المشرع أن يخص التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بأحكام خاصة تكون أكثر وضوحا و دقة ، تفاديا للتأويلات و الجدل الذي يمكن أن يصاحب هذا الموضوع. بالإضافة إلى تشجيع الإدارات المتعاقدة على اللجوء إلى هذا الطريق الودي لتسوية منازعات الصفقات العمومية مع المتعاقدين معها.
- الهوامش و الإحالات.

- ¹ سعاد الشرقاوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013 ، ص 417.
- ² مصطفى عبد المحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، 2008 ، ص 353.
- ³ راجع في ذلك: سعاد الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص 420.
- ⁴ Jean Rivero , Jean Waline , Droit administratif , 22 eme édition , Dalloz , Paris , 2011 , page 126.
- ⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكما ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 23010 ، ص 191.
- ⁶ سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، 2005 ، ص 650.
- ⁷ محمد شعبان الدرهمي ، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2017 ، ص 135.
- ⁸ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 193.
- ⁹ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الصادر بتاريخ 1957/07/03 ، المجموعة س ، 11 ق ، ص 607 ، مشار إليه في مقال: وليد عبد الرحمان إسماعيل مزهر و آية ناصر نمر عقل ، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على إعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة في فلسطين ، دراسة تحليلية ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، المجلد الرابع ، العدد الأول لسنة 2020 ، ص 18.
- ¹⁰ سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 518.
- ¹¹ سعاد الشرقاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 520.
- ¹² C.E , 8 Décembre 1944 , Société de l'énergie industrielle, R.D.P Mars 1949 , Min , T.P contre E.D.F.D 1953 , page 309.
- ¹³ عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 238.
- ¹⁴ عسالي عرعار ، التوازن العقدي عند نشأة العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2015/2014 ، حص 113.
- ¹⁵ سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 424.
- ¹⁶ راجع: سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 655.
- ¹⁷ محمد جمال مطلق ذنبيات ، العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض ، السعودية ، بدون سنة نشر ، ص 216.
- ¹⁸ جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 336.
- ¹⁹ سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 601.
- ²⁰ جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 341.
- ²¹ رأفت فودة ، دروس في القانون الإداري ، العقود و الأموال ، مكتبة النصر ، 1995 ، ص 107.
- ²² سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 586.
- ²³ نقلا عن: سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 509.

- 24 نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، 2010 ، ص 602.
- 25 جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 346.
- 26 سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 397.
- 27 راجع في تفصيل ذلك: رياض الجريسات ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2007 ، ص 52 و ما بعدها.
- 28 سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 400.
- 29 سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 587.
- 30 لمزيد من التفاصيل ، راجع:
- Christian Gavalda et Claude de leysac , L'arbitrage , Dalloz , 1993, page 01.
- 31 Jean Robert , L'arbitrage , Droit interne et droit international , 6^{eme} édition , Dalloz , 1996 , page 10.
- 32 راجع :
- Thomas Clay , Arbitrage , Dalloz , 2001 , page 09.
- 33 لمزيد من التفاصيل ، راجع: برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة طاهري محمد ، بشار، 2019 ، ص 23-24.
- 34 Art 2060 du code des procédures civile Français modifiée par la loi 72/626 du 5 juillet 1972 : « On ne peut compromettre sur.....ou sur les contestation intéressant les collectivités publiques et les établissements publics..... » .
- 35 نقلا عن : سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 477.
- 36 راجع في تفصيل ذلك: جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 51.
- 37 محمد سعيد أمين ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص 59.
- 38 لمزيد من التفاصيل ، راجع: جارد محمد ، محتمل آمنة ، الجامع في التحكيم التجاري الدولي ، نظام التحكيم و تطوره و مفهومه ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة 2021 ، ص 212 و ما بعدها.
- 39 راجع : برباوي رقية ، المرجع السابق ، ص 59.
- 40 الطيب زيروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، الجزء الثاني ، معهد القانون و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1991 ، ص 421.
- 41 Emmanuel Gaillard , le nouveau droit Français de l'arbitrage interne et international , Recueil Dalloz , 2011 page 175.
- 42 أحمد إبراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم و الدفع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 27.
- 43 فتحي والي ، قانون التحكيم في المنازعات الوطنية و التجارية الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2014 ، ص 100.
- 44 أحمد إبراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 31.
- 45 جارد محمد ، محتمل آمنة ، الجامع في التحكيم التجاري الدولي ، الخصومة التحكيمية : انعقادها و إجراءات الفصل فيها ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة 2021 ، ص 12.
- 46 لزهري بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 27.
- 47 أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء و بالصلح ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 18.