جامعة وهران 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

ماستر2 : القانون العام الاقتصادي

محاضرات في العقود الدولية للإدارة

تقدم في إطار اجراءات التباعد الاجتماعي

من قبل :

تراري ثاني مصطفى

أستاذ التعليم العالي

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة

1- التعريف بالعقود الدولية للإدارة

إن عبارة " العقود الدولية للإدارة" ، ليست بالعبارة المألوفة و ربما لم يسبق استعمالها -على الاقل في سياق القانون الجزائري - في اية دراسة من ذي قبل . فهي فعلا عبارة تعبر عن واقع جديد افرزته الممارسات التعاقدية للإدارة الحديثة في إطار تعاملاتها مع المحيط الاقتصادي الدولي.

للوقوف على معنى هذه العبارة يجدر بنا الوقوف اولا و قبل كل شيء على المعنى الحرفي للمفردات القانونية التي تتكون منها ، للوصول الى المعنى الاصطلاحي الذي ترمي اليه من اجل تحديد نطاق هذه الدراسة.

أ- المقصود بعبارة العقود الدولية للإدارة

- العقد :

تستعمل كلمة "العقد" هنا في معناها العام ، الذي لا يرتبط بنظام او فرع او حتى عائلة من العائلات القانونية المعروفة.

فيقصد ب "العقد" هنا توافق إرادتين او اكثر على إنتاج حقوق و التزامات اقتصادية و مالية . فهذا المفهوم و لئن لا يختلف عن المفهوم الوارد في القانون المدني تحت عنوان النظرية العامة للعقد في المادة 54 فان نطاقه اضيق :

- فهو لا يسري إلا على العقود ذات المحتوى الاقتصادي و المالي ، لان الادارة لا تبرم إلا العقود التي تنجر عنها آثار اقتصادية و مالية ، هذا من جهة ،
- و من جهة اخرى ، لا يسري إلا على عقود التي هي في نفس الوقت معا وضة و ملزمة للجانبين و تبادلية و لا تنطوي على غرر ، على اعتبار ان الادارة لاتهب و لا توقف و لا توصي و لا تتعاطى الرهان.

هذا المفهوم للعقد لا يختلف كذلك عن المفهوم المعمول به في القانون الاداري الذي ترتبط خصوصيتة ليس من حيث انه عقد ، إذ لا يختلف العقد المدني عن العقد الاداري في هذا الصدد ، و انما بوصفه الإداري.

في الاخير ، لا يختلف هذا المفهوم للعقد عن المفهوم المستعمل في التجارة الدولية ، حيث يجري استعماله بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ، إن كان ينتمي للعائلة اللاتينية الجرمانية " عائلة

القانون المدني - civil law " التي احتوت على نظرية عامة للعقد او عائلة القانون العام الانجلوامريكية (common law) (التي لا وجود فيها لمثل هذه النظرية.

- الادارة :

و يقصد بها هنا الادارة العمومية أي التي تقوم على أسس من السلطة العامة و المرفق العام الاداري و التي عادة ما تؤدي بها إلى القيام بمهامها خارج الاطر المألوفة **أي باستعمال شروط مجحفة "des clauses exorbitantes de droit commun".**

هذه الاسس متوفرة في الاشخاص المعنوية للقانون العام في الجزائر طبقا للمفهوم الشكلي على النحو الذي اخذت به المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي حصرت هؤلاء الاشخاص في : الدولة و البلدية و الولاية و المؤسسات العامة الادارية من جامعات و مستشفيات ...الخ.

و هي تنعدم لد ما يسمى بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و من باب اولى في المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع للقانون الخاص التجاري و المدني في علاقاتها مع الغير.

- وصف الدولية :

وصف الدولية له معاني متعددة :

فهناك الدولية بمفهوم القانون الدولي العام ((internationalité publique أي التي تغطي العلاقات بين الدول ، بوصفها صاحبة سيادة و كذلك المنظمات الدولية و هي تخرج عن نطاق هذه الدراسة.

و هناك الدولية بمفهوم القانون الدولي الخاص((internationalité privée و التي تغطي العلاقات الدولية بين الخواص و هي كذلك تخرج عن نطاق هذه الدراسة.

و هناك اخيرا الدولية الهجينة االناتجة عن تعامل الادارة بالمفهوم السابق مع اشخاص خاصة في المحيط الاقتصادي الدولي ((transnationalité.

في المجال الاقتصادي يسود اليوم مفهوم اقتصادي للدولية يحاول التخلص من المعايير القانونية)الجنسية الاجنبية ، الموطن في الخارج(، لصالح معيار اقتصادي يعتبر دوليا كل علاقة تنجر عنها حركة للأموال و / او الخدمات او رؤوس الاموال ، عبر الحدود الدولية .

ب- <u>سبب ظهور العقود الدولية للإدارة</u>

من الصعب الحديث الى يومنا هذا عن عقد إداري دولي في ظل القانون الفرنسي ، لان العقد متى كان إداريا فهو عقد داخلي ، من حيث انه يخضع للقانون الاداري الوطني و اختصاص المحاكم الادارية.

لكن منذ ان اصبح التحكيم و الطرق البديلة الاخرى من مصالحة و وساطة معتمدة اكثر فأكثر في حل منازعات الادارة مع اشخاص قانونية اجنبية ، اصبح الحديث ممكنا ليس عن العقود ادارية دولية و انما عن عقود تبرمها الادارة فيضعها تحت طائلة القانون الخاص الدولي او بصورة ادق قانون التجارة الدولية.

و عليه ، بعد ان كان التحكيم لعقود وسيلة لتدويل العقد الاداري ها هو اليوم اضحى و سيلة لخوصصة العقد الاداري و لو جزئيا كما سيأتي . هذا في فرنسا.

أما في الجزائر و معظم الدول النامية كجمهورية مصر، خضوع العقود التي تبرمها الدولة و الاشخاص المعنوية للتحكيم الدولي كان امرا مباحا منذ عشرات السنين و هو ما ترتب عنه إمكانية الحديث عن العقد الدولي للإدارة منذ عقود مضت.

هذه الملاحظة المهمة تفرض علينا التعريج على الكيفية التي اصبح التحكيم فيها مقبولا في العقود التي تبرمها الادارة.

- **التحكيم في عقود الادارة في الجزائر**

يتعين هنا ان نفرق بين الموقف الرسمي الذي نص عليه القانون و تبنته المواقف السياسية المناهضة للتحكيم من جهة و الموقف الفعلي من جهة اخرى.

- الموقف الرسمي الرافض للتحكيم

عبر عليه في البداية قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966 الذي كان ينص في المادة 442/3 على عدم جواز لجوء الدولة و الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم. القانون المدني وسع في المادة 49)قبل تعديلها عام 2005(من نطاق الاشخاص المعنوية العامة لتشمل الدولة و البلدية و الولاية و المؤسسات و الدواوين العامة و المؤسسات الاشتراكية و التعاونيات.

سنة 1975 صدر الامر المتعلق بالتحكيم الجبري بين المؤسسات الاشتراكية و كل المؤسسات التي تحوز فيها الدولة اغلبية راس المال ، و هو ما ترتب عنه منع التحكيم الاختياري بالنسبة لشركات الاقتصاد المختلط التي اصبحت هي الطريقة الوحيدة للاستثمار في الجزائرية بنسبة 51% على الاقل للمؤسسة الاشتراكية الوطنية و 49% للمؤسسة الاجنبية على الاكثر.

سنة 1982 صدر المرسوم المتعلق بالمتعامل العمومي) الدولة ، البلدية و الولاية ، المؤسسات الاشتراكية (و الذي اتخذ موقفا مبهما طبع كل قوانين الصفقات العمومية التي تلته و ذلك بنصه في إطار محتوى الصفقة العمومية بضرورة ان تنص الصفقة العمومية على طريقة الفصل في النزاع و القانون الواجب التطبيق و هو ما فتح الباب اما الادارة لإبرام اتفاقات للتحكيم مع المتعاملين الاجانب على الاقل فيما يخص المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي.

- التسليم بالتحكيم الدولي

سنة 1988 سمحت قوانين استقلالية المؤسسات بالتحكيم الداخلي و الدولي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي و التي تم تحويلها الى مؤسسات عمومية اقتصادية و بقي المنع ساريا بالنسبة للدولة و البلدية و الولاية و المؤسسات الادارية الى غاية ، 1993 تاريخ تعديل قانون الاجراءات المدنية ، حينما اعترف للأشخاص المعنوية العامة استثناء بالحق في اللجوء للتحكيم في علاقاتها التجارية الدولية (المادة 442) أي مع مؤسسات اقتصادية اجنبية.

سنة 1996 تم الانضمام لاتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى ، غير ان الدولة هنا لا تظهر بمظهر الشخص الذي يسهر على مرفق اداري و انما كصاحبة سيادة و ضامنة للاستثمار الدولي تجاه الشركات الاستثمارية.

سنة 2008 صدر قانون الاجراءات المدنية و الادارية الذي اعترف للدولة و البلدية و الولاية و المؤسسات العامة الادارية اللجوء للتحكيم في إطار الصفقات العمومية بالإضافة لعلاقاتها التجارية الدولية و في مجال الاستثمار بموجب اتفاقية واشنطن و هو ما جعل امكانية الحديث عن العقود الدولية للإدارة مبكرا ، مقارنة بالقانون الفرنسي. اكثر من ذلك تضمن النص مواد تتعلق بتنظيم التحكيم في المادة الادارية لأول مرة كما سنبين ذلك لاحقا.

- **التحكيم في العقود الادارية في فرنسا**

كان اول انفتاح على التحكيم الدولي في العقود الادارية في فرنسا سنة 2004 حين صدر امر اجاز التحكيم في عقود الشراكة التي تبرمها الادارة مع الشركات الاجنبية ، بحيث لأول مرة اجاز المشرع اللجوء للتحكيم كطريقة للفصل في المنازعات في عقود ذات طبيعة ادارية ، لكن هذا النص ابقى على الزامية الابقاء على خضوع العقد مع ذلك للقانون الفرنسي و هذا لا يستثني تطبيق قواعد القانون الاداري الفرنسي و لو جزئيا.

قبل هذا التاريخ و في حدود سنة 1986 ، ثار جدل كبير بمناسبة قضية اورو ديزني لاند و اقليم مارن لافالي (Euro-Disney Land - Marne la vallée)، بخصوص إنشاء حديقة التسلية التي تحمل هذه التسمية ، في ضاحية باريس ، مع شركة امريكية ، تدعى ديزني لاند ، في مرحلة كان التحكيم غير معترف به في المواد الادارية.

الطرف الامريكي الح على ان يتضمن العقد شرطا للتحكيم ، لكن الدولة الفرنسية رفضت العرض ، مما اضطرها لطلب المشورة من مجلس الدولة الذي اوصى بعدم امكانية ان تتضمن العقود الادارية شرطا للتحكيم.

المنافسة الشديدة التي لقيها المشروع من قبل مدن اوروبية اخرى جعل الحكومة الفرنسية ، لافتكاك العقد ، ان تسن قانونا خاصا يسمح للدولة بتضمين العقد شرط التحكيم متى كان المشروع ذا مصلحة وطنية و هكذا تم التوقيع على العقد مع شرط التحكيم الذي يحتويه. و منذ ذلك الحين بدأ الحديث عن التحكيم في المواد الادارية في الفقه الفرنسي.

خطة الدراسة

هذه التطورات ، سواء في فرنسا او في الجزائر و جمهورية مصر العربية ، اوجدت لنا عينة من العقود التي تبرمها الادارة العمومية التقليدية مع شركات اجنبية و التي بحكم خضوعها للتحكيم اصبحت ذات طبيعة هجينة . فهي تخضع لقانون التجارة الدولية بنزعته اللبرالية من جهة مع بقائها تخضع لبعض قواعد القانون الاداري التقليدي. و هذا بما سنتطرق اليه من خلال المراحل التي يمر بها أي عقد من العقود :

الفصل الاول : المرحلة السابقة عن التعاقد

الفصل الثاني : مرحلة تنفيذ العقد

الفصل الثالث: مرحلة الفصل في النزاع عن طريق التحكيم

الفصل الاول : المرحلة السابقة على التعاقد

لم يهتم القانون الخاص التقليدي بالمرحلة السابقة على التعاقد إلا بصورة جد متواضعة من خلال الطريقة التي يتم بها توافق الايجاب و القبول ، خاصة حينما يتعلق الامر بالتعاقد بين غائبين و بالطريقة التي يتم بها التعاقد في المزادات العلنية القضائية خاصة برسو المزاد) المواد من 59 إلى 71(.

و لعل العقود الادارية عموما و الصفقات العمومية هي التي جلبت الاهتمام لأول مرة الى هذه المرحلة ، لكون الصفقة العمومية لا تتم كأصل عام بالتراضي كما هو الحال في العقود العادية و انما عن طريق مزايدات او مناقصات ، تبدأ بإجراء طرح العروض ، الذي ما هو في الحقيقة إلا الإيجاب الذي يصدر عن الادارة و الذي تبين فيه رغبتها في ابرام عقد بشروط هي التي تفرضها مسبقا) دفتر الشروط او الاعباء).

في مقابل ذلك يلزم قانون الصفقات العمومية الادارة بواجب الشفافية و المساواة امام الطلب العمومي ، تحت طائلة تطبيق قوانين جزائية خاصة بالوقاية و قمع الفساد ، القانون 06-01 لسنة 2006 في الجزائر على سبيل المثال و هو ما انجر عنه اهتمام كبير لدى الفقه الحديث و القضاء بهذه المرحلة السابقة على التعاقد.

و جود شرط للتحكيم في الصفقة العمومية لا ينفي اختصاص المحاكم الادارية ، إذا كانت محكمة التحكيم لم يتم تنصيبها بعد أو أن الاطراف جعلوا التدابير الوقتية او التحفظية حكرا على المحاكم الادارية)المبحث الاول) ، في الحالة العكسية يجوز لمحكمة التحكيم تطبيق هذه التدابير او عقد مسؤولية الطرف الاداري على عدم احترامها و هي تبث في موضوع النزاع)المبحث الثاني).

المبحث الاول : اختصاص المحكمة الادارية

نظم قانون الاجراءات المدنية و الادارية الاستعجال في مادة ابرام العقود و الصفقات العمومية في المادتين 946 و 947 و على اختصاص المحكمة الادارية رغم عدم وجود عقد إداري ، بناء على وجود قرار إداري منفصل عن الصفقة يؤسس لاختصاصها و هذا يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 946 السالفة الذكر و التي نصت على انه :

" يجوز إخطار المحكمة الادارية قبل ابرام العقد.

نصت المادة 946 على انه : " يجوز إخطار المحكمة الادارية بعريضة و ذلك في حالة الاخلال بالتزامات الاشهار او المنافسة التي تخضع لها عمليات ابرام العقود الادارية و الصفقات العمومية.

يتم هذا الاخطار من قبل كل من له مصلحة في ابرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الاخلال ، و كذلك اممثل الدولة على مستوى الولاية إذا ابرم العقد او سيبرم من طرف جماعة اقليمية او مؤسسة عمومية محلية.

يمكن للمحكمة الادارية ان تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ، و تحدد الاجل الذي يجب ان يمتثل فيه.

ويمكن ايضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الاجل المحدد.

و يمكن لها بمجرد إخطارها ، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الاجراءات و لمدة تتجاوز عشرين (20) يوما.

و نصت المادة 947 على انه : " تفصل المحكمة الادارية في اجل عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946... " السالفة الذكر.

المبحث الثاني : احترام المحكم الدولي للقواعد و الاجراءات التي تفرضها قوانين الصفقات العمومية في منح الصفقة

المحكم الدولي لا يفرق في هذه المرحلة بين العقد الدولي الخاص و العقد الدولي الذي تبرمه الادارة مع شركة اجنبية و هو بقدر ما يحترم اجراءات المزايدة و المناقصة التي تنص عليها قوانين الصفقات العمومية)المطلب الاول) يتوسل المبادئ العامة للقانون من اجل توقيع الجزاء على بعض السلوكيات التي يأتيها اطراف العقد الدولي للإدارة)المطلب الثاني. (

المطلب الاول : احترام الاجراءات التي تفرضها قوانين الصفقات العمومية من قبل المحكم الدولي

تطبيق قانون الصفقات العمومية في غالب الاحيان يأتي تطبيقا للبند القاضي بتطبيق القانون الوطني للطرف الاداري ، كما هو الحال في فرنسا التي نص فيها قانون 2004 الخاص بالشراكة بين الادارة العمومية و القطاع الخاص ((Partenariats public- privé- PPPعلى تطبيق القانون الفرنسي دون تمييز بين القانون الاداري و القانون الخاص. و كذلك الشأن بالنسبة للجزائر بحيث الممارسة التعاقدية تتجه نحو ان تكون العقود التي يكون فيها طرف إداري خاضعة للقانون الجزائري برمته دون تخصيص ، اكثر من ذلك قد تحيل صراحة على تطبيق القانون المدني و قوانين اخري.

قانون الصفقات العمومية لا يستثني مبدئيا تطبيق قانون اجنبي ، خاصة لما يتعلق الامر بصفقة مع شركة اجنبية ، المحكم في هذه الحالة و مهما كان القانون الذي يختاره الاطراف لحكم الصفقة يلتزم بقواعد و اجراءات الصفقات العمومية ، بوصفها من قواعد البوليس الاقتصادي (Lois de police économique) و التي تسري على كل التصرفات التي نتج آثارا في الاقليم الوطني لجزائري تماما مثل قوانين الجمارك و الصرف و ما إلى ذلك من قواعد التطبيق المباشر (Règles d'application immédiate) ، إعمالا للمادة 5 من القانون المدني التي تطبق هذه القواعد تطبيقا اقليميا على الاشخاص و النشاطات التي تتم على الاقليم الوطني.

التطبيق التلقائي لقواعد الصفقة تفرضها كذلك قواعد محاربة الفساد الذي اضحى من النظام العام الدولي الذي يحرص المحكم الدولى على ألا ينال من العقد المطروح أمامه. فعدم احترام قواعد ابرام الصفقات

العمومية هي كذلك افعال تقع تحت طائلة القوانين التي تجرم الفساد و تعاقب عليه ، خاصة في القانون الجزائري المادتين 09 و 27 .

المطلب الثاني : قانون التجار و مسؤولية الادارة في المرحلة السابقة عن التعاقد

الممارسة العملية في المسؤولية السابقة عن التعاقد عرفت اتجاهين الاول في ظل القانون الانجليزي و هي مؤسسة على ما يعرف بالخطأ التعاقدي culpae in contrahendo و على اساس عدم التناقض إضرار بالغير)الاستوبيل- Estoppel (في القانون الامريكي و أخيرا المسؤولية السابقة عن التعاقد ، المؤسسة على خطأ تقصيري قوامه عدم الاضرار بالغير في القانون الجزائري و الفرنسي.

1- المسؤولية السابقة عن التعاقد في القانون العام الانجليزي

اسس القانون الانجليزي المسؤولية عن التعاقد على الخطأ او الإثم في التعاقد و مفاده ان المتعاقد الذي يتملص من المفاوضات بطريقة تعسفية يكون قد خالف عقدا معنويا يوصف بالعبارة الانجليزية "" Gentelman agreement.

2- المسؤولية السابقة عن التعاقد في القانون العام الامريكي

يمكن تأسيس المسؤولية كذلك على اساس خرق مبدأ من تقاليد القانون الانجلو امريكي و المعروف في القانون العام بمبدأ الاوستوبيل ((estoppel الذي يقضي بعدم جواز أن يتناقض المتعاقد مع نفسه إضرار بالغير ، أي : المتعاقد الثاني و الذي ما هو في الحقيقة إلا مبدأ حسن النية مطبق على حالة جزئية. الادارة التي تخالف القواعد المتعلقة بالصفقات العموميات و التي قطعتها على نفسها بطرح طلب العروض تكون قد تناقضت مع نفسها حينما تضرب عرض الحائط التنظيم الخاص بالصفقة ال\ي اعلنت التزامها به.

3- المسؤولية السابقة عن التعاقد في القانون اللاتيني /عائلة القانون المدني

في غياب عقد مبرم بصورة نهائية ، أسس القضاء الفرنسي المسؤولية السابقة عن التعاقد على المادة 1832 من القانون المدني و التي مفادها انه كل من تسبب بعمله غير المشروع في ضرر للغير يلتزم بتعويض الضرر و التي تقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 124.

لأول مرة المحكمة العليا في الجزائر نصت عل هذا النوع من المسؤولية السابقة عن التعاقد و اسستها على المادة 124 من القانون المدني من خلال المبدأ التالي :" **التصرفات المتبادلة بين الاطراف لتي تسبق التقاعد الرسمي في العقار هي عبارة عن مفاوضات لا يرتب عنها أي مسؤولية عقدية ، باعتبارها عملا ماديا و ليس قانونيا ، غير انه ترتب المسؤولية التقصيرية إذا ثبت خطأ من عدل عن إتمام التصرف بالتعاقد النهائي الرسمي** " (م ب و من معها ضد الوكالة الولائية للتسيير و التنظيم

العقاري الحضري بحضور شركة توزيع الكهرباء و الغاز – ملف رقم 1167075 قرار بتاريخ 14/03/2019(.

المسؤولية تؤسس هنا على الخطأ الذي يتخذ اشكالا و اوصافا متعددة يمكن إجمالها في مخالفة مبدأ حسن النية في التفاوض الذي ينص علية قانون الالتزامات السويسري و اصبح ينص عليه قانون العقود الفرنسي الجديد و الصادر بموجب امر 231-2016 المتعلق بإصلاح احكام العقد في المادة 1104 بقولها : " يجب ان يكو التفاوض و تكوين و تنفيذ العقد بحسن نية. و ان هذا الحكم من النظام العام".

القانون المدني الجزائري لا ينص على حسن النية إلا في مجال تنفيذ العقود في المادة 107 التي تنص على ان :" العقود تنفذ طبقا لمحتواها و بحسن نية " . ، لكن يمكن ان نستند الى عدة مبادئ نص عليها القانون المدني ، كما هو الحال بالنسبة لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نص عليها القانون المدني الجزائري و التي اصبحت تحت رقم 124 مكرر بعد تعديل 2005 و نصها كالتالي . "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع قصد الاضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير ،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

يمكن كذلك للمحكمين في قضايا تتعلق بالإدارة ، خاصة في منجال الصفقات العمومية الرجوع الى مبادئ مختلفة كشف عليها الاجتهاد التحكيمي و التي يعترف بها قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم يجيز للمحكم تطبيق الاعراف التي يراها ملائمة في المادة 1050 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. من امثلتها تخفيف الاضرار لدى المتعاقد الثاني و ما يعرف في القانون الانجلومريكي بمبدأ ""mitigation ، حتى لو نتجت عن القطع التعسفي للمفاوضات إذا كانت الصفقة بالتراضي و حتى توقيف اجراءات ابرام الصفقة عن طريق طرح العروض . هناك كذلك" مبدأ قرينة الكفاءة لدى المهنيين " "présomption de compétence des professionnels "، فلا يمكن مثلا للإدارة التحجج بأنها اخطأت في تقدير او تطبيق احكام قانون الصفقات العمومية ، لأنها بحكم انها إدارة يفترض فيها التحكم في هذه الاجراءات و كل هذه المبادئ.

الفصل الثاني : مرحلة التنفيذ

هذه المرحلة يحكمها كلاسيكيا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، دون تمييز بين قواعد القانون الاداري و قواعد القانون الخاص.

تضارب القوانين الوطنية فيما يخص بعض المسائل الجوهرية ، ادى بالمتعاملين الى اعتماد ممارسات تعاقدية يتجاوزون بها هذه الخلافات بين القانون العام القانون الخاص و هذا ما نتبينه من خلال مسألتين الاولى : نظرية الظروف الطارئة) المبحث الاول (و نظرية القوة القاهرة) المبحث الثاني (.

المبحث الاول : نظرية الظروف الطارئة la théorie de l'imprévision

1- نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي

ظهرت هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي و التي من خلالها اجاز القضاء الاداري للإدارة ان تعيد التوازن لعقد إداري فقده بفعل ظروف طارئة ، تحت رقابة القاضي الاداري الذي يتأكد من ان هناك دواعي جدية من المصلحة العامة تبرر المساس بالعقد.

فعلى سبيل المثال ، للحصول على الطاقة الكهربائية كانت البلديات تعتمد على عقود ابرمتها مع شركات خاصة تستعمل الفحم الحجري. ظهور الغاز كمصدر للطاقة انظف من الفحم الحجري ، و هو امر لم يكن متوقعا اثناء ابرام هذه العقود جعل البلديات تفرض على المتعاقدين معها استبدال الفحم الحجري بالغاز رغم التكاليف الاضافية التي يفرضها . القضاء الاداري اجاز هذا المساس بالعقد الاصلي لاعتبارات المصلحة المرتبطة بالحفاظ على البيئة ، شريطة دفع تعويضات للشركات المتضررة.

عرضت مسائل مشابهة على محكمة النقض الفرنسية تتعلق بعقود بين خواص فرفضت المحكمة العليا المساس بالعقد عملا بالقاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين ""pact sunt servanda و ما يترتب عنه من عدم امكانية المساس بالعقد ."l'intangibilité du contrat""

2- نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري

المشرع المدني الجزائري على غرار العديد من الدول النامية ، نص على هذه النظرية في المادة 107 الفقرة الثالثة ، بقولها بعد النص على القاعدة المعروفة بالعقد شريعة المتعاقدين في المادة 106 :

"غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و ان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين ، ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "

و هو يفيد تطبيقها على العقود الخاصة . التأكيد على انها من النظام العام في العلاقات الداخلية على الاقل يجعلها تطبق من باب اولى في العقود الادارية . اما في العلاقات الاقتصادية فمن السهل على المحكم الدولي استبعادها على اساس انها ليست من النظام العام الدولي.

3- <u>نظرية الظروف الطارئة في القانون العام الانجليزي</u>

ليس هناك تشريع يقر هذه النظرية في القانون العام الانجليزي، لانه ليس هناك قواعد تطبق على الادارة ، غير ان الممارسة التعاقدية اوجدت مؤسسة قانونية تمكن ترجمتها بالضائقة hardship و مفادها ان يتفق الاطراف على انه حينما يصبح تنفيذ العقد مجحفا يتدخل القاضي او المحكم ليعدل منه حتى يعيد له توازنه.

4- <u>نظرية الظروف الطارئة في التحكيم الدولي</u>

هذا الاتجاه التعاقدي هو الذي اصبح سائدا و بالتالي الاطراف هم الذين ينصون على الظروف الطارئة او hardship في العقد و ذلك لتجاوز الخلاف بين الانظمة القانونية في هذه المسألة.

في سياق التحكيم الدولي و من باب تقريب الحلول التي اعتمدها المشرع في اصلاح قانون العقود في فرنسا بموجب امر2016 مع الحلول المعتمد في التجارة الدولية و مع مؤسسة الضائقة " hardship "في التحكيم الدولي ، نصت المادة 1195 على ما يلي :

"إذا اصبح تنفيذ العقد مرهقا بشكل مبالغ فيه على إثر تحول ناتج عن ظروف غير متوقعة اثناء ابرام العقد لأحد الاطراف الذين لم يقبلوا تحمل تبعة المخاطرة ، يمكن لهذا الاخير ان يطلب من المتعاقد الآخر اعادة التفاوض في العقد و يستمر في تنفيذ التزاماته اثناء المفاوضة.

في حالة الرفض او فشل المفاوضات اعادة التفاوض يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ و بالشروط التي يحددونها ، او تقديم طلب للقاضي باتفاق الارادتين ان يتولى تكييفه. في غياب اتفاق في أجل معقول ، يمكن للقاضي مراجعة العقد او انهاؤه في التاريخ و بنفس الشروط"

المبحث الثاني : نظرية القوة القاهرة

لم تعرف القوانين المدنية القوة القاهرة ، لكن أحالت عليه في العديد من موادها ، للتأكيد على عنصريها (استحالة التوقع و استحالة الدفع) و كذلك أثرها الإعفائي من المسؤولية بصورة مؤقتة او نهائية و إمكانية أن يقبل احد الاطراف تحمل تبعاتها و هو ما يعني كون احكامها ليس من النظام العام.

القانون العام الانجليزي يجهل القوة القاهرة و لا يعرف إلا فعل الإله ((The act of God التي اخذ بها القضاء الانجليزي منذ القدم ، لكن لم تلق نفس الرواج الذي لقيته نظرية القوة القاهرة ذات الاصل اللاتيني الجرماني. و هو ما جعل العقد هو الذي ينص عليها و تستعمل العبارة باللغة الفرنسة حتى لما يكون العقد محررا باللغة الانجليزية كالتالي : (The force majeure).

القضاء الاداري طبقها على العقود الادارية حتى في غياب اي نص قانوني و اليوم تنص عليها دفتر الشروط العامة لبعض الصفقات العمومية في فرنسا و في الجزائر دون ان ينص عليها اي نص تشريعي. قوانين الصفقات العمومية لا تنص عليها مباشرة.

كونها اصبحت من المؤسسات البالغة الاهمية في كل العقود الدولية و لضمان تطبيقها و احترام شروطها بدأت القوانين الوطنية تنص عليها كما هو الحال بالنسبة لقانون المحروقات المؤرخ في 28 ابريل 2005 في الجزائر و الملغى بقانون 2019 الذي اهمل المسألة. و على الرغم من ذلك فنعتقد بان هذا التعريف الذي يجب الأخذ به لانه لا يختلف عما هو متداول في العائلة القانون المدني الرومانية. المادة 05 عرفت القوة القاهرة على انها : " كل حدث مثبت ، غير متوقع ن لا يمكن مقاومته ، و خارج عن إرادة الطرف الذي يثيره ، و الذي يجعل تنفيذ هذا الاخير لأحد التزاماته التعاقدية او العديد منها آنيا او نهائيا غير ممكن" .

عقود البحث و استغلال المحروقات و هي عقد تجاري دولي و عقد الامتياز النقل عبر الانابيب ذو الطبيعة الادارية هما العقدان اللذان يمكن احتضانها بغض النظر عن طبيعتهما التجارية الدولية بالنسبة للأول و الادارية بالنسبة للثاني دليل على ان المحكمين الدوليين يطبقون احكامها خارج نطاق القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المنافسة التشريعية جعلت المشرع الفرنسي ينص عيها صراحة في الاصلاح الذي اتي بأمر 2016 في المادة 1218 التي نصت على : " نكون اما م قوة قاهرة تعاقدية حينما نكون بصدد حدث ما ، يخرج عن مراقبة المدين و لم يكن من المعقول توقعه اثناء ابرام العقد و لم يكن من الممكن تفادي آثاره عن طريق اتخاذ تدابير ملائمة ، يمنع تنفيذ التزامه من قبل المدين.

إذا كان المانع مؤقتا ، يكون التنفيذ موقوفا إلا إذا كان التأخير الناتج عنه يبرر فسخ العقد . إذا كان المانع نهائيا ينفسخ العقد بقوة القانون و يتحرر الاطراف من التزاماتهم ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد 1351 و 1351-1."

بالرجوع الى المادة 351 فانها تنص على انه : " تحرر استحالة تنفيذ الالتزام المدين بالقدر المطلوب حينما تكون ناتجة عن قوة قاهرة و انها نهائية ، ما عدا اتفاق على تحمله تبعاتها او ان يكون قد اعذر"

المادة 351-1 نصت على انه : إذا كان استحالة التنفيذ ناتجة عن هلاك العين محل الالتزام ، بعد اعذاره ، يتحرر المدين إذا اثبت بان هلاك العين كان ليقع حتى لو نفذ الالتزام . و يكون مع ذلك ملزما بالتنازل عن الدعاوى المرتبطة بالعين".

الفصل الثالث : التحكيم في العقود الدولية للإدارة

نتطرق هنا للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية للإدارة لأنها منطلق و مسلمة لهذه الدراسة. المشرع الجزائري و بالموازاة مع اعترافه بالتحكيم في بعض عقود الادارة الدولية اتى ببعض الاحكام في قانون الاجراءات المدنية و الادارية في إطار ما يمكن تسميته بالتحكيم – ليس الإداري- و انما في المواد الادارية و يقصد بها الصفقات العمومية و ربما مستقبلا عقود الشراكة بين الادارة و القطاع الخاص لتصميم و انشاء و تسيير مرافق عامة او املاك عمومية.

هذه الاحكام تناولها المشرع في بضعة مواد من 975 الى 977 و هو ما يعني الرجوع لأحكام قانون الاجراءات المدنية و الادارية، فيما يخص التحكيم الدولي ، لأنه لا نعتقد بأن التحكيم الداخلي سيكون له حظ في القريب العاجل في مجال الصفقات العمومية الداخلية. الاحكام الخاصة بالتحكيم الدولي لا تستثني الرجوع إلى الاحكام المشتركة في المواد من 1006 الى 1038.

في هذا الصدد ستتعرض لخصوصية التحكيم في المادة الادارية من خلال اتفاقية التحكيم ، الخصومة التحكيمية ، القرار التحكيمي و تنفيذه و طرق الطعن.

المبحث الاول : اتفاقية التحكيم

نصت المادة 975 على الاحكام الخاصة فيما يخص :

1- الجهاز الذي داخل الادارة المعنية يصدر عنه الاتفاق التحكيم

- حني يكون منتجا لأثره في حق الإدارة و حسب المادة 976 / ف 2 ، هذا الجهاز هو كالتالي : " عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء الى هذا الاجراء بمبادرة من الوزير او الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية او البلدية ، يتم اللجوء إلى هذا الاجراء على التوالي بمبادرة من الوالي او من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ، يتم اللجوء الى هذا الاجراء بمبادرة من ممثلها القانوني ، او من يمثل السلطة الوصية التي يتبعها".

و هو ما يعني الوزارة الوصية في حالة المؤسسة الوطنية و الوالي بخصوص المؤسسات الولائية هي التي توافق على مبادرة المدير العام للمؤسسة العمومية.

2- الشكل الذي يتخذه

عمليا يكون اتفاق التحكيم ضمن شروط الصفقة إذا لمست الادارة ان هذه الصفقة لن يكتب لها النجاح مع متعامل اجنبي إلا باقتراح شرط للتحكيم او بالحاقة بمشروع العقد.

3- نفس المادة حددت في فقرتها الاولي ، النطاق القانوني للاتفاق التحكيم و للتحكيم عموما في المواد الادارية هو :

- موضوعيا : الصفقات العمومية و حينما تنص عليه اتفاقية دولية.
- شخصيا : الاشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 800 و هي الدولة و البلدية و الولاية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية.

السؤال يطرح بالنسبة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و حتى الاقتصادية. القضاء يتجه نحو عقد الاختصاص للمحاكم الادارية حينما يكون المشروع ممولا من ميزانية الدولة بصورة نهائية و هو ما يفيد الاخذ هنا بالمعيار المادي فيخضع التحكيم هنا لقواعده في المادة الادارية.

ما عدا هذه الحالات يخضع التحكيم بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و ذات الطابع الصناعي التجاري لقواعد لتحكيم التجاري.

المبحث الثاني : تعيين محكمة التحكيم

لا يختلف التحكيم في العقود الدولية للإدارة من حيث المحكمة التي يعهد لها بالفصل في النزاع. فالمحكمون يختارهم الاطراف بما فيهم الطرف الاداري بكل حرية من الاشخاص الخواص و لا يشترط فيهم ان يكونو ا من الموظفين العموميين او من الوطنيين بالنسبة للطرف الاداري.

خاصية التحكيم في المواد الادارية تتعلق بالمحكمة المختصة في حالة وجود مصاعب في تعيين المحكم الفرد او الرئيس او تعيين المحكم عوضا عن احد الاطراف و لا يكون التحكيم مؤسسيا لأنه في هذه الحالة المركز هو الذي يكون مختصا بقرار نهائي.

نصت المادة 1041 /2 على انه :

"في حالة غياب هذا التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1- رفع الامر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ،

2- رفع الامر إلى رئيس المحكمة في الجزائر العاصمة ، إذا كان التحكيم في الخارج و اختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر".

ونعتقد هنا بانه في حالة التحكيم في المواد الإدارية ، يؤول الاختصاص لرئيس المحكمة الادارية شخصيا و ليس بصفته قاضي الاستعجال ، لان المحكمة الادارية تنعقد في قضائيا الاستعجال بتشكيلتها العادية أي الرئيس و المستشارين.

المبحث الثالث : الخصومة التحكيمية

الخصومة هي ذلك الرباط القانوني الذي يولد حقوق و التزامات بين اطرافها و هما المختصمون من جهة و محكمة التحكيم ، من خلال مجموعة من الاجراءات في مواعيد محددة الهدف منها هو استجلاء الحقيقة و الفصل على ضوئها بحكم ينهي النزاع.

1- القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

تنص المادة 976 عى انه تطبق الاحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون امام الجهات القضائية الادارية.

لذا تطبق المادة 1043 و التي تنص على انه " يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا لنظام تحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم.

اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ، عند الحاجة ، مباشرة او استنادا الى قانون او نظام تحكيم".

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

اخيرا تثور اثناء الخصومة التحكيمية امام المحكم القانون الواجب التطبيق عى موضوع النزاع . نصت بشأنه المادة 1050 على انه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف . و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة". دون تفرقة بين قواعد القانون العام و القانون الخاص.

3- القرار الاداري المنفصل ""l'acte administratif détachable

حينما يتخذ الطرف الاداري قرارا يمكن فصله عن الصفقة ، فيمكن اللجوء الى المحاكم الادارية ، لان اختصاصها النوعي في هذه الحالة من النظام العام و لا يتعلق بالصفقة و انما بالسلطة الادارية التي ابرمتها و هو ما رأيناه في المرحلة السابقة عن التعاقد في إطار الاستعجال الاداري الخاص بالعقود و الصفقات العمومية .

المبحث الرابع : الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها جبريا و طرق الطعن فيها.

ما يميز التحكيم هنا هو اختصاص المحاكم الادارية على النحو التالي :

- تكون المحاكم الادارية هي المختصة بالاعتراف على اساس ان اختصاص في هذه الحالة فرعي يتبع الاصل.

- يكون رئيس المحكمة الادارية هو المختص بأمر التنفيذ شخصيا و فرديا و ليس كقاضي استعجال لان الاستعجال الاداري تنظر فيه المحكمة بتشكيلتها العادية.

- يكون مجلس الدولة هو المختص في النظر بالطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الذي تكون فيه الادارة طرفا تطبيقا للمادة 1058. و كذلك للنظر في الاستئناف ضد امر التنفيذ سواء الأمر بالتنفيذ و الامر الذي رفض التنفيذ ، تطبيقا للمواد من 1055 الى 1057.

- اخيرا يختص مجلس الدولة للنظر في الطعون بالنقض ضد القرارات الصادرة عنه كجهة استئناف تطبيقا للمادة 1061.

انتهى بحول الله