

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عباس لغرور- خنشلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

نيابة العمادة للدراسات لما بعد التدرج  
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية



قسم الحقوق

## تسوية منازعات العقود الإدارية

(أطروحة مكملة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (LMD) في شعبة الحقوق)

- تخصص: قانون إداري وإدارة عامة -

إشراف الأستاذة الدكتورة:

قصوري رفيقة

إعداد الطالبة الباحثة:

خوني إلهام

### لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
زواقري الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	رئيسا
قصوري رفيقة	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	مشرفا ومقررا
أونيسي ليندا	أستاذ محاضر ا	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا
بوشربي مريم	أستاذ محاضر ا	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا
محمدي سماح	أستاذ محاضر ا	جامعة باتنة 01	عضوا مناقشا
مقران ريمة	أسناذ محاضر ا	جامعة تبسة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021



# شكر وعرfan

الحمد والشكر لله والصلاة والسلام على رسوله الكريم

نسأل الله تعالى أن يعلمنا ماينفعنا وأن ينفعنا بما علمنا

له الحمد والشكر أن أمدنيبالإرادة والقوة والصبر ووفقني

لإتمام هذا العمل

وبعد اتقدم بجزيل شكري وتقديري للأستاذة الفاضلة

الأستاذة الدكتورة رفيقة قصوري التي أشرفت على هذه

الاطروحة ولم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها فلها مني

كل التقدير والاحترام.

# إهداء

الى أمي حفظها الله ورعاها وأطال في عمرها

الى إخوتي وزوجي وإبنتي العزيزتين (تسنيم وسيدرة)

الى كل من تربطني بهم علاقة طيبة

الى كل هؤلاء أهدي نتائج جهدي المتواضع.

## قائمة المختصرات

باللغة العربية

المختصرات	المعنى
ق. إ. م. إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د. م. ج	ديوان المطبوعات الجامعية
د. د. ن	دون دار نشر
د. س. ن	دون سنة نشر
ط	طبعة
ج	جزء
ج. ر	جريدة رسمية
ع	عدد

En français :

Abréviations	Signification
C.E	Conseil d'état
T.c	Tribunal des conflits
Op.cit	Ouvrage précité
L.G.D. J	Librairie Générale de droit et jurisprudence
R.D. P	Revue de Droit Public
R.F.D. A	Revue Française de Droit Administratif
A.J.D. A	Actualité Juridique de droit Administratif
P	Page
Ed	Edition
T	Tome
Rec	Recueil

### مقدمة:

تحتل العقود الإدارية أهمية بالغة بين الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في تسيير مرافقها العامة، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وذلك من خلال اعتماد الدولة عليها في إنشاء المشاريع الكبرى وتنفيذ مخططات السياسة العامة، وعليه فإن مجال العقود الإدارية واسع جدا ومتنوع، بتنوع المجالات التي تستهدفها الإدارة العامة، تحقيقا للمصلحة العامة وحرصا منها على ضمان ديمومة واستمرار المرافق العامة في الدولة، فلا يتحقق ذلك إلا بإبرامها للعقود الإدارية، بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية والأجنبية.

تختلف العقود الإدارية عن تلك العقود المبرمة في القانون الخاص، من ناحية عدم تساوي مراكز أطراف العلاقة التعاقدية، فنجد أن المشرع قد منح للإدارة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة التي تمارسها في مواجهة المتعاقد معها، والتي تظهر في جميع مراحل العملية التعاقدية في صورة سلطة الرقابة والإشراف والتعديل وتوقيع الجزاءات، وقد تصل حتى لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، دون رضا الطرف الآخر ودون حاجة إلى النص على ذلك في بنود العقد، دون أن يحتج عليها الطرف الآخر تذرعا بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يحكم الإدارة في ذلك إلا المصلحة العامة ودواعي سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. بالرغم من ذلك فإن الاستعمال غير المشروع وتعسف الإدارة في ممارسة هذه الامتيازات الذي يؤدي إلى إلحاق أضرار بالمتعاقدين معها، والذي ينتج عنه نشوء نزاعات بين الطرفين، وهذه المنازعات تستهدف العقد الإداري نفسه كعملية مركبة، تتشكل من قرارات إدارية تمهد لصدوره، والتي تنصرف أثارها إلى الغير الأجنبي ولا تنحصر فقط على أطراف العلاقة التعاقدية وتكون هذه المنازعات في مرحلة الإبرام، كما تثار منازعات أثناء تنفيذ العقد الإداري والتي تعتبر مجال خصب التعسف الإدارة في ممارسة سلطاتها، كما تثار أيضا منازعات تتعلق بانقضاء العقد الإداري.

يعتبر القضاء الرسمي في الدولة، السلطة المؤهلة قانوناً لحماية مبدأ المشروعية، وذلك من خلال بسط رقابة القاضي على أعمال الإدارة لمنعها من التعسف في استعمال امتيازاتها، وذلك لحماية المتعاقد معها والذي دائماً ما يكون الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية. تختلف الرقابة القضائية على العقود التي تبرمها الإدارة، باختلاف النظام المنتهج من قبل الدول، فنجد أن هناك من الدول من يتبنى النظام القضائي الموحد، والذي يختص فيه قاض واحد بكل المنازعات سواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية وغالباً في هذه النظام لا تكون الإدارة العامة في مركز أسمى من المتعاقد معها، فلا يتم الإعتراف لها بامتيازات السلطة العامة. بينما هناك دول تنتهج النظام المزدوج والذي يكون فيه قضاء إداري خاص بالفصل في المنازعات الإدارية، والتي تكون فيه الإدارة صاحبة سلطة عامة في مواجهة المتعاقد معها، وتعتبر الجزائر من الدول المعتمدة لهذا النظام وذلك من خلال الإصلاحات التي جاء بها دستور 1996، والذي نص على إنشاء هيئات القضاء الإداري المنفصلة عن هيئات القضاء العادي، والمتمثلة في مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية، والمحاكم الإدارية، بالإضافة إلى محكمة التنازع، كما كمل المشرع هذا الإصلاح بإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي خول للقاضي الإداري ممارسة اختصاصاته في الرقابة على أعمال الإدارة العامة، كما تناول كل إجراءات رفع الدعوى الإدارية.

بالرغم من كون أن القضاء هو الطريق الأصلي لحل المنازعات الإدارية، إلا أن التطور الحاصل في العالم، وما صاحبه من ازدهار للتجارة الدولية التي لم تعد حكراً على الخواص بل أصبحت الإدارات العامة في الدولة تدخل في المجال التجاري أيضاً، وتتعاقد مع أشخاص القانون الخاص الأجانب خاصة، سعيها منها لتحقيق التنمية وإشباع الحاجات المحلية، وفي ظل اعتماد العقود الإدارية دائماً على عنصر الوقت لارتباطها بتسيير المرافق العامة، والتي قد تتعطل بطرحها على ساحات القضاء، التي تعاني من البطء في إصدار أحكامها، من هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى البحث على آليات تقوم بنفس دور القضاء؛ وهو توفير العدالة الناجعة الفعالة التي تحوز على رضا الطرف المتضرر، وتكبح جماح الإدارة

لنقل من تعسفها في استعمال امتيازاتها التعاقدية ،وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري لإفراد الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للطرق البديلة لحل النزاعات ،والتي تتمثل في الصلح والوساطة والتحكيم ،والتي خول المشرع من خلالها للأشخاص المعنوية العامة الحق في اللجوء لهذه الطرق ،للإستفادة من إيجابياتها الكثيرة المتمثلة في بساطة إجراءاتها ،وسرعتها في حل النزاع مما يختصر في الوقت،كما أن هذه الطرق تحافظ على الودية بين علاقات الأطراف وتعزز من إمكانية التعامل بينهم مرة أخرى ،كل ذلك جعل من هذه الطرق ضمانا لجذب الإستثمارات الأجنبية التي تحتاجها الدولة.

**أهمية الموضوع:** وتظهر فيجانبين:

**أ-الأهمية العلمية:**

ترتبط أهمية الدراسة العلمية أساسا بالأهمية الكبيرة التي تحتلها العقود الإدارية، والتي تظهر من خلال اعتماد الإدارة العامة عليها في جميع المجالات سواء أكان ذلك مع متعاملين محليين أو أجانب ،كما تضخ الدولة في سبيل تنفيذها رؤوس أموال ضخمة،مما يجعلها أرضا خصبة لتفشي الفساد المالي والإداري.

من هنا تظهر أهمية تقديم دراسة مستقلة تتناول دور الطرق القضائية وغير القضائية في حل منازعات العقود الإدارية، وذلك لكبح جماح الإدارة ومنعها من التعسف في استعمال امتيازاتها من جهة،وحماية الطرف الضعيف من جهة أخرى.

**ب-الأهمية العملية:** تتجلى الأهمية العلمية للدراسة من خلال بيان إجراءات رفع الدعوى، أمام هيئات القضاء الإداري المختصة، والتي تتعدد فيها رقابة القاضي الإداري بين مرحلة الإبرام والتنفيذ، نظرا للطبيعة المركبة للعقد الإداري.

توضيح إجراءات اللجوء للطرق البديلة، خاصة بيان شروط اختيار الوسيط والمحكمين،اجال اصدار الأحكام وإمكانية الطعن فيها.

## أسباب اختيار الموضوع

تتعلق أسبابنا الذاتية في اختيار هذا الموضوع بالرغبة في دراسة أساليب، وسبل تسوية منازعات العقود الإدارية، والبحث في سلبيات وإيجابيات كل طريقة للخروج بالطريقة الأنجع والأفضل من بينها، أما الأسباب الموضوعية؛ تتمثل في محاولة تقديم دراسة مستقلة لمنازعات العقود الإدارية وطرق تسويتها، وذلك لأن تنظيم الصفقات العمومية الذي يعتبر النضام القانوني لأهم أنواع العقود الإدارية، لا يتضمن ذلك بل يحيلنا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يبين إجراءات التقاضي وكيفية مباشرة الدعوى الإدارية والطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية بصفة عامة ودون تخصيصه لأحكام خاصة بالعقود الإدارية.

## الإشكالية

للإحاطة بموضوع الدراسة كما سبق توضيحه ارتأينا طرح التساؤل التالي: **كيف تؤدي**

**الطرق القضائية دورها في حل منازعات العقود الإدارية، وإلى أي مدى يمكن أن تؤثر**

**الطرق البديلة لحل النزاعات على امتيازات وسلطات الإدارة العامة؟**

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية نطرح الأسئلة الفرعية التالية:

- إلى أي مدى تمتد سلطات القاضي الإداري في حل منازعات العقود الإدارية؟

- كيف يمكن تطبيق الطرق البديلة على منازعات العقود الإدارية؟

- هل يؤثر خضوع الدولة في حل منازعاتها التعاقدية للتحكيم الدولي على سلطاتها

وسياستها؟

## أهداف الدراسة

توخينا من خلال هذه الدراسة البحث في كل أنواع المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية، وتقييم طرق التسوية القضائية وغير القضائية التي جاء بها القانون 09/08، لتقييمها والخروج بأكثر طريقة فعالة والتي يمكن للطرف المتضرر اللجوء إليها للوقوف في وجه الإدارة، ووضع حد لتجاوزاتها في استعمال سلطاتها وامتيازاتها.

- محاولة الإمام بالاجتهادات القضائية التي تناولت تسوية منازعات العقود الإدارية.

-تسليط الضوء على المستجدات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا المجال خاصة من ناحية إجازة الأشخاص العامة اللجوء للتحكيم، ودراسة نظام الوساطة المستجد مع دراسة الاستعجال قبل التعاقد.

-محاولة تدعيم المكتبة القانونية بهذه الدراسة التي تشمل كل أنواع منازعات العقود الإدارية وطرق تسويتها.

### الدراسات السابقة

من خلال بحثنا حول هذا الموضوع، صادفنا أن غالبية الدراسات السابقة حوله تتعلق بدراسة منازعات الصفقات العمومية، ولتجنب التكرار في طرح الدراسات التي تتناول نفس العقد ارتأينا اختيار دراسة واحدة في هذا المجال وهي أطروحة دكتوراه موسومة ب:

"النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية"، للباحثة رحمانى راضية، سنة 2017، عن جامعة الجزائر 1، وقد قسمت الباحثة دراستها إلى بابين: تناولت في الباب الأول الآليات الإدارية لتسوية منازعات الصفقات العمومية والتي تناولت فيه طرق التسوية الإدارية في مرحلة الإبرام وذلك أمام لجان الصفقات العمومية، ثم تناولت إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية أما الباب الثاني فقد أفردته لدراسة تسوية منازعات الصفقات العمومية أمام الجهات القضائية.

والدراسة الثانية كانت مغايرة عن الدراسة التي سبقتها فلم تخص ذلك بعقد محدد بل تناولت طريقة قضائية لتسوية المنازعات التي تثيرها كلا لعقود الإدارية على حد سواء وهي أطروحة دكتوراه موسومة ب:

"القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي"، للباحث كنتاوي عبد الله سنة 2018، عن جامعة تلمسان وجاءت هذه الدراسة بدورها مقسمة إلى بابين: ففي الباب الأول تناول الباحث الأحكام العامة لقضاء الإستعجال قبل التعاقد في مجال العقود والصفقات العمومية، أما الباب الثاني فتناول فيه أحكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد والفصل فيها.

وبعيدا عن التسوية القضائية فقد اعتمدنا على دراسة تناولت أهم طريقة من الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية وهي أطروحة دكتوراة موسومة ب:

"أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري"، للباحثة جبايلي صبرينة، سنة 2017، عن جامعة أم البواقي حيث قسمت الباحثة دراستها إلى بابين: تناولت في الباب الأول فكرة التحكيم في العقود الإدارية أما الباب الثاني فقد جاء فيه بيان للنظام القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

### صعوبات الدراسة

خلال إنجازنا لهذه الدراسة صادفتنا جملة من الصعوبات نوجزها فيما يلي:

- من المعروف أن المواضيع التي تختص بدراسة المنازعات الإدارية، دائما ماتحتاج إلى اجتهادات قضائية، وخاصة لقرارات مجلس الدولة، حيث تعتبر اجتهاداته الأصل في بلورة أحكام القانون الإداري فالمادة القانونية تتميز بالجمود والسكون مهما طال عليها الزمن، وما يحركها ويبعث فيها الروح والحركية هي دخولها حيز التطبيق، ومعنى ذلك ضرورة وجود قرارات لمجلس الدولة تواكب الفترة التي تسري فيها القاعدة القانونية فبالنسبة للحصول على قرارات مجلس الدولة الفرنسي فالأمر لا يثير أية إشكال أما بالنسبة لقرارات مجلس الدولة الجزائري فالأمر صعب المنال في ظل شح القرارات الحديثة الصادرة بعد صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، والمرسوم التنفيذي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا يعود إلى قلة إصدارات مجلة مجلس الدولة، ومن جهة أخرى حتى الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة والذي يعتبر بادرة خير للمساهمة في إثراء البحوث والدراسات، إلا أن القرارات التي تضمن موضوع العقود الإدارية فيه قليلة جدا.

بالنسبة للطرق البديلة فالأمر فيها أصعب مما ذكرنا حول القرارات القضائية؛ فالطرق البديلة لحل المنازعات بصفة عامة تتسم بالسرية، مما يعني صعوبة الحصول على محاضر الصلح

والوساطة، معوجود أحكام تحكيم تعد على الأصابع وتتعلق كلها بالتحكيم الدولي ولا تكون الجزائر طرفا فيها غالبا.

-صعوبة تقسيم عناصر وجزئيات البحث، نظرا للتّرابط، والتّقارب الشديد بينها في الباب الواحد واختلافها عن بعضها في الباب الآخر مما نتج عنه وفرة المراجع في بعض منها وقّلته في البعض الآخر مما شكل لنا صعوبة كبيرة كذلك في جمع المادة العلمية.

### نطاق الدراسة

فتكمن أولا في الحدود الموضوعية والتي ترتبط بالقانون الجزائري 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يتضمن كل ما يتعلق بإجراءات مباشرة الدعوى أمام القضاء وكل ما يتعلق بالطرق البديلة التي يمكن اللجوء إليها في حل منازعات العقود الإدارية، بالإضافة إلى التشريع فيدخل في نطاق دراستنا كل الاجتهادات القضائية الصادرة عن هيئات القضاء الإداري الجزائري، والتي تتناول منازعات العقود الإدارية، بالإضافة إلى الاستعانة بكلما جاء حول هذا الموضوع في التشريع الفرنسي باعتبار أن جانبا كبيرا من أحكامه تضمنها التشريع الجزائري، فكان من المهم العودة إلى مصدر هذه التشريعات، كما سنقوم بالوقوف عند الاجتهادات الحديثة للقضاء الفرنسي، وذلك ما ينفعنا في المساهمة قدر الإمكان في تقليص الأشواط التي يفترض أن يقطعها التشريع، والقضاء الإداري ينفي الجزائر، للوصول إلى أنجع الطرق لتسوية منازعات العقود الإدارية. كما أننا نستعين بأحكام القضاء المصري أيضا في هذه الدراسة بسبب الصلة الوثيقة بين القانون الإداري في فرنسا ومصر، وهذا من خلال الدراسات الجلية والواضحة للفقه والأحكام الإدارية المصرية.

### منهج الدراسة

اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي؛ وذلك في إبراز مفهوم العقود الإدارية وبيان صفاتها وصفات كل طريقة من طرق تسوية المنازعات المتعلقة بها، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي والذي ساعدنا على استقراء وتحليل المواد القانونية، واستخلاص نية المشرع منها كما أعملناه كذلك في تحليل القرارات والأحكام القضائية والتي تعتبر الأساس في هذه

الدراسة لمعرفة مدى التطبيق العملي والفعلي لما جاء في القواعد القانونية كما استعنا بالمنهج المقارن وذلك للمقارنة التشريع الجزائري بالتشريعين الفرنسي والمصري في مجال تسوية منازعات العقود الإدارية.

### خطة الدراسة

مما تقدم ولأجل الإحاطة بجزئيات هذه الدراسة، وبإشكالية البحث في إطار الأهداف المسطرة سابقا وفق المنهج العلمي المستخدم، مع مراعاة عدم الخروج عن العناصر الأساسية لموضوع الدراسة، ارتأينا تقسيم هذه الأطروحة كالتالي:

**الفصل التمهيدي: الإطار النظري لمنازعات العقود الإدارية.**

**الباب الأول: التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية.**

**الفصل الأول: اختصاص قضاء الإلغاء بمنازعات العقود الإدارية.**

**الفصل الثاني: اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية.**

**الباب الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية.**

**الفصل الأول: دور الصلح والوساطة في تسوية منازعات العقود الإدارية.**

**الفصل الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية.**

## الفصل التمهيدي

### الإطار النظري لمنازعات العقود الإدارية

يعرف العقد بصفة عامة سواء أكان مدنياً أو إدارياً أو تجارياً على أنه: توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله<sup>1</sup>، ولذلك فإن كل العقود تتشارك في نفس الأركان العامة لانعقادها وهي الرضا والسبب والمحل أما العقد الإداري فلم يورد التشريع تعريفاً واضحاً بخصوصه، تاركاً المجال مفتوحاً لاجتهادات الفقهاء، وأوضح تعريف له هو تعريف الأستاذ الطماوي حين قال بأنه (هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر في نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام وأية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام)<sup>2</sup>، عليه فإن العقد الإداري ناتج عن اتفاق بين أحد أشخاص القانون العام وبين أحد الأشخاص، من أجل تسيير مرفق عام مع تضمين هذا العقد لشروط مختلفة عن التعاقدات التي تتم في كنف القانون الخاص، إن هذه الطبيعة الخاصة لمنازعات العقود الإدارية تستدعي منا البحث في مفهوم العقد الإداري (مبحث أول)، ثم نخرج على دراسة مفهوم المنازعة الإدارية (مبحث ثاني).

### المبحث الأول

#### مفهوم العقد الإداري

بالرغم من حداثة نشأت نظرية العقد الإداري<sup>3</sup>، إلا أن ذلك لا ينفي الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود، وذلك على اعتبار أن الإدارة العامة قد تتنازل عن امتيازات السلطة

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص249.

2 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص28.

Andre De LAUBADERE, Traite des contrats administratifs, Tome 1, 2 édition, L.G.D.J, Paris 1983. .p.210..

3 لم تنشأ نظرية العقد الإداري في فرنسا إلا في تأخر متأخر، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن العشرين، وذلك لأن القرن التاسع عشر لم يكن قادراً على التفكير في نظرية العقد الإداري، وذلك لأن رجال القانون الإداري في ذلك الوقت انصب اهتمامهم على عقود الإدارة من ناحية المسائل المعاصرة سواء من ناحية توصيف الإدارة، أو تطويرها ودون تشكيل نظرية عامة للعقد الإداري، وتتسبب هذه النظرية تقليدياً إلى Gaston JÉZE والتي تشكلت خلال الفترة ما بين الحربين، فلقد كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية العادية والقضاء الإداري، يرتكز أساساً على فكرة السيادة، بحيث أن العمال التي ترتبط بأعمال السلطة تدخل في اختصاص

العامة الممنوحة لها من أجل تحقيق المصلحة العامة، وتنزل منزلة الأفراد في تعاقداتها بالتالي فإنها تخضع في ذلك لقواعد القانون الخاص، مما يعني أن تؤول المنازعات التي تنتج عن هاته التعاقدات إلى القضاء العادي، وعليه فليست كل العقود التي تبرمها الإدارة عقود إدارية، لذلك يجدر بنا البحث في الأركان الخاصة للعقد الإداري والتي تعتبر في نفس الوقت معايير تميزه عن عقود الإدارة الأخرى (مطلب أول)، ثم نتطرق لأهم أنواع العقود الإدارية (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: معايير تمييز العقد الإداري

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة، بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته وفقاما يسمى بالعقود الإدارية بتحديد القانون<sup>1</sup>، كما هو الحال في فرنسا حيث تشمل العقود الإدارية، عقد الأشغال العامة وعقد بيع عقارات الدولة، وعقد شغل المال<sup>2</sup>. غير أن هذا التحديد لم يرقى لجميع التشريعات باعتبار أن عقود الإدارة في تطور مستمر فلا يمكن للقانون أن يحدد جميع العقود الإدارية في نص تشريعي واحد وعليه تدخل القضاء ليقوم بالقياس على العقود الإدارية المحددة قانونا ويوسع من نطاقها لتشتمل على عقود أكثر وذلك اعتمادا على عدة معايير إن توفرت في عقد إداري، وإن خلى العقد منها اعتبر عقدا من عقود القانون الخاص. تتمثل هذه المعايير في أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد (فرع أول)، أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام (فرع ثان)، وأخيرا معيار الشروط غير المألوفة (فرع ثالث).

القضاء الإداري، أما التصرفات العادية التي تتجرد فيها الإدارة من امتيازاتها فتدخل في اختصاص المحاكم العادية، وكانت العقود التي تبرمها الإدارة تدخل في اختصاص القضاء العادي وبذلك تخضع لقواعد القانون الخاص، ولكن بعد صدور قانون 28 بلفيوزر للسنة الثامنة، الذي أدخل مجموعة من العقود لاختصاص القضاء الإداري والمتعلقة بعقود الأشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة، وبعد ذلك قام مجلس الدولة بدور كبير في بلورة نظرية العقد الإداري، حيث وسع من اختصاصه ليشمل أنواعا أخرى من عقود الإدارة، والتي لم يحدده القانون المذكور سائفا وذلك عن طريق القياس ليشمل عقود المعاونة وعقود توزيع الكهرباء والغاز... الخ، أنظر في ذلك :

FRIEDRICH Clemmy Histoire doctrinale d'une mise en discours des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960)

THESE DE DOCTORAT L'UNIVERSITE DE TOULOUSE 2016 PAGES 07 Et au-delà.

1 مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2011، ص47.

2 Velley (S), droit administratif, 4eme edition, paris, dalloz, 2003, p84.

### فرع أول: أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد

تعرف الإدارة العامة على أنها وحدات قانونية تابعة للدولة، تتولى تسيير شؤون المجتمع بما يؤمن المصلحة العامة فيها من خلال تسيير المرافق العامة، وقد نشأت في الأصل كشكل من أشكال السلطة مما يجعلها تسمو على الأفراد في مركزها القانوني<sup>1</sup>، وبما أن القواعد الإدارية ما وجدت إلا لتحكم نشاط السلطات الإدارية لا نشاط الأفراد فلا يكون العقد إدارياً إلا إذا كانت الإدارة العامة طرفاً فيه<sup>2</sup>.

وانطلاقاً من هذا المبدأ يخرج من نطاق العقود الإدارية عقود الأفراد فيما بينهم، حتى ولو تضمنت شرطاً استثنائياً أو سعت لتحقيق مصلحة عامة، إلا أن العقد المبرم بين الخواص يمكن اعتباره إدارياً وذلك إذا كان أحد المتعاقدين وكيلاً لها يتصرف لحسابها وتوفرت في العقد سائر المعايير المطلوبة للعقد الإداري<sup>3</sup>.

يعبر عن معيار وجود الإدارة العامة طرفاً في العقد بالمعيار العضوي، أو الهيكلي وهو المعيار الذي يهتم بالمصلحة المتعاقدة في العقد، بغض النظر عن طبيعة النشاط، وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذا المعيار في تحديد مفهوم عقد الصفقة العمومية حيث ذكر مجموعة من الأشخاص العامة التي يمكنها إبرام عقد صفقة عمومية، وذلك في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي حصرت مفهوم الإدارة العامة في الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كما أنها اعتبرت العقد إدارياً حتى في غياب الإدارة العامة كطرف في العقد ولكن بشرط أن يكون المشروع المنجز ممولاً كلياً أو جزئياً من الدولة أو الجماعات الإقليمية<sup>4</sup>.

سبق وأن ذكرنا أن المبدأ الذي يقوم عليه المعيار العضوي لاعتبار العقد إدارياً هو أن تكون الإدارة العامة طرفاً فيه وإن العقود المبرمة بين الخواص لا تعتبر إدارية حتى ولو أبرمت

1 عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص27.

2Velly,opcit,p85.

3 نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص21.

4 أنظر المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في 16 سبتمبر 2015، ج.ر، عدد 50، الصادرة في 20

سبتمبر 2015.

نتيجة تدخل الإدارة ووساطتها؛ كأن تتدخل الإدارة لتصلح ذات البين بين العمال وأصحاب الأعمال<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: اتصال العقد بتسيير مرفق عام

كان الاختصاص القضائي الفرنسي منذ بداية القرن التاسع عشر يعتمد على معيار السلطة العامة، واستمر على هذا الحال حتى أصبح قضاء مجلس الدولة الفرنسي قضاءاً باتاً في عام 1872، بعد ذلك اعتمد القضاء الفرنسي على معيار آخر وهو معيار المرفق العام، عقب صدور قرار محكمة التنازع الشهير بقضية بلانكو (BLANCO) وذلك في 8 فبراير 1873<sup>2</sup>، ويرى بعض الفقهاء أن فكرة المرفق العام هي في الحقيقة بناء فقهي أسسه الفقيهان ليون دوجي وجيز والذي أدى إلى نشوء مدرسة المرفق العام. إن مبادئ القانون الإداري تقوم أصلاً على أساس فكرة المرفق العام؛ وذلك لأن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه العقد الإداري من خروج عن المألوف في القانون الخاص وعلى منطبق القواعد التي تحكم تعاقدات الأفراد ما يتضمنه إلى أن العقود الإدارية تستهدف المصلحة العامة ولذلك كانت صلة العقد الإداري بالمرفق العام من أهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية به<sup>3</sup>.

ولما كان للمرفق العام معنيين مختلفين وهذا المعنى ينعكس على طبيعة استعماله في العقود الإدارية حسب الأحوال، فقد يكون في حالة سكون؛ ونقصد به الهيئة التي تقوم بتقديم خدمات لجمهور المنتفعين وإما يكون في حالة حركة؛ وهو النشاط الإداري الذي تقدمه الإدارة لتحقيق المصلحة العامة وبغض النظر عن الجهة التي تمارسه<sup>4</sup>، اعتمد مجلس الدولة الفرنسي على معيار المرفق العام لتحديد طبيعة العقد الإداري في كثير من قراراته و أهمها الحكم في قضية terrier في 6 فيفري 1903، وحكمه في قضية Thérond في 4 مارس 1910 كما اعتمدت محكمة التنازع نفس المعيار في حكمها في قضية Feutry في 29 فيفري

1 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص71.

2-M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS). les grands arrêts de la jurisprudence administrative, tome1, 20eme edition, Dalloz, 2015, page113.

3 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص74.

4 محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 1998، ص35.

1908. كما أخذ القضاء الإداري في مصر أيضا بشرط تعلق العقد بنشاط المرافق العامة لإسباغ الصفة الإدارية عليه حيث قضت المحكمة الإدارية العليا أنه «ومن حيث أن العقد الإداري الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط قضاء هذه المحكمة هو العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة،.....»<sup>1</sup>

لكن نتيجة التطورات التي شهدتها الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت على القواعد التي قامت عليها فكرة المرفق العام نتيجة تدخل الدولة الكبير في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، مما رافقه ظهور مرافق اقتصادية واجتماعية وصناعية ومرافق مهنية مختلفة<sup>2</sup>، عرفت هذه المرحلة بأزمة المرفق العام أين نادى أصوات بضرورة التخلي عن هذه النظرية لعدم حاجة القانون الإداري إليها ودامت هذه المرحلة الحرجة ما يقارب الثلاثين عاما إلى أن ظهر من جديد في أوائل الخمسينات مع عقود إجازة الخدمات أي بشأن العاملين المتعاقدين في مجال الوظيفة العامة، فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالصفة الإدارية للعقد الذي يربط الشخص بالمرفق العام بالنظر إلى أن موضوع العقد هو المساهمة في تنفيذ مرفق عام وتؤكد هذا الاتجاه في قضية الزوجين بيرتان عام 1956<sup>3</sup>. فكانت فكرة المرفق العام في البداية تنحصر في تسيير المرفق بواسطة المتعاقد مع الإدارة، ولكن المعيار اتسع بصفة تدريجية فدخلت فيه حالات يتصل فيها المتعاقد مع الإدارة سواء كمساهم في تسييره في صورة عقود الامتياز، أو قد تكون في صورة الاشتراك في تسيير المرفق العام من خلال توريد سلع معينة، أو من خلال تقديم خدمات بموجب عقد مبرم مع الإدارة العامة.

وبغض النظر عن صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام، فالأهم من ذلك هو البحث حول طبيعة هذا الاشتراك ظهر في هذا الصدد ثلاث نظريات وهي نظرية الهدف المباشر (أولا)، ونظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرافق العامة (ثانيا)، وأخيرا نظرية الوسائل المتبعة في إدارة المرافق العامة (ثالثا).

1 قرار المحكمة العليا المصرية رقم 1383، لسنة 35ق. الصادر في 1995/5/8، نقلا عن نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 24.

2 مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 69.

3 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 43.

## أولاً: نظرية الهدف المباشر

يعتبر الفقيه الفرنسي Marc Réglá المؤسس لهذه النظرية والتي تقوم على قاعدتين: أولهما: لا يكون العقد إدارياً إلا إذا كان موضوعه تحقيق غرض مرفق عام حال ومباشر أي تحقيق هدف مباشر من أهداف المرفق العام بطريقة مباشرة. ثانيهما: فحواها أن العقود، إذا كانت لا تحقق هدف مرفق عام بطريقة حال ومباشرة تكون عقوداً مدنية أو تجارية حتى ولو كانت تسعى إلى تحقيق هدف مرفق عام بطريق غير مباشر<sup>1</sup>.

واجهت هذه النظرية انتقادات لاذعة، وذلك لكونها تتعارض مع أحكام القضاء الإداري لاقتصارها لمفهوم معيار المرفق العام في كون العقد الإداري يحقق مباشرة هدف المرفق العام في حين أن هناك عقود تستهدف نفس الغرض، ولكن يعتبرها القضاء عقوداً تخضع للقانون الخاص كما أن هذه النظرية مبهمّة لأنه لا يمكن من خلالها تحديد ضوابط ثابتة لما يعد محققاً لغرض المرفق العام مباشرة أو عكس ذلك<sup>2</sup>.

## ثانياً: نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام

اعتمدت هذه النظرية في آراءها على بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية التي سبقت سنة 1956، حيث قامت هذه النظرية على فكرتين أساسيتين وهما: أولها: المشاركة الدائمة في المرفق العام وعليه فإن المشاركة بشكل دائم في تسيير المرفق العام، تكفي لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد حتى وإن خلى من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وإذا كانت المشاركة مؤقتة ولا تتميز بالديمومة، فيعتبر العقد مدنياً.

1 Regladem (m) de l'application aux marchés de fourniture de séparation des autorités judiciaire et administratives, R.D.P 1924.P191.

2 فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد المبرم بين المدين "تاربون" والسيد جاكمان الذي عهدت إليه مهمة إطلاق الصواريخ للزينة في عيد 14 أوت يعتبر من عقود القانون الخاص لأنه لم يتضمن أي شرط إستثنائي غير مألوف في عقود القانون الخاص، كما أن المرفق الذي شارك هذا المتعاقد في تنفيذه لا يتضمن طرق تسيير من طبيعة تطغى على هذه العملية صفة مختلفة عن تلك التي كانت تتم إليها لو أنها نفذت لحساب أحد الخواص/كما قضت محكمة القضاء الإداري المصري في 29 أبريل 1953 بأن تعاقد الإذاعة مع المقرئين ليس عقداً إدارياً بل هو عقد مدني بالرغم من كونه يحقق خدمة عامة مباشرة، أنظر في ذلك: مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص74/عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008/2009، ص40.

وثانيهما: هي فكرة طبيعة الوظيفة، أي أن الصفة الإدارية للعقد بحسب طبيعة الاستخدام تستلزم أن تكون العلاقة بين الإدارة والأفراد المتعاقدين معها مؤسسة على روابط القانون العام<sup>1</sup>.

لم تسلم هذه النظرية بدورها من الانتقادات، نظرا لأنها لا تعتبر العقد الإداري وسيلة لتنفيذ المرفق العام حيث أنها لا تعتبر مشاركة الأفراد في تسيير المرفق عقدا وهناك من يرى بأن هذه المشاركة في حد ذاتها شرطا استثنائيا غير مألوف في عقود القانون الخاص وعليه فإن هذه النظرية لا تصلح لأن تكون معيار لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد.

### ثالثا: نظرية المرافق الإدارية بطبيعتها

يرى أصحاب هذه النظرية أن المرافق الإدارية هي التي يقتصر نشاطها على تقديم الخدمات للمنتفعين وعليه فإن عقودها تكون إدارية بالطبيعة وتدخل بذلك في اختصاص القضاء الإداري والعقود التي تبرمها المرافق الاقتصادية والتجارية تعتبر عقودا مدنيا حتى لو سعت من خلالها لتحقيق مصلحة عامة<sup>2</sup>.

تعتبر آراء هذه النظرية مخالفة لكثير من أحكام القضاء التي اعترفت بالطبيعة الإدارية للمرافق الصناعية والتجارية، وذلك لتوفرها على شرط استثنائي كما أنها تخالف مبدأ الوكالة أو الإنابة الذي تناولناه أعلاه، وذلك في تطرقنا لمعيار الإدارة كطرف في العقد.

في الأخير واعتمادا على ما سبق استنتجنا أن فكرة المرفق العام بالرغم من اعتبارها حجر الأساس في وضع قواعد القانون الإداري ابتداء من قضية بيرتان إلا أن ما مر على هذه النظرية من أزمات وفشل الفقهاء في محاولة إعادة أهميتها كمعيار لتمييز العقد الإداري، من خلال النظرية الثلاث السالفة الذكر كان لابد من اعتماد معيار آخر أكثر وضوحا وأهمية وذلك بإبراز دور السلطة العامة للإدارة.

### الفرع الثالث: معيار الشرط الاستثنائي غير المألوف

تسعى الإدارة العامة من خلال تعاقداتها المتنوعة إلى تحقيق المصلحة العامة ولتحصيل ذلك تقوم بتضمين عقودها شروطا لا تدرج عادة في عقود القانون الخاص لذلك تتميز هذه

1 مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص25.

2 عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص42.

الشروط بطابع الاستثنائية، لأن الأصل في العقود أنها شريعة للمتعاقدين أي لا يمكن للأطراف التعديل في بنودها بزيادة أو نقصان، لذلك أطلق على هذه المعيار بالشروط الاستثنائية<sup>1</sup>.

أثارت فكرة الشروط الاستثنائية في فترة ظهورها وذلك بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "شركة الغرانيت" في 4 مارس 1903<sup>2</sup>، الكثير من الإشكالات والجدل، نظرا لأن أحكام القضاء الإداري لم توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط، ولعل السبب في ذلك يعود إلى الرغبة في إبقاء أبواب الاجتهاد مفتوحة، للقضاء والفقهاء الإداريين لتحقيق الأهداف في استخلاص الأسلوب الأمثل في التمييز بين عقود الإدارة<sup>3</sup>.

اختلف في تعريف الشرط غير المألوف وفي تحديد معيار تمييزه، فعرّفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه "الشرط الذي يمنح للأطراف حقوق أو يحملهم لالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يتم التراضي عليها طواعية في العقود المدنية" «كما عرفته محكمة التنازع الفرنسية على أنه" يتمثل في كونه حقوقا والتزامات المتعاقدين المتبادلة التي تختلف عن تلك التي تنتج عادة في عقود القانون الخاص"<sup>4</sup>، فظهر من يناهز بعدم فائدة هذا المعيار نتيجة لغموضه وصعوبة تطبيقه عمليا<sup>5</sup>، وهناك من عرفه على أن الشرط الاستثنائي، هو الشرط الذي يعد باطلا في عقود القانون الخاص فلا يستطيع الأفراد إدراجه في تعاقداتهم<sup>6</sup>.

أمام هذا الاختلاف الفقهي، وسكوت القضاء الإداري عن التصريح بطبيعة هذه الشروط الاستثنائية، فبينما ذهب جانب إلى اعتبار هذه الشروط باطلة إذا ما أدرجت في عقود الأفراد فيما بينهم، ذهب جانب آخر إلى اعتبار أن بعض الشروط تعتبر استثنائية بالرغم من عدم مخالفتها لعقود القانون الخاص أو لا يمكن تطبيقها فيه إلا وفق قواعد أو أشكال خاصة

1 سعيد عبد الرزاق باخبيزة، الخصائص الإستثنائية للعقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، اليمن، 2001، ص14.

2 -M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS), op.c, p165.

3 مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص37.

4 نقلا عن ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص39.

5Pequignot theorie general du contrat administratif, these Montpellier, 1945, p 130 131.

6Waline(m), droit administratif, paris serey, 1957, p499/Rene chapus, responsabilité public et responsabilité privée, paris, p128.

بلقد يكون أحيانا مجرد غير مألوف في هذه العقود إذ يستمد من النظرية العامة للعقود الإدارية أو من اعتبارات القانون العام<sup>1</sup>.

بالنسبة للفقهاء العربيين فقد ذهب الأستاذ المطاوي إلى القول بأنه (يمكن الاستدلال على الشروط الاستثنائية من خلال الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر وكذلك الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير أو الإحالة إلى دفا تر شروط معينة...)<sup>2</sup>.

من خلال هذه الأثرء المتناقضة يتبين لنا اعتراف الفقهاء والقضاء بالشروط الأثرء لتمييز العقد الإداري عن غيره لكن دون تحديد لهذه الشروط على وجه الدقة، في وجب تحديد هذه الشروط بوضوح نظرا لأهمية ذلك لكي يكون تطبيق القانون دقيقا لارتباط ذلك بقواعد الاختصاص القضائي فإذا تأكد القاضي من توفر الشروط الاستثنائية في العقد اعتبر إداريا وطبق عليه قواعد القانون الإداري والعكس في حالة غيابها.

لأجل ذلك برز نوعان من الشروط الدقة، فيما التي تعبر عن امتيازات السلطة العامة (أولا)، وشروط أخرى غير مألوفة في عقود القانون الخاص (ثانيا).

### أولا: الشروط الاستثنائية المعبرة عن امتيازات السلطة العامة

يعتبر هذا النوع من الشروط الاستثنائية الأساس في هذا المعيار، وذلك لكون فكرة السلطة، العامة تحددت لمجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام ثم وجدت هذه الفكرة لنفسها مكانا في العقود الإدارية حيث أصبحت الإدارة بمقتضاها تتمتع بسلطات أوسع من تلك التي يملكها الأفراد وتتجلى مظاهر هذه السلطة في العقد الإداري في جميع مراحلها سواء عند إبرامه أو تنفيذه أو إنهائه بل إن الإدارة تمارس امتيازاتها حتى في المراحل الممهدة للتعاقد<sup>3</sup>.

ويمكن القول بأن الشروط الاستثنائية المعبرة عن امتيازات السلطة العامة؛ هي مجموعة الشروط التي تتضمن امتيازات السلطة العامة وتخرج عن الشريعة العامة في

1 Andre de laubader, contrats administratifs suppléments mise a jour a159,p91.

2 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص92.

3 حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص11

التعاقد في ظل القانون الخاص التي يحكمها مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ومن قبيل هذه الشروط نذكر ما يلي:

- 1- ما يتعلق بمنح امتياز للإدارة في مواجهة المتعاقد معها مثل قرار توقيع الجزاءات على المتعاقدين قرار الفسخ النهائي للعقد الإداري ;
- 2- استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه ;
- 3- ما يتعلق بالشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات وامتيازات في مواجهة الغير مثل تحصيل الرسوم وحق نزع الملكية لإقامة المنشأة اللازمة لتسيير المرافق وحق الانتفاع بالارتفاق على الدومين العام، أو حق الاستيلاء الجبري<sup>1</sup>.

### ثانياً: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص

هذا النوع من الشروط الاستثنائية لا تتضمن مظهراً من مظاهر السلطة العامة، إلا أنها تؤكد انصراف نية المتعاقدين إلى اتباع أسلوب القانون العام في التعاقد من خلال تضمين العقد شرطاً غير مألوف في عقود الأفراد فيما بينهم والتي تتمثل في المبادئ التي أو جدها القانون العام ومن أمثلتها: الشروط التي لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء نظريات القانون العام كنظريات التوازن المالي للعقد الإدارية كنظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير<sup>2</sup>. أو شروط عقد امتياز مرفقاً، كالشرط الذي يتعهد فيها لملتزم بأن يقوم على نفقته الخاصة باستغلال المكان وإعداده وإعادةه إلى حالته الأصلية، والشرط الذي يلتزم فيه المستغل بمقتضاه أن يقدم عدداً من العروض في كل شهر على مدار العام أثناء استغلاله لقاعة سينما ومسرح.

في الأخير فإن الشروط الاستثنائية كميّار لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى هي شروط تظهر من خلالها الإدارة العامة كطرف أمر في العقد سواء وردت في العقد صراحة أو ضمناً.

إن مجلس الدولة الفرنسي بالرغم من كثرة قراراتها في هذا المجال إلا أنه لم يستقر بصدده تحديد أنواعها وهذا يعود للسياسة القضائية التي يتبعها، من خلال الابتعاد قدر الإمكان عن وضع تعريفات جامعة لما يقرره من مبادئ وهذه مسألة تتعلق بفن القضاء لديه حيث أنه

1 نفس المرجع، ص 26 وما بعدها.

2 مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع سابق، ص 27.

يكتفي بتقرير القاعدة وترتيب أثارها دون أن يدعو إلى تعميمها وذلك حتى يفسح المجال أمامه للاجتهاد في القضايا التي ترد عليه مستقبلاً<sup>1</sup>.

يجدر الإشارة إلى أنه حدث تطور مهم في فرنسا لمعيار العقد الإداري فبعد أن كان يتطلب ضرورة تضمين العقد الشروط الاستثنائية إلى جانب اتصال العقد بمرفق عام أصبح المستقر عليه الآن الأخذ بمعيار تبادلي وهو إما أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تنفيذ المرفق العام ذاته.

ويظهر ذلك من خلال أحدث قرارات محكمة التنازع الفرنسية في قضية شركة la société Entropie Conseil وشبكة SNCF، الصادر في 08/02/2021 حيث جاء فيه " أن العقد المبرم بين المؤسستين محكوم بالشروط العامة المطبقة على عقود الخدمات الفكرية لمجموعة SnCF التي تقدم خدمات لصالح الشخص المعنوي العام المتعاقد إمكانية إنهاء العقد الإداري من جانب واحد وبالتالي فإن العقد يتضمن شرطاً من الشروط الاستثنائية والتي تندرج ضمن نظام العقود الإدارية"<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

بما أن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية فإنه من الصعب تطبيق التصنيفات المتبعة في العقود المدنية على العقود الإدارية إلا في بعض الحالات<sup>3</sup>، كما أن

1 محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 40.

"Le contrat qui liait l'établissement public SNCF Réseau et la société Entropia Conseil était régi par les stipulations du cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles du groupe SNCF prévoyant, notamment, au bénéfice de la personne publique contractante, la possibilité de résilier unilatéralement le contrat. Comportant ainsi des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, ce contrat passé entre une personne publique et une personne privée est un contrat administrative",

[https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043109823?dateDecision=&init=true&page=1&query=la+clause+exorbitante&searchField=ALL&tab\\_selection=cetat](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043109823?dateDecision=&init=true&page=1&query=la+clause+exorbitante&searchField=ALL&tab_selection=cetat), visite le 15/02/2021 à 15h18.

3 تصنف العقود المدنية من حيث الأثار إلى عقود ملزمة لجانب واحد، وعقود ملزمة لجانبين فلا يمكن تطبيق ذلك على العقود الإدارية باعتبارها ملزمة للإدارة والمتعاقد معها، كما لا يمكن تقسيمها إلى عقود إدارية رضائية و عقود شكلية، لأن طبيعة العقود الإدارية تتطلب إجراءات معينة كطرق الإبرام التي تعد شكلية جوهرية لا يمكن مخالفتها، ولكن مع ذلك يمكن إتباع تصنيفات العقود المدنية، كتصنيف العقود الإدارية من حيث التنفيذ إلى عقود إدارية فورية التنفيذ كعقود التنازل عن أملاك الدولة، وعقود مستمرة التنفيذ كعقد التوريد وعقود الإيجار الإداري، كما يمكن تقسيمها إلى عقود إدارية مسماة وأخرى غير مسماة، أنظر في ذلك: محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 18 و 19.

تعدد موضوعات العقود الإدارية لا تسمح بحصرها في فئة معينة، وبالرغم من ذلك فإن التشريعات قد تخص مجموعة من العقود بنص تشريعي وهو ما يعرف بالعقود الإدارية بتحديد القانون كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري والتي حصرها المشرع في تحديده لموضوعات الصفقة العمومية وأهمها عقد الأشغال العامة وعقد التوريد (فرع أول)، إضافة إلى العقود التي استحدثها المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 وهي عقود تفويض المرفق العام (فرع ثاني).

### الفرع الأول: عقود الصفقات العمومية

يندرج تحت مسمى الصفقة العمومية مجموعة من العقود أهمها عقد الأشغال العامة (أولاً)، وعقد التوريد (ثانياً).

#### أولاً: عقد الأشغال العامة

يعتبر عقد الأشغال العامة أقدم تنظيم قانوني بالنسبة للقانون الإداري وقد ازداد استعماله خلال القرن التاسع عشر كنتيجة طبيعية لتنفيذ المشروعات العمرانية الضخمة ونظراً لأهميته جعل المشرع الفرنسي المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة من اختصاص القاضي الإداري منذ البداية وذلك بموجب المادة الرابعة من قانون 28 ليفوز للسنة الثامن للثورة الفرنسية<sup>1</sup>، كما بذل مجلس الدولة جهداً من أجل توسيع اختصاصه ليشمل كل ما يتعلق بالأشغال العامة حيث مد اختصاصه عن طريق القياس على الأشغال العامة إلى عقود طلب المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه والغاز... إلخ استناداً إلى أن تلك العقود تحتوي على عنصر الأشغال العامة<sup>2</sup>، ومن هنا استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يضع نظرية متكاملة عن الأشغال العامة والتي تجعله يختلف عن عقود المقاوله في القانون الخاص.

### 1- تعريف عقد الأشغال العامة

1رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1975، ص 13

2 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 32.

لم يحدد المشرع الجزائري تعريفا لعقد الأشغال العامة وهذا نظرا لطبيعة الأشغال العامة التي تتميز بالتطور المستمر وهذا ما يسبب صعوبة في حصره في تعريف واحد ويجد عقد الأشغال العامة أساسه في المادة الثانية والمادة 4/ 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي وصفت عقد الأشغال العامة على أنها "...تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو تدعيم أو إصلاح أو هدم منشأة أو جزء منها" بالنسبة للفقهاء فقد عرفه على أنه عقد تبرمه الإدارة العامة للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب بغرض تحقيق المصلحة العامة، بمقابل وفق الشروط الواردة بالعقد<sup>1</sup>. كما عرفه القضاء الإداري المصري على أنه "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"<sup>2</sup>.

من خلال التعاريف السابقة يمكن استخلاص خصائص تميز عقد الأشغال العامة وهي أنه ينصب على عقار سواء كان لصيانة أو بناء كما أن الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة إضافة إلى أن تنفيذ الأشغال العامة يكون لحساب شخص معنوي عام.

## 2- أركان عقد الأشغال العامة

لكي يعتبر العقد الإداري عقد أشغال عامة لابد من أن يقوم على مجموعة من الأركان:

### أ- أن ينصب العقد على عقار

يشمل ذلك أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار وكذلك بناء الجسور وعبود الطرق وغير عقار وكذلك في العقار أن يكون عقارا بطبيعته، بل يمكن أن تعتبر من قبيل الأشغال العامة العقارات بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف أو أسلاك تحت الماء<sup>3</sup>. ويخرج من نطاق الأشغال العامة تلك العقود المنصبة على منقولات مهما كانت ضخامتها فلم يعتبر القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، مطبعة الولاة الحديثة، القاهرة، 2005، ص46.

2 حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 284 لسنة 8 ق جلسة 1956/12/23، نقلا عن، نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص24.

مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص69.

3 رياض عبد عيسى الزهيري، مرجع سابق، ص21.

إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات<sup>1</sup>، كان الغرض في بادئ الأمر خدمة الأموال العامة، ولهذا كانت الأشغال العامة تقتصر على عقارات تدخل في نطاق المال العام ولكن مجلس الدولة الفرنسي توسع بعد ذلك في مفهوم الأشغال العامة وأدخل في اختصاصه الأشغال التي تتم على عقار مملوك للملتزم في عقد الالتزام، مادام ذلك يحقق مصلحة عامة وباعتبار أن هذه الأعمال ستعود في النهاية إلى الإدارة العامة بانتهاء مدة الامتياز<sup>2</sup>. كما أدخل في مفهوم الأشغال العامة كثيرا من العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش في الامتياز توريد المواد اللازمة للأشغال العامة، وكذلك عقود تقديم مساعدة مالية أو عينية لتنفيذ أشغال عامة<sup>3</sup>.

### ب- أن تكون الأشغال لحساب شخص معنوي

تعتبر عقود الأشغال العامة تلك التي يبرمها شخص من أشخاص القانون العام، وعليه فإن العقود التي يبرمها الخواص فيما بينهم لا تعتبر عقودا أشغال عامة إلا إذا كان ذلك العمل لحساب شخص معنوي عام.

إن إنجاز الأشغال لحساب شخص معنوي يعتبر أمرا بديهيا، وذلك لأن وجود الشخص المعنوي يعتبر من المقومات الأساسية التي تقوم عليها العقد الإداري وذلك بناء على المعيار العضوي المحدد بموجب التشريع<sup>4</sup>، ولهذا لا تعد من الأشغال العامة الأعمال التي تجريها الأشخاص الخاصة لحسابها الخاص ولو كانت تحت إشراف ورقابة الإدارة إذ أن الرقابة الإدارية على أعمال الأفراد-أحيانا- تبررها المصلحة العامة ولا يعني ذلك إخضاع

1 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 126.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 47.

3 مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 57.

4 تنص المادة السابعة من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

-الدولة،

-الجماعات الإقليمية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية

..وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"

تلك الأعمال للنظام القانوني الذي تخضع له أشغال الدولة العمومية، كما يخرج من نطاق عقود الأشغال العامة ما تجريه الإدارة من أعمال لحساب الأشخاص الخاصة<sup>1</sup>.

### ج- أن تهدف الأشغال لتحقيق مصلحة عامة

يعتبر هذا العنصر من أكثر عناصر عقد الأشغال العامة تطوراً في القضاء الإداري فقد كان مفهوم الأشغال العامة في البداية يدخل ضمن نطاق الدومين العام أما الأعمال التي تجري على عقارات تدخل في نطاق الدومين الخاص فلا تعد عقوداً إدارية وذلك لأن فكرة الأشغال العامة لا طالما ارتبطت بالمرفق العام وبالمال العام وذلك إلى غاية صدور قرار محكمة التنازع الفرنسية في 24 أكتوبر 1942، أين فصل هذا الحكم بين فكرة المصلحة العامة التي يتولاها المرفق وبين الدومين العام وعليه فإن الأشغال يمكن أن تكون عامة سواء كانت على دومين عام أو دومين خاص للإدارة، مادام محلها عقار والغاية منها هو تحقيق مصلحة عامة<sup>2</sup>.

كما وسع مجلس الدولة الفرنسي من مفهوم الأشغال العامة ليشمل الأعمال المتعلقة بعقارات مخصصة للنفع العام ولو كانت داخلة ضمن نطاق الدومين الخاص<sup>3</sup> وأدخل في مجال عقود الأشغال العامة اتفاقات ذات علاقة بسيطة بالأشغال العامة كعقد توريد المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال وعقد نقل اللوازم، كما أضفى صفة الأشغال العامة على عقد تقديم المساعدة المالية أو العينية وكذا عقد الكفالة وعقد إيجار الخدمات والتي يكلف بها المهندسون ومكاتب الدراسات<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى الأركان السابقة، فإن عقد الأشغال العامة يتميز عن العقود الأخرى بأن الإدارة تعهد بتنفيذه إلى مقاول بعينه لتوافر صفات معينة فيه تتعلق بالخبرة والكفاءة واستيفاء الشروط المالية والتقنية وعلى المقاول أن يلتزم بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري وبالمقابل فإن الإدارة العامة في هذا العقد تملك سلطات واسعة من إشراف وتوجيهه للتأكد من مدى تنفيذ العقد على أكمل وجه حيث يمكنها توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ كما يجوز لها التعديل

1 رياض عبد عيسى الزهيري، مرجع سابق، ص 22.

2 علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012، ص 06.

3 مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60.

4 علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 14.

في الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة ،وألا يكون على حساب المصلحة الخاصة للمقاول<sup>1</sup>.

## ثانياً عقد التوريد

### 1-تعريف عقد التوريد

عرف المشرع الجزائري عقد التوريد في نص المادة 06/29 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث وصفه بأنه "...تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو دون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد"

كما عرفه الفقه على أنه اتفاق يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وبين أحد الخواص يتعهد من خلاله بتزويد المرفق العام بمنقولات معينة مقابل ثمن محدد مسبقاً<sup>2</sup>. من خلال هذه التعاريف نخلص إلى أن عقد التوريد يتمتع بجملة من الخصائص والتي تمثل شروطه:

### 2-شروط عقد التوريد

أ-يكون محل عقد التوريد منقولاً أي لا يرد إلا على منقولات وذلك بخلاف عقد الأشغال العامة الذي يرد على عقار .

ب-عقد التوريد ينصب على توفير سلعة معينة بصفة دورية خلال المدة المتفق عليها في شروط العقد مما يعني تجدد التزام المتعاقد مع الإدارة كل مرة تحتاجه فيها وهذا بخلاف عقد الأشغال العامة الذي تنتهي فيه التزامات المقاول بانتهاء أشغال البناء .

ج-يحوز عقد التوريد على خاصية مميزة وهي كونه لا يكون عقداً إدارياً في جميع الأحوال وذلك لأن شروطه يمتد بتبعيته

بمعناها أن تكوناً ماعقدتوريد إدارياً إذا ما توفرت قيمتها مقومات العقد الإداري

فإذا خلا منها أصبح عقد توريد مدني يخضع لأحكام القانون الخاص .وقد ذهبتمحكمة النقضالمصريةأنه يجب أن يكون أحد أطرافه جهة إدارية ويكون محلها توريد مواد لازمة لتسيير مرفق عام،

1 جاء ذكر مصطلح مقاول في المادة 03/29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العامة المذكور سالفا ،حيث جاء فيها "...تهدف

الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف المقاول..."،أنظر كذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة،مرجع سابق،ص49 ومابعدها.

2 محمد فؤاد عبد الباسط،العقد الإداري (المقومات الإجراءات الآثار)، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005،ص544.

معظمينها شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وأنها إذ انتفت هذا الشرط عن العقد فإنها لا يعتبر من العقود التي تدخل منازعاتها في اختصاص القاضيا الإداري<sup>1</sup>.

د- يمكن لعقد التوريد أن يرتبط بعقد الأشغال العامة، وهو ما يعرف باقتران عقد التوريد بالقيام بأشغال عمومية من أجل تنصيبها وتثبيتها<sup>2</sup>، هذه الفكرة التي تتضمن مزيجا من عقود مختلفة قد تظهر في مجال عقود التوريد الإداري أو غيره بل هي ليست حكرا على العقود الإدارية بل يمكن إيجادها في عقود القانون الخاص وهي لا تكل مشكلا في العقود المسماة لأنها تجد الحل في النظام القانوني الخاص بها إلا إذا كانت العملية التعاقدية المركبة تحتوي في بعض جوانبها على عناصر من العقود غير المسماة؛ وهي العقود التي لم يتم تحديدها بموجب نص قانوني على أنها عقود إدارية فهنا يكون الالتجاء إلى الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري<sup>3</sup>.

تعتبر عقود الخدمات نوعا من أنواع عقود التوريد أصلا، وإن كان المشرع قد فرق بينهما بموجب المادة 29 وذلك على أساس أن عقد الخدمات ينصب على توريد سلع، ونظرا لتنوع وتعدد الخدمات فقد استعصى على المشرع ضبط تعريف لعقد الخدمات واكتفى بوصفها على أنها عقود تختلف على عقود الأشغال والتوريد والدراسات.

### الفرع الثاني: عقود تفويض المرفق العام

تغيرت وظائف الدولة بتداخل وتطافر العديد من الأسباب، من خلال زيادة التطور العلمية والتقنية، ناهيك عن اقتراب المجتمعات من بعضها البعض كأحد أهم إفرار عصر التكنولوجيا والعلومة، ما فرض على الدولة تلبية حاجات متضاعفة عما كان عليه الأمر سابقا لذلك فقد لجأت الدولة إلى عقود تفويض المرفق العام ويعتبر هذا النمط من طرق التعاقد قديما - مستحدثا-.

1 محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية، طعن رقم 316 لسنة 54ق، جلسة 1990/2/5، نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص80.

2 أنظر المادة 07/29 من المرسوم الرئاسي 27/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سالف.

3 محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، مرجع سابق، ص92.

وتعرف عقود التفويض العام على أنها "عقود تعهد الإدارة العامة من خلالها للمتعاقد معها مهمة تنفيذ جزئي أو كلي لمرفق عام إداري أو صناعي أو تجاري"<sup>1</sup>، ويعود تاريخ أول تكريس قانوني لتفويض المرفق العام للقانون رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية والذي أورد إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام<sup>2</sup>، بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس ذلك لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 وتحديدا في الباب الثاني منه، حيث تنقسم من خلاله

عقود تفويض المرفق العام إلى أربعة أنواع وهي عقد الامتياز (أولا)، عقد الإيجار الإداري (ثانيا)، عقد الوكالة الم حفزة (ثالثا)، عقد التسيير (رابعا).

### أولا: عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية خاصة في ظل التطور الحديث للنظام الاقتصادي العالمي، وارتباطه بالعقود الصناعية والتجارية، وبغض النظر عن الخلاف الفقهي الذي كان حول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، إلا أن الرأي الغالب يؤكد على أنه عقد ذو طبيعة إدارية مماثلة لعقد الصفقة العمومية وأن مميزات العقد الإداري حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي هي وجود شروط غير مألوفة في العقد وهذا ما تتضمنه عقود امتياز المرافق العامة لارتباطه بتحقيق المصلحة العامة<sup>3</sup>، وعليه سنحدد مفهوم عقد الامتياز (1)، ثم نستعرض عناصر تكوينه (2).

### 1- مفهوم عقد الامتياز

1 « Les contrat de délégation de services public sont les contrats ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, la charge d'assurer en

tout ou en partie l'exécution d'un service public qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial », R. Chapus, le droit administratif général, Tome 1, 15 e Montchrestien, Paris, 1996.

2 Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. JORF n°33 du 8 février 1992،

[https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab\\_selection=all&searchField=ALL&query=Loi+n%C2%B092-](https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab_selection=all&searchField=ALL&query=Loi+n%C2%B092-)

[125+du+6+f%C3%A9vrier+1992+relative+%C3%A0+l%2E80%99administration+territoriale+de+la+R%C3%A9publique.+JORF+n%C2%B033+du+8+f%C3%A9vrier+1992.&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab_selection=all&searchField=ALL&query=Loi+n%C2%B092-125+du+6+f%C3%A9vrier+1992+relative+%C3%A0+l%2E80%99administration+territoriale+de+la+R%C3%A9publique.+JORF+n%C2%B033+du+8+f%C3%A9vrier+1992.&page=1&init=true) voir le 15/02/2019, a 20h:30.

3

André. De Laubadère, traité de droit administratif, tome 1, 8éd, LGDJ, 1980, P 20.

يعرف عقد الامتياز على أنه عقد تعهد الإدارة بمقتضاه تسيير مرفق عام إلى أحد الخواص لمدة محددة تحت إشراف ورقابة الإدارة حيث يقوم الملتزم بإدارة المرفق على مسؤوليته مقابل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين<sup>1</sup>، وهو عقد يقوم فيه الملتزم تحت مسؤوليته وخلال مدة محددة، بإدارة أحد المرافق العامة لتوزيع المياه أو الكهرباء مثلا مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين بالمرفق<sup>2</sup>، كما يخضع عقد الامتياز للقواعد الأساسية التي تنظم سير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة في العقد نفسه<sup>3</sup>.

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية "غاز بوردو" الشهيرة بأنه «العقد الذي يحمل الخواص أو شركة، إنشاء مرفق عام أو تأمين الخدمة العامة على حسابه سواء بإعانة من الدولة أو دونها بضمان الفائدة أو دونها ويتقاضى مقابل تعهده بتسيير المرفق العام إتاوات من المنتفعين من خدمات المرفق العام»<sup>4</sup>.

كما عرفه مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 2004/03/09 حيث جاء فيه بأنه "...لما كان عقد الامتياز عقدا إداريا تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بشكل استثنائي مؤقت وقابل للرجوع عنه فإنه لاحق شخصيا دائما للمستفيد بما في ذلك حق تجديد الامتياز"<sup>5</sup>.

إن التطور المستمر الذي صاحبه تزايد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، أدى إلى بروز عقود متطورة من الامتياز وهي عقود البناء والتشغيل والتشييد أو ما يعرف بعقود البوت والتي تعهد من خلالها الدولة إلى أحد المؤسسات الوطنية أو الأجنبية، الخاصة لإنشاء مرافق عامة على حسابها وتشغيلها لمدة من الزمن، ثم نقل ملكيتها إلى الدولة وتتميز هذه العقود بكونها عقود مركبة حيث يتغير شكل العقد فيها، بتغيير تركيبته

1 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص108.

2 ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص38.

3 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص68.

<sup>4</sup> «Contrat qui charge un particulier ou une société d'exécution un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient de service public ".CE, 30 Mars 1916, compagnie générale de Bordeaux, -M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS, op,p165

5 قرار مجلس الدولة رقم 11950، الصادر في 2004/03/09، قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2004، ص 67 68.

وتتعدد صور هبب عقد ببناء وتشغيل وتحويل وعقد ببناء وتملكون قلملكية وعقد ببناء وإيجار ونقل ملكية وعقد إيجار وتجديد<sup>1</sup>.

من عادة التشريع ألا يضع تعريفات للمصطلحات بقدر ما يصب كل اهتمامه على الضوابط الإجرائية لممارسة عقد معين إلا أن أهمية عقد الامتياز الإداري خاصة في ظل تنوع المرافق العامة، دفعت بالمشرع الجزائري إلى وضع تعريف له في كل قانون منظم لقطاع معين حيث حدد المشرع تعريف عقد الامتياز في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 04-373، الذي يحدد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك حيث جاء في صلبها الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات هو العقد الإداري الذي تمنح إدارة أملاك الدولة بواسطة شخصاً طبيعياً من جنسية جزائرية أو شخصاً معنوياً يخضع للقانون الجزائري مساحات برية و/أو مائية فوق الأملاك العمومية أو الأملاك الخاصة التابعة للدولة<sup>2</sup>.

يتضح لنا من خلال نص المادة إعلان أن المشرع في تعريفه لعقد الامتياز ركز على شخص الملتزم حيث يتبين من خلال ذلك أن الملتزم لابد أن يكون جزائرياً إذا كان شخصاً طبيعياً، وإذا كان شخصاً معنوياً لابد أن يكون خاضعاً للقانون الجزائري وهذا لا يدل إلا على حرص المشرع على بسط سيادة القانون الجزائري على سير المرفق العام.

كما عرفه في المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998، الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب<sup>3</sup>، حيث تنص على أنه «طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها، يقصد بالامتياز العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في صلب النص السلطة المانحة البلدية المسماة المؤسسة المسماة صاحبة البلدية المسماة خدمة عمومية لتوفير ونقل وتوزيع

1 أنظر في ذلك: مي محمد عزت علي شرياش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص12 وما بعدها، جابر جاد نصار، عقود

البوت B.O.T. والتطور الحديث لعقد الإلتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام)، ط1، دار النهضة العربية، 2002، ص10 وما بعدها، عبد السند حسن يمامة، نظام البوت BOT وفقاً لأحكام التشريع المصري، ط1، د.د.ن، 2000، ص6 وما بعدها.

2 - المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 04-373، الذي يحدد شروط منح الإمتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك، المؤرخ في 21 نوفمبر 2004، ج.ر.

عدد75، الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي لرقم 07-408، المؤرخ في 25 ديسمبر 2007، ج.ر. عدد 81، الصادرة في 30 ديسمبر 2007.

3 قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 نوفمبر 1998، يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب، ج.ر. عدد 21، الصادرة في 29

مارس 1999.

ماء الشرب واستغلالها والمحافظة عليها تحت مسؤوليتها، لمدة محددة مقابل أجر يدفعه المستعملون"

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع وخلافا للمادة التي سبقتها، قد عرف عقد الامتياز تعريفا دقيقا؛ بحيث حدد أطرافه وهما: السلطة مانحة الامتياز وهي الدولة أو البلدية والطرف الآخر وهو صاحب الامتياز الذي يعهد له مهمة تسيير واستغلال ماء الشرب، بغرض تحقيق مصلحة العامة وذلك لمدة محددة مقابل رسوم يتقاضاها من مستعملي هذه الخدمة. أصبح عقد الامتياز ضرورة من ضرورات تسيير المرافق العامة في الجزائر، بكل أنواعها حيث أنه تكرر في جميع المجالات أهمها الكهرباء والغاز<sup>1</sup>، ومجال الطرق السريعة<sup>2</sup>، وحتى المحروقات<sup>3</sup>، فلا يسعنا التطرق إلى جميع النصوص القانونية التي عرفت عقد الامتياز. بالنسبة للمرسوم الرئاسي 247/15 فقد تناول مفهوم الامتياز في المادة 02/210 منه حيث جاء فيها أنه "...تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام... يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه..".

ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع بالرغم من أنه لم يذكر مصطلح "الامتياز" ، واستبدله بمصطلح "التفويض" ، إلا أنه احتفظ بكل أركان عقد الامتياز، وهي السلطة المانحة الامتياز والتي أصبحت سلطة مفوضة والتي تعهد بالمرفق العام للمفوض أي صاحب مفوضة والتي يقوم باستغلال المرفق لحسابه وتحت رقابة السلطة المفوضة، لمدة محددة ومقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين والمستخدمين للمرفق. يعتبر هذا التعريف نقلة نوعية لعقد الامتياز الإداري والذي بالرغم من أهميته كان من ضمن العقود الإدارية غير المسماة،

1 أنظر المادة الثانية من القانون رقم 01-02، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الصادر في 2002/01/5.

2 أنظر المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 04-417، الصادر في 20 ديسمبر 2004، الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين.

3 أنظر المادة الخامسة من القانون رقم 05-07، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-01، المؤرخ في 20 فيفري 2013، ج ر عدد 11، الصادر في 24 فيفري

بالتالي بهذه الخطوة الإجرائية التي قام بها المشرع بإدخاله ضمن تنظيم الصفقات العمومية أصبح من العقود المسماة.

## 2- عناصر عقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بازواجية طبيعته حيث يحكمه نوعين من الشروط أولها تعاقدية وأخرى لائحة:

### أ- الشروط التعاقدية في عقد الامتياز

هي شروط يتفق عليها طرفي عقد الامتياز وتخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ حيثلا يمكن للإدارة تعديلها إلا بموافقة الملتزم وتتعلق تلك الشروط بالنصوص الخاصة بالناحية المالية ومدة الامتياز وكيفية استرداده، وأحكام تنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الامتياز يمكن الاستدلال عليها بكونها تلك الشروط التي لا تدعو الحاجة لوجودها لو أن الإدارة استغلت بنفسها المرفق العام استغلالا مباشرا<sup>1</sup>.

إن الامتياز الذي يكون عقدا من عقود التفويض العام، يجب أن يكون محله استغلال مرفق عام سواء بالإنجاز أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام أو تعهد له فقط مهمة الاستغلال، كما أن المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب امتياز أو صاحب التفويض كما يصطلح عليه في المرسوم الرئاسي 247/15، والذي يتعلق بالاستغلال وهذا العقد يكون محددا لمدة زمنية يرجع بعدها المرفق العام للسلطة المفوضة، وهذا حسب الشروط التعاقدية<sup>2</sup>، تعمل الإدارة المانحة لعقد الامتياز الإداري على تهيئة الأوضاع للملتزم، تمكينا له ، من إدارة المرفق، من خلال منحه التسهيلات المقررة كالقروض المالية المتفق عليها والتسبيقات المالية، وهي من قبيل الشروط التعاقدية التي تخضع لتفاوض أطراف العقد<sup>3</sup>.

### ب- الشروط اللائحة

هي شروط تتعلق بتسيير المرافق العامة، كتحديد الرسوم التي يتم تحصيلها من المستخدمين للمرفق العام وشروط الانتفاع بالخدمات، وتعليمات حماية رواد المرفق محل الالتزام وذلك لأنه هذه الشروط يعود الفصل فيها للإدارة صاحبة الالتزام المسؤولة الأولى والأدري

1 جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الإمتياز (دراسة نظرية مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون للنشر، المنصورة، مصر، 2015، ص 31 32.

2 بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2019، ص 97.

3 أكلي نعيمة، عقد الإمتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/2018، ص 195..

بضرورات تسيير المرافق العامة وعكس الشروط التعاقدية فإن الشروط اللائحة يمكنها أن تكونا محلا للتعديلات من جانب الإدارة، دون موافقة الملتزم، ولكن في حالة تضرره من هذه التعديلات يمكنه المطالبة بالتعويض في حال تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها وخاصة التعويض طبقاً للنظريات المتوازنة المالية للعقد الإداري

لأنه حتى إن كانا التعديل حقا مكمولا للإدارة إلا أن ممارستها تكونا لا في حدود متطلبات حسن سير المرافق العامة ومتطلبات خدمة المنتفعين بالإضافة ذلك يمكن للإدارة ممارسة حق الإشراف والرقابة على تسيير الملتزم للمرفق<sup>1</sup>.

لا يقتصر أثر الشروط اللائحة على السلطة مانحة الالتزام والملتزم بل تتجاوز ذلك إلى الغير أي المنتفعين من الأفراد الذين لهم أن يحتجوا بها، ولو أن الإدارة استغلت المرفق مباشرة ولم تعهد به إلى الملتزم لأدرجت هذه النصوص وذلك لعد استقامة المرفق العام بدونها وذلك عكس الشروط التعاقدية التي يمكن الاستغناء عنها<sup>2</sup>.

بالنسبة لمدة عدة الالتزام فإن طبيعته تقتضي أن يمنح العقد لمدة طويلة نسبيا يستطيع فيها الملتزم، أن يعوض ما صرفه في إدارته واستغلاله للمرفق مع تحقيق الأرباح المتفق عليها إلا أن ذلك لا يعني أن يمنح الالتزام إلى ما لانهاية لأن ذلك يعني تنازل الدولة عن سيادتها والمرتبطة بسلطتها في تنظيم المرافق العامة ومن جهة أخرى فإنه مع تطور الوسائل الصناعية والعلمية الحديثة التي تسمح بإنجاز المرافق العامة في مدد قصيرة<sup>3</sup>، مقارنة بعقد الامتياز والمتمثلة في عقود الإيجار والوكالة المحفزة والتسيير والتي ستنترق لها تباعا.

### ثانيا: عقد إيجار المرفق العام

يعتبر عقد إيجار المرافق العامة من العقود الجديدة التي ألحقها المشرع بتنظيم الصفقات العمومية.

#### 1- تعريفه

يعرف عقد إيجار المرافق العامة بأنه عقد يعهد بموجبه الشخص المعنوي العام مهمة تسيير مرفق عام وصيانته إلى شخص آخر يدعى المستأجر، مع تزويده بكل ما يحتاجه من

1 جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص 33.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 72.

3 محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 487.

منشآت وأجهزة، وذلك للقيام باستغلال المرفق لمدة معينة وبمبلغ يتحدد في شروط العقد تدفعه الإدارة العامة من خلال الأتوة التي تتقاضاها عن المنتفعين<sup>1</sup>.

نكون أمام عقد إيجار حسب ما جاء في المادة 03 / 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 عندما....

السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له، حينئذ لحسابه وعليه مسؤوليته

تمولاً للسلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال التحصيل الإتاوي من مستعملي المرفق العام".

## 2- خصائصه

من خلال هذا التعريف نستخلص خصائص هذا العقد التي تميزه عن عقد الامتياز: أ- من حيث الموضوع: إن موضوع عقد الإيجار لا يتضمن بناء منشآت عامة وإنما يتضمن فقط تسيير هذه المنشآت، وذلك عكس عقد الامتياز الذي يتضمن إقامة منشآت وتجهيزها، لذلك تكون المدفعة عقود إيجار المرافق العامة أقل من مدة عقود الامتياز التي غالباً ما تكون طويلة لاسترجاع قيمة الاستثمارات. ب- من حيث المقابل المالي: يتحصل صاحب الإيجار على إتاوات من المستفيدين ويدفع منها للشخص العام ويدفع المبلغ مسبقاً، عكس عقود الامتياز أين يتحصل صاحب الامتياز على مقابل الاستغلال والذي يتحدد في صورة رسوم يدفعها المنتفعون بما يتناسب ودرجة انتفاعهم من الخدمات التي يقدمها المرفق العام محل الالتزام<sup>2</sup>.

ج- من حيث سلطات الإدارة المفوضة: تقوم الإدارة العامة المؤجرة بنفسها إقامة المرفق؛ بمعنى أنها تجهزه من جميع النواحي، عكس عقد الامتياز الذي لا تكون الإدارة فيه ملزمة بتجهيزه بل يكون الملتزم مسؤولاً على ذلك حسب الشروط التعاقدية.

## ثالثاً: الوكالة المحفزة

### 1- تعريفها

يعرف هذا النوع من عقود التفويض كذلك بعد الشراكة؛ والذي يعني منح الإدارة العامة لشخص آخر يدعى الشريك وطنياً كان أو أجنبياً حق استغلال مرفق عام ولمدة معينة،

1 سليمان سهام، تفويض المرفق العام ككفنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة، 2017، ص 15.

2 محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص 65.

يتعهد خلالها بأن يدفع مبالغ مالية مقابل ذلك، مقابل الحصول على أرباح، فيكون المقابل بذلك حسب نسبة الأرباح فلا يكون محددًا مسبقًا<sup>1</sup>.

نكون أمام عقد الوكالة المحفزة حسب ما جاء في المادة 210/ 03 من المرسوم الرئاسي 247/15 عندما:

"تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمويل بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء. تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعمل المرفق العام ويحصل المفوض لها التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

## 2- خصائصها

يستشف من هذا التعريف أن عقد الوكالة المحفزة يقوم على معيارين: المالي، العضوي. أ- من حيث المقابل المالي: إن المفوض له لا يعمل على نفقته ومسؤوليته القانونية والمالية، بمعنى آخر إن عائدات المفوض له لا ترتبط بالنتيجة بالأرباح المحققة كما هي الحالة في عقد الامتياز وعقد الإيجار.

فالمفوض له يتقاضى مباشرة من السلطة المفوضة عائدات غالبًا ما تقوم على عنصرين: ب- عنصر ثابت: يتمثل بمبلغ من المال يدفع بصورة مقطوعة كمقابل لإدارة المرفق العام، لا يتغير

من سنة إلى أخرى، ويشكل الحد الأدنى من الضمانة للمفوض له، لقاء جهوده المبذولة في إدارته للمرفق العام<sup>2</sup>.

ج- وعنصر غير مستقر: يرتبط بالنتائج الاستثمارية المحققة، والذي يعتبر بمثابة تشجيع استثماري للمفوض له لبذل أقصى جهوده في تحقيق أفضل لمهمته.

وعليه فإن الوكالة المحفزة تعني العقد الذي يتعهد المفوض بموجبه بإدارة خدمة عامة مقابل أجر على أساس تقاسم الأرباح. يدير المدير الأعمال التي أنشأتها الهيئة العامة لكنه لا يتحمل

1 نفس المرجع، ص 68.

2 بريبكة حسام الدين، مرجع سابق، ص 96.

المخاطر، وتتميز الإدارة في هذا العقد عن التوكيل والامتياز بالطريقة التي يتقاضى بها المفوض أجره<sup>1</sup>.

والملاحظ أن هذا العقد يجرى المفوض له من أي مسؤولية تجاه السلطة المفوضة، لأنها هي من تحد وتحدد وسائل المستخدمة في إدارة المرفق العام، وتبند ونسواها صاحبة السلطة والمسيطرة على المنشآت العامة العائدة للمرفق العام وعليها فإمددة العقد لا تتجاوز خمس سنوات إلا أننا المفوض لها لا يتحمل إلا نفقات الاستغلال<sup>2</sup>.

#### رابعاً: عقد التسيير

##### 1- تعريفه

يعرف عقد التسيير على أنه عقد تعهد من خلاله الإدارة العامة لشخص آخر يدعى المفوض وذلك بغرض تسيير المرفق العام وصيانته، وذلك لحساب الإدارة المفوضة وذلك مقابل أجر يحدد بنسبة من رقم الأعمال إضافة إلى منحة إنتاجية<sup>3</sup>.

##### 2- خصائصه

وانطلاقاً من ذلك فإن عقد تسيير المرفق العام هو اتفاق يعهد بموجب الشخص المعنوي العام مهمة تسيير مرفق من المرافق العام لشخص آخر يدعى المسير مقابل الحصول على مقابل مالي، يقدر على حسب نسبة الأرباح، مع عدم تحمل المسير أي مخاطر تنتج عن التسيير.

من خلال ذلك تتضح لنا نقاط التقاء كثيرة بين عقد التسيير وعقد الوكالة المحفزة حيث أن كلا المفوضين من قبل الإدارة يتوليان إدارة واستغلال مرفق عام بمقابل تحصله الدارة من الأتوة التي يدفعها المنتفعون مع عدم تحمل المفوض في العقد أي مخاطر، كما أن الإدارة في كلا العقد هي من تتحمل عبء إنشاء وتجهيز المرفق العام بحيث يقتصر دور المفوضين على استغلال والتسيير أو القيام بأعمال الصيانة اللازمة، كما تكون مدة الاستغلال قصيرة مقارنة بالمدة المقررة لعقود الامتياز.

1 <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regie-interessee.htm>. VISITE LE 17/02/2019 A 09:05.

2 سليمان سهام، مرجع سابق، ص 19.

3 أنظر المادة 9/210 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

ولعل النقطة الفارقة بين العقدين هي أن المفوض في عقد التسيير يتقاضى مبلغا محددًا وثابتا غير قابل للتغير أما المفوض في عقد الوكالة المحفزة فهو عكس ذلك تماما حيث أنه يتقاسم الأرباح مع الإدارة مما يعني أن عائداته المالية من العقد قد تكون بالزيادة أو النقصان<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني:

### معايير تحديد المنازعة الإدارية

يقصد بالمنازعة؛ كل نزاع يقع بين الأفراد فيما للتغير أما وبين إحدى السلطات الدولة العامة، والذي يتم عرضه على القضاء من خلال رفع دعوى قضائية، ليتحول بذلك النزاع من فكرة مادية تتصل بالواقع إلى منازعة كفكرة قانونية تفصل فيها الجهة القضائية المختصة<sup>2</sup>. بينما تتعلق المنازعات الإدارية بأعمال الإدارة العامة سواء أكانت قرارات أو عقودا وتعتبر دراسة المنازعة والدعوى الإدارية من أهم موضوعات القانون الإداري والتي من خلالهما تتحدد قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين هيئات القضاء الإداري والذي يتولى مهمة الفصل في المنازعات القائمة بين الإدارة العامة والمتعاقدين معها طبقا لقواعد المشروعية<sup>3</sup>، وتعتبر المنازعة الإدارية من المصطلحات التي لم يتم الاتفاق على وضع تعريف جامع مانع لها، وذلك لأن كل اتجاه يركز على معيار معين لتحديدها وعليه سنتناول المعيار العضوي لتحديد المنازعة الإدارية (مطلب أول)، ثم نتطرق لدراسة المعيار المادي (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: المعيار العضوي

تتصل المنازعات الإدارية أساسا بعمل الإدارة والعمل الإداري حيث تعتبر المنازعة والدعوى الإدارية من أهم مواضيع القانون الإداري المنظم للسلطة الإدارية والذي يحدد أوجه نشاطها وممارستها يحكم العلاقة بين الإدارة العامة والأفراد حين ممارستها لنشاطها في مواجهتهم، مما قد ينجم عن ذلك منازعات بين الطرفين وتعتبر المنازعة إدارية بوجود الإدارة العامة

1 سليمان سهام، مرجع سابق، ص20.

2 سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص15.

3 حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص117.

طرفا فيها وفقا للمعيار العضوي، وقبل التطرق لمفهوم هذا الأخير، ارتأينا الى تبيان تعريف المنازعة الإدارية (فرع أول)، ثم الى دراسة عناصر المعيار العضوي (فرع ثاني).

### الفرع الأول: تعريف المنازعة الإدارية

حاول كل من الفقه والقضاء والتشريع إيجاد تعريف للمنازعة الإدارية، نورد هذه المحاولات كالتالي:

### أولا: التعريف الفقهي للمنازعة الإدارية

عرفها الفقيه Rene Chapus علما أنها جميعا المنازعات التي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري<sup>1</sup>.

كما عرفها الأستاذ رشيد خلوفي على أنها «كل القضايا الإدارية التي يعود النظر فيها للقاضي الإداري الذي يطبق قواعد القانون الإداري»<sup>2</sup>.

كما ذهب آخرون إلى القول بأنها مختلفا لإجراء التي تطلبها القانون من أجل اللجوء إلى القضاء الإداري

للفصل بين زعمطرو حضا الدولة، أو هيئة عامة ذات صفة إدارية<sup>3</sup>.

يتضح لنا من خلال التعاريف السالفة الذكر أنها ركزت في تعريفها للمنازعة الإدارية، على المعيار الشكلي؛ وهو الاعتماد على وجود الإدارة العامة طرفا في العقد ليجزها الطبيعة الإدارية للمنازعة وهو معيار غير كاف لوحده لتحديد مفهوم المنازعة الإدارية وذلك بالنظر إلى أن الإدارة العامة، قد تبرم عقودا تخضع لقواعد القانون الخاص ومنه فلا تكون المنازعة الناجمة عن هذه التعاقدات منازعات إدارية. كما أن هذا المعيار يقتصر فقط على نظام القضاء المزدوج، الذي يوجد فيه قضاء متخصص بنظر المنازعات الإدارية بيد أنه في نظام القضاء الموحد فإن هذا القضاء له ولاية عامة على جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية وعليه فلا بد من وجود معيار آخر يوضح لنا مفهوم المنازعة الإدارية.

نظرا للانتقادات الموجهة للمعيار السابق فقد عرف طرف آخر من الفقهاء المنازعة الإدارية اعتمادا على معيار طبيعة النشاط نورد أهمها تعريف الفقيهين AUBY ET DRAGO

<sup>1</sup> René Chapus, droit des contentieux administratif, edition montchrestien, p10.

<sup>2</sup> رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص08.

<sup>3</sup> حسين فريجة، مرجع سابق، ص115.

وذلك

بأن مفهوم المنازعة الإدارية يشمل كلا المنازعات التي تجمعن نشاطا إداريا وكذلك الوسائل التي تسمح للفصل فيها<sup>1</sup>.

كما جاكذلك

أحمد محجوان "المنازعات الإدارية تتألف من مجموع الدعاوى والناجمة عن نشاط إداري وأعوانها أثناء قيامه بموظف  
أنفهم"<sup>2</sup>.

كما عرفها آخرون على أنها المنازعات التي تحتوي على جميع القواعد التي تطبق لفصل القضايا في النزاعات الناجمة عن  
نشاط إداري<sup>3</sup>.

أما الأستاذ عمار بوضياف فقد عرفها على أنها «المنازعة التي أخضعها المشرع نوعيا لولاية  
القضاء الإداري دون غيره وفقا لإجراءات خاصة، وأخضعها موضوعا لأحكام تختلف عن  
تلك المقررة في القضاء العادي»<sup>4</sup>.

انطلاقا من ذلك يتضح لنا صعوبة إيجاد تعريف جامع مانع للمنازعة الإدارية، وذلك على  
اعتبار اختلاف أنواعها وأطرافها، ومصادرها القانونية مما يؤدي بالكثير إلى الخلط بين  
المنازعة الإدارية والدعوى الإدارية بالرغم من الاختلاف الكبير بين المصطلحين<sup>5</sup>.

### ثانيا: التعريف القضائي للمنازعة الإدارية

لا ريب في أن دراسة أي جانب من المنازعات الإدارية لا يستقيم إلا بالتعرض لموقف القضاء  
الإداري من ذلك، لإبراز دوره في تحقيق المساواة بين حقوق والتزامات الفرد والإدارة العامة،  
وباعتبار أن مجلس الدولة يهتم بتقويم الاجتهاد القضائي لبلورة نظريات القانون الإداري  
منجها، فلم نجد ولا قرار قضائي تعرض فيه مجلس الدولة الجزائري إلى تعريف المنازعة  
الإدارية بل اتبع في أحكامه إلى تطبيق ما جاء به المشرع وذلك بتبني المعيار العضوي

<sup>1</sup>Auby et Drago, contentieux administratif, édition, 1975, tome 1, p30.

<sup>2</sup> أحمد محيوي، المنازعات الإدارية: ترجمة فايز أنحق وبيوض خالد، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص05.

<sup>3</sup> السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، ج1، عالم الكتاب، القاهرة، 1988، ص149.

<sup>4</sup> عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الإطار النظري للمنازعات الإدارية)، ج1، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص225.

<sup>5</sup> فقد عرفها الأستاذ عوايدي على أنها "هي حق الشخص والوسيلة القانونية في تحريك واستعمال سلطة القضاء المختص وفي نطاق مجموعة القواعد القانونية الشكلية والإجرائية  
والموضوعية المقررة للمطالبة بالإعتراف بحق أو للمطالبة بحماية حق أو مصلحة جوهرية نتيجة الإعتداء على هذا الحق أو هذه المصلحة بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة  
والضارة والمطالبة بإزالتها وإصلاح الأضرار الناجمة عنها"، عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، ط2، ج2، ديوان  
المطبوعات الجامعية، 2003، ص230.

كأصل عام في تحديد المنازعة الإدارية مع اعتماد المعيار المادي استثناءات، وهذاما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل لاحقاً.

### ثالثاً التعريف التشريعي للمنازعة الإدارية

من أجل التوصل إلى موقف المشرع الجزائري من تعريف المنازعة الإدارية فقد ارتأينا البحث عن ذلك في مختلف القوانين على اختلافها، فبالنسبة للدستور فقد أقر بإمكانية الطعن في قرارات السلطة الإدارية أمام القضاء وذلك بموجب نص المادة 168، كما اعترف بحق الدفاعي نص المادة 175 منه، ولكن لم يتعرض أبداً إلى مفهوم المنازعة الإدارية أوحت الإشارة إليها بالرغم من إقراره لاستحداث الهيئات القضائية الفاصلة في المنازعات الإدارية وهي مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، ومحكمة التنازع، وذلك بموجب المادة 179<sup>1</sup>.

لم يتعرض المشرع كذلك إلى مصطلح "المنازعة الإدارية"، في القانون 01/98 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة<sup>2</sup>، ولا في القانون 02/98 المتضمن اختصاص المحاكم الإدارية<sup>3</sup>. ولكن سجلنا تعرض المشرع لمصطلح "المنازعة" في المادتين 55،56 من القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>4</sup>، فقد اختتمت المادة 55 بعبارة ".... وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

كما جاء في المادة 56 أنه «تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة».

بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup>، فلم يأتي فيه كذلك تعريفاً للمنازعة الإدارية، بل ورد مصطلح "المنازعة" حين تطرق المشرع في المادة 1/800 إلى أن المحاكم الإدارية هي جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، كما جاءت في تعرض المشرع إلى "منازعات

1 أنظر في ذلك: المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتضمن إصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر، عدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

2 أنظر في ذلك: القانون 98-01، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30 ماي 1998، جريدة رسمية، عدد 37، المؤرخة في 1 يونيو 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج.ر، عدد 43، المؤرخة في 03 أوت 2011، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 18-02، المؤرخ في 04 مارس 2018، ج.ر، عدد 15، المؤرخة في 07 مارس 2018.

3 أنظر في ذلك: القانون 98-02، المتعلق بالمحاكم الإدارية، المؤرخ في 30 ماي 1998، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 1 يونيو 1998.

4 أنظر في ذلك: القانون 88-01، المتضمن للقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12 يناير 1988، ج.ر، عدد 02، المؤرخة في 13 يناير 1988، المعدل والمتمم

5 أنظر في ذلك: القانون العضوي 08/09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 05/02/2008، ج.ر، عدد 21، المؤرخة في 23/04/2008.

الموظفين وأعاون الدولة وغيرهم، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين»، كما جاء التعرض إلى مصطلح المنازعة في معرض الحديث عن الطرق البديلة لحل النزاعات في المادتين 994 و995 من نفس القانون.

يتضح لنا من خلال التعرض لمختلف القوانين أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للمنازعة الإدارية ولكنه اكتفى بتحديد المنازعة على أساس المعيار العضوي، وذلك لتحديد قواعد الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري، والقضاء العادي وعليه فإن المنازعة الإدارية تتحدد من خلال اعتراف المشرع للقضاء الإداري باختصاصه للفصل فيها.

### الفرع الثاني: المعيار العضوي

إن قواعد الاختصاص القضائي في فرنسا تتحدد عن طريق القضاء، ولكن الأمر مغاير في الجزائر حيث أن معيار تحديد الاختصاص القضائي تحددت بموجب التشريع<sup>1</sup>، ولعل الغاية من ذلك تكمن في عدم استقرار أحكام القضاء والتي تختلف من حيث الوقائع والأطراف والظروف مما يجعل وضع معيار جامع مانع من خلالها أمرا صعبا.

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية على أساس المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية، وهذه المواد حددت لنا الأشخاص العامة التي إذا ما كانت طرفا في العقد الإداري فإن منازعاتها تقوّل مباشرة إلى المحكمة الإدارية أي القضاء الإداري مما يعني التركيز على صفة الجهة الإدارية صاحبة النشاط دون الأخذ بعين الاعتبار موضوع النزاع ونورد الأشخاص العامة المعنية بالخضوع إلى القضاء الإداري لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقودها بشيء من التفصيل كمائلي:

### أولا- الدولة:

تعتبر الدولة من أهم الأشخاص المعنوية العامة وشخصيتها المعنوية هي أحد أركان وجودها فوجود الدولة معناه كيان قانوني يستأثر بالسلطات ولا يستخدمه إلا لصالح الشخص المعنوي العام وبغض النظر عن الاختلافات الفقهية حول حقيقة تمتع الدولة بالشخصية المعنوية، إلا أنها تظهر كسلطة واحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، كما أنها لا تستطيع أن تمارس

1 مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، ج2، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص09.

سلطانها إلا بواسطة أشخاص طبيعيين يعتبرون ممثلين لها ويتصرفون باسمها ولصالحها<sup>1</sup>، إذا فالمعنى المراد من الدولة كشخص من أشخاص القانون الإداري يختلف عن معناها المعتاد في القانون الدستوري؛ والذي يفهم منه أنها شعب وسلطة وإقليم، بل نقصد منه المعنى الضيق للدولة يعني كل نشاط ذا طابع إداري تقوم به كل المؤسسات العمومية ذات الطابع المركزي؛ أي الموجودة على مستوى العاصمة، وما ينطوي تحتها من وزارات، ومصالح خارجية غير ممرضة تابعة لها، كذلك رئاسة الجمهورية، والأمانة العامة للحكومة و بعض الأجهزة الاستشارية ذات الطابع المركزي<sup>2</sup>، وذكرت أيضا الدولة كشخص من الأشخاص العامة التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية في إبرام تعاقداتها<sup>3</sup>.

### ثانيا-الولاية:

لقد اعتمد المشرع الجزائري على الولاية كأساس لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية، من هنا وجب التطرق الى مفهوم الولاية قصد تحديد العناصر التي تختص بالتكوين الإداري الداخلي للهيئات الاقليمية حتى تكون بمثابة الدليل في توجه المشرع نحو اعتماد الولاية كمعيار عضوي لتحديد اختصاص المحاكم الادارية.

فالولاية هي الجماعة الاقليمية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممرضة للدولة وتحدث بموجب قانون<sup>4</sup>.

إن المقصود بالولاية وفقا لما تقتضيه المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، هو ذلك المعنوي المحلي واللامركزي يعنى مقاطعة إدارية للدولة

سواء تعلقا لأمر بهيئة المداولة (المجلس الشعبي الولائي)، والهيئة التنفيذية (الوالي).

**أ-هيئة المداولة أساس لاختصاص القضاء الإداري:** إن المجلس الشعبي الولائي هو جهاز مداولة على مستوى الولاية ويعتبر الأسلوب الأنجع في القيادة التشاركية والذي من خلاله يمارس مواطنو الإقليم، سلطتهم في تسييره والسهر على شؤنه ورعاية مصالحه<sup>5</sup>.

1 محمد عبد العال السناري، مبادئ ونظريات القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، د.د.ن، 2005، ص106.

2 ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر، 2014، ص25.

3 أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنكور سالفاً.

4 انظر المادة الاولى، من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، الصادر في 21 فيفري 2012، ج.ر، عدد 12، المؤرخة في 29 فيفري 2012.

5 عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص232.

يتشكل المجلس الشعبي الولائي من مجموعة من الأشخاص، الذين يتم اختيارهم من طرف سكان الولاية يعني هو هيئة منتخبة بحتة وذلك وفقا لما تقتضيه العملية الانتخابية من إجراءات وشروط والمنصوص عليها في قانون الانتخابات، وقانون الولاية<sup>1</sup>، يمارس المجلس الشعبي الولائي مهامه عن طريق المداولات، وذلك في الشؤون التي تدخل في مجال اختصاصه، وقد بين قانون الولاية 07/12 الاختصاصات المنوطة بالمجلس وذكرها في المادة 77 منه، وبالنسبة لما يهمننا في دراسة الهيئة المداولة هو الاختصاص القضائي للمحكمة الإدارية فالبرقوع الى المادة 02/54 تنص على أنه ".....إذا تبين للوالي أن مداولة ما غير مطابقة للقوانين والتنظيمات طبقا للمادة 53 أعلاه فإنه يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة إقليميا في أجل الواحد وعشرون (21) يوما التي تلي اتخاذ المداولة لإقرار بطلانها"

من خلال نص المادة المذكور أعلاه فإن الوالي هو المختص بتمثيل الولاية أمام القضاء فيما يخص بالطعن في قرارة المجلس الشعبي الولائي الغير مشروعة. إضافة الى هذه المادة يطعن الوالي في مداولات المجلس الشعبي الولائي المخالفة لنص المادة 56 من قانون الولاية والتي تتعلق بتعارض مصالح المجلس الشعبي الولائي أو أحد اعضاءه مع مصالح الولاية. ب-هيئة التنفيذ أساس لاختصاص القضاء الإداري: يقصد بهيئة التنفيذ على مستوى الولاية الوالي، والذي يعينه رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي وفقا لنص المادة 10/92 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

ويتمتع الوالي بوضعية قانونية مزدوجة، فنجده يمثل الولاية في مجالات ويمثل كذلك الدولة في مجالات أخرى حددت وأوكلت له بموجب نصوص قانونية، والتي لم تحدد فقط بموجب قانون الولاية بل هناك قانون البلدية وقوانين كثيرة تعد مصدرا لصلاحيات الوالي<sup>2</sup>، فسواء تعلق الأمر بصلاحيات الوالي كمثل للولاية أو كمثل للدولة فإنه في الحالتين هو من يمثل الدولة أمام القضاء أي أمام المحكمة الإدارية ومجلس الدولة. فترفع الدعوى في الحالة

<sup>1</sup>تطرق المشرع الى انتخاب اعضاء المجالس الشعبية الولائية في القسم الثالث وتحديدا المواد 82 و 83 من القانون العضوي 10/16، المتضمن قانون الانتخابات، الصادر في 25 أوت

2016، جريدة رسمية عدد 50، ص 20.

<sup>2</sup> تحددت صلاحيات الوالي بموجب قانون الولاية السالف الذكر في المواد من 102 إلى 123 منه.

الأولى ضد الولاية ممثلة في شخصية الوالي وترفع في الحالة الثانية ضد الدولة ممثلة في شخصية الوالي.

لكن كان يجدر بالمشرع أن يمنح تمثيل الولاية أمام القضاء لرئيس المجلس الشعبي الولائي باعتباره هيئة منتخبة، وباعتباره هو من يتزأس الدورات التي تصدر من خلالها المداورات، ويترك تمثيل الدولة على مستوى الولاية للوالي و في هذا الموضوع يجدر التطرق الى المصالح التابعة للولاية، وهي التقسيمات الأدنى للولاية وتكلم بالتالي عن الدائرة وهي هيئة تتبع الولاية إداريا، ولا تتمتع بالشخصية المعنوية بالتالي فالطعون الصادرة ضد رئيس الدائرة، تكون ضد الوالي لأن المادة 106 من قانون الولاية تنص على أن الوالي هو ممثل الولاية أمام القضاء بالتالي تختص به المحاكم الإدارية لكون الولاية طرفا في النزاع، وهذا ما أكدته كذلك القرار الصادر عن مجلس الدولة في 28/02/2000<sup>1</sup> في قضية شعبان أحسن ضد والي ولاية تيزي وزوو، حيث علق عليه الأستاذ لحسن بن الشيخ آث ملويا على هذا القرار قائلا "وكالعادة فإن مجلس الدولة صرح بأن قرار رئيس الدائرة مشوب بتجاوز السلطة، دون تحديد منه للعيب المتصل بذلك القرار وهو عيب عدم الاختصاص الموضوعي"<sup>2</sup>.

ناهيك عن الدائرة فيندرج ضمن مصالح الولاية، المرافق العامة على مستوى الولاية المسيرة عن طريق الاستغلال الحكومي الذي يأخذ شكل استغلال مباشر لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية وذلك طبقا لنص المادة 142 من قانون الولاية، وقد أكدت المادة 144 على عدم استقلالية هذه المصالح حين أكدت أن إيرادات الاستغلال المباشر ونفقاته تسجل بميزانية الولاية.

وكذلك طبقا لنص المادة 146 "يمكن المجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية"<sup>3</sup>، وهاته المؤسسات تختلف طبيعتها حسب الهدف المرجو منها، فقد تضىف عليها الصبغة الإدارية أو

1 مجلة مجلس الدولة، العدد 03، جانفي، 2003، ص 172، 171، نقلا عن لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنقفي في قضاء مجلس الدولة، ج1، ط1، دار

هومة، الجزائر، 2003، ص 321، 324.

2 (نفس المرجع، ص 356).

3 أنظر المواد 146، 143، 142 من القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية، السالف الذكر، ص 22.

قد تكون مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري<sup>1</sup>، وهنا وجب الإشارة مهمة جدا فإنه إذا كانت هاته المؤسسات من النوع الأول فيؤول الاختصاص في فض منازعاتها الى المحكمة الإدارية، وأما إذا كانت ذات طابع صناعي وتجاري، فأنها تخرج من دائرة اختصاص القضاء الإداري وهذا وفقا لما نصت عليه المواد 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما بالنسبة للمصالح الخارجية للوزارات أو المديرية التنفيذية الموجودة على مستوى الولاية أثارت نزاعاتها إشكالات كبيرة في قانون الإجراءات المدنية - الملغى - حيث كان الإشكال يدور حول الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعاتها فهناك من رأى أنها تدخل في دائرة اختصاص مجلس الدولة لاعتبارها مصالح تابعة للوزارات وغير مستقلة عنها وهناك من ارتأى اخضاع منازعاتها للغرف الإدارية كون هذه المصالح تعمل تحت سلطة الوالي<sup>2</sup>، واستمر هذا الخلاف بالرغم من تعديل سنة 1990، الى أن جاء القانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أضاف المصالح الخارجية للوزارة الى اختصاصات المحاكم الإدارية، لكن مع ذلك نكون أمام اشكال آخر وهو من هو ممثل هذه المديرية أمام القضاء؟ لان المشرع الجزائري في المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد الاشخاص المؤهلين قانونا لتمثيل الهيئات العمومية ولم يذكر المصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية. إن المشرع الجزائري لم يمنح بعض المديرية التنفيذية الشخصية المعنوية وبالتالي أهلية التقاضي مما يؤدي الى رفض الطعون الموجهة ضدها أمام القضاء من ذلك نورد مثال القرار الصادر عن الغرفة الثانية رقم 182149، المؤرخ في 14-02-2000، ويتعلق الأمر بمديرية الاشغال العمومية، حيث أقر مجلس الدولة أن المديرية هي تقسيم إداري متخصص داخل الولاية<sup>3</sup>، كما أكد ذلك في القرار الصادر بتاريخ 21-03-2003 والمتعلق بمديرية الفلاحة، حيث صرح أن المديرية المذكورة تابعة لسلطة الوالي

1 المادة 147، نفس القانون.

2- حدة زعموم، المصالح غير المركزية للدولة صفة التقاضي والتمثيل أمام القضاء، "المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، العدد الأول، جامعة سطيف، 2017، ص 10.

3 مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ص 107، نقلا عن عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الإطار النظري للمنازعات الإدارية)، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 240.

وبالتالي يتفق على أهلية التقاضي طبقاً لنص المادة 459 من قانوننا لإجراء اتالمدنية. ورفضالدعوى بسوء التوجيه<sup>1</sup>.

غير أنه وإن كانت المصالح غير المركزية للوزارات على مستوى الولاية، لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا يمكنها رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية ولا يمكن مقاضاتها امام نفس الجهات، فإن القانون قد خول لبعض المصالح غير المركزية الأخرى بعض صفات الشخصية المعنوية ومنها أهلية التقاضي، وذلك بإقرار ذلك بموجب مراسيم تنفيذية نذكر من ذلك ما جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 98-143 " يمثل إدارة البريد والمواصلات أمام العدالة موظفوها المؤهلون قانوناً لهذا الغرض"<sup>2</sup>، وقد أكد ذات المرسوم في المادة الثانية منه أن الممثل القانوني يكون محل مدعي أو مدعى عليه في تمثيله لمديرية البريد والمواصلات أمام القضاء.

بالتالي فإن المشرع الجزائري قد حل مشكلة التمثيل القضائي للمديريات التنفيذية التي صدر بحقها قانون يوضح ذلك وقد ذهب مجلس الدولة في ذات الاتجاه بقبوله القضايا الموجهة إليه وذلك في القرار الصادر في القضايا المتعلقة بمديرية الضرائب والذي جاء في منطوقه «حيث أن صفة التقاضي متوفرة في المدير الولائي للضرائب كما هو مقرر بالمواد 81،82 و من قانون الإجراءات الجبائية»<sup>3</sup>.

### ثالثاً البلدية

البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب قانون<sup>4</sup>. وهذا المفهوم هو ما جاء في المادة الأولى من قانون البلدية بالنسبة لمفهوما

كأساساً لاختصاص القضاء الإداري، تتمثل في جهاز المداولة وجهاز التنفيذ، بالإضافة إلى إدارة البلدية.

### 1- جهاز المداولة:

1 نفس المرجع، ص 240.

2 - المادة الأولى، من المرسوم التنفيذي 98-143، المؤرخ في 10-ماي-1998، المتضمن تأهيل الموظفين لتمثيل إدارة البريد والمواصلات أمام العدالة، ج.ر، عدد 29، ص 13.

3 قرار مجلس الدولة رقم 051895 متجلة مجلس الدولة، عدد 10، سنة 2012، ص 89.

4 المادة الأولى، القانون 10-11، المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 22-07-2011، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 30-07-2011.

يقصد بجهاز المداولة المجلس الشعبي البلدي وما يدخل في نطاقه من لجان دائمة ومؤقته، فالقرارات الصادرة عن هذا الجهاز تكون محل طعن أمام المحاكم الإدارية وذلك وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، وهذا ما كرسه القضاء الاداري في عدة قرارات الصادرة في قضايا تكون هيئة المداولة للبلدية، طرفا فيها، فقد قضى مجلس الدولة في القرار رقم 8105، الصادر في 24-06-2004 و جاء في منطوقه «وأنها يقرر ابطال مداولة بلدية نقاوس رقم 96-25 الصادرة في 30-03-1996 لم يقر الوالي الا بتطبيق القانونية انه يتعين بالنتيجة رفض معارضة السيد زم لعدم تأسيسها حيث انه من جهة اخرى وفيما يتعلق بحقوق المدعي فان القرار المطعون فيه اكد على ان هذه الحقوق محمية وان الادارة المعنية ملزمة بتسوية وضعيته في اطار التشريع المعمول بهلا والضمان له تعويض عينيا او نقديا"<sup>1</sup>

ب- جهاز التنفيذ:

يقصد بها حسب المادة 13 من قانون البلدية رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يتمتع بسلطة اتخاذ القرارات سواءا باعتباره ممثلا للبلدية أو ممثلا للدولة وهذه الاختصاصات ورد ذكرها في المواد من 62 الى 99 من قانون البلدية فالدعوى الادارية ترفع ضد البلدية ممثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ج- المصالح الادارية التابعة للبلدية:

وتتكون هاته المصالح من الأمين العام للبلدية وهو المتكفل بالجانب الاداري والتقني داخلها، بالإضافة الى المصالح البلدية كمصلحة المستخدمين ومصلحة الحالة المدنية والانتخابات ومصلحة الاحصاء والخدمة الوطنية والمالية وغيرها.

رابعا: المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية:

"المؤسسات العمومية وهي أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية تنشأها الدولة لإدارة مرافق عامة متخصصة فتمنحها استقلالا محدودا وذمة مالية مستقلة ويكون لها حق

1 ار رقم 8105، مجلة مجلس الدولة، 2002، عدد 2، ص 137، نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج 4، ط 2، منشورات

كليك، الجزائر، 2018، ص 1402.

التقاضي"<sup>1</sup> إن منح هاته المؤسسات الادارية استقلالاً مالياً وادارية نابع من رغبة الدولة الى انشاء ادارة فعالة لأشراك القائمين على هذه الادارة في التسيير.

يجدر التمييز بين المؤسسات ذات الطابع الاداري وبين المؤسسات الاخرى، فحسب المعيار القانوني يدرج ذلك في نص المادة الاولى من القانون او المرسوم المنشئ لتلك المؤسسة. أو قد نميز بينها من خلال تحديد طبيعة النشاط فإذا كان يهدف الى تحقيق النفع العام، فهي مؤسسة أداريه، أما إذا كان هدفها ربحي فهي مؤسسة تجارية او صناعية كذلك اذا كانت الدولة هي مصدر ميزانيتها فان المؤسسة إدارية وأخيراً إذا كانت هذه المؤسسات تخضع لقواعد المحاسبة<sup>2</sup>. كذلك يجب الإشارة الى أنه هناك مؤسسات عمومية ذات طابع إداري محلي أو إقليمي، يكون مقرها على مستوى الولايات ويكون نشاطها محصوراً محلياً تكون منازعاتها أمام المحاكم الادارية كجهة ابتدائية قابله للاستئناف أمام مجلس الدولة، وقد تناول قانون الولاية المؤسسات التي ينشئها، في المواد 142، 143 و 146 من القانون 07/12 المتضمن قانون ينشئها الى المؤسسات المحلة فهناك مؤسسات تنشأ بقرار من السلطة المركزية مثال على ذلك المستشفيات، الدواوين الوطنية والمجالس الوطنية المتخصصة. لكننا يثار حول المؤسسات العمومية الادارية الوطنية هو ماهي الجهة صاحبة الاختصاص في البت في منازعاتها هل هي المحاكم الادارية أو مجلس الدولة؟ ولكن نص المادة 901 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لا تشير الى المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري الوطني بالتالي هل نعتبرها من الهيئات العمومية الوطنية أم يختص بها مجلس الدولة اعتماداً على مبدأ من يملك الكل يملك الجزء فهو يختص بكل ما هو صادر عن السلطات المركزية.

من قرارات مجلس الدولة في خصوص منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري القرار رقم 4786 الذي جاء في منطوقه "...لكن حيث أن المستأنفة بصفقتها مؤسسة عمومية أصبحت معفاة من دفع الرسم القضائي المنصوص عليه بموجب المادة 241 من ق.م المعدلة بقانون المالية لسنة 1999 فإنه لا يوجد أي نص قانوني يعفيها من وجوب

1 قرار رقم 8105، مجلة مجلس الدولة، 2002، عدد 2، ص 137، نقلاً عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج 4، ط 2، منشورات

كليك، الجزائر، 2018، ص 1402.

2 عادل بوعمران، دروس في المنازعات الادارية دراسة تحليلية نقدية وفقهية، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 76.

تمثيلها أمام مجلس الدولة بواسطة محامي .....حيث أن المستأنفة تعتبر مع وتخضع للقانون الإداري فإن هذا الطابع لا يمنحها صفة الدولة بمفهوم القانون<sup>1</sup>

إن مجلس الدولة في هذه القضية قبل الدعوى موضوعا لأنه اعتبر أن المديرية الولائية للبريد والمواصلات بقسنطينة مؤسسة عمومية محلية، ذات طابع اداري، لكنه رفضها شكلا وذلك لان المستأنفة (المؤسسة العمومية) لم توكل محاميا يمثلها وأن المبدأ ان الدولة فقط معفاة من تأسيس محام لتمثيلها أمام القضاء في جميع مراحل الخصومة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: المعيار المادي

إن تتبني المشرع الجزائري للمعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للمنازعات الادارية، سواء كانت متعلقة بالقرارات او بالعقود لم يؤدي نتائج ايجابية بصفة كبيرة بالرغم من سهولته ووضوحه بل ادى الى تعقيدات وصعوبات في كثير من الاحيان ادى الى تزايد تنازع الاختصاص السلبي خاصة في مجال العقود الادارية واشكالات المعيار العضوي بين المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والمعيار المعتمد في قانون الصفقات العمومية، يتميز تبني المشرع الجزائري للمعيار العضوي في قوانين الصفقات العمومية وتعديلاتها المتعاقبة بالصراع والتضارب في تصنيفاتها، ابتداءك من القانون 67-90، والذي تأثر فيه المشرع بالمشرع الفرنسي في مفهومه الكلاسيكي للإدارة، ومماثله بعدها من قوانين<sup>3</sup> وصولا إلى القانون المعمول به حاليا وهو المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

### الفرع الأول: إشكالات تبني المعيار المادي

رجوعا إلى المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، وبناءات على اعتماد أن عقد الصفة العمومية هو من العقود وبناءات نظرا على ما تضمنته من شروط وهو إلزامية

1 سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ج4، مرجع سابق، ص

2 بودوح ماجدة شهيناز، قواعد اختصاص القضاء الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة بجامعة محمد خيضر -بسكرة-، العدد السادس، 2009، ص245.

3 إن دراسة القوانين المتعاقبة للصفقات العمومية يسمح بالتعرض للأشخاص التي يمكن لها إبرام عقود وفقا لتشريع الصفقات العمومية، وبالتالي اعتبارها عقودا ادارية تدخل في نطاق رقابة القضاء الاداري، لان كل عقود الصفقات العمومية هي عقود ادارية، لكن ليست كل العقود الادارية صفقات عمومية ولمزيد من التفاصيل فيما يخص التطور التاريخي لل معيار العضوي في القوانين المتعاقبة للصفقات العمومية أنظر في ذلك: قذوح حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق يوسف بن خدة، الجزائر، ص 15 وما بعدها.

وجود شخص من أشخاص القانون العام كطرف في العلاقة التعاقدية لاعتبارها صفة عمومية إلا أن هذا المبدأ يصادف إشكالية كبيرة في تطبيقه وذلك عند مقارنته بمجال الصفقات العمومية المحددة في المادة السادسة من المرسوم المنظم لهاته الاخيرة بالنسبة للجزء الاخر من الاطراف نلاحظ أن المشرع ادخل مرة أخرى مؤسسات عمومية تختلف طبيعتها عن المؤسسات العمومية الادارية، وتحدث هنا عن عقود المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكمه النشاط التجاري .

مما يدفعنا على التساؤل حول المعيار الذي يمكن أن نعتمده لتحديد اختصاص القضاء الإداري في منازعات المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي؟

إن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تتميز بالازدواجية، وذلك لأنها تعتبر من جهة تاجرة في تعاقداتها مع الغير بالتالي تخضع لمبادئ القانون التجاري والذي يعتبر نوعاً من أنواع القانون الخاص، بالتالي تخضع في منازعاتها للقضاء العاديون جهة أخرى نجد بأنها تدخل في مجال الصفقات العمومية مما يترتب عن ذلك خضوعها للقانون العام واختصاص القضاء الإداري بمنازعاتها وسنقوم بتوضيح هاته النقاط كمالي:

**أولاً: اعتبار عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عقوداً تجارية:**

تعتبر عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، من عقود القانون الخاص وذلك لطبيعتها التي تختلف تماماً عن طبيعة العقود الخاص، بالتالي عقود ذات طابع ربحي تجعل المتاجرة أسمى أهدافها وهي معرضة للإفلاس وأموالها قابلة للحجز . كما أن قراراتها لا تصنف كقرارات إدارية، ولا العاملين فيها يحملون صفة الموظف العمومي<sup>1</sup> بالتالي لا يخضعون للقانون الأساسي للوظيفة العامة 03/06 وهذه الصفقات لا تتشابه أبداً مع اشخاص القانون العام الاخرى المذكورة في المادة 800، من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تستعمل في نشاطها أموالاً عمومية تحقيقاً للمصلحة العمومية وهي أهم أولوياتها.

1 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج1، ط5، جيسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 106 وما بعدها.

إن الدولة الجزائرية في نهاية الثمانينات ولأسباب مالية وهيكلية تتعلق بالتخصص وتبنيها مبدأ المتاجرة والعمومية على حد سواء، كرس ذلك بإصدارها القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 88-01، والتي اعتبرت فيها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مؤسسات اقتصادية بالتالي اخرجها من تنظيم الصفقات العمومية وذلك في المادة 59 منه، وذلك بعد أن كانت هذه المؤسسات خاضعة ولو جزئيا للأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المعدل والمتمم بالأمر 67-09 وخاضعة كلياً للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982. ان المراسيم التنظيمية الصادرة منذ 1988 اثرت على الطبيعة القانونية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بحسب اختلاف رؤية المشرع<sup>1</sup>.

إن خصائص العقود التجارية التي تتميز بالسرعة والائتمان والبساطة في الاجراءات، هي السبب من اخضاعها الى القانون التجاري والذي يختلف عن تنظيم الصفقات العمومية المعقد الاجراءات والمشدد الرقابة المركزية والوصاية - وذلك طبعاً بالنظر لأنه يحمي اموال عمومية ضخمة-، ضف الى ذلك أن القانون التجاري لا يقوم على تخطيط اقتصادي، تسير بموجبه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، بل يعتمد القانون التجاري المنافسة الحرة والحرية الاقتصادية. مما ستلزم خضوعها لقواعد القانون الخاص و مبادئ العقد والالتزام المذكورة في القانون المدني.

إذا وباعتبار أن المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي أو التجاري هي مؤسسات تختلف عن المؤسسات العمومية الادارية، هذا يعني أنها تدخل في منازعات عقودها لاختصاص القاضي العادي وبالرجوع إلى موقف القضاء الإداري في هذا المجال نجد أن مجلس الدولة في عدة مناسبات قد رفض الفصل في منازعات العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناع والتجاري نورد من ذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ 05/11/2002 في قضية (د.س) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق وقد

1- عرف تنظيم الصفقات العمومية منذ صدور القانون 88-01 تنديداً كبيراً فيما يخص المفهوم الاقتصادي للصفقة العمومية مما اثر سلباً على المعيار العضوي في تحديد اطراف العلاقة التعاقدية ومدى دخولها في مجال الصفقات العمومية، وقد صدرت عدة مراسيم للصفقات العمومية تميزت بعدم الثبات فتارة تدخل في نطاقها عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية وتارة أخرى لا تعتبرها كذلك لاكثر تفاصيل في تلك التغيرات أنظر: "بشير فطحية تيجاني، لبيدي لزهرة، التوجهات الحديثة لمنازعات الصفقات العمومية نحو ضمان الأمن القضائي"، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الثامن، التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في ارساء دولة القانون، جامعة الوادي، 06 و07 مارس 2018، ص 508، 507 وما بعدها.

حكم القاضي في هذا القرار بعدم اختصاصه في منازعات العقود التي تبرمها المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وذلك استنادا إلى نص المادة 59 من القانون التوجيهي 88-01 والتي تنص على أن عقود هذه المؤسسات تخضع للقانون التجاري<sup>1</sup>.

قرار مجلس الدولة بتاريخ 1996/05/5 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد الشركة الجزائرية للأشغال والبناء، حيث أقر مجلس الدولة بعدم اختصاصه للفصل في العقد المبرم بينهما واعتبره عقدا مدنيا واستند في ذلك على المادة الثانية من المرسوم 434/91 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وكذلك المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية - الملغى<sup>2</sup>.

انطلاقا من ذلك يمكننا القول بأن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي ليست ذات صبغة إدارية، بالتالي لا تبرم عقودا وفق تنظيم الصفقات العمومية وهذا يقودنا إلى حتمية عدم قبول مجلس الدولة البت والفصل في منازعات عقودها. لأن هيئات القضاء الإداري لا يمكنها قبول مثل هذه القضايا لعدم توفر المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من ق.م وهذا المعنى يتفق مع المادة 02/163 من الدستور التي نصت على أن "... القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون" وبالتالي لا يمكن لقاضي المحكمة الإدارية ولا مجلس الدولة أن يخالف قواعد الاختصاص القضائي التي هي من النظام العام<sup>3</sup>.

، لكن هذا الاستنتاج وموقف مجلس الدولة يجعلنا نتصادم مع الاستثناءات الواردة على خضوع عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تتميز عقودها بالطبيعة المزدوجة حيث أنها تدخل في اختصاص القضاء الإداري استثناءات.

**ثانيا: اعتبار عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عقودا إدارية:**

ان تمديد تنظيم الصفقات العمومية ليحكم عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، بالمادة 6 من المرسوم 15-247 ليس أمرا جديدا، لان المادة الثانية من المرسوم 02-250 المعدل والمتمم سنة 2008، سبق لها وأن تبنت هذا الامر بأن أخضعت

1-قرار مجلس الدولة رقم 459، الصادر في 05/11/2002، (ز.ش) /ضد المدير العام للتسيير السياحي للشرق-قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، عدد 2003، ص 109.

2 نفس المرجع، ص 147.

3يتضح ذلك من خلال المادة 807 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أن "الإختصاص النوعي والإختصاص الإقليمي للمحاكم

الإدارية من النظام..يجوز إثارة الدفع بعدم الإختصاص من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى..يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي".

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية لكن بشرط أن تكون العملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة.

إن اعتراف تنظيم الصفقات العمومية لهذه المؤسسات بالتعاقد وفقاً لمبادئه، يبين خروج المشرع الجزائري عن المعيار الأساسي في تحديد الاختصاص القضائي للدولة. وجود شخص من أشخاص القانون العام طرف في العلاقة التعاقدية ويحيلنا إلى معيار آخر وهو الموضوعي والذي يبحث في موضوع النشاط بغض النظر عن الهيئات المتعاقدة.

إن الغرض من ذلك يكمن في سعي المشرع للحفاظ على المال العام خاصة أن الأمر يتعلق بالخزينة العمومية تزامناً مع الإلزام الاقتصادية التي تمر بها البلاد جراء الهبوط المتواصل في مداخل الدولة، بالتالي الإلزام بها ترشيد نفقاتها بكل الطرق من ذلك إلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بتعاقداتها مع الإدارات المركزية والولاية والبلدية، والتي تمول المشروع جزئياً أو كلياً بخضوعها لقانون الصفقات العمومية وبالتالي خضوع منازعاتها للقضاء الإداري<sup>1</sup>.

كما أن حرص الدولة على الحفاظ على أموالها لم يتوقف عند هذا الحد بل تعدى ذلك إلى ضرورة

إخضاع المؤسسات المذكورة أعلاه للقانون الصفقات العمومية حتى تمنع انتفاء شرط التمويل الجزئي والكلي من اختصاص القانون العام<sup>2</sup>.

إن خضوع منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في اختصاص القضاء والبلدية، والتي من الأشخاص والمؤسسات العامة، يعد مساساً بالمعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800، من قانون الإجراءات المدنية والبلدية، والتي قبلها ما ورد في قانون الإجراءات المدنية الملغى تحديداً في صلب المادة السابعة منه لكون عدم الاعتماد على المعيار العضوي لعدم وجود الأشخاص العامة طرفاً في العقد، هذا يؤدي بالقاضي إلى الانتقال إلى موضوع النشاط لتحديد طبيعتها وهذا ما كان من المشرع الجزائري من خلال

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج 1، ط 5، مرجع سابق، ص 110.

2 ذلك بموجب نص المادة الثامنة منه والتي جاءت بالعبارات التالية: "تعيين على المؤسسات المنصوص عليها في المذكرة الأخيرة من المادة 6 أعلاه، عندما تنجز عملية غير ممولة

كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو الجماعات الإقليمية، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة

وتعيين على سلطة الوصاية لهذه المؤسسات العمومية أن تضع جهازاً لمراقبة صفقاتها، وتوافق عليه طبقاً لأحكام المادة 159 من هذا المرسوم".

مضمون المادتين 55 و56 من القانون التوجيهي 88-01 المؤرخ في 10-01-1988 والتي جاءت ما كان تكون المؤسسات الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أوجز من الاملاك العامة الاصطناعية وذلك في اطار المهمة المنوطة بها يضمن تسيير الاملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الاملاك العامة... وفي هذا الاطار يتم التسيير طبقا لعقد اداري للامتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الاملاك العامة من طبيعة ادارية"

كما نصت المادة 56 منه على "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها تشخيصات واجازات وعقود ادارية اخرى، فان كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة<sup>1</sup>

ينبغي علينا الإشارة بأن المشرع قد ألغى جزءا من المواد المنظمة للقانون التوجيهي 88-01 المذكور أعلاه، بموجب أمر رقم 95-25، لكن الإلغاء لم يمس البابين الثالث والرابع وهذا الأخير تقع فيه المادتان 56 و55 وهذا تمسك واضح من المشرع الجزائري بضرورة الاعتراف بالصيغة الإدارية لعقود المؤسسات الاعتراف ربط ذلك بعدة شروط نلاحظ ذلك ابتداءك بتحليل نص المادة 55 من القانون 88-01 هي ان يكون التسيير منصبا على المباني العامة التابعة للإملاك العامة، وأن يكون أسلوب التسيير بعقد الامتياز وهذا الأخير يعد من أهم العقود الإدارية، وهو أن يعهد شخص عام لشخص من الخواص لتسيير مرفق اقتصادي لحسابه تحت اشراف الشخص العامة وذلك لمدة معينة. إذا فمن الطبيعي أن إذا كانت عقود المؤسسات الاقتصادية بأسلوب الامتياز أن تدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري.

بالنسبة للمادة 56 فهي تشير إلى أن المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية تخضع للقانون الإداري وبالتالي يعهد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية.

<sup>1</sup> - القانون 88-01 المتضمن للقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، السالف الذكر.

إن عبارة "صلاحيات السلطة العامة" توحى بأن المعيار الذي اتبعه المشرع الجزائري في هذه الحالة هو معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال التسيير فإن المؤسسة هنا تظهر كسلطة عامة وليس كتاجر، كذلك عبارة "باسم الدولة ولحسابها تشخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى"<sup>1</sup>. إن القاضي الإداري في هذه الحالة يطبق قواعد الاختصاص الموضوعي، ليتمكن من معرفة القاعدة الواجبة التطبيق كذلك فإن دخول عقود المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري في حيز اختصاص القضاء الإداري تعطيها امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها. فإن المؤسسات الاقتصادية في هذه الحالة أي حين اكتساب عقودها للصفة الإدارية هذا يجعلها في موقف يتنافى مع قاعدة تساوي إرادة الأطراف في القانون التجاري<sup>2</sup>، من خلال تحليل المادتين 55 و56 من القانون 88-01 وكذلك من خلال تنظيمات الصفقات العمومية المتعاقبة إلى غاية المرسوم الحالي 247/15 وتحديد المادة السادسة منه يمكن استنباط معياران قد اعتمدهما المشرع الجزائري لإدخال المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، في مجال اختصاص القضاء الإداري:

أ-1- معيار الوكالة: وهذا المعيار تجلى في عبارات المواد السابقة حيث اقترن بشرطين

-تكليف المؤسسة بإنجاز مشاريع عمومية وبمساهمة كلية أو جزئية بصفة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية.

-أن تتميز هذه المؤسسة في العقد بالسلطة العامة.

إن المشرع الجزائري سار في نفس نهج القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتمد على معيار الوكالة في العقود العقود التي تبرمها مؤسسات لا تتمتع بالصفة الإدارية، وتحديد قرار محكمة النزاع بصدد حكمها في قضية شركة القطاع المختلط مع منشأة خاصة، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن هذه الشركة أبرمت عقدا مع منشأة خاصة للقيام بتسوية وتمهيد لقرئتي ماسي وأنتوني والقيام بالأشغال اللازمة واعتبرت المحكمة بأن العقد إداري استنادا إلى أن شركة القطاع المختلط، أبرمت العقد باسم ولحساب القرئتين المذكورتين<sup>3</sup>.

1 لتراخيص والإجازات هي قرارات إدارية، لذلك فإن لفظ أخرى غير موفق لغويا إلا إذا كان المقصود منه عقود إدارية أخرى غير تلك التي نصت عليها المادة 59 من القانون 88-01.

2 -فدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه، قنون عام، جامعة الجزائر، 2010، ص 47.

3-رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017، ص 201.

وهو الرأي الذي انتهجه الأستاذ رشيد خلوفي<sup>1</sup> مبررا ذلك بعبارة "باسم الدولة" الواردة في المادة 56 من القانون 88-01 السالف الذكر.

1-2-المعيار المالي أو معيار الأموال العامة: وهذا المعيار مستشف من العبارة التي تؤكد على أن المشروع يكون ممولا جزئيا أو كليا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. يتضح جليا من هذه العبارة أنه بالرغم من عدو وجود الدولة أو أحد هيئاتها كطرف مباشر في التعاقد، إلا أنها تظهر من خلال أموالها التي تضخ في إنجاز محل العقد، وقد تكون مساهمتها في تنفيذ العقد بصفة كلية أو جزء فقط من التكاليف، بالتالي فيصبح هذا العقد يحمل الصفة الإدارية ويدخل في اختصاص القضاء الإداري اعتمادا على المعيار المالي<sup>2</sup>.

### الفرع ثاني: تطبيقات قضائية للمعيار المادي:

سار القضاء الإداري الجزائري على نفس المعالم التي حددها له المشرع الجزائري فيما يخص معايير اختصاص القضاء الإداري نور من ذلك القرارات التالية:

إن أول بوادر تبني القضاء الإداري للمعيار المادي في تحديد قواعد الاختصاص بين هيئات القضاء بدأت في قرار المجلس الأعلى الصادر في 1976/02/03 قضية "سباك" ضد الديوان الوطني للحبوب والتي تتلخص وقائعها في أن مدير شركة سباك والتي هي مؤسسة ذات طابع تجاري منشورا تحت رقم 20650 قرر فيه تطبيقا للأهداف المسطرة في إطار معركة الإنتاج تحرير نسب انتاج السميد الإنتاج تحرير أن المدير المذكور قام بإضافة قواعد جديدة للقانون الساري المفعول وهو ما جعل المجلس الأعلى يعتبر هذا المنشور قرارا تنظيميا وهو ما يجعل الطعن فيه مباشر بواسطة دعوى أمام الغرفة الإدارية للمجلس<sup>3</sup> وهو ما يبرز اعتماد المعيار المادي المتمثل في تحقيق الصالح العام من خلال تحقيق معركة الإنتاج في الرحلة الاشتراكية أنداك.

بالرغم من أن أغلبية الأثرء ذهبت إلى اعتبار هذا القرار هو البوابة التي فتحت المجال للأخذ بالمعيار المادي، إلا أن هناك من خالفهم الرأي ولم يعتبران القضية المذكورة تحتوي

1رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص288.

2 بودوح ماجدة شهيناز، قواعد اختصاص القضاء الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة،

جامعة محمد خيضر - بسكرة -، العدد الرابع، أفريل 2009، ص242.

3 - عامرة حسان، المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017، ص197.

على المعيار المادي أصلا وتم تبرير وجهة نظرهم في ذلك بأن المجلس الأعلى لم يصرح بأن القضاء الإداري هو الفاصل في النزاع بل اكتفى ببيان الهدف من إصدار المنشور وهو تحقيق معركة الإنتاج. ضف إلى ذلك أن الديوان الجزائري للحبوب ومؤسسة عمومية ذات طابع إداري إذا فالمعيار العضوي أصلا محقق في هذه الحالة ولا حاجة للبحث عن المعيار المادي لتبرير انعقاد اختصاص القضاء الإداري<sup>1</sup>.

-قرار مجلس الدولة رقم 34786 الصادر في 2007/05/09 في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة أشغال الغرب ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار حيث اعتمد القاضي في حكمه على نص المادة 02 من المرسوم رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وبناءات عليها فإن الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع عمومية بمساهمة نهائية بميزانية الدولة فإن الاختصاص يؤول إلى القضاء الإداري وحيث يستخلص من الوثائق المودعة بالملف فإن ديوان الترقية والتسيير العقاري لما أبرم الصفقة العمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة فإن اختصاص البت في النزاع يؤول يكون من اختصاص القضاء الإداري....<sup>2</sup>

بالنسبة لقرارات مجلس الدولة الذي تبنى المعيار المالي أو معيار الأموال العامة التي تمول بها الدولة المشاريع فقد انصرفت هيئات القضاء الإداري الأخرى لتطبيق نفس المعيار، نورد من ذلك أمثلة لقرارات محكمة التنازع.

- قرار محكمة التنازع الصادر في 2007/11/13 في قضية مؤسسة البناء/ضد الشركة الجزائرية للتأمينات والتي تتلخص حيثيات قرارها "حيث أنه إذا كان بالفعل الصفقة المبرمة بين السيد مدير مؤسسة البناء والشركة الجزائرية للتأمينات وحدة بشار الممثلة في مديرها، فإن الشركة الجزائرية للتأمينات ليست شخصا من أشخاص القانون العام وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة"<sup>3</sup>.

1- لقد تبنى الأستاذ رشيد خلوفي الرأي الخالف للرأي السابق ونفى أن تكون قضية سمباك فتحت المجال إلى تطبيق المعيار المادي لتحديد الاختصاص القضائي الإداري، أنظر: رشيد

خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، صص، 293، 292.

2- رحمانى راضية، كمرجع سابق، ص، 202.

3- عطوي حنان، "اشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة أفاق العلمية، العدد 2009، ص، 02، 201.

- إضافة إلى الهيئات القضائية الإدارية السابقة فإن هناك قرار للمحكمة العليا رقم 468744 الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية في 2008/06/04 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقاوله أشغال البناء حيث تتلخص حيثيات القرار في «حيث أنه اعتمادا على المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و التي تقر بأن المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري إذا كانت مكلفة بإنجاز مشاريع بمساهمة ميزانية الدولة، و حيث أنه بناء مساكن اجتماعية تتم حسب المرسوم التنفيذي رقم 42/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998 المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية تتم بالتمويل الكامل من الخزينة العمومية و حيث أن المؤسسة ذات الطابع التجاري المتقدمة بالطعن، أبرمت صفقة مع المطعون ضده من أجل إنجاز سكنات ذات طابع اجتماعي و منه فإن النزاع المعروف يؤول إلى القضاء الإداري»<sup>1</sup>.

- وفي قرار آخر للمحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 02 فيفري 2008 ملف رقم 414667 قضيت الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء حيث جاءت حيثياته كما يلي " حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن هو مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري كلفت بإنجاز مركز وسكنين واعتمادا على المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية فإن النزاع هو من اختصاص القضاء الإداري"<sup>2</sup>.  
هذه القرارات اتفقت جميعا في حيثيات أحكامها إلى تبني المعيار المادي وذلك بتوفر السبب الأول وهو التمويل الكلي أو الجزئي من خزينة الدولة للمشاريع المنجزة من طرف المؤسسة العمومية ذات الطابع التج

1 رحمانى راضية، مرجع سابق، ص204.

## الباب الأول

### التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية

يختص القاضي الإداري بالفصل في كافة منازعات العقود الإدارية غير أن تحديد نوع ولاية القاضي الإداري بعد أن ينعقد إليها الإدارية غير باختلاف طبيعة الضرر الذي ألحقته الإدارة بالمتعاقد معها، فالضرر الصادر في مرحلة إبرام العقد الإداري يختلف عن الضرر الصادر في مرحلة تكوينه<sup>1</sup>، فيمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يرفع أمام المحكمة الإدارية دعوى يطالب فيها بإلغاء العقد الإداري و ذلك أمام قاضي الإلغاء أو دعوى المطالبة بحقوق مالية و ذلك أمام قاضي العقد، كما يمكن أن يشمل اختصاص القضاء الإداري المنازعات المتفرعة عن الموضوع الأصلي للنزاع كالطلبات المستعجلة وذلك امام قاضي الاستعجال، ولعل الاستعجال في مادة ابرام العقود والصفقات من أهم القواعد الاجرائية التي استحدثها قانون الاجراءات المدنية والادارية.

إن هذا التنوع في مجال الاختصاص القضائي هو نتيجة لما تفرضه طبيعة منازعات العقود الإدارية غير انه لا يجدر بنا مجرد التطرق الى انواع هذه المنازعات، لان هدفنا هو تبيان مدى تأثير هذه المنازعات على العملية التعاقدية وأثرها على المتعاقدين، وأحياناً قد تتصرف الى الغير الأجنبي عن العقد الإداري.

بذلك سنتناول في هذا الباب خضوع منازعات العقود الإدارية لقضاء الإلغاء والتي تظهر من خلال الغاء القرارات الادارية القابلة للانفصال عن العقد الاداري (الفصل الاول)، ثم نتطرق الى خضوع منازعات العقود الادارية للقضاء الكامل وهو الاختصاص الاصيل باعتباره قاضي العقد (الفصل الثاني).

مع عدم إغفال التطرق للأحكام الجديدة التي جاء بها قانون الاجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بتدخل قاضي الاستعجال الاداري في مجال العقود الادارية والصفقات العمومية.

1 نصر الدين مصطفى محمد الكاسح، ولاية القضاء الإداري على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في التشريع والقضاء الليبي، مجلة أبحاث قانونية، كلية القانون، جامعة

التحدي، ليبيا، العدد 6، المجلد الرابع، 2019، ص 164.

## الفصل الأول

### خضوع منازعات العقود الإدارية لقضاء الإلغاء

كأصل عام تتدرج المنازعات المتعلقة بالتدابير والإجراءات التي تتخذها الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها ضمن ولاية القضاء الكامل؛ ويعود السبب في ذلك إلى كون طبيعة دعوى القضاء الكامل تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية، حيث أن القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل يملك سلطات أكثر من مجرد الإلغاء إذ أنه يستطيع أن يعدل القرارات الإدارية التي سببت أضراراً للمدعي كما يستطيع أن يحكم له بالتعويضات التي يراها مناسبة بما يتلاءم مع الضرر الذي لحق به جراء تعاقد مع الإدارة<sup>1</sup>. غير أن العملية التعاقدية لا تظهر في صورتها النهائية بمرحلة واحدة، بل تمر بعدة مراحل ولا تأخذ هذه المراحل بدورها نفس الطبيعة القانونية للعقد الإداري، إذ تكن مركبة فمنها ما هو صادر بالإرادة المنفردة للإدارة في شكل قرار إداري<sup>2</sup>، ومنها ما هو تعاقدى يتجسد أصلاً في العقد الإداري.

تعرف هذه القرارات في القانون الإداري المقارن بالقرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، واعتمدت بشكل صريح في القضاء الإداري الفرنسي وبالتالي فإن أي نزاع تنثيره هذه القرارات يؤول اختصاص الفصل فيها لقاضي الإلغاء، ويجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري، مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب وغيرها.

من ذلك ارتأينا التطرق إلى الأحكام العامة لإلغاء العقد الإداري (مبحث أول)، ثم ننتقل إلى دراسة شروط رفع دعوى الإلغاء وأثرها على العقد الإداري (مبحث ثاني).

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض وأصول الإجراءات)، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص16.

2 عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص495.

## المبحث الأول الأسس العامة لإلغاء العقود الإدارية

تقر القاعدة العامة بأن العملية القانونية تكون بنيانا واحدا متماسكا غير قابل للتجزئة، سواء كانت تدخل في القضاء الاداري أو القضاء العادي، وتكون منازعات هذه العملية خاضعة لاختصاص قاض واحد بغض النظر عن الاعمال المثار بشأنها النزاع. يؤدي هذا المبدأ الى عدم تجزئة الاختصاصات ويتميز بالوضوح وتيسير الحلول أمام المتقاضي فالجهة المختصة تكون واضحة ادارية او عادية<sup>1</sup>، فاذا انعقد الاختصاص للقاضي الاداري مثلا قد تكون العملية القانونية برمتها تدخل في نطاق اختصاص القضاء الكامل أو قضاء الالغاء.

إلا أن هذه القاعدة ليست ثابتة فتكون هناك عمليات قانونية تتضمن قرارات أداريه واجبة التنفيذ لكنها لا تكون مستقلة تماما عنها على غرار القرارات الادارية البسيطة بل هي قرارات مركبة أو مختلطة فهي جزء لا يتجزأ من العملية الإدارية<sup>2</sup>. انطلاقا من هذه الفكرة يمكن تجزئة هذه الاخيرة وفصل القرارات الادارية عنها وجواز الطعن فيها بالالغاء بعيدا عن قاضي الموضوع.

تطبق فكرة القرارات القابلة للانفصال في مجالات مختلفة، إلا أن دراستنا لها ستقتصر على تطبيق هذه النظرية في مجال العقود بالالغاء لان هذه النظرية نشأت في كنف بالالغاء بذلك مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العقود الادارية (مطلب أول) ثم نتجه إلى استعراض قواعد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الادارية (مطلب ثاني).

### المطلب الأول مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري

يعود ظهور نظرية القرارات القابلة للانفصال الى بداية القرن العشرين الى مجلس الدولة الفرنسي ولكن بعد تضارب كبير في الآراء والمواقف التي تأرجحت بين رفض وقبول الى أن وصلت الى مرحلة جواز تطبيق هذه النظرية. حيث أن مجلس الدولة الفرنسي كان يدافع على نظرية الاندماج، ومؤتاه أن العقد الاداري هو وحدة قانونية متكاملة غير قابلة للتجزئة فالقرارات الادارية التي تتعلق بالعقد تصبح جزءا منه، ولا تتمتع بالذاتية مما يجعلها غير قابلة للطعن بالالغاء ويختص بالفصل في منازعاتها قاضي العقد أي قاضي

1مجدى الشامي،القرارات القابلة للانفصال(بين عقود الادارة ورقابة القضاء)،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية،2019،ص 05.

2-عمار عوابدي،النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري(نظرية الدعوى الادارية)،ج2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2003،ص436.

التعويض<sup>1</sup>، وعليه سنقوم بدراسة التطور التاريخي لهذه النظرية (فرع أول)، ثم نستعرض أهم أنواع القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري (فرع ثاني).

### الفرع الأول نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال

سبق وذكرنا أن نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، نشأت في كنف القضاء الإداري الفرنسي ومن ثم تطورت وتبنتها الدول التي تتبع النظام القضائي المزدوج.

### أولا تعريف القرارات القابلة للانفصال

يعرف القرار المنفصل على أنه ذلك القرار الذي يسهم في تكوين العقد الإداري وستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته الأمر الذي يجعل الطعن فيه امرا جائزا<sup>2</sup>، كما عرف على أنها «قرارات إدارية تكون جزءا من بناء عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته أنها «قرارات تخرج من اختصاص أي جهة قضائية أخرى ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد<sup>3</sup>، كما تعرف على أنها قرارات تستهدف التمهيد لأبرام العقد أو السماح بإبرامه دون أن تحول دون إبرامه<sup>4</sup>.

من خلال التعاريف السابقة لمجموعة من فقهاء القانون الإداري والذي يجدر بنا التنويه الى ان القرارات القابلة للانفصال لم يرد اي تعريف تشريعي لها، كذلك القضاء والذي عادة لا يولي اهتماما بكبيرات لوضع التعاريف بقدر اهتمامه بتطبيق القوانين وانشاء نظريات تحكم القانون الإداري فأننا نخلص إلى أن القرار المنفصل يدخل ضمن طائفة القرارات الإدارية المركبة والتي تتكون من اخلال اصدار قرارات اخرى عديدة تكون ضرورية ولازمة، لإصدار القرار النهائي، وهذا الاخير لا يمكن اصداره الا بعد اتخاذ قرارات اخرى عديدة متتالية

1-- CHAPUS (R) : Droit du contentieux administratif 13e éd, Montchrestien, Paris, 2008.P260

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 338.

3- عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 495.

4 سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 208.

ولازمة لإصدار القرار في شكله النهائي<sup>1</sup>، عكس القرارات البسيطة<sup>2</sup>، التي تصدر على نحو واحد، بل تتكون من عدة قرارات تصاحب صدور العملية القانونية الاصلية وتتميز هذه القرارات بالاستقلالية والتي من مظاهرها جواز الطعن فيها بالإلغاء امام قاض غير القاضي الذي يفصل في العملية القانونية ككل وهو قاضي التعويض<sup>3</sup>.

إذا ومن خلال استعراض المفاهيم المختلفة للقرارات القابلة للانفصال عن العمليات الادارية المركبة والتي قد تكون في المجال الانتخابي او الضريبيات التعاقدية وهذا الاخير الذي يهمننا بالتالي سنحاول اسقاط تلك المفاهيم عليه والقول بان القرارات القابلة للانفصال عن العقد الاداري هي القرارات الادارية التي تصدرها الادارة العامة المتعاقد وهي بصدد ابرام العقد الاداري مثل قرارات منح الصفقة العمومية أو وهي بصدد تنفيذ العقد كما ان هذه القرارات قد تصدر لتحول دون ابرام العقد مثل قرارات عدم المنح او عدم الجدوى وبالرغم من ان هذه القرارات جزئاً من العقد الا انها تستقل عنه ويمكن لكل ذي مصلحة الطعن فيها بالإلغاء.

نشأت نظرية القرارات القابلة للانفصال على يد مجلس الدولة الفرنسي وسار على نحوه مجلس القضاء المصري لكن القضاء الاداري الجزائري لم تتوفر هناك دراسات عن نشأت هذه النظرية لندرة القرارات المتعلقة بذلك، وعليه سنقوم بإيجاز استعراض اهم المحطات التي مرت بها هذه النظرية لتكون بالشكل المتبع حالياً في القضاء الاداري الفرنسي خاصة وقضاء الدول المنتهجة للنظام المزدوج.

1- غير انه يمكن النظر من جانب اخر ان بساطة القرار وانماجه في عملية مركبة هي مسألة موضوعية، وحتى القرار البسيط في ظاهره قد يحتوى في طياته على عدة قرارات مستقلة، مثلاً اذا اصدرت الادارة قراراً واحداً في ظاهره لكن يصاحبه في ذلك قرارات مستقلة عنه، فيحينئذ يجب ان يعامل كل قرار على حدى، وهذا ما اوضحته محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في 18 مارس 1954 حيث خلصت الى القول "اذا كان القرار المطعون فيه قد اشتمل على عدة مواد كل منها يعتبر قراراً ادارية منشأاً لمركز قانوني، خاص ومستل بذاته فلكل ذي مصلحة ان يطعن على الجزء الذي يمس من القرار اذا انطوى على مخالفة للقانون او اشتمل على عيب من العيوب التي تشوب القرار الاداري....."، أنظر في ذلك سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1957، ص 298.

2- « il ya une opération complexe lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement édictées pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale est l'aboutissement » R.CHAPUS, COURS DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, LES COURS DU DROIT, 1979, P248.

3 عمر عبد الرحمن البوريني، القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول/المجلد 37، الكويت، 2013، ص 500.

كما أشرنا سابقا بان مجلس الدولة الفرنسي في البداية كان لا يؤمن بالمنهج التحليلي للعملية الادارية وتمسك بالمنهج التركيبي والذي يلحق من خلاله القرار بالعملية الادارية ولا يقبل اختصاص قاضي الالغاء<sup>1</sup>، وذلك بناءات على عدة أسباب أهمها:

**1- وجود دعوى موازية:** الدفع بوجود الدعوى الموازية ظهر لأول مرة في عهد الامبراطورية الثانية، في تقارير من مفوضي الحكومة ومؤداه أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق اخر قضائي للطعن يمكن ان يؤدي نفس النتائج التي تحدثها دعوى الالغاء او دعوى تجاوز السلطة وذلك لأنها دعوى احتياطية لا يلجأ اليها في حالة انعدام وسيلة اخرى للطعن<sup>2</sup>. كما يشترط للدفع بوجود الطعن الموازي أن يكون المدعي رافعا لدعوى حقيقية يطعن من خلالها في مشروعية القرار وليست مجرد وسيلة دفاعي كما ان الطعون الادارية لا تعتبر دعوى موازية وأن تحقق الدعوى الموازية وقف تنفيذ القرار والا يؤدي الحكم الى مجرد التعويض عن الاضرار الناتجة عن القرار الاداري<sup>3</sup>.

بالإضافة الى ذلك هناك اعتبارات عملية كانت السبب وراء عدم قبول مجلس الدول الطعن بالإلغاء في القرارات الادارية المنفصلة عن العمليات المركبة وتتمثل في سهولة اجراءات رفع دعوى الالغاء ومن مظاهر ذلك اعفاءها من الرسوم والاعفاء من وساطة المحامي والتوسع الكبير في شرط المصلحة، وذلك ما ترك خوفا من تراكم القضايا أمام قاضي الالغاء وتعطيل المصالح اضافة الى أن وجود قاضيين مختلفين في الاختصاصات للفصل في نفس العملية الادارية المركبة قد ينتج عنه تضارب وتناقض في الاحكام<sup>4</sup>.

## 2-الحفاظ على الحقوق المكتسبة:

1 مجدي الشامي،مرجع سابق،ص 35.

2l exception de recours parallèle ;création prétorienne du conseil d'état datant du milieu du second empire,est classiquement présentée comme une fin de non-recevoir spéciale au contentieux de l'exercice de pouvoir.elle consiste en ce que ce recours soit irrecevable dès lors que le requérant dispose d'un autre recours contentieux.le recours parallèle.lui permettant d'obtenir un résultat équivalent a celui procuré par le recours pour excès de pouvoir AURélie cepko,lexception de recours parallèle en contentieux administratif francais ,thèse de doctorat ,droit publique ,toulon 2014.p 10 .

3 نصر الدين مصطفى محمد الكاسح،مرجع سابق،ص165.

4محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، ص192.

ومفاد ذلك هو أن تنفيذ العمل الإداري المركب عموما والعقد الإداري خصوصا وصدوره بشكل نهائي ينتج آثاره القانونية والمتمثلة في الحقوق المكتسبة للأفراد بالتالي فان اي طعن في القرارات المرتبطة بإصدار العقد الإداري تؤدي حتما الى المساس بالحقوق المكتسبة. إضافة الى ذلك اعتبار ان العملية القانونية ككل كتلة واحدة لا يمكن تجزئتها ولا المساس باستقلاليتها باي شكل من الاشكال فتكون بمنأى عن اي طعن امام قاضي الالغاء<sup>1</sup> بالنسبة للعقود الادارية اتخذ مجلس الدولة موقفا رافضا في العديد من أحكامه للطعن بالالغاء فيها ومن أبرز احكامه ماورد في تقرير المفوض دافيد في قضية المعهد الكاثوليكي لمدينة ليل وقد ورد في تقريره "نعقد انه في امكاننا تلخيص احكام القضاء بقولنا ان قرارات الوصاية الادارية عندما تكون سابقة او لاحقة على العقود الادارية التي نصدق عليها او ترخيص بها لا يمكن فصلها عن هذه العقود التي تكملها وتختلط بها حيث. يمكن الغاؤها مباشرة سواء من طرف مجلس الدولة أو من بواسطة السلطة الادارية التي تصدر عنها"<sup>2</sup>.

إن القضاء الإداري الفرنسي بالرغم من مواقفه وحججه المذكور سابقا إلا انه وفي بداية القرن العشرين خفف من نظريته الجامدة التي تعتبر أن العملية العقدية كتلة واحدة لا مجال لتجزئتها ولا مجال لا ستقال القرارات المصاحبة لها وتحولت أحكامه نحو جوازيه الطعن بالالغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقود بالالغاء بداية سنة 1903 واستقرت سنة 1906 وبعدها توالى الاحكام القضائية، ولم يصبح وجود طعن موازي عائقا في امكانية الطعن بالالغاء في القرارات القابلة للانفصال، وذلك نظرا للتطور الذي شهدته دعوى الالغاء، فتحولت من دعوى احتياطية إلى دعوى الشريعة العامة.

1-مجدي الشامي مرجع سابق، 31.

2 "Nous avous cru paviorresume la jurisprudence en distant que les actes de tutelle administrative lorsque, ils ont été précédés ou suivis des contrats qu ils approuvent ou qu ils autorisent ne peuvent etre détachés de ces contrats qu ils complètement et dans lesquels ils se confondent pou etre annulés directement soit par les CONSEIL d ETAT au contentieux soit aplus forte raison par l autorité administrative dont ils émanent",

أصبح مجلس الدولة الفرنسي يفصل بالإلغاء في القرارات الداخلة في العملية العقدية واعتبارها وحدات يمكن فصلها والنظر فيها بصفة مستقلة عن بقية المكونات الأخرى للعقد وعلية يمكن الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد ووفق الشروط المقررة لرفع دعوى الإلغاء<sup>1</sup>. إن تطبيق هذه النظرية لم يأتي بنفس الصيغة بل جاء بصورة تدريجية على عدة مراحل في بادئ الأمر أجاز فصل القرارات المتعلقة بالعقد مادام العقد أن العقد لم يصدر بصورة نهائية ولم يشرع في تنفيذه وعلى عكس ذلك إن صدر القرار بصورة نهائية فلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء نظرا لكون القرارات محل الطعن جزء لا يتجزأ من تكوين العملية العقدية وأي مساس بها يعتبر مساسا بالعقد الإداري ككل<sup>2</sup>.

في المرحلة التي تليها أجاز مجلس الدولة للشخص غير المتعاقد أن يطعن بالإلغاء التي تدخل في تكوين العملية العقد وبذلك يصبح لكل ذي مصلحة أن يطرق باب قاضي بالإلغاء بدلا من التوجه الى الطريق المرهق أمام قاضي الموضوع.

توالت القضايا والاحكام التي أنشأت نظرية القرارات القابلة للانفصال في فرنسا ابتداءك من حكمه في قضية مارتين الشهير سنة 1905 والذي يعتبره الفقهاء اللبنة الاولى لانطلاق القضاة في تطبيق هذه النظرية الجديد والذي يتمحور حول عقد التزام وقد رفض المفوض روميو ذلك، مبررا ذلك بأن القرار محل الطعن متعلق بعقد التزام تولد عنه حقوق مكتسبة ولم يشير الحكم موضوع الدعوى الموازية رغم افاضة المفوض روميو في هذا الصدد.

إن مجلس الدولة بموجب قرار مارتين قد ألغى القرار المنفصل عن عقد الالتزام ولكن ذلك لم يؤدي الى فسخ العقد في حد ذاته، بل يبقى العقد نافذا حتى يتمسك أحد اطرافه بالحكم الصادر ذلك، مبررا قاضي العقد. حينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه<sup>3</sup>. وبعد هذا الحكم توالت الاحكام القضائية المهمة الصادرة عن مجلس الدولة والتي تعزز من قبوله

1-محمد عبد العال السناري،التطورات الحديث للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة (دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)،دار النهضة

العربية،القااهرة،د.س.ن،ص32..

2-زينب سالم،الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2016،ص95.

2-«l'annulation pour excès de pouvoir, dans cette catégorie de litiges, n'aura parfois qu'un caractère platonique, l'administration en effet pourra régulariser aussitôt l'acte entaché de nullité, ou bien servi à le former, si le cocontractant... ne demande pas au juge du contrat ....

» ,Damien guillou ,la distinction entre les actes détachables et le contrat,revue juridique de l'ouest,03,2014 ,p23.3

لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقود الادارية<sup>1</sup>، ويعود السبب في ذلك إلى أن المجلس تأكد من أن الدعوى الموازية لن تستطيع أن تحقق نفس النتائج المرجوة من دعوى الإلغاء ان هذه الاخيرة هي الدعوى الاصلية والاكيدة لإلغاء وابطال القرارات الادارية غير المشروعة بالتالي بدأ مجلس الدولة يتخلى عنها تدريجيا ويستعين بنظرية القرارات القابلة للانفصال، كما أنه تبين بأنه لا توجد أدنى خشية من المساس بالحقوق المكتسبة من العقد الإداريان الغاء القرار الاداري المنفصل لا يؤدي حتما الى الغاء العقد الذي بني على اساسه هذا القرار فيبقى العقد قائما ومنتجا لأثاره إلا في حالة ما تبين لقاضي العقد عدم مشروعيته<sup>2</sup>.

بالنسبة لنشأة القرارات القابلة للانفصال العقدية، وغير العقدية في القضاء المصري فإنه لم يكن مترددا على غرار نظيره الفرنسي بل أقدم على فصل القرارات عن العملية العقدية منذ البدء نظرا لعدة اعتبارات منها التاريخية لان القضاء المصري قد استخلص أغلب نظرياته من مجلس الدولة الفرنسي والذي يعد الملهم الاول لكل الدول الأخذ بنظام القضاء المزدوج وعليه فإن وجود امكانية الطعن الموازي أو المقابل في مصر لم تكون عائقا أمام خضوع العقود الادارية للإلغاء لان هذه الفكرة لم تجد أي صدى في القضاء المصري<sup>3</sup>، إن ابرام العقود الادارية مثل مجالا خصبا لأعمال القضاء الاداري المصري لنظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال وذلك نظرا لتعدد مراحل تكوين العقد لأعمال كان يقبل الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد العقود الداية وابطال القرارات المنفصل عنها مادامت هذه الاخيرة تتمتع بالاستقلالية عن العقود الادارية وان ذلك لا يؤثر على تنفيذ العقد الاداري وقد اعتبرت محكمة القضاء الاداري ان الادارة تصدر قرارات ادارية تتصل بالعقد الاداري وتكون قابلة للطعن بالإلغاء الا ان ذلك لا يعد مساسا بالعقد الذي بقي قائما بذاته<sup>4</sup>، كما انه قبل طعون

1-larrèt petit C.E 29 decembre 1905 ,l arrèt camus C.E 6avril 1906,Dominique pouyaud op cit ,p297..

2-مجدي الشامي،مرجع سابق،ص40.

3محمد عبد العال السناري،التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)،دار النهضة

العربية،القااهرة،د.س.ن،ص07 ومابعدها .

4استقرت أحكام القضاء الإداري المصري منذ نشأته على رفض طعون الإلغاء الموجهة ضد العقود الإدارية،ومرد ذلك هو أن العمل القانوني الذي يمكن أن يطعن فيه بالإلغاء هو

القرار الإداري الإنفرادي،كما أن عقود الإدارة تصدر عنها بصفتها شخص معنوي وليست بصفتها سلطة عامة،أنظر في ذلك:جابر جاد نصار ،العقود الإدارية،ط2دار النهضة

العربية،القااهرة ،ص 50 وما بعدها،محمد عبد العال السناري ،التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة (دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر)،مرجع

سابق،ص34،عبد الحميد حشيش،مرجع سابق،520.

ضد القرارات الصادرة بالحرمان من دخول المناقصات ولمزايداتكمألغي قرارات تتعلق بأبرام عقد اداري ويتمثل في قرار ارساء مناقصة<sup>1</sup>.

### ثانيا: تحديد القرارات القابلة للانفصال

عند القول أن العمليات القانونية المركبة العقدية وغير العقدية تحتوي على القرارات الادارية القابلة للانفصال التي يمكن فصلها وتجزئة عن البنية القانونية الاصلية هذا يؤكد على ان هناك قرارات اخرى لا تقبل الانفصال عن العملية القانونية<sup>2</sup>، أن التمييز بين تلك القرارات مرتبط بشكل اساسي بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من النوعين وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بهما امام الجهات القضائية المختصة فالقرارات القابلة للانفصال يقبل الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد الاداري والذي يفصل في منازعاته قاض اخر وهو قاضي التعويضوذلك دون انتظار من الانتهاء من العملية العقدية ذاته<sup>3</sup>، في حين ان القرارات غير القابلة للانفصال لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العملية القانونية، وذلك لأنها بنية وكتلة واحدة تتأثر باي انفصال انطلقا من ذلك تظهر أهمية معرفة المعايير اللازمة للحكم بقابلية القرار بالانفصال عن العقد الاداري من عدمه.

ان تمييز القرارات القابلة للانفصال عن غيرها من القرارات الادارية المتصلة يستند على معيارين:

#### 1-المعيار الذاتي:

يعتمد هذا المعيار على على المركز القانوني الشخصي أي التركيز على الصفة الشخصية لرافع دعوى الالغاء ضد القرار الاداري المنفصل المشوب بعيب من عيوب المشروعية ويتكون هذا المعيار من عدة عناصر في مجال تحدي القرارات الادارية القابلة للانفصال أهمها:

1زينب سالم،ص100.

2 Didier truchet,droit administratif,preses universitaires de France,Paris,2008,p p227-233.

Jean Walin,droit administratif,Dalloz,23 edition,paris,2010,pp 394-403.

3زينب سالم،ص100.

- أن يكون الطاعن في القرار المنفصل من الغير المتعاقد وهو كل من ليس طرفاً في العقد ولا تربطه به صلة ولا يعد من الخلف العام أو الخاص بالنسبة لأحد أطراف العقد<sup>1</sup> إن اجازة الطعن بالإلغاء المرفوعة من الغير متعادلاً يعد خروجاً عن مبدأ الدعوى والتي لا تؤدي إلى حماية حقوق شخصية بذاتها بطريقة غير مباشرة لأنه من العلوم أن دعوى الإلغاء تسعى أولاً إلى حماية مبدأ المشروعية وهذا الأخير بدوره يؤمن الحفاظ على حقوق الأشخاص الذاتية<sup>2</sup>.

يفهم من تطبيق هذا المعيار أن الغير الأجنبي عن العقد إذا أثر القرار محل الطعن في مركزه القانوني، لا سبيل له للطعن إلا بدعوى لا سبيل أول الأمر الطعن من الغير لا يطرا إلا على القرارات التي تدخل في تكوين العقد على أن لا يكون هذا الأخير قد تم بصورة نهائية فإذا صار نهائياً فإن القرارات تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد ذاته ومن ثم لا تتعرض لتجزؤ الاختصاص إلى ولاية القضاء الكامل.

- عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية قضائياً إلا بواسطة دعوى الإلغاء وإن تكون هذه الأخيرة هي الوسيلة الأصلح والأفضل في سبيل تحقيق ذلك.

## 2 المعيار الموضوعي:

يقوم هذا المعيار على مدى جوهرية القرارات الإدارية في تكوين وجود العملية الإدارية المركبة ومدى عمومية هذه القرارات ويعنى بذلك مدى تأثير فصل القرار الإداري عن العملية المركبة بحد ذاتها من حيث قيامها بشكل تام واكتمال خطواتها وترتيب أثارها على حدا بمعزل عن تلك القرارات، فإذا كان القرار الإداري مرتباً لأثاره القانونية بمفرده وبدون الحاجة إلى اكتمال العملية القانونية ككل<sup>3</sup> ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار عدم المساس بالعقد الإداري وأن لا يعوق استكمال باقي أجزائه إلى غاية تنفيذه، وبمفهوم المخالفة فإنه إذا كان القرار الإداري غير جوهري وليس له دور فعال في تكوين العملية القانونية المركبة وكان عنصراً غير مؤثر فتكون رفع دعوى الإلغاء بشأنه مكفولة من طرف القضاء الإداري<sup>4</sup>.

1 انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 463.

2 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 247.

3- زينب سالم، مرجع سابق، ص 101.

4 مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 347.

وتطبيقا للمعيار المادي اعتبر القضاء الإداري القرارات التمهيديّة التي تسبق إبرام العقد الإداري والمتمثلة في قرارات منح المناقصات والمزايدات والاعلان عنها وقرارات منح الرخص للهيئات عنها وقرارات قرارات ادارية منفصلة يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

بالنسبة للقرارات التي تصدر اثناء تنفيذ العقد الإداري فلا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأنها قرارات متصلة ويمكن الفصل في منازعاتها فقط أمام قاضي العقد ومن الامثلة على ذلك قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة هيرتزل اذ اعتبر أن القرارات التي تهدف الى ضمان حسن سير تنفيذ صفقة الاشغال العامة قرارات ادارية متصلة ولا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، أضف الى ذلك قرار نفس الغرفة الصادر في 1968/11/29 في قضية شركة المعادن لسبيدي معروف<sup>1</sup>.

رغم أن القضاء الإداري اعتمد بشكل كبير على المعيارين السابقين وذلك من خلال قبوله أحيانا واحيانا اخرى يرفض الطعن بالإلغاء في منازعات العقود بالإلغاء أننا نرى أن هذان المعياران فضفاضان ويصعب الحكم على قرار معين بقبليته للانفصال من عدمه وذلك لان مادام يحمل صفة القرار الإداري فهذا يعني بانه قرار اداري مكتمل عدمه وذلك لا يقبل الانفصال ونأخذ مثال على ذلك قرارات فرض الجزاءات على المتعاقدين فرغم تمتعها بكل اركان القرار الإداري الا ان القضاء الإداري لا يفصل فيها بالإصغاء ويعتبرها قرارات متصلة مما أدى الى دخولها في ولاية القضاء الكامل وخروجها من رقابة قاضي الالغاء وهو صاحب الاختصاص الاصيل في منازعات القرارات الادارية،وهو ما عرض هذه المعايير الى النقد وقيل بانها تعطي هامشا كبير للقاضي الإداري في ذلك ليحدد الفرق بين القرارات المنفصلة والقرارات المتصلة بالعقد الكامل وخروجها ان الاجتهادات القضائية بينت أن هذه المعايير غير مؤكدة ومقتضية من ذاتية القاضي الإداري<sup>2</sup>.

1] نظر في ذلك: عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الادارية، مرجع سابق، ص464.

2-« on doit constater que cette méthode ...laisse une marge très importante au juge administratif pour fixer la frontière entre les actes détachables du contrat et ce que l on peut qualifier de rattavhables,.....aussi la détermination de l acte détachable est incertaine et emprunte dune certaine subjectivité du juge ».Damien guillou ,op,p25.

## الفرع الثاني أنواع القرارات القابلة للانفصال

إن منازعات العقود الإدارية تدخل في نطاق اختصاص القضاء الكامل كأصل عام، إلا أن العقد الإداري بطبيعته يرتبط بإجراءات تمهد لإبرامه منها ما يتم عن طريق قرار إداري صادر عن السلطة الإدارية المختصة يتميز بكل خصائص القرار الإداري، وهذه القرارات بالرغم من كونها تساهم بشكل كبير في تكوين العقد الإداري إلا أنها تتمتع باستقلالية مما يجعلها قابلة للطعن بالإلغاء<sup>1</sup>.

يشمل مجال القرارات القابلة للانفصال في العقود الإدارية بأنواعها فنجدها في مجال عقود الامتياز فالإدارة قد تصدر قرارات تؤثر على المراكز القانونية للمستفيدين من الخدمات، مما يستدعي بهؤلاء المتضررين الطعن بالإلغاء في هذه القرارات إضافة إلى ذلك فإن القرارات القابلة للانفصال تجد مجالها الخاص في عقود الصفقة العمومية وذلك لتمييز هذه الأخيرة بتعدد إجراءاتها وطرق إبرامها وعليه فقد تم تصنيف القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية إلى صنفين قرارات تصدر في مرحلة الإبرام (أولاً)، وقرارات تصدر في مرحلة التنفيذ (ثانياً).

### أولاً: القرارات الصادرة في مرحلة الإبرام

القرارات الصادرة في مرحلة الإبرام هي تلك القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى القرارات الإدارية المستقلة وتأخذ عديد الصور والتسميات ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة القرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسالها على شخص المتناقصين والقرار قرارات إدارية نهائية<sup>2</sup>.

تظهر أهمية القرارات المنفصلة المتعلقة بمرحلة إبرام العقد الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 946، والتي أكدت على إمكانية رفع دعوى استعجالية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية

1 أحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 368.

2 نفس المرجع، 372.

وأجازت نفس المادة إلى كل من له مصلحة في إبرام العقد أو تضرر من هذا الإخلال بإخطار القضاء الإداري المختصة قبل الإبرام<sup>1</sup>.

بالجمع بين القواعد والأحكام التي تضمنها المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات 946، والتي الإجراءات المدنية والإدارية يمكن تحديد صور القرارات المنفصلة في مرحلة الإبرام في قرار الإعلان عن الصفقة قرار المنح المؤقت قرار المؤقت قرار بشيء من التفصيل لكل نوع من هذه الأنواع على حدا.

### 1- قرار الإعلان:

يعد الإعلان عن الصفقة شرطا جوهريا ووجوبي في إبرام العقد، ويمثل أيضا ضمانا حقيقية للإضفاء الشفافية على الصفقة العمومية والتي تركز من خلال مبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين حيث يتم إعلام المعنيين وذلك لفتح المجال بينهم من جهة، والسماح للإدارة باختيار الافضل من جهة اخرى<sup>2</sup>. وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتباره قرارا إداريا منفصلا، وعليه فإن أي إخلال بأحكامه وشروطه يعرضه للإلغاء القضائي<sup>3</sup>.

إن الإعلان يمثل دعوى إلى التعاقد وذلك بإيصال خبر رغبة المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية إلى علم كل من تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها تنفيذ محل العقد الإداري<sup>4</sup>، وحتى يكون الاعلان عن الصفقة بمنأى عن الطعون الإدارية أو القضائية لابد من احترام الأشكال الوارد ذكرها في المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15<sup>5</sup>، المتضمن

1 أرشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعوى وطرق الطعن الإدارية)، ج2، مرجع سابق، ص36.

2- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص36.

3 الزهرة برة، عمار زعي، القضاء الإداري كألية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي الثامن، الموسم ب"التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون" جامعة الوادي، مارس 2018، ص94.

4 محمد فواد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات الاجراءات الاثار، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص118.

(5) -أوردت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15، زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو

إلغائه أو اعلان عدم جدوى أو إلغاء الاجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة، يجب على المصلحة

المختصة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة....."، استعمل المشرع مصطلح "الطعن المنصوص عليه في التشريع المعمول به"

يقصد بذلك أنه زيادة عن الاجراءات القضائية المتبعة أمام القضاء بموجب ق.ا.م.1 فإن المتعهدين لهم الحق في تقديم طعون إدارية في حالة وجود اختلافات في القرارات المنفصلة

والتي تصدرها الادارة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، وذلك أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، لأكثر تفاصيل في تشكيلة واختصاصات هذه اللجان، أنظر في ذلك: عمار

بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ج2، جيسور للنشر والتوزيع، ص2013.

تنظيم الصفقات العمومية وهي شروط تتعلق بشكل الاعلان، واخرى تتعلق بمضمونه وهي كالتالي:

**2- شكل وحتى المادة 65** في الفقرة الاولى منها على ضرورة تحرير طلب العروض بالغة العربية وبلغة اجنبية واحدة على التاقما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (التاقما)، وعلى الاقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني يدرج إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال ولوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها مليون دينار، أو يقل عنها وخمسين مليون دينار أو يقل عنها أن تكون محل اشهار محلي وذلك في يوميتين محلتين مع الصاق اعلان طلب العروض في عدة مقرات محلية (ولاية غرفتجارة، صناعة).

### 3- شروط متعلقة بمضمون الاعلان:

تتمثل الشروط الموضوعية في تحقيق مبدأ المنافسة والمنافسة وذلك بأن لا تفرض شروط على متنافسين واعفاء صناعة، على مبدأ المساواة بين المتنافسين هو اعلان الصفقة في شكل حصص كلما أمكن ذلك بحيث يكون تنفيذ صفقة واحدة على يد عدة متعاملين، ظهر هذا المبدأ واعتمد في قانون الصفقات العمومية الفرنسي الصادر بتاريخ 2006 وذلك بموجب المادة العاشرة منه ،أنه يمكن اعمال مبدأ المحاصصة إلا في حالة ضمان مبدأ المنافسة وما عدى ذلك لا يمكن كما أصدر تعليمة في في 03 اوت 2006، تؤكد أن تنفيذ الصفقة العمومية من طرف متعامل واحد يشكل إخلالا بمبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

**4- المنح المؤقت:** هو إجراء إعلامي تخطر الإدارة بموجبه المتعهدين ،والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط ،وتوفر عرضه على جميع المعايير المحددة في دفتر الشروط<sup>2</sup> ،وطبقا للمادة 72 من المرسوم التنفيذي 247/15، يخضع قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية لمبدأ احسن عرض لما يقدمه من

1CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats public, Op,cit,p 235.

2-عمار بوضياف،شرح تنظيم الصفقات العمومية،ج1،مرجع سابق،296.

حيث المزايا الاقتصادية ونصت المادة 65/ 02<sup>1</sup> من ذات المرسوم على ضرورة نشر إعلان قرار المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشرت فيها إعلان طلب العروض ،وذلك لان قرار المنح المؤقت يعود بمزايا عديدة ومتنوعة تصب أساسا في مصلحة زيادة الشفافية والعدل بين المتعهدين بحيث أن عروضهم هي الفيصل بينهم.

كما أنه ولزيادة الشفافية فيما يخص قرار المنح جاءت المادة 82 من المرسوم 247/15 لتضيف أنه يمكن للمتعهد أن يطعن في قرارات المنح المؤقت للصفقات أمام لجنة الصفقات المختصة. كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بأن تدعو المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة، لتقييم ترشيحاتهم التقنية والمالية بأن يتصلوا بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداءك من اليوم الأول لنشر الاعلان<sup>2</sup>.

وقد صنف القضاء الاداري الفرنسي قرار المنح المؤقت على أنه قرار اداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء امام القضاء الاداري مثل قرار المحكمة الادارية شاغلون سور مارن بطلان صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 6 اكتوبر 1993، لان قرار المنح جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء تقديم العروض.

بالنسبة لتنظيم الصفقات العمومية من خلال المواد التي تناولت قرار المنح المؤقت، فإنها لم تصرح مباشرة بأن هذا الاخير هو قرار إداري ويجوز فيه الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري واكتفت المادة 82 بالنص على امكانية الطعن الإداري في قرار المنح إلا أن عبارة «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به»، تظهر لنا أن المشرع يقصد قانون الاجراءات المدنية به «، تظهر هذا الاخير وحده الذي يبين كل ما يخص الطعون القضائية من اجراءات وشروط واجال، .....الخ.

من تطبيقات مجلس الدولة في الغاء القرار المتعلق بالمنح قراره الصادر في 2004/06/15، والذي ورد فيه:

أنه وابتداءك من تاريخ 2001/06/26، وهو التاريخ الذي قبلت فيه لجنة تقييم العروض عرض المستأنف الى غاية يوم 2001/10/30، وأن المستأنف لم يشارك في صفقات اخرى

1-حيث جاء فيها"...يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض،عندما يكون ذلك ممكنا ،مع تحديد السعر واجال الانجاز وكل العناصر التي

سمحت باختيار حائز الصفقة..."

2أنظر المادة 82 الفقرة 4،من المرسوم الرئاسي 247/15،السالف الذكر.

املا في الحصول على هذه الصفقة وبحيث ان البلدية قامت بمنح الصفقة للسيد (عف) والذي رفضت لجنة تقييم العروض عرضه اضافة الى 9 مترشحين عف 2001/06/26، وحيث ان البلدية لم تأخذ بعين الاعتبار احكام المرسوم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 كما قامت بارتكاب مخالفة لقانون الصفقات العمومية والحقت اضرارا بالمستأنف وأن الجهة القضائية الاولى وبفصلها على هذا النحو فأنها قدرت الوقائع تقديرا سليما واحسنت تطبيق القانون مما يتعين تأييد القرار في كافة مقتضياته<sup>1</sup>.

إن قرار مجلس الدولة السالف الذكر قد أصاب برفض الاستئناف الذي قدمته تأييد على إلغاء قرار منح الصفقة وذلك لان المصلحة المتعاقدة قد خالفت شرطا جوهريا في اختيار المتعاقد معها وذلك لأن القانون يستوجب ان يكون المتعهد الفائز بالصفقة من بين المترشحين الذين اجتازوا مرحلة تقييم العروض بنجاح وبالتالي يكون ملفه حائزا على القبول، وهذا مالم يحدث مع المتعهد الذي منحه البلدية الصفقة. يقوم القاضي الإداري بإلغاء قرار منح الصفقة العمومية غير المشروع ولكن اختصاصه لا يتعدى إلى تعويض المتضرر، لأن ذلك من اختصاص القضاء الكامل لا التعويض، وهذا ما أقره مجلس الدولة في قضية والي ولاية بومرداس ضد شركة "فويد" في 2004/02/06<sup>2</sup>.

**5- قرار الحرمان من دخول الصفقة:** تملك المصلحة المتعاقدة الحق في إصدار قرار حرمان بعض المتعاملين من دخول الصفقة ولو توفرت في عروضهم كافة الشروط المطلوبة، لكن لا يكون ذلك قانونيا الا في حالة توفر سبب يبرر الحاجة الى ذلك ويكون الحرمان من دخول الصفقة بنوعين حرمان جزائي ويعني أن يكون السبب جزائيا يحرم بموجبه المتعهد

1 قرار مجلس الدولة رقم 14637 الصادر بتاريخ 2004/06/15، قضية (بلدية العلمة)/ضد (ه.ع) نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء

الإداري، ط1 ج2، منشورات كليك، 2013، ص، 1254، 1255.

2 حيث جاء في القرار أنه "...حيث أنه ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية موضوعها إلغاء قرار المنح المؤقت الصادر عن الإدارة لعدم مشروعيته... وأن قضاة أول درجة استجابوا

لذلك وقضوا بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة والقاضي بإلغاء المنح المؤقت للصفقة محل النزاع على أساس ذلك تم بدون مبرر قانوني مما يعد مساسا بمبدأ المشروعية...". القرار متاح

على الموقع الرسمي لمجلس الدولة على الرابط

التالي:

<https://www.conseildetat.dz/ar/search/node/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%20%D8%B5%D9%81%D9%82%D8%A9%20%D8%B9>

14 : 56 . 2021/01/15 تاريخ الإطلاع [%D9%85%D9%88%D9%85%D9%8A%D8%A9](https://www.conseildetat.dz/ar/search/node/%D9%85%D9%88%D9%85%D9%8A%D8%A9)

الطبيعي أو المعنوي، ويكون في شكل عقوبة أصلية أو تبعية توقع على المتقدم بالعرض أو إثبات حالة رشوة أو غش سابقة لهم مع المصلحة المتعاقدة.

وقد يكون حرمانا وقائيا وذلك لحماية المصلحة العامة، فتحرم فئة معينة من دخول الصفقة مثال على ذلك منع موظفي الإدارة ذاتها من تقديم العطاءات<sup>1</sup>. وقد بين المشرع الجزائري جميع هذه الحالات من خلال المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

6- **قرار إبرام العقد:** يعتبر قرار إبرام العقد الإداري بمثابة تزكية الانتقاء والاختيار فيدخل بذلك العقد الإداري في مرحلته النهائية، ونظرا لأهمية هذا القرار فقد قرن المشرع الجزائري صحته في موافقة جهات معينة هي مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، مسؤول المجلس الشعبي البلدي المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية<sup>2</sup>.

تعتبر قرارات إبرام العقد الإداري قرارات منفصلة عنه وقابلة للطعن امام القضاء الإداري ويعد ذلك تطورا ملحوظا في القضاء الإداري، ومثلا قد أقرت محكمة القضاء الإداري في مصر بقبولية قرار الإبرام بالانفصال وقابليته للطعن امام قاضي الإلغاء وقد جاء منطوق الحكم على النحو التالي «القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بأبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا بقصد أحداث أثر قانوني معين ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمر جائزا قانونا لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات رية وقوانين هيئات القضاء الإداري. أن يقوم طلب الإلغاء على اساس عدم مشروعية القرار الإداري محل الطعن ولا ينظر في مخالفة الإدارة للالتزام تعاقدية<sup>3</sup>.

### ثانيا: القرارات المنفصلة في مرحلة التنفيذ

إن المجال الرئيسي لتطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية هو القرارات المتصلة بمرحلة تكوين العقد، والقرارات المتصلة بمرحلة تكوين العقد وذلك لان الإدارة تنقيد في إبرام عقودها بالكثير ممن القيود ولا تكون حرة في اختيار المتعاقد معها

1- الزهرة برة، عمار زعبي، مرجع سابق، ص 96.

2 انظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

3 غير أن مجلس الدولة الفرنسي وسع من تفسير هذه النظرية لتشمل حتى المتعاقد مع الإدارة، لكن ليس استنادا الى خرق الإدارة لبند العقد ولكن نظرا لمخالفتها للشروط والاجراءات

المنصوص عليها في القوانين واللوائح للتفصيل في ذلك انظر: سليمان السعيد، مرجع سابق، ص 14، بدوح حمامة، مرجع سابق، ص 113.

فيلزمها القانون اتباع اجراءات معينه، وخلال ذلك أجاز مجلس الدولة الفرنسي والمصري فيها الطعن بالإلغاء من غير المتعاقد<sup>1</sup>

إلا أنه هناك قرارات تصدر بعد إبرام العقد الاداري وتتعلق بتنفيذه فالسؤال المطروح هنا ما مدقالبية القرارات المنفصلة المتعلقة بالتنفيذ للطعن فيها بالإلغاء؟

تنقسم القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الاداري إلى قرارات تهدف الى حث المتعاقد على التنفيذ وقرارات تهدف الى توقيع عقوبات على المتعاقد المقصر في اداء التنفيذ وقرارات تتعلق بأجراء تعديلات في عقود الادارة، بناء على سلطتها في التعديل<sup>2</sup>.

والملاحظ ان القرارات الادارية الصادرة في مرحلة الإبرام، متعددة الواجهه كما بينا سابقا أما القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ، فإن أغلبيتها متصلة بالعقد وغير قابلة للانفصال وذلك لأنها مجرد اجراءات ليس لها صفة القرار لأنها طبيعتها وذاتيتها القانونية وتندمج في العملية العقدية وتكون جزءا لا يتجزأ منه وبالتالي تدخل في اختصاص قاضي العقد.

وقد اخذ مجلس الدولة بهذه القاعدة في كثير من أحكامه منها حكمه في منازعات عقد مديرية والتي يقول فيها "ان النزاع يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب المديرية فانه يخضع بناءات على ذلك الاختصاص لقاضي العقود"<sup>3</sup>.

كما أن محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ 1963/03/21 في الدعوى رقم 329 ذهبت في ذات السياق الذي سبقها إليه مجلس الدولة الفرنسي حيث خلصت إلى أن ".... القرارات اللاحقة لأبرام العقد تكون مستندة الى السلطة العقدية ويراعى في هذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء تنفيذ العقد وهذه وحدها هي التي تدخل في منطقة النزاع العقد وليارد عليها طلب الالغاء"<sup>4</sup>

وإذا كان الغير له صفة تجيز له الطعن في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الاداري في مرحلة .... القرارات فيما يخص بمرحلة التنفيذ لا يكون له صفة في تنفيذ العقد فلا يهتم بالعقد إلا المتعامل المتعاقد مع الادارة، والادارة نفسها لان من يكون له مصلحة في الطعن

1محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتي الانقضاء والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 155، 2011.

2- يوسف بن مصباح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، 258.

3- « Le porte sur l'exécution de contrats passé pour le compte du département et relève dès lors de la compétence du juge du contrat »

,C.E.5 janvier 1944 ,Sainton ,p3.

4- يوسف بن مصباح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص295.

في العقود اثناء التنفيذ يؤسس ذلك على مخالفة الشروط التعاقدية ومخالفة هذه الاخيرة لا تبني على الطعن بالإلغاء.

وبالرغم من ذلك فهناك رأي يقر بأن مجال تطبيق دعوى الالغاء في مرحلة تنفيذ العقد الاداري في الوقت الحالي ضيق لكنه سيتوسع في المستقبل اكيد<sup>1</sup>.

ان القضاء الاداري بذلك يكون قد حصر قابلية الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية من خلال القرارات المتعلقة بالأبرام وذلك لأنها تعتبر قرارات لأنها إلى السلطة العامة لجهة لأنها أصدرتها مستعينة في ذلك بامتيازات السلطة العامة الممنوحة لها بموجب لأنها بوصفها جهة تعاقد حيث أن العقد لم يكن حال إصداره تلك القرارات الادارية قد انعقد.

بالنسبة للقضاء الاداري الجزائري فقد سار على نفس نهج نظيره الفرنسي والمصري وأقر برفض القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الاداري بالطعن بالإلغاء،

ونذكر من ذلك قرار الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى للقضاء الصادر في 1966/12/16

في قضية بالإلغاء ذهبنا إلى أن القرارات الادارية التي تهدف إلى حسن تنفيذ عقد الاشغال العامة، قرارات ادارية متصلة وغير منفصلة عن العملية العقدية وفقا للمعيار المادي الموضوعي، والذاتيا لخصيصا لمطبق العقدية وفقا للقرارات الادارية المرتبطة بالعمليات الادارية المركبة، وفصلها<sup>2</sup>، ومن خلال ذلك فقد رفضت الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى للقضاء دعوى الالغاء المرفوعة من طرف شركة الموضوعي، والذاتي القرار المتصل بتنفيذ عقد الاشغال العامة.

كما ذهبت الغرفة الادارية بالمحكمة العليا في نفس الاتجاه في قرارها الصادر في 1968/11/29 في قضية شركة المعادن لسيدي معروف حيث اعتبرت الغرفة الادارية قرار سحب عقد الامتياز من شركة المعادن قرار اداري متلولا يمكن فصله عن عقد الامتياز ماديا وذاتيا لأنه ناتج عن عملية تنفيذ العقد ومن ثم رفضت دعوى الالغاء المقدمة من الشركة السالفة الذكر لأنه قرار غير منفصلون ثم يدخل كعنصر من عناصر دعوى العقد التي تختص بها الغرفة الادارية بالمجلس القضائي<sup>3</sup>.

1) - « La place du recours pour exes de pouvoir est de moins en moins restreénte dans le domaine de léxecution contractuelle et sans

doute est -elle encore susceptible de developper.... » .Denys de bechillon et philippe terneyere,op,cit,p56.

2) - عمار عوايدي، مرجع سابق، ص، 463.

3 نفس المرجع، ص، 464.

إن رأي القضاء الإداري المقارن والجزائري في عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد بتنفيذ يدم طويلا فقد سمح القضاء الإداري الفرنسي والمصري الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد الإداري بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة وحتى الغير الاجنبي عن العقد الإداري، وهذا خلافا للقضاء الجزائري الذي ظل متمسكا بعدم جوازيه ذلك.<sup>1</sup>، إن الاتجاه الرافض سابقا للطعن بالإلغاء من طرف الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود كان ينبني على أن وضع الغير في مرحلة تنفيذ العقد الإداري يختلف عن وضعهم في مرحلة الإبرام والتي تكون لهم فيها مصلحة في العقد في حين أنهم في مرحلة تنفيذ العقد لا مصلحة لهم فالمصلحة من العقد تعود على الأطراف المتعاقدة فقط دون سواهم، ولكن رغبة مجلس الدولة الفرنسي من اتباع مبادئ العدالة والانصاف فيما يتعلق بالغير تخلى عن رأيه السابق وقبل دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد هذه القرارات واعتبرها قرارات منفصلة، كان أول حكم طبق من خلاله مجلس الدولة الرأي السابق ذلك الصادر في 1964/04/24، والذي جاء فيه أن الشركة لم تكن طرفا في العقد ومن ثم فلا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في الصعوبات التي تقع أثناء تنفيذ الاتفاقية، إلا أنها بصفتها من الغير بالنسبة للاتفاقيات يقبل طعنها أمام قاضي تجاوز السلطة، إذ أن القرارات كافة التي على الرغم من تعلقها بإبرام العقد أو تنفيذه يمكن مع ذلك اعتبارها قرارات قابلة للانفصال عن العقد.<sup>2</sup>

إن القرار السالف الذكر قد ألغى التوجهات القديمة لمجلس الدولة الفرنسي وألغى بذلك التمييز بين القرارات الصادرة في مرحلة الإبرام، وتلك الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري وبالتالي قبول الطعون المرفوعة من الغير بصفة عامة. وتوالت بعد ذلك الأحكام التي رسخت هذا التوجه في جميع أنواع العقود الإدارية.<sup>3</sup>

### ثالثا-القرارات المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز:

إن عقد الامتياز أو عقد الالتزام هو عقد يبرم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين أحد أشخاص القانون الخاص ويتعهد هذا الأخير بمقتضاه القيام على نفقته ومسئوليته

1-زينب سالم، مرجع سابق، ص 111 .

2زينب سالم، مرجع سابق، ص 114.

3-نفس المرجع ص 115 و ما بعدها.

بأداء خدمة عامة للجمهور تحت رقابة الشخص المعنوي العام ولمدة زمنية معينة<sup>1</sup>. إن عقد الامتياز هو عقد إداري والمنازعات الناشئة عنه تختص بالفصل فيها هيئات القضاء الخاص ويتعهد في ولاية القضاء الكامل.

غير أنه كما رأينا سابق في حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكم مارتين الصادر في 1906/12/21، قد خرج عن المفهوم السابق وسمح للمستفيدين من عقود امتياز المرافق العامة الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر عن الإدارة في علاقتها مع الملتزم والتي قد تتضمن الإخلال بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ومرجع ذلك الطبيعة اللائحة لجانب من الشروط التي يتضمنها ذلك اللائحة الذي يترتب عليه أن خروج كل من الإدارة أو الملتزم على هذه الشروط لا يتضمن إخلالا بأحد الالتزامات التي يتضمنها العقد اللائحة ينطوي على مخالفة للقاعدة اللحية التنظيمية مما يجعل القرار غير مشروع فالعقد الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية القانونية المركبة كلها، أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له<sup>2</sup>، وعليه يتقدم المنتفع إلى الجهة الإدارية المختصة طالبا منها التدخل بناء على سلطتها الإدارية لتجبر الملتزم على احترام شروط العقد فإذا رفضت حق للمنتفع أن يطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء.

إن السماح للغير المنتفعين من الامتياز بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية<sup>3</sup> غير المشروعة الصادرة بصدد ذلك تمثل ضمانا قوية لحماية حقوق الافراد تجاه الإدارة وصاحب الامتياز. إن عقد الامتياز يمر بمراحل متعددة للوصول الى صورته النهائية وتصدر خلالها قرارات إدارية منفصلة قد تكون في المرحلة الاولى قرارات منح الامتياز مثلا في قطاع الاستثمار يعتبر قرار المنح الصادر من الوالي بمنح قطعة أرض للاستثمار قرار إداري قابل للانفصال عن عقد الامتياز، بحيث يمكن الطعن فيه بالإلغاء طبقا للمعيار العضوي أمام المحاكم

1- عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2009، ص174.

(2)- أنظر في ذلك كلا من عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص349، محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص158، أنور طلبة، مرجع سابق، ص174.

(3)- يجد بنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن هناك بعض المنازعات التي قد تثار بين المنتفع والملتزم وتدخل في اختصاص القضاء العادي، مثل العقود المتعلقة بشأن تحديد شروط

الانتفاع وأوضاعه تعد من عقود القانون الخاص بالنظر الى طبيعة المرافق التي تدار عن طريق الامتياز (المرافق الاقتصادية)، عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص174.

الإدارية وفقا لنص المادة 801 من بالإلغاء في حالة ما شاب القرار وجه من اوجه عدم المشروعية وذلك مع الاخذ بعين الاعتبار الاجراءات السابقة على اصدار قرار المنح<sup>1</sup>. وقد قبل مجلس الدولة الطعون المرفوعة ضد قرارات منح لعقود امتياز مثال على ذلك قراره الصادر في 2009/04/29 في قضية (م.م) ضد والي ولاية ورقلة حول عقد امتياز لتسيير محطات نقل المسافرين حيث أن المستأنف قد أبرم عقد امتياز مع ر.ف.ك البلدي لتسيير محطة لتقل المسافرين، وبالرجوع الى المادة 07 من المرسوم 04-17 فإن الوالي هو المختص في اصدار قرار المنح بالامتياز لان المحطة المذكورة هي ذات منفعة جهوية ووطنية ووفقا لذلك قرر مجلس الدولة قبول الاستئناف شكلا وتأييد القرار المستأنف<sup>2</sup>.

كذلك تصدر قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز في المرحلة الثانية كقرارات سحب جزء من الامتيازات فإن هذه القرارات يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء بالإلغاء على ذلك القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/02/11 في قضية والي ولاية الجزائر ضد شركة (بالإلغاء)، والذي يتمحور حول سحب عقد الامتياز والذي جاء فيه أنه وما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن سحب عقد اداري من طرف السلطة الادارية المانحة له ، لا يمكن القيام به إلا في أجال محددة بالإلغاء في قضية الحال أن المستأنف قد اصدار بإلغاء عقد امتياز الممنوح للمستأنف عليه بعد اقتضاء المدة وهذا من قبيل تجاوز السلطة<sup>3</sup>.

ويتبين لنا من خلال القرار السالف الذكر انه يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى إلغاء ضد قرار الادارة والذي تصرح فيه بإرادتها بسحب عقد الامتياز من الشخص صاحب الامتياز، على أن يرفع ذلك في الآجال المحددة لرفع دعوى الالغاء الواردة بموجب المادة 829 من قانون الاجراءات المدنية

والادارية. أخيرا قد تنثور هنا كمنازعات تحول لقرارات تقرب بسخفا لعقد الامتياز ويجوز كذلك الطعن فيها بالإلغاء .

من خلال التطرق الى إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقود الادارية فقد لاحظنا أن هذه النظرية قد قوبلت بالرفض من طرف القضاء الاداري المقارن بحجة وجود دعوى موازية

1 إن صدور قرار المنح في مجال الاستثمار يرتبط باجراءات ادارية كثيرة تسبقه،هوق تطرقت اليها التعليمية الوزارية المشتركة 001 المؤرخة في 06 اوت 2015،أنظر لكل

مخلوف،مرجع سابق،ص267 وما بعدها.

2-قرار مجلس الدولة الصادر في 2009/04/24 في قضية (م.م) /ضد والي ولاية ورقلة،نقلا عن سايب جمال،رشيد خلوفي،الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري،ج3،ط1،مرجع

سابق،صص،،1638،1639.

(3)-نفس المرجع،صص،1478،1476.

يمكن للمتعاقد المتضرر اللجوء إليها ووجود حقوق مكتسبة قد تتأثر من هذا الطعن، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ورغبة منه للحفاظ على حقوق الغير المتعاقد والذي لا يمكنه رفع دعوى موازية أمام قاضي العقد، حتى ولو تضرر من هذا إليها ووجود أعاد النظر في اتجاهه وعدل عنه وأجاز بذلك إمكانية خضوع القرارات المنفصلة عن العقد الإداري سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ لقاضي الإلغاء.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أصدر قانون رقم 82/623 الصادر في 1982/07/22، المتعلق بإصلاح وسائل الرقابة على الجماعات المحلية وبموجب ذلك فإن الهيئات المحلية لا تعد عقودها نافذة إلا بعد تحويلها إلى ممثل الدولة والذي يمكن أن يطعن فيها بالإلغاء خلال شهرين أمام المحكمة بالإلغاء حالة عدم مشروعيتها وذلك بناءً على طلب من الغير المتضرر وبذلك فقد أنشأ القانون والقضاء الإداري الفرنسي مفهوماً جديداً والذي من خلال يمكن الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري بذاته<sup>1</sup>.

بالنسبة للقضاء الإداري المصري فقد كان رافضاً للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، كما سار القضاء الإداري الجزائري على نفس النهج مثال على ذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 2004/06/24 والذي أقر فيه عدم اختصاصه بالفصل في طلب إبطال عقد إداري موضحة أن العقد الذي يطلب إبطاله جزئياً هو عقد ملزم من جانبين ومن ثم فهو يدخل ضمن منازعات القضاء الكامل<sup>2</sup>.

إن مجلس الدولة في القرار السابق قد رفض إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد الإداري بذاته وذلك لأن الشروط الواردة في العقد الإداري إنما تعبر عن تلاقي إرادتين وبناءً عليه ينتج عنها حقوق ذاتية وشخصية للطرفين، وبالتالي فإن المنازعة لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء بصفة كلية وهو ما يبدو لنا أمراً مقبولاً ومنطقياً وعدم سير مجلس الدولة الجزائري على خطى نظيره الفرنسي لا يعد في نظرنا انتقاصاً بل هو يطبق القواعد القانونية والتي لم يرد فيها أحكام تشير إلى إمكانية إلغاء العقود الإدارية بذاتها.

1 زينب سالم، مرجع سالم، ص 118.

2 قرار مجلس الدولة رقم 7130، الغرفة الثانية، الصادر بتاريخ 2004/06/24، قضية (ا.ن.) ضد والي ولاية سكيكدة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2002، ص 148.

### المطلب الثاني: قواعد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية

تعتبر قاعدة الاختصاص من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية الاختصاص كان نوعها حيث أن القاضي الإداري لا يتطرق إلى البحث عن احترام الشروط الأخرى إلا إذا تبين له أنه مختص نوعيا وإقليميا<sup>1</sup>؛ أما الاختصاص النوعي فهو أهلية القاضي القانونية التي تمكنه الفصل في نوع من النزاعات الإدارية التي توكل له بحكم طبيعة أحد أطراف النزاع أو طبيعة النشاط<sup>2</sup>؛ معنى ذلك أن القاضي يباشر صلاحيته في الفصل في نزاعات معينة بناء على توجيه من الاختصاص غير المعقول أن تصدر محكمة معينة قرارات وأحكام دون صلاحية قانونية تجيز لها ذلك وهذا ما أكده الفقيه دلفوفيه بقوله "إذا كانت المحكمة مكلفة بقول الحق فإنه يتعين قبل ذلك أن يكون لها الحق في قوله"<sup>3</sup>.

هذا يؤكد أن فكرة التنظيم القضائي تقتضي ضبط قواعد اختصاص كل هيئة قضائية ووضع معالم توضح حدود اختصاصاتها لتقادي الدخول في مشكلة عدم الاختصاص، التي تؤثر على مكانة القاضي من جهة وعلى حقوق وحريات الأفراد الذين يلجؤون للقضاء الإداري لاسترجاعها والحفاظ عليها. وهذا ما يحيلنا إلى توضيح الاختصاص النوعي للمحاكم (فرع أول) ثم الانتقال إلى توضيح الاختصاص النوعي لمجلس الدولة (فرع ثان)

#### الفرع الأول: الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية

بعد معرفة الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات العقود الإدارية وهي القضاء الإداري كأصل عام وهذا اعتمادا على المعيار العضوي، والذي جاءت به المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية الملغى الصادر بموجب القانون 66-154، والتي قامت بدورها في تحديد الاختصاص القضائي الإداري المادة 800 من ق.إ.م.إ، وهوما يعرف بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية (أولا)، كما حدد بموجب المادة 808 الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية (ثانيا)

1- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعوى وطرق الطعن الإدارية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 80.

2 نفس المرجع، ص 254.

3 - نقلا عن عادل بوعمران بدروس في المنازعات الإدارية (دراسة تحليلية نقدية ومقارنة) دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 182.

## أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية

تختص المحاكم الإدارية وفقاً للمعيار العضوي، بالنظر في المنازعات التي تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها. وأن الضابط الأساسي لتحديد اختصاصها هو اتصال الجهة الإدارية بالمنازعة وذلك تكريماً للمعيار العضوي. إن الحكمة التي ابتغاها المشرع الجزائري من وراء حصر اختصاص المحاكم الإدارية في منازعات إدارية معينة هو من أجل تقصي الحقيقة في الدعوى المرفوعة والحفاظ على المراكز القانونية للمتعاملين مع الإدارة، لأن المحكمة الإدارية هي من يقرر كيفية إنهاء النزاع سواء بإجراء صلح أو بتنفيذ حكم<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى قانون المحاكم الإدارية 98-02، نجد أن المادة الأولى منه تقر بأن هذه الأخيرة هي جهة قضائية إدارية تنظر في المادة الإدارية<sup>2</sup>، ويفهم من ذلك أنها الجهة المخول لها قانوناً الفصل في المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنها العقود الإدارية. تظهر المحكمة الإدارية على أنها المختصة في منازعات العقود الإدارية وذلك على حساب اختصاص مجلس الدولة وذلك رجوعاً إلى الاختصاصات الموكلة لها بموجب المادة 801 من ق.إ.م.إ، والتي أوكلت لها مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلغاءً أو تعويضاً وبالرغم من أن النص القانوني لم يورد فيه ذكر العقود الإدارية وذلك لأنها تدخل في ولاية القضاء الكامل فيما يمكن وصفه بالمبدأ العام للعقود الإدارية<sup>3</sup>، وذلك لأن صلاحيات القاضي الإداري تمتد ليس فقط لتعويض الضرر الحاصل على المتعاقد، وإنما تتجاوز ذلك إلى الحكم ببطلان العقد أو فسخه .

إن المشرع الجزائري بإحالته لاختصاص النظر في دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية ضد القرارات الصادرة عن السلطات المركزية ابتدائياً ونهائياً إلى مجلس الدولة، إضافة إلى اختصاصها بالفصل في الطعون المخولة له بموجب نصوص خاصة وذلك وفق المادة 901 من ق.إ.م.إ فيما أنه يختص بالفصل استثنافاً في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية وذلك وفقاً لما جاء في المادة 902 من نفس القانون.

1 حسين فريجة، مرجع سابق، ص 152.

2 حيث جاءت المادة على النحو التالي: تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية يحدد عددها واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم

3 صفاء محمود السوليمين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد الأول، 2015، ص 183.

إن مضمون المادتين السالفتين الذكر يلفت انتباهنا إلى أن المشرع اعتمد في تحديد الاختصاص القضائي عي نوع القرار الإداري، وفقا لذلك تم توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة وأكد بذلك وجهة نظره التي جاءت بها المادة 800 من ق.إ.م.إ بأن المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية وهذا يعني ان الإختصاصات المعهودة لمجلس الدولة محدودة ومحصورة في نصوص القانون العضوي 98-01 المعدل والمتمم تحديدا المواد 09،10،11 منه، وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية المبينة في كل من المادة 901 و902 و903 بالإضافة إلى القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة<sup>1</sup>.

وفيما يخص اختصاص القضاء في منازعات العقود الإدارية فقد تأكد أن المحاكم الإدارية هي الجهة المعهود لها ذلك وفقا لنص المادة 3/804 من ق.إ.م.إ والتي جاءت على النحو التالي:

"خلافًا لأحكام المادة 803 المبينة أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه..... في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه،"

إن المحاكم الإدارية هي المختصة في منازعات العقود الإدارية أعلاه، ترفع أوجه هذا الاختصاص فقد يختص بها قاضي الموضوع وهذا بشكل أساسي وقد يختص بها قاضي الإلغاء وذلك في حالة القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية كما أن هناك حالات يفصل فيها القاضي الاستعجالي.

وبالرغم من ذلك فإن اختصاص المحاكم الإدارية ليس مطلقا فقد يختص مجلس الدولة في الطعون المرفوعة أمامه والمتعلقة بإلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية التي تبرمها أشخاص القانون العام المركزية والتي جاء في المادة 800 من ق.إ.م.إ وهذا تحت مسمى الدولة. ويفصل فيها ابتدائيا ونهائيا ذلك لأنه قد تلجأ السلطات الإدارية المركزية بتعاقدات قصد إنجاز الأشغال العامة لإنشاء الطرق الكبرى أو تشييد مباني وموانئ ومطارات، الخ وذلك في حدود اختصاصها المخول لها قانونا.

1 عبد الحميد بن عيشة، إشكالات الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 203.

إن الإجراءات والشروط القانونية الواجبة لتحريك الدعاوى أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة متقاربة إلى حد كبير، وذلك لا يمنع من وجود اختلافات بسيطة قد يشترطها القانون لممارسة حق التقاضي أمام مجلس الدولة، مثلا في حالة المتعاقد الأجنبي فإن القانون يكفل له رفع دعوى أمام مجلس الدولة، كما أنه له الحق في التوجه إلى محكمة دولية تحكيمية<sup>1</sup>.

إن توزيع الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، يعتبر من النظام العام فلا يمكن الاتفاق على مخالفته ويمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الإقليمي من أحد الخصوم أو من طرف القاضي في أي مرحلة من مراحل الخصومة القضائية<sup>2</sup> وهذا يؤكد على أهميته البالغة. إلا أن ذلك لا يمنع في بعض الأحيان أن تكون اختلافات فيما يخص قواعد الاختصاص القضائي بالرغم من أن المشرع الجزائري قد حدد مجال اختصاص هيئات القضاء الإداري وينتج عن ذلك رفع دعوى إدارية أمام الجهة الخاطئة مما قد يؤدي إلى التصريح السلبي أو الإيجابي من المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة. لكننا بالرجوع إلى ق.إ.م.إ نجد بأن المشرع قد وضع الحل بالنسبة لهذه الحالات المحتمل وقوعها وتحديد في نص المادة 808 منه والتي جاءت على النحو التالي «يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمتين إداريتين إلى مجلس الدولة<sup>3</sup>، كما انه يمكن أن تخطر المحكمة الإدارية بطلبات مرتبطة بدعوى معروضة أمامها وفي نفس الوقت تكون نفس الطلبات مرتبطة بدعوى مرفوعة أمام مجلس الدولة فيقوم رئيس المحكمة الإدارية بتحويل الملف إلى مجلس الدولة. ويترتب على قرار الإحالة إرجاء البث في الخصومة إلى حين غاية أن يفصل مجلس الدولة في الارتباط، ويكون قرار الإحالة غير قابل للطعن<sup>4</sup>.

### ثانيا: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية

تظهر أهمية تحديد الاختصاص الإقليمي في حالة تواجد جهات قضائية كثيرة، مثل المحاكم والمحاكم الإدارية لأن هذا الأمر لا يثير اشكالا في حالة وجود هيئة واحدة تنفرد باختصاص

1 عمر بوجادي، مرجع سابق، ص، 257.

2 -أنظر المادة 807، قانون الإجراءات المدنية والإداري، السالف الذكر .

3 -حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 349.

4 أنظر المادة 812، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر .

معين مثل مجلس الدولة والمحكمة العليا ويعني أهلية القاضي الإداري التي تخول له بموجب القانون للفصل في المنازعات الإدارية التي تقع في إقليم محدد<sup>1</sup>. تختص المحاكم الإدارية بالمنازعات الخاصة بالمصالح الإدارية والهيئات العامة الإدارية التي تكون من نطاق إقليمي معين ولما كان الهدف من توزيع الاختصاص مكانيا بين المحاكم الإدارية، هو تيسير نظر المنازعة الإدارية أمام المحاكم الإدارية والقرب إلى الجهات الإدارية الموجود بها عناصر المنازعة وأوراقها وبالتالي فإن الدعوى ترفع على الجهة الإدارية التي اتخذت القرار أمام المحكمة الإدارية التي يؤول إليها الاختصاص<sup>2</sup>، وقد ورد في القانون 98-01 المتعلق بالمحاكم الإدارية بأن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية يحدد عن طريق التنظيم وهوما تؤكد بصدور المرسوم رقم 98-356 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 11/195<sup>3</sup>.

إن تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية كما رأينا سابقا يتحدد بناءات على الجهة مصدرة القرار أو المبرمة للعقد الإداري وذلك على أساس المعيار العضوي إلا أن الأمر يختلف في تحديد الاختصاص الإقليمي والذي أشارت له المادة 803 من ق.إ.م.إ. محيلة في ذلك إلى المادتين 37 و38 من نفس القانون والتي تطبق على المنازعات الإدارية والمدنية على حد سواء، حيث يقوم المبدأ على أنه تختص الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإذا تخلف هذا الشرط يؤخذ باخر موطن لهوفي حالة اختيار الموطن يؤلااختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار طبقا للقانون، و في حالة تعدد الأطراف المدعى عليهم يختار موطن لاحدهم ويدخل في اختصاص المحكمة المختصة إقليميا<sup>4</sup>، بإسقاط محتوى المادتين السابقتين على المنازعات الإدارية فإن موطن المدعى عليه يكون مقر أحد أشخاص القانون العام الوارد ذكرها في المادة 800 من ق.إ.م.إ.

هذا كان بالنسبة لتحديد الاختصاص الإقليمي في المنازعات الإدارية بشكل عام لكن المشرع الجزائري قد حدد الاختصاص الإقليمي في منازعات العقود الإدارية في المادة 804 من

1 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص)، ج1، مرجع سابق، ص، 256.

2 - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، مرجع سابق، ص، 338.

3 المرسوم التنفيذي 98-356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 11-195 المؤرخ في 22 ماي 2011، ج.ر. عدد 29 والذي يحدد كليات تطبيق أحكام

القانون رقم 98-02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في 30 ماي 1998.

4 - أنظر المواد 37 و38، قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

نفس القانون، حيث يؤول إلى المحكمة الواقعة في إقليم إبرام العقد الإداري (أ)، أو المحكمة الواقعة في إقليم تنفيذ العقد (ب)، ولعل ذلك راجع إلى الرغبة في تسهيل إجراءات التحقيق، وذلك سواء كانت المنازعات متعلقة بعقود أشغال عامة أو توريدات.

### 1- الاختصاص الإقليمي على أساس مكان إبرام العقد:

إن الاعتماد على مكان إبرام العقد كمبدأ لتحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم يفتح مجالاً لتنازع الاختصاص بالفقرة الثالثة من المادة 804 تسمح للخصوم باختيار مكان إبرام العقد أو تنفيذه للتوجه للمحكمة الإدارية الواقعة في الإقليم الذي يختارونه فقد يرفع المدعي دعوى إدارية على أساس إبرام العقد، فيقوم المدعى عليه بصد الدعوى القضائية اعتماداً على مكان تنفيذ العقد<sup>1</sup>، مما قد يؤدي ذلك إرهاباً للطرف الأخر خاصة إذا أخذنا مكان بأن يكون مكان تنفيذ العقد بعيد جداً عن مكان إقامته.

كذلك إن اعتبار مكان إبرام العقد كأساس لتحديد الاختصاص الإقليمي قد يؤدي إلى زيادة الأعباء وتراكم القضايا على محاكم إدارية دون أخرى ويتجلى ذلك خاصة في المحكمة الإدارية الموجودة على مستوى العاصمة والتي تكون فيها كل المؤسسات والهيئات الإدارية الكبرى التي تقوم بتعاقدات مع الأفراد، والتي يمتد مكان تنفيذ هذه الأخيرة إلى جميع أقاليم الدولة لكن مكان الإبرام واحد مما يؤدي إلى عرقلة نشاط القضاء الإداري.

### 2- مكان تنفيذ العقد كأساس للاختصاص الإقليمي:

يشمل هذا المبدأ العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها إذا أراد المدعي أن يختار التوجه إلى المحكمة الإدارية الواقعة في مكان تنفيذ العقد. إن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 804 أشار إلى عقد الأشغال العامة فيؤول الاختصاص للمحكمة الواقعة محل تنفيذ الأشغال والتي تختص كذلك بطلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن الأشغال العامة وهي كل ضرر يتصل من قريب أو من بعيد بالأشغال العامة وكل ضرر كان سببه المباشر، أو غير المباشر اشغالا أو منشآت عامة<sup>2</sup>، كما أن القضاء الإداري ذهب إلى أبعد من ذلك واعتبر أن الأشغال العامة تشمل الأشغال التي قامت بها الإدارة والأشغال الواجبة عليها ولم تفعلها يعني كل عمل ملقى على عاتقها سواء قامت به أم تركته فاعتبر بذلك مثلاً

1 عمر بوجادي، مرجع سابق، ص 94، 95.

2 حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، ط2، مرجع سابق، ص 157.

الاضرار التي لحقت بمقاول وجرفت له مواد البناء جراء تدفق مياه الأمطار عن طريق واد بسبب اهمال الادارة وتقاعسها عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة وذلك بتوفير مكان مخصص لحماية مواد البناء من التلف<sup>1</sup>. ظهرت مسؤولية الدولة عن الاشغال العامة منذ الاستقلال فقد حكمت الغرفة الادارية بقسنطينة بمسؤولية البلدية عن المخاطر المستحدثة بفعل الاشغال العامة في القرار الصادر في 11 سبتمبر 1985، وتعلق هذه القضية بإنجاز جامعة ومسجد الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية حيث ادت تهيئة الارضية الى تهدم فيلا المدعي الذي رفع الدعوى وقضت الغرفة الادارية بالحكم بمسؤولية الاشغال العمومية. ويشترط ان يكون الضرر دائما وتتجاوز خطورتها الاعباء العادية<sup>2</sup>. انطلاقا من ذلك فإن الاشغال العمومية تلحق اضرارا بالغة بالأموال والممتلكات وحتى الاشخاص اثناء تنفيذها لذلك خرج المشرع عن معيار موطن المدعي وأدخل منازعات الاشغال العمومية تحت مبدأ مكان التنفيذ لكي يسهل على القاضي الاداري المختص معاينة الوقائع، وكذلك تظهر هذه القاعدة سهلة وواضحة بالنسبة للشخص الذي يريد أن ينازع الادارة، فيحدد المكان الذي يقوم عليه تنفيذ الاشغال أو العقد الاداري، ويرفع دعواه أمام المحكمة الادارية الموجودة على ذات الاقليم. إلا أن ذلك لا يمنع في كثير من الاحيان من وجود اشكالات خاصة في الاشغال العمومية التي تمتد الى نطاق جغرافي كبير وقد يتعدى هذا النطاق الى أكثر من اقليم بالتالي أكثر من محكمة إدارية مثال على ذلك مشروع الطريق السيار<sup>3</sup>. في السابق خاصة فترة ما بعد الاستقلال لم يكن هذا الاشكال موجودا ذلك لان المشرع كان يعمل بمبدأ الواقعة المولدة للضرر في تحديد الاختصاص الاقليمي في منازعات عقود الاشغال العامة<sup>4</sup> في الاخير يجدر بنا التنويه الى أنه في حالة تعدد أو توسع النطاق المكاني لتنفيذ العقد الاداري وتجنبنا للإشكالات التي تثار حول الجهة القضائية المختصة كان لزاما على المشرع أن يضيف الى هذا المبدأ أن يكون الاختصاص معهودا للمحكمة الادارية الموجودة في مكان التنفيذ الرئيسي للعقد.

1 - قرار مجلس الدولة، الغرفة الثانية، الصادر في 14-02-2000، مجلة مجلس الدولة، العدد الاول، 2002، ص، 107.

2 - قرار الغرفة الادارية بقسنطينة، نقلا عن مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الاداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص، 182.

3 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية (الاطار النظري للمنازعات الادارية)، ج، 2، مرجع سابق، ص، 183.

4 مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الادارية، ج، 2، ط6، مرجع سابق، ص، 158.

## الفرع الثاني: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة

إن إنشاء مجلس الدولة كأعلى هيئة مقومة للإعمال هيئات القضاء الإداري، ما هو إلا ترجمة لرغبة المشرع الجزائري في تبني ازدواجية القضائية، وذلك تيمنا بالتجربة الفرنسية مع بعض الاختلافات والتي أهمها تتعلق في أن مجلس الدولة الفرنسي نشأ في كنف السلطة التنفيذية لإن وظيفته أصلا ترتبط بالإدارة والتي فوضت له هذا الدور. ويمارس كذلك دورا هاما كمستشار للحكومة مما جعله هيئة حكومية إدارية<sup>1</sup>، وذلك على عكس مجلس الدولة الجزائري والذي هو تابع للسلطة القضائية ودليل ذلك أن المادة 152 المنشئة بموجب دستور الجزائر ورد ذكرها في الفصل الثالث من الباب الثاني وهذا الأخير جاء تحت عنوان السلطة القضائية، وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي والمصري، فإن مجلس الدولة في الجزائر يجمع بين وظيفتين إحداهما استشارية والتي أوكلت إليه بموجب المادة 119 من الدستور<sup>2</sup> وبالنسبة للقانون 01-98 فقد جاء في المواد التالية 39، 36، 12، 4 وبالرغم من أن دوره الاستشاري الذي يختص بالجانب التشريعي دون الإداري، أن الدور القضائي والذي يجد أساسها في مواد القانون 01-98 على النحو التالي 09-10-11، كما تضمنت أيضا المواد 902، 903، 901 من ق.إ.م.إ.، يتبين لنا من خلال هذه المواد تعدد مجال اختصاص مجلس الدولة حيث يكون قاضي أول درجة أو ابتدائي في المنازعات المحددة له بموجب القانون (أولا)، كما أنه قاضي آخر درجة في المنازعات الإدارية (ثانيا)، بالإضافة إلى ذلك هو الهيئة المقومة لأعمال هيئات القضاء الإداري باعتباره قاضي نقض (ثالثا).

### أولا: اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة

نصت المادة 09 من القانون العضوي 01-98 "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. إن التعديل الجديد للقانون

1 - عادل بن عمران، دروس في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

2 - حيث جاء في نص المادة 119 تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة ثم يودها الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني" وجاء في قانون

مجلس الدولة التأكيد على ذلك مثلا في المادة 12 منه "يؤدي مجلس الدولة رأيه في المشاريع التي يتم إخطارها بها حسب الأحكام المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، ويقترح التعديلات

التي يراها ضرورية"

98-01 يجعل هذه المادة تتطابق مع المادة 901 من ق.م، من خلال التدقيق في المواد السابقة نستخلص أن اختصاص مجلس الدولة محصور في دعاوى الإلغاء ودعاوى فحص المشروعية ودعاوى التفسير الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية<sup>1</sup>، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل هل يختص مجلس الدولة في التعويض؟

بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية -الملغى- وفقا للمادة 2/276 يجوز للغرفة الإدارية للمحكمة العليا -مجلس الدولة حاليا- الفصل في الطلبات المرتبطة التي تضمنتها نفس العريضة أو عريضة أخرى مرتبطة بالأولى والخاصة بالتعويض عن الضرر المنسوب وقوعه إلى القرار المطعون فيه ، هذه المادة في القانون السابق كانت لها فائدة عملية لأن المتقاضى إذا رفع دعوى أصلية ضد قرار إداري أمام المحكمة العليا ودعوى التعويض المرتبطة بنفس القرار عليه أن يرفع دعوى أخرى أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية المختصة بالفصل ابتدائيا في دعاوى التعويض في منازعات العقود الإدارية<sup>2</sup>.

إذا نظرنا في المادة 809 من ق.إ.م.إ نجدها تنص على "هذا تخطر المحكمة الإدارية بطلبات مستقلة في نفس الدعوى لكنها مرتبطة بعضها يعود إلى اختصاصها والبعض الآخر يعود إلى اختصاص مجلس الدولة يحيل رئيس المحكمة جميع الطلبات إلى مجلس الدولة"<sup>3</sup>.

هذه المادة تعني بأنه عندما تخطر محكمة إدارية بطلبات في عريضة افتتاح الدعوى، وهذه الطلبات تكون مرتبطة ببعضها أي تصب في نفس الدعوى لكن يعود اختصاص جزء منها إلى المحكمة الإدارية التي تنظر في الدعوى والجزء الآخر يعود إلى مجلس الدولة هنا يقوم رئيس المحكمة الإدارية بإحالة ملف القضية ككل إلى مجلس الدولة ومن هذه الطلبات قد تكون طلب تعويض، والذي تختص به المحاكم الإدارية طبقا للمادة 02/801، حيث أنها تختص بالفصل في دعاوى القضاء الكامل والتعويض جزء منه.

1 عمار بوضياف، "المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية" مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 32 وما بعدها.

2 بودوج ماجدة شهنواز، مرجع سابق، ص 245.

3 المادة 809، القانون 09/08، السالف الذكر.

ولعل الغاية من إخراج قضاء التعويض من اختصاص مجلس الدولة راجع إلى طبيعة منازعات قضايا التعويض والتي تتميز بالسهولة والوضوح، حيث لا تحتاج إلى خبرة وكفاءة<sup>1</sup>، كالتالي يتميز بها قضاء مجلس الدولة فقضاة المحاكم الإدارية كفيلة بإنجاز هذه المهمة على أكمل وجه.

هذا بالنسبة للمنازعات الإدارية عامة أما بالنسبة لاختصاص مجلس الدولة في منازعات العقود الإدارية فإنه بالرجوع للمادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية 247/15، فإن مجلس الدولة يختص بإلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والمنظمات المهنية الوطنية. غير أنه يجدر التنويه إلى أن المنظمات المهنية الوطنية لم يرد ذكرها في المادة 6 من المرسوم 247/15.

إن البحث في الاختصاص الابتدائي لمجلس الدولة يستلزم البحث في الجهات الإدارية المعنية في نص المادة 901 والمادة 9 من القانون 01/98 المعدل والمتمم وهي:

### 1- السلطات الإدارية المركزية:

هي جميع السلطات التي لها صلاحية اتخاذ القرارات الإدارية النهائية والتي تتعلق بالوظيفة الإدارية باسم ولحساب الدولة الجزائرية بأكملها<sup>2</sup>، ويمكن تعريفها أيضا بأنها جميع الهيئات الإدارية العليا التي تكون السلطة التنفيذية لممارسة الصلاحيات الإدارية وذلك لتحقيق المصلحة العامة ومن أجل ذلك فقد منحها الدستور سلطات وامتيازات لإصدار القرارات الإدارية ورغم ذلك فقد أخضعها القانون لرقابة مجلس الدولة القضائية ابتدائيا ونهائيا، وذلك لحماية الأفراد من تعسف الإدارة العامة في استعمال السلطة الممنوحة لها<sup>3</sup>، وتضم الهيئات الإدارية المركزية كلا من:

### 2- رئاسة الجمهورية:

1 أنظر عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الإطار النظري للمنازعات الإدارية)، ج1، مرجع سابق، ص144.

2 - عمار عوايدي، دورس في القانون الإداري، مرجع سابق، ص126.

3 - رحمانى راضية، مرجع سابق، ص211.

تقوم رئاسة الجمهورية على مجموعة من الهياكل أهمها الأمانة العامة والمديريات المختلفة والمنظمة بموجب مرسوم رئاسي<sup>1</sup>، يعتبر إن منصب رئيس الجمهورية هو أهم منصب في الإدارة المركزية وإن مجلس الدولة هو المختص بالفصل ابتدائياً ونهائياً في القرارات الصادرة عن رئاسة الجمهورية وجميع مصالحها الإدارية، متى كانت هذه القرارات تتمتع بصفة القرار الإداري<sup>2</sup>.

### 3-الوزير الأول

يختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات والعقود الإدارية الصادرة عن المصالح التابعة للوزير الأول، أو حتى تلك القرارات التي يصدرها الوزير الأول في إطار صلاحياته التنظيمية، بشرط ألا تكون عملاً من أعمال السيادة، بالإضافة إلى ذلك يملك كل وزير في إطار وزارته وباعتباره الرئيس للمرفق العمومي الذي يسيره فيصدر قرارات إدارية فردية أو مشتركة، ويبرمتعاقدات، وهذا لأخيرة تدخل في رقابة مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً.

### 4-الهيئات العمومية الوطنية المستقلة

يقصد بالهيئات العمومية الوطنية السلطات الأخرى غير السلطة التنفيذية كالبرلمان، الجهات القضائية العليا والتي تقوم بإبرام صفقات تتعلق بتسيير مرافقها، ويدخل في هذه الطائفة كذلك الهيئات القائمة في إطار السلطة التنفيذية، مثل المجالس العليا: كالمجلس الإسلامي الأعلى، مجلس المحاسبة<sup>3</sup>،....

تحتاج الدولة لضمان بقائها واستمراريتها أن تقوم بمجموعة متعددة من النشاطات ومن أجل ذلك تحتاج إلى مرافق وطنية مثل مرفق الدفاع الوطني ومرفق الأمن الوطني ومرفق القضاء حين ممارسته لعمل إداري<sup>4</sup>، كما يدخل في ذلك الأعمال الصادرة عن المجلس الأعلى للوظيفة العامة، المجلس الأعلى للتربية المجلس الأعلى للأمن المجلس الأعلى للاقتصادي،

1 أنظر المرسوم 132/94، المحدد للأجهزة والهيئات الداخلية لرئاسة الجمهورية، المؤرخ في 1994/05/29، ج-ر عدد 39، المؤرخة في 1994/06/17، ص 05 وما بعدها.

2 وذلك لأن اختصاص مجلس الدولة في الطعون المرفوعة ضد الأوامر التشريعية والمراسيم الرئاسية التي يصدرها رئيس الجمهورية محل جدل حول طبيعتها هل تدخل في رقابة القضاء الإداري أم تعتبر من أعمال السيادة وبالتالي تكون بمنأى عن أية رقابة قضائية.

3 محمد الصغير بيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 13.

4 عمر بوجادي، مرجع سابق، ص 225.

وكذلك السلطات الأدرية المستقلة أو ما يعرف بسلطات الضبط الاقتصادي والتي تقوم بمراقبة ووضع تدابير لتنظيم النشاط الاقتصادي في الدولة ومن أهمها: سلطة ضبط البريد والمواصلات<sup>1</sup>، لجنة ضبط الكهرباء والغاز<sup>2</sup>، وهذه الهيئات المستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية إلا أن ذلك لم يأتي على صفة العموم بل هناك هيئات لا تتمتع بذلك منها مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية ولجنة الإشراف على التأمينات<sup>3</sup>. يندرج كذلك ضمن اختصاصات مجلس الدولة القضائية ابتدائيا الأعمال الصادرة من السلطات الأخرى التي تنفصل عن السلطة التنفيذية ونعني بذلك السلطتين التشريعية والقضائية وذلك حين قيامها بأعمال ذات صبغة إدارية كأن تبرم صفقات عمومية لتوريد لوازم مكتبية أو للإنجاز أشغال عمومية تنصب حول ترميم أحد مقراتها.

#### 5- المؤسسات العمومية الوطنية:

هي المؤسسات التي تسير مرافق عمومية إدارية وأغلبها يخضع للقانون الإداري وبالتالي النزاعات الناجمة عن أعمالها تخضع للقضاء الإداري والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كثيرة ومتعددة حسب نوع النشاط الذي تقوم به، حيث هناك مؤسسات عمومية ذات طابع إداري يكون نشاطها علميا كالجامعات، المعاهد الوطنية مراكز البحث العلمي، ..... أو مؤسسات عمومية تمارس نشاطا يخدم الفرد في مجال الصحة كالمستشفيات.

إن القانون التوجيهي 88-01 اعترف بخضوع منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري إلى القضاء الإداري كما أن تنظيمات الصفقات العمومية المتعاقبة إلى غاية المرسوم 247/15 أخضعت عقود هذه الأخيرة إلى قانون الصفقات العمومية وبالتالي إخضاعها لمبادئ القانون الإداري<sup>4</sup>.

يوجد نوعان من المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، فهناك من يقتصر نشاطها على المستوى المحلي والتي أوكل المشرع سلطة إنشائها إلى المجالس الشعبية المنتخبة، طبقا

1 - أنظر القانون 03/200، المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في 06/08/2000، ج.ر. عدد 48.

2 - أنظر القانون 01/02، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرخ في 05/02/2002، ج.ر. عدد 08، المؤرخة في 06/02/2002.

3 - رحمانى راضية، مرجع سابق، ص، 212.

4 - قدوج حمامة مرجع سابق، ص، 133.

للمواد 128 من قانون الولاية والمواد 136,137 من قانون البلدية. تخضع منازعات المؤسسات العمومية المحلية لاختصاص المحاكم الإدارية وذلك طبقا للمواد 800 و801 من ق.إ.م.إ.

النوع الثاني هو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية الوطنية والتي تنشأ ويحدد تنظيمها بموجب مراسيم وشمل نشاطها كافة التراب الوطني بالنسبة لاختصاص مجلس الدولة في منازعات هذه المؤسسات فإنه بالنظر إلى المواد 901 و903 نجد أنها لا تتضمن هذه الحالة، وعلى ذلك فإننا بتطبيق مبدأ المخالفة لنص المادة 801، فتكون دعاوى المؤسسات العمومية الإدارية الوطنية من اختصاص مجلس الدولة لأن القضاء الإداري في الجزائر يتشكل من جهة دنيا وجهة عليا فمأهوا ليس من اختصاص الأولى فهو من اختصاص الجهة الثانية<sup>1</sup>.

من خلال التطرق إلى الاختصاص الابتدائي لمجلس الدولة في المنازعات الإدارية عامة والعقود الإدارية خاصة، لا حظنا أن المشرع الجزائري قد أوكل للمجلس الفصل ابتدائيا ونهائيا في قرارات السلطات الإدارية المركزية والهيئات المستقلة والمؤسسات العمومية الإدارية الوطنية وهذا ما يطرح بعض الإشكالات وفي مقدمتها أنه بهذا الشكل فإن المشرع الجزائري قد قلص من الولاية العامة للمحاكم الإدارية، وهو المبدأ الذي جاء في المادة 800. كما أن احتكار مجلس الدولة لاختصاص البت الابتدائي والنهائي في القرارات الصادرة عن الهيئات المذكورة في المادة 901 من القانون السالف الذكر هو انتهاك مبدأ التقاضي على درجتين<sup>2</sup>، بحيث أنه في أي نظام قضائي تكون جهة على مستوى القاعدة تنظر في الدعوى المرفوع إليها ابتدائيا و هناك جهة عليا تنظر الأحكام الابتدائية استئنافا كما هو الحال في النظام القضائي العادي، إضافة إلى ذلك فإن هذه الحالة تبعد العدالة عن المواطن باعتبار أن هيئة مجلس الدولة موجودة على مستوى العاصمة وهذا ما يثقل كاهل المواطن، فكان على المشرع الجزائري أن يوكل مهام الفصل ابتدائيا في القرارات الصادرة عن الهيئات المذكورة في المادة 901، للمحكمة الإدارية الموجودة على مستوى العاصمة وذلك لتقريب العدالة من المواطن وتخفيف العبء على قضاة مجلس الدولة وذلك للتفرغ إلى الدور الأهم

1 ماجدة شهنيز بودوح، مرجع سابق، ص 240.

2 عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 35.

وهو الدور الأساسي الذي أنشئ من أجله وهو الوارد في المادة 179 من الدستور 1996 المعدل والمتمم والتي اعتبرته هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية<sup>1</sup>؛ وذلك كقاضي نقض إضافة إلى الاجتهاد وإنشاء نظريات جديدة في القانون الإداري على غرار مجلس الدولة الفرنسي والذي يعتبر أصل كل نظريات القانون الإداري.

### ثانيا: اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف

الاستئناف هو الوسيلة القانونية التي يترجم من خلالها المشرع مبدأ التقاضي على درجتين، حيث يكفل بمقتضاها للمحكوم له إعادة النظر من جديد في القضية أمام جهة قضائية أعلى درجة من الجهة الابتدائية<sup>2</sup> وباعتبار مجلس الدولة هو الجهة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية فقد عهد له القانون هذا الاختصاص وهذا ما يظهر جليا من خلال نص المواد التالية: جاءت المادة 02 من القانون 02/98 على النحو الآتي «أحكام المحاكم الإدارية قابلة لاستئناف أمام مجلس الدولة»

كما جاءت المادة 10 من القانون 01/98 بنفس المعنى «يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية»، كما أن ق.إ.م. إ. قد ذهب في نفس الطرح وأكد على اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف بموجب المادة 902 منه "يختص مجلس الدولة في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

من خلال المواد السابقة يتضح لنا بأن مجلس الدولة يفصل بالاستئناف في الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم الإدارية باعتبارها الجهة الابتدائية في القضايا الإدارية وذلك وفقا لجملة من الشروط نوردتها بإيجاز في عدة نقاط:

### 1- شروط متعلقة بالأحكام القضائية:

يشترط لقبول الإسناف أمام مجلس الدولة أن يكون محله حكما ابتدائيا صادرا عن المحكمة الإدارية ذلك لأن الأحكام النهائية غير قابلة للطعن. ويجب أن تحوز هذه الأحكام على

1 تنص المادة 02/179 على أنه "...يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية...."

2 عادل بن عمران، دروس في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 235.

صفة القضائية لأن المحكمة تقوم كذلك بإصدار قرارات إدارية لتسيير العمل بالمحكمة وهذه- ليست موضوع دراستنا-، بالرجوع إلى نص المادة 949 من ق.م نجدها تنص على "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع استئنافاً ضد الحكم أو الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك «، إن هذه المادة تؤكد على الشرط السالف الذكر ويصنفها إلى احكام قضائية وأوامر قضائية. الاحكام القضائية ذكرها الاختصاص في المادة 888 والتي تحيلنا بدورها إلى المواد 270 الى 298 والتي تفصل في أنواع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم الإدارية وتتنوع بين أحكام حضورية وأخرى فاصلة في الموضوع وهي التي يمكن الطعن فيها بالاستئناف وأحكام أخرى غيابية وأخرى صادرة قبل الفصل في الموضوع وهي التي لا يمكن الطعن فيها بالاستئناف.

الأوامر القضائية هي نوع من المقررات القضائية تصدر عن المحاكم الإدارية في المسائل الاستعجالية وهي قابلة للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة باستثناء تلك المتعلقة بإيقاف التنفيذ والأوامر الاستعجالية القصوى<sup>1</sup>

## 2-الشروط المتعلقة بالأجل:

وردت أجل رفع دعوى استئناف أمام مجلس الدولة في المادة 950 من باعتبارها الجهة الابتدائية في القضايا الإدارية "يحدد أجل استئناف الاحكام بشهرين ويخفض هذا الاجل الى خمسة عشرة يوماً بالنسبة للأوامر الاستعجالية ما لم توجد نصوص خاصة" يبدأ حساب مدة الشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي لحكم المحكمة الإدارية وقد يمدد هذا الأجل بالنسبة للأشخاص المقيمين خارج التراب الوطني وذلك استناداً الى المادة 405 من باعتبارها الجهة الابتدائية في القضايا الإدارية.

## 3-الشروط المتعلقة بالأطراف:

كسائر الدعاوى الإدارية فإن الأطراف الضالعة في الاستئناف يجب أن تتوفر فيهم شروط الصفة والمصلحة والأهلية فالطرف الأول يطلق عليه مصطلح المستأنف وهو الشخص الذي رفض له قاضي المحكمة الإدارية طلباته، والمستأنف عليه هو الطرف الذي رفع

<sup>1</sup> إرشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن الإدارية)، ج2، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

ضدها لاستئناف أو الخصم في القضية. ويمكن للطرف الاول أن يرفع استئنافا أصليا وهو حق مخول قانونا لجميع أطراف الخصومة.

كما أن للمستأنف عليه الحق في رفع طلب استئناف فرعي وهو مقرر في أي حال كانت عليه الخصومة ولا يرتبط بأجل الاستئناف الأصلي.

يتمتع مجلس الدولة بجميع صلاحيات قضاء الاستئناف، والتي تتمثل في إعادته لدراسة ملف القضية من حيث الوقائع وللتأكد من مدى تطبيق قضاة الدرجة الأولى للقانون، ومن مظاهر سلطة مجلس الدولة كقاضي استئناف إلغاء الحكم الأول فيصدر حكما جديدا يفصل من خلاله في القضية المطروحة أمامه بحكم نهائي غير قابل للطعن. غير أنه يمكن أن يحيل الملف بعد إلغاء حكمه الأول إلى المحكمة الإدارية وهذا في حالة عدم توفر العناصر اللازمة للفصل في الملف مثلا تطلب الانتقال للمعينة<sup>1</sup>. قد يبقى قاضي الاستئناف على حكم المحكمة الإدارية كما هو وذلك حين تأكده من صحة الحكم القضائي الابتدائي، فيرفض بذلك الاستئناف وذلك لعدم التأسيس. أو قد يبقى على حكم المحكمة الإدارية مع تغيير تسببب الحكم القضائي واستبداله بتسببب اخر يراه الأنسب<sup>2</sup>، ونورد فيما يلي أمثلة لقرارات قضائية لمجلس الدولة تؤكد تنوع صلاحياته كقاضي استئناف:

قرار مجلس الدولة الصادر في 2005/07/12 في قضية (ق،ب)، ضد (مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة) وتتمحور هذه القضية حول عقد أشغال عمومية أبرم بين الطرفين للإنجاز دار الشباب، وهذا العقد يتطلب أشغالا إضافية للإنجاز لكن صاحب المشروع لم يدفع قيمتها للمستأنف و لم تصدر المحكمة الإدارية قرارا يمكن المستأنف من أخذ مستحقاتها وبعد دراسة الملف أمام مجلس الدولة جاء في منطوق قراره «إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد قبل الفصل في الموضوع تعيين خبير يكلف بمهمة الانتقال إلى الأمكنة فحص المستندات التي بحوزة الأطراف معاينة الأشغال الإضافية المنجزة بصفة حضورية وتقييمها وللخبير مهمة شهرين ابتداء من تاريخ ابلاغه بالمهمة لإيداع تقريره، حفظ المصاريف»<sup>3</sup>

1 - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الإختصاص)، ج2، مرجع سابق، ص128.

2- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية (الدعوى وطرق الطعن الادارية)، ج2، مرجع سابق، ص213.

3 قرار مجلس الدولة رقم 22350، الصادر في 2005/07/12، قضية (ق.ع.ب)/ضد (مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة) بنقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهاد الجزائري في

القضاء الإداري، ط2، ج5، مرجع سابق، ص، 2060.

وفي قرار آخر لمجلس الدولة الصادر في 26/06/2000 حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن بلدية فجال استأنفت ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي بسطيف في تاريخ 16/02/1993 والذي أمرت البلدية بموجبه المستأنف عليه التوقف عن التنقيب عن المياه. وحيث أن تعيين الخبير أوضح أن حفر البئر لا يؤثر في تذبذب نسبة المياه. ولكن بعد درسه الملف من قبل مجلس الدولة اتضح أن أشغال البحث عن المياه وجمعها لا بد أن تخضع لنظام امتياز الملكية العامة للمياه وذلك بموجب قرار من الوالي غير أن الأمر ليس كذلك في هذه القضية لأن المستأنف لا يملك سوى شهادة عادية. وحيث أن المستأنف عليه لم يمثل لهذا الإجراء ولم يحترم الإجراءات المقررة في المرسوم 86-227 المتعلق بمنح امتياز أشغال البحث عن المياه وجمعها، ونتيجة لذلك فإن المقرر المتخذ من قبل البلدية المستأنفة والمتضمن توقيف المستأنف عن التنقيب عن المياه لا يكتسي طابع تجاوز السلطة، ويدخل في إطار صلاحيتها، حيث أن قضاة الدرجة الأولى أخطأوا عندما أبطلوا هذا المقرر ويتعين إلغاء القرار المطعون فيه ورفض طلب المستأنف عليه غير المؤسس<sup>1</sup>.

من خلال هذا القرار لا حظنا أن قاضي الاستئناف بعد دراسته لملف القضية وجد أن إجراء لم يرق به المستأنف وهو الحصول على قرار من الوالي يمنحه بموجبه امتياز التنقيب عن المياه وهذا ما دفع بقضاة الدرجة الأولى بحكم خاطئ وكان يتعين عليهم إبطال القرار المطعون فيه وهو ما أدى بقاضي مجلس الدولة إلى رفض الاستئناف بالإضافة إلى ذلك هناك قرارات كثيرة أيد فيها مجلس الدولة قرار الجهة القضائية الابتدائية من ذلك نورد الأمثلة التالية:

قرار مجلس الدولة الصادر في 21/09/2004 في قضية (بلدية سكيكدة)/ضد(مقاوله ب،م) واستند الحكم في هذه القضية إلى المواد 101،100،99 من المرسوم الرئاسي رقم 12-250 المؤرخ في 12-250 المؤرخ في 24/07/2002، والتي نطبق على عقود الصفقات العمومية وليس إلى مجرد سند طلبية، منصب على مبلغ لا يتجاوز الحد الإلزامي لإبرام الصفقة العمومية وحيث أن النزاع الحالي يتعلق بأشغال إنجاز جدار تحويط مدرسة ابتدائية وأن هذه الأشغال لم تكن موضوع أي عقد صفقة عمومية ولكن مجرد أمر بخدمة لمباشرة

1 سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهااد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج6، مرجع سابق، صص، 2415، 2416.

أشغال ومنه فإن أحكام تنظيم الصفقات العمومية غير قابلة للتطبيق... من جهة أخرى عدم ثبوت الضرر المثار من طرف المستأنف عليها ومنه تأييد قرار قضاة الجهة الابتدائية وقبول الاستئناف<sup>1</sup>.

كذلك نجد قرار مجلس الدولة الصادر في 2004/03/09 في قضية (شركة نقل المسافرين) ضد (رئيس بلدية وهران) وحيث تتلخص وقائع هذه القضية في حول عقد امتياز مبرم بين الطرفين وحيث أن العقد المذكور أعلاه لا يسمح لصاحبه بالحصول على أي حق شخصي دائم، وخاصة الحق في تجديد الامتياز الذي هو مؤقت وقابل للرجوع فيه متى رأت السلطة المانحة ذلك وحيث أنه تبين أن مدة الامتياز المقدرة بثلاث سنوات قد انتهت وأن المستأنف مازال يستغل الأماكن بدون تجديد هذا العقد وبغير حق وعليه فإن قضاة أول درجة قد أصابوا لما قضاوا بطرده من الأماكن هو وكل شاغل بإذنه مما يستوجب تأييد قرارهم المستأنف<sup>2</sup>.

### ثالثا: اختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض

يقصد الطعن بالنقض معاينة ومراقبة الحل الذي أعطاه قاضي الموضوع للنزاع والتأكد مما إذا كان ما قضى به مطابق للقانون أم لا، فقاضي النقض لا يتناول الخصومة في مجملها من حيث الوقائع والقانون ويتميز النقض الإداري عن طرق الطعن الإدارية الأخرمان حيث مكانته في الدستور ونظامه القانوني وقواعد ممارسته وكذلك من حيث سلطات القاضي الإداري وأثار مقرره<sup>3</sup>، كما يقصد من وراء وظيفة النقض الإداري أن مجلس الدولة لا ينظر في القضية مثل قاضي الاستئناف، وإنما يستقصي مدى مشروعية المقررات القضائية محل النقض حسب قواعد ووسائل قانونية وقضائية مختلفة<sup>4</sup>.

ورد في المادة 171 من الدستور أن مجلس الدولة هو الجهة المقومة لأعمال الجهات الإدارية وبذلك تكون مهمته الأسمى الاجتهاد القضائي غير أن القانون العضوي 98-01

1- سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج5، مرجع سابق، صص 2050، 2051.

2 - نفس المرجع، صص 1890، 1889.

3 عادل بوعمران، دور مجلس الدولة كقاضي نقض: قراءة تحليلية نقدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مقال منشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

العربي بن مهيدي أم البراقي، العدد التجريبي، مارس 2013، صص 180 وما بعدها.

4 - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن الإدارية)، ج2، مرجع سابق، صص 221.

المعدل والمتمم المتعلق بمجلس الدولة يعتبر الأساس التشريعي الوحيد لاختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض وذلك بموجب المادة 11 منه حيث أكدت ذلك على النحو التالي "يختص مجلس الدولة بالنظر في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية ويختص أيضا بالنظر في الطعون بالنقض المخول له بموجب نصوص خاصة" كما أن المادة 903 من ق.إ.م.إ. قد جاءت بنفس المعنى. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى مجلس الدولة وظيفته الطبيعية باعتباره هيئة عليا للقضاء الإداري يقوم ويصوب القرارات القضائية الإدارية.

بتدقيق النظر في المادتين السابقتين نلاحظ أن الشروط التي يجب أن تتوفر في القرارات محل الطعن بالنقض يجب أن تكون نهائية وبالرجوع إلى النظام القضائي الإداري الجزائري نجد أن المحاكم الإدارية هي الجهة الأولى والتي تصدر أحكاما ابتدائية قابلة للطعن بالاستئناف، فهي بذلك لا تصدر أحكاما نهائيا إلا في حالات محددة على سبيل الحصر وهو ما يتعلق بالمنازعات الانتخابية<sup>1</sup>. إضافة إلى الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة وهي قرارات مجلس المحاسبة.

وبالتالي فإن الجهة القضائية الإدارية الوحيدة التي لها صلاحية اصدار قرارات نهائية هي مجلس الدولة في حد ذاته، وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل الذي مفاده كيف يمكن لمجلس الدولة أن يفصل في الطعون بالنقض في قرارات صادرة عن نفس الجهة؟

إن فرضية مراجعة مجلس الدولة لقراراته عن طريق النقض وإن كان لا يوجد نص صريح يمنع ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى قراراتها نجده قد رفض ذلك في أكثر من قرار بعدم إمكانية ذلك مثلا في قراره رقم 007304 الصادر بتاريخ 2002/09/23، في قضية (ش.م.ل) ضد (مديرية التربية لولاية باتنة حيث جاء في حكمه «لأنه من غير المعقول وغير المنطقي أن يقوم مجلس الدولة بالفصل في الطعن بالنقض المرفوع أمامه ضد قرار صادر عنه ذلك أن المقرر قانونا أن الطعن بالنقض يكون أمام جهة قضائية تعلو الجهة التي أصدرت القرار محل الطعن»<sup>2</sup>

1 حيث جاء في المادة 77 من القانون العضوي 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات قرار رفض الترشح للانتخابات المحلية الصادر عن الوالي يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الإدارية

خلال 3 أيام من تبليغ القرار.وتفصل المحكمة في القضية خلال 5 أيام من رفع الطعن ويكون قرارها غير قابل للطعن بأي شكل من الأشكال.

(2) -قرار مجلس الدولة رقم 007304، الصادر في 2002/09/23، مجلة مجلس الدولة، العدد 2002، ص 155.

ومثال اخر في بتاريخ 2002/05/22 والذي جاء فيه "حيث أن الطاعن التمس النقض بالطعن ضد القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/07/30 تحت رقم 000497 وإحالة القضية إلى نفس الجهة القضائية مشكلة بتشكيلا مختلفة حسبما يقتضيه القانون.....حيث أن مجلس الدولة هو هيئة عليا تابعة للسلطة القضائية يحكمها وينظمها القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 وان القرارات الصادرة عنه قرارات نهائية لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهة أخرى....وعليه فإن عريضة الطاعن جاءت مخالفة للقانون السالف الذكر مما يستوجب عدم قبول طعنه لمخالفة الإجراءات المنصوص عليها قانونا"<sup>1</sup>

إن تحليل القرارات القضائية السالفة الذكر وهناك الكثير من قرارات مجلس الدولة ممن هي على نفس الشاكلة والتي تتضمن نفس المبدأ وهو عدم قابلية القرارات الصادرة عن مجلس الدولة للطعن بالنقض وهو ما يؤدي إلى حرمان المتقاضى من طريقة من طرق الطعن غير العادية ممثلة في النقض المكرس قانونا.

إن دستور 1996 عند إبدائه لرغبته في إنشاء مجلس الدولة لأول مرة وصفه كهيئة مقومة لأعمال هيئات القضاء الإداري الجزائري، وهي مهمة الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية غير أن ممارسة هذه الوظيفة السامية بشكل فعال ومنتج على غرار مجلس الدول الفرنسي يستلزم التقليل من الاختصاصات الكثيرة التي أرهقت كاهل مستشاري مجلس الدولة ذلك لأن الزيادة في المردودية تتطلب التركيز في نوع واحد من الاختصاصات<sup>2</sup>، كأن يعهد المشرع للاختصاصات الابتدائية في الطعون الموجهة ضد قرارات الأشخاص المركزية الواردة ذكرها في المادة 901 من الابتدائية المحكمة الإدارية بتشكيلا خاصة على مستوى العاصمة وإنشاء محاكم استئنافية كما هو الحال في فرنسا تختص بالفصل بأحكام نهائية. حتى يتسنى لمجلس الدولة التفرغ لأن يكون قاضي نقض وكما قلنا هو دوره الطبيعي

(1)-نقلا عن ،عادل بن عمران،دروس في المنازعات الإدارية(دراسة تحليلية نقدية ومقارنة)،مرجع سابق،244.

2 عمار بوضياف،المرجع في المنازعات الإدارية(الإطار النظري للمنازعات الإدارية)،ج2،مرجع سابق،ص155.

## المبحث الثاني

### شروط الطعن بالإلغاء وأثره على العقد الإداري

يباشر القاضي الإداري اختصاصه في دعاوى الإلغاء بناءات على الطعن المقدم ضد قرار إداري نهائي صادر بالإرادة المنفردة للإدارة لطلب إغائه لعدم مشروعيته وذلك لتجاوز الإدارة لسلطتها الممنوحة لها. وعليه يتوجب على القاضي الإداري البحث في أركان القرار الإداري فب سبيل التحقق من مشروعيته. فإذا انتهى إلى عكس ذلك يقضي بإلغاء القرار الإداري دون المساس بالآثار الناتجة عنه أو الحكم بتعويض للمتضرر، وهذا موقف طبيعي من القاضي الإداري ولا يثير أي إشكال لأن رقابة الإلغاء هي رقابة مشروعية<sup>1</sup> أي تهتم أساسا بالجانب الموضوعي للقرار الإداري. لكن الأمر الذي قد يثير تساؤلات وتناقضات -غالبا-، هو كيف يمكن ممارسة قاضي الإلغاء لدوره المحدود على العقود الإدارية التي أساسا تتميز بالطبيعة الذاتية، والتي تتعلق بالحقوق المكتسبة للمتعاقدین الذين يستجدون بالقاضي الإداري لاستعادة حقوقهم المالية لاستكمال التزاماتهم.

وهذا ما سنبينه من خلال البحث في شروط رفع دعوى إلغاء العقود الإدارية (مطلب أول)، ثم اثار الإلغاء على العقد الإداري (مطلب ثان)

### المطلب الأول شروط رفع دعوى إلغاء العقود الإدارية

تحظى دعوى الإلغاء بأهمية كبيرة بين الدعاوى القضائية الأخرى باعتبارها الوسيلة الأساسية التي تحفظ حقوق وحریات الأفراد تحقيقا لمبدأ المشروعية. لكن بالرغم من ذلك فإن تحديد تعريف لها كان محل جدل فقهي بين الذين لم يتفقوا في وضع تعريف جامع للعناصر المكونة لمفهوم دعوى الإلغاء. وذلك مقابل غياب تعريف تشريعي والذي اهتم بالجانب الإجرائي والشروط وكل ما يختص بتحريك دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا كان المشرع لم يورد تعريفا لدعوى الإلغاء كما قلنا سابقا إلا أن هذه الدعوى حظيت باهتمام كبير في الدساتير<sup>2</sup> والقوانين الجزائرية<sup>1</sup> في مختلف

1- محمد رفعت عبد الباسط، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 214.

2- صت المادة 193 من دستور 1966 على أن تحمي السلطة القضائية المجتمع والحریات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية، كما جاءت المادة 140 من

نفس الدستور على أن أساس عمل السلطة القضائية يكمن في مبدأ الشرعية والمساواة "لأساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع

تعديلاتها وتتميز هذه الدعوى بكثرة تسمياتها فيطلق عليها مصطلح الطعن بالإلغاء أو دعوى الإلغاء أو الطعن بسبب تجاوز السلطة، أو طلب الإلغاء أو استدعاء الإلغاء تعبر جميعها عن مفهوم واحد، فالمصطلح المعمول به في فرنسا هو دعوى تجاوز السلطة<sup>2</sup>، أما في مصر والجزائر هو دعوى الإلغاء<sup>3</sup>، انتصب دعوى الإلغاء على القرار الإداري المعيب والمخالف بالإلغاء دعوى قضائية عينية تحمي مبدأ المشروعية.

يتميز قضاء الإلغاء أو الإبطال عن دعاوى القضاء الكامل من ناحية سلطات القاضي الإداري المحدودة من ناحية مشروعية أوعد مشروعية القرار أوعد تقتصر على بحث مدى مشروعية القرار المطعون فيه والحكم بإلغائه أو إبطاله في حالة التأكد من عدم مشروعيته فسلطته لا تتعدى إلى تحديد مركز المدعي وحقوقه الكاملة كما لا يمكنه تعديل قرار الإدارة أو فرض جزاءات مالية على عدم مشروعية القرار المطعون فيه<sup>4</sup>.

من الراسخ فقها وقضاء أن الدعوى الإدارية لا بد أن تمر أمام القضاء الإداري بعدة مراحل متتالية حيث لا بد من التأكد أولاً من أن الدعوى المثارة تدخل في اختصاص القاضي ثم لا بد بعد ذلك مناقشة مسألة قبول الدعوى ثم من بعدها مرحلة تحضير الدعوى وتهيئتها للحكم في الموضوع، إذ يجب على القاضي أولاً أن يتحرى من النزاع المعروض عليه قبل الخوض في هولك من ناحية الشكل والمواعيد التي رفعت فيها إلى غير ذلك<sup>5</sup> وهو ما يعرف بشروط رفع الدعوى والتي تنقسم إلى شروط شكلية (فرع أول)، وشروط موضوعية (فرع ثاني).

ويجسد احترام القانون "ولكن النص صراحة على أهمية دعوى الإلغاء هو ما جاء في المادة 143 من الدستور حيث أقرت على "تحويل القضاء النظر في الطعن الموجه ضد قرارات السلطة الإدارية"

1- بالنسبة للقوانين جاء النص على دعوى الإلغاء في المادة 247 من القانون 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ اصطلح على تسميتها بدعوى البطلان، بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت عليها المادة 801 والمادة 901 وذلك بمناسبة تحديد الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة على التوالي، بالإضافة إلى القانون 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، بالإضافة إلى ورودها في مختلف القوانين التي تحكم النشاط الوظيفي والعمرائي والمالي.... الخ وهذا ما يعكس أهمية هذه الدعوى.

2 Jean Marie Aubry et Roland Dragon, traité de contentieux administratif, op.cit, p.239.

3 أنظر في ذلك علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية قضاء الإلغاء)، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 117 وما بعدها، حسن السيد بسويوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية (دراسة مقارنة)، ج1، عالم الكتب، القاهرة، ص 111 وما بعدها، عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 63 وما بعدها.

4 رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 345.

5- برهان زريق، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، 2011، ص 213.

## الفرع الأول الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء

الشروط الشكلية<sup>1</sup> هي مجموعة من الشروط يجب توفرها حتى تتمكن الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء والفصل فيها من الناحية الموضوعية، وتكتسي هذه الشروط أهمية بالغة لأنه بتخلف شرط واحد منها فإن الدعوى ترفض شكلا وبالتالي لا يفصل القاضي في موضوعها من الأساس وتتمثل هذه الشروط في توفر القرار الإداري المنفصل محل الطعن شرط التظلم الإداري المسبق شرط توفر الصفة والمصلحة في الطاعن، وسنقوم بتوضيح هذه الشروط بشيء من التفصيل كالتالي:

### أولا شرط القرار الإداري المنفصل محل الإلغاء

القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري شأنه شأن كل القرارات الإدارية بجميع أنواعها<sup>2</sup>؛ والتي تمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة مستمدة من القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، أو إلغائه أو تعديله وذلك تحقيقا للمصلحة العامة<sup>3</sup>، من خلال التعريف السابق للقرار الإداري نلاحظ أنه يبين لنا أركان القرار الإداري الصحيح وما يجب أن يكون عليه بالتالي فهو لا يبين لنا القرار الإداري الذي يدخل في اختصاص قضاء الإلغاء<sup>4</sup>، ومنه يمكن تقسيم هذا التعريف إلى عدة نقاط لثيaban مفهوم القرار الإداري بشكل أوضح من خلال النقاط التالية:

**1- القرار الإداري عمل قانوني:** الأعمال القانونية هي تلك الأعمال التي تستهدف الإدارة من وراءها إحداث آثار قانونية وعليه فيخرج من نطاق القرارات الإدارية الأعمال المادية والتي يكون محلها دائما واقعة أو إجراء امتاديا على سبيل المثال الاعمال التي تقوم بها الإدارة تنفيذا لقرارات واوامر إدارية كالقبض على شخص أو الهدم<sup>5</sup>.

1- كما تسمى بشروط قبول الدعوى من حيث الشكل، لأن هناك من يرى أن مصطلح الشكلية يوحي بعدم أهمية هذه الشروط بينما تتميز المنازعات الإدارية بصفة عامة بصرامة شروط

قبول الدعوى الإدارية، أنظر في ذلك رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج2، مرجع سابق، ص، 31.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص، 244.

3 سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري المركب)، دون دار نشر، الإسكندرية، 1993، ص، 247.

4 المرجع السابق، ص، 248.

5- حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص، 214.

2-القرار الإداري يصدر من الإدارة العامة: سواء أكانت مركزية أو محلية وذلك طبقا للمعيار العضوي المنصوص عليه بموجب المواد 800 و801 و901 من العامة: سواء لا تعد قرارات إدارية تلك الصادرة عن السلطة التشريعية والقضائية.

3-القرار الإداري هو عمل قانوني انفرادي يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ولا تحتاج في ذلك لتوافق ارادة طرف اخر معها على غرار العقد الإداري.

4-يجب أن يكون القرار الإداري نهائيا ومحدثا لأثاره القانونية وذلك بدون الحاجة الى التصديق من سلطة عليا فبمجرد صدور القرار يدخل في حيز التنفيذ ومن ثم فيخرج من نطاق القرارات الادارية الاعمال التحضيرية أو التمهيدية التي تسبق صدور القرار، والآراء الاستشارية والتحقيقات والتعليمات والتوصيات.... الخ<sup>1</sup>.

5-واخيرا وارتباطا بموضوع دراستنا فإن أهم خاصية يجب توفرها في القرار الإداري هو أن يكون قابلا للانفصال عن العقد الإداري وذلك لان القرارات المتصلة العقود الادارية تعتبر جزءا لا يتجزأ من العملية القانونية وبالتالي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء لان ذلك يؤثر على العقد الإداري ككل وذلك ما وضحناه بشكل مفصل سابقا<sup>2</sup>.

إن المشرع الجزائري اشترط لرفع دعوى الإلغاء أن ترفق العريضة بالقرار الإداري غير المشروع محل الطعن بالإلغاء وهي ما تسمى بقاعدة القرار السابق والتي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال الرقابة على أعمال الإدارة قبل قضية كادوا<sup>3</sup>، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي ينظر في دعاوى الإلغاء عن طريق الاستئناف فكان يشترط على المتقاضي أن يرفع تظلما أمام الوزير مصدر القرار الإداري، وكان هذا الوزير يصدر قرارات تعتبر أحكاما قضائية وينظر فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة وهو ما يعرف بنظرية الوزير القاضي<sup>4</sup>.

بالنسبة للقانون الجزائري تجد هذه النظرية مصدرها في قانون الإجراءات المدنية -الملغى- وتحديدًا في المادتين 169 و257 منه والتي اشترطت على قبول دعوى الإلغاء ارفاق

1نفس المرجع،ص،218.

2FREDERIC Julien, Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics, édition du PUIITS FLEURI, France, 2011,p87.

3 C.E 13 Decembre 1889,cadot, —M(LONG) ,P(WEIL) ,G(BRAIBAN) ,P(DELVOVE),B(GENEVOIS ,opc,p 170.

4-رشيد خلوفي،قانون المنازعات الإداري(شروط قبول الدعوى الإدارية)،ط2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2006،ص42.

العريضة بالقرار الإداري المطعون فيه لکن في كثير من الحالات ترفض الإدارة تمكين خصمها من القرار الإداري لكي لا يكون حجة عليها لذلك فقد تظن القضاء الإداري لهذا الإشكال ولم يلزم المدعي من ذلك في حال رفض الإدارة تسليم القرار من ذلك ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة في قرار الغرفة الإدارية الرابعة ملف رقم 024638 بتاريخ 2006/06/28، حيث جاء فيه أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري لا تحتاج وجود قرار إداري، وبالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعى عليها تمكينه منه<sup>1</sup>، ويجب بطبيعة الحال أن يثبت المدعي بأن الإدارة لم تمكنه من القرار الإداري غير المشروع المسبب للضرر.

إن الطرح الذي عرضه مجلس الدولة في القرار السابق بقبوله الطعن بالإلغاء بالرغم من خلو ملف الدعوى من القرار السابق أخذه المشرع بعين الاعتبار وجسده في المادة 819 من الاعتبار جاءت على النحو التالي «يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم القبول القرار الإداري المطعون فيه، مالم يوجد مبرر. وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع»<sup>2</sup>.

يظهر لنا من خلال هذا الموقف لمجلس الدولة والذي أثر بشكل كبير في توجه المشرع في الاختصاص بخصوص نص المادة أعلاه، والذي من خلاله أثبت المجلس على أن دوره الحقيقي هو المساهمة في إنشاء القاعدة القانونية للقاضي الإداري عليه تسوية النزاع وفقا لأحكام أحكام لم يجد نصا أو كان النص منقوصا توجب عليه ابتداء قواعد القانون منقوصا توجبلا يعني أن القاضي الإداري يتعدى على اختصاصات المشرع بل هو حل يلجأ إليه لفض النزاع<sup>3</sup> واستمد هذه الصلاحية من خصائص القانون الإداري المتطور والمرن وغير المقنن، وبذلك يحتاج إلى اجتهادات القضاء الإداري في إنشاء قواعده.

1- عمار بوضياف، الوسيط في دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 103.

2- المادة 819 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

3- إن القاضي الإداري في سبيل إنشاء القاعدة القانونية، يتتبع عدة مراحل يبتدئها باكتشافه للثغرة القانونية أو غياب النص القانوني، ثم يعلن هذا الاكتشاف صراحة في مرحلة التجريب

وأخيرا يقوم بدمج حله القضائي ضمن المنظومة القانونية، للمزيد أنظر عزري الزين، «القاضي الإداري يصنع القاعدة القانونية»، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة بسكرة، العدد الثاني، ص

## ثانياً: التظلم الإداري المسبق

إن الإدارة في حالة إصدارها لقرارات لا تروق للأفراد، فيمكن الطلب منها إعادة النظر في ذلك القرار بواسطة تظلم إداري موجه مباشرة إلى مصدر القرار أو إلى السلطة الرئاسية الأعلى وفي جميع الحالات فإن التظلم الإداري وجوبي قبل اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>.

إن التظلم الإداري المسبق والقرار الإداري المسبق هما فكرتان متشابهتان إلى حد ما وذلك لإنهما وسيلتين لمحاولة حل النزاعات بطريقة ودية على أساس التفاهم بين الجهة الإدارية المختصة والأفراد المتضررين جراء القرار<sup>2</sup>، لكن التظلم الإداري المسبق يختلف في كونه إجراء يعتبر كشرط من شروط دعوى الإلغاء وتطبق فكرة القرار السابق على منازعات دعاوى التعويض، كما أن فكرة القرار السابق هي شرط وإجراء وجوبي في القضاء المقارن بينما التظلم الإداري المسبق هي فكرة جوازية في قبول دعوى الإلغاء في القانون المقارن<sup>3</sup>، من هذا المنطلق يمكننا التساؤل حول اعتبار التظلم الإداري المسبق كشرط من شروط دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الجزائري هل يعتبر جوازي أو إجبارياً؟

إن المشرع الجزائري قد فرض في بداية الأمر من وجوب إجراء التظلم الإداري المسبق في كل المنازعات جوازي ذلك من إخلال تعديل سنة 1990 والذي طرأ أعلى قانون الإجراءات المدنية والذي أبقى على التظلم مركزياً وأخيراً صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي جاء بعدة تعديلات في مجال إجراءات التقاضي ومن ضمنها أنه اعتبر اللجوء إلى التظلم إجراءً تجوازي لقبول دعوى الإلغاء<sup>4</sup> والتي تميزت بمرحلتين:

### 1- مرحلة إجبارية التظلم:

كانت القاعدة في مرحلة ما قبل تعديل سنة 1990 تنادي بضرورة مراجعة الإدارة أول قبل اللجوء للقضاء عن طريق تظلم أو شكوى يلتزم فيها تراجع الإدارة عن قرارها أو إصلاح الأضرار إذا كان التصرف القانوني الصادر عنها ذو طابع مادي، من جهة أخرى يستلزم

1) -I orsque ladministration prend une décision qui vous est défavorable ,vous pouvez lui demander de revoir sa décision par un recours administratif ,le recours peut etre gracieux(il sadresse directement ala personne qui a pris la décision )ou hierachique....dans certains cas le recours administratif est obligatoire avant de pouvoir saisir le juge administratif ,service-public.fr ,vérifier le 09 janvier2019.15h.

2)FREDERIC Julien,opc,p90.

3)محمد عبد العال السناري،دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)،مطبعة الإسراء ،د.س.ن،ص235.

4)عمار بوضياف،المرجع في المنازعات الادارية،ج1،مرجع سابق،295.

على الإدارة أن تصرح بموقفها بالموافقة أو الرفض صراحة أو ضمناً<sup>1</sup>، ومنه تحدد الدعوى أمام الغرفة الإدارية المختصة بموضوع القرار الإداري السابق هذا، يجد هذا المبدأ أساسه القانوني في المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية-الملغى-، والتي أكدت على قرارها أو رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بطريق الطعن في قرار إداري".

كما أن التظلم إجباري لقبول دعاوى المرفوعة أما الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا ويجدر الإشارة في هذا الشأن بأنه في تلك المرحلة كانت الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية مختصة بدعاوى القضاء الكامل بينما الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا تختص بالفصل بدعاوى البطلان الموجهة ضد القرارات بجميع أنواعها<sup>2</sup>، وبالرغم من الاختلاف الكبير بين دعوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل بصفة عامة فإن المشرع الجزائري اشترط التظلم الإداري المسبق في جميع الحالات، كما بين الجهة المختصة للنظر في طلب التظلم الرد عنه فقد يرفع التظلم أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة مصدرة القرار أو تكون أمام من أصدر القرار نفسه<sup>3</sup>.

يظهر تبني القضاء الإداري لقاعدة الزامية التظلم الإداري المسبق كشرط لقبول دعاوى الإدارية، في أحكام القضاء الإداري والتي رفض فيها الفصل في القضايا لعدم وجود تظلم إداري من ذلك قرار المجلس الأعلى الصادر في 14/11/1981<sup>4</sup> حيث رفض المجلس الطعن في القضية المرفوعة استناداً على نص المادة 278، والذي صرح بأنه «من المقرر قانوناً أن الطعن بالبطلان لا يكون مقبولاً إذا كان الطعن قد رفض بقرار قضائي من أجل

1 يكون الرد الصريح من الإدارة وهو الرد الطبيعي والبدهي بأن تبدي موقفها حول الشكوى المقدمة لديها ويكون ذلك إما بالموافقة والرجوع عن قرارها أو تعويض المتضرر عن مالحق به، أو التعبير بالرفض بواسطة إصدار قرار توضح فيه ذلك، كما أنها قد تبدي موقفها ضمناً وذلك بالسكوت وعدم الرد لمدة تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ رفع التظلم.

2 إن منظومة القضاء الإداري في الجزائر عرفت تقلبات كثيرة فيما يخص توزيع الاختصاص والتنظيم الهيكلي والوظيفي وتآرجح بين نظام الوحدة والازدواجية إلى غاية اعتماد النظام الحالي، لمزيد من التفاصيل حول تطور اختصاصات وهيكل القضاء الإداري في الجزائر أنظر في ذلك: طاهري حسين، التنظيم القضائي الجزائري، ط2، دار هومة، ص14 وما بعدها، بوشير محند امقران، النظام القضائي الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص200، وما بعدها، عادل بن عمران، بعض ملامح تطور المنازعة الإدارية في الجزائر دراسة نقدية تاريخية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تانغست الجزائر، العدد 05، 2014، ص32 وما بعدها.

3 أنظر المادة 169 مكرر من القانون 166، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، السالف الذكر.

4- قرار المجلس الأعلى رقم 25091، الصادر في 14/11/1981، قضية شركة سينجر / ضد والي ولاية الجزائر ووزير الداخلية، نقلاً عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج2، مرجع سابق، ص503، 504.

عدم القيام برفع الطعن الإداري المسبق وعليه فإن استدراك الطاعن لخطئه بإعادة الطعن مرة ثانية في نفس القرار يكون غير جائز.

كذلك نفس الجهة رفضت الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية، لعدم استيفاء شرط التظلم الإداري المسبق<sup>1</sup>، من خلال القرار السالف الذكر نستشف بأن التظلم الإداري هو شرط جوهري لرفع الدعاوى بالإلغاء المنازعات الإدارية بصفة عامة وحتى ما يتعلق منها بالعقود الإدارية إن التظلم بالرغم من المزايا التي يقدمها إلا أنه يمثل في بعض الأحيان سببا لتعقيدات كثيرة تواجه المتقاضى، خاصة أمام عدم رد الإدارة في كثير من الأحيان على التظلمات المرفوعة امامها مما ادى بصدور القانون 23/90 المتمم لقانون الاجراءات المدنية والذي اشتمل على عدة اصلاحات منها الغاء شرط التظلم بالنسبة للدعاوى التي تدخل في اختصاص الغرف الادارية المحلية والجهوية واستبدله بنظام الصلح ويكون بذلك قد استبدل المصالحة القضائية بالمصالحة والجهوية واستبدله بذلك على القاضي اجراء جلسة صلح بين الاطراف المتنازعة قبل الشروع في التحقيق سواء في دعوى الالغاء أو التعويض وذلك بواسطة مستشار مقرر خلال ثلاثة أشهر<sup>2</sup>.

## 2-مرحلة جوازيه التظلم

أصدر المشرع الجزائري قانون الاجراءات المدنية والادارية، والذي تخلى عن مبدأ إلزامية اللجوء للتظلم وجعله أزيافي المنازعات الادارية دون استثناء سواء اذا تعلق الامر بتلك التي تدخل في ولاية المحاكم وأزيافي مجلس الدولة سواء كانت تلك الدعاوى تتعلق بالإلغاء أو بالتعويض، وهنا يترك المشرع الحرية لصاحب الشأن في اللجوء مباشرة إلى القضاء دون رفع تظلم أمام الإدارة وفي حالة التظلم الجوازي فإن الطاعن ملزم بتقديم دعواه خلال المدة التي حددها المشرع<sup>3</sup>، إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد ألغى إجراء الصلح بالنسبة لدعاوى الإلغاء و تركه في مجال القضاء الكامل<sup>4</sup>، وحسنا فعل المشرع الجزائري بهذه الخطوة لأنه لا

(1)-نفس المرجع،ص ص،442 443.

(2)-للمزيد من التفاصيل حول النظام القانوني للصلح أنظر في ذلك، عمار بوضياف،المرجع في المنازعات الادارية،ج1،مرجع سابق،ص302 وما بعدها.

3حسين فريجة،شرح المنازعات الإدارية(دراسة مقارنة)،مرجع سابق،ص185.

4جاء ذلك في المادة 970 حيث نصت على "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل"

يعقل أن يصرح بعدم مشروعية قرار، ثم يتم التصالح فيه وهل يمكن أن يتحصل شخص على تعويض من قرار غير مشروع مع استمرارية تنفيذ ذلك القرار وعدم تعرضه للإلغاء<sup>1</sup>؟ بالرغم من أنه كما سبق وذكرنا بأن المشرع الجزائي لم يعد يفرض على المتضررين من الأعمال الإدارية سواء كانت قرارات أو عقوداً، اللجوء للتظلم إلا أنه في نفس الوقت وحتى لا يحرم المتقاضين من الجوانب الايجابية للتظلم والتي يرى المتقاضي أنه من مصلحته المحاولة مع الإدارة للوصول إلى حل ودي حول النزاع قبل اللجوء إلى القضاء وقد حدد القانون الاجراءات والشروط الواجب احترامها في سبيل ذلك.

### 3- أجل رفع التظلم

إن قانون الإجراءات المدنية قد حدد الاجل الذي يمكن من خلاله الشخص أن يرفع التظلم إلى الإدارة المعنية بحيث يمكن له أن يقدم تظلمه في الاجل المحدد لدعوى الالغاء وهو أجل 4 أشهر<sup>2</sup>، يمكن لهذا التظلم أن يواجه بالسكوت من طرف الإدارة، في هذه الحالة إذا مر شهران من تاريخ تبليغ التظلم على السكوت يفسر هذا الاخير على أنه رفض من الإدارة للعدول عن قرارها، بعد ذلك يستفيد المتظلم من شهرين آخرين كمهلة لرفع دعوى قضائية ويحسب ذلك من تاريخ انتهاء الشهرين اللذان لم يرد خلالهما رد من اللذان حالة رد الإدارة بالرفض الصريح تحسب مدة الشهرين من تاريخ التبليغ بالرفض<sup>3</sup>.

إن المواعيد المنصوص عليها سالفاً يؤدي مخالفتها إلى عدم قبول دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء، وذلك ما ذهب إليه قاضي المحكمة العليا برفضه لدعوى إلغاء مرفوعة أمامه وذلك لعدم احترام اجل التظلم وقد جاء في منطوق القرار "...حيث أنه يستخلص من دراسة الملف ومن الوثائق المرفقة له المستأنف قدم تظلمين مرفوعة التدريجي الاول ارسل من طرفه للدارة يوم 14 نوفمبر 1985 وكان الرد عليه من طرف الادارة بتاريخ 09/11/1986 يكون بذلك قد وقع خارج الاجل القانوني واذا اعتبرنا الطعن التدريجي التالي والذي رفع يوم

1 أعمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، ج1، مرجع سابق، ص، 307.

2 أنظر المادة 829، من القانون 09/08، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية السالف الذكر.

3 أنظر المادة 830 من القانون 09/08، السالف الذكر.

1986/07/30 فيكون هذا الطعن رفع بعد 14 شهرا من تاريخ تبليغ قرار الفصل ومن ثم تأييد القرار المستأنف<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى شرط الاجل فإن التظلم المسبق يجب أن يكون واضحا في مضمونه، مبينا فيه كل المعلومات اللازمة من تاريخ إصدار والجهة المصدرة للقرار وكذلك الغرض الذي يريده المتظلم من إجراء التظلم ولا تقبل الدعوى الادارية التي يختلف مضمونها عن مضمون التظلم الاداري المسبق<sup>2</sup>.

بالنسبة للتظلم في العقود الإدارية فإن المشرع الجزائري قد مكن المتعاقد مع الادارة من إجراء التظلم في مرحلتين:

-تظلم يخص المنازعات الناشئة قبل إبرام العقد مضمونه، مبينا الامر بمرحلة المناقصة في الصفقات العمومية فإن المترشح بإمكانه الاعتراض على منح الصفقة لشخص يرى أنه لا يملك الاحقية في ذلك فيوجه في هذه الحالة تظلمه إلى لجنة الصفقات المختصة وهي إما اللجنة الوزارية للصفقات أو اللجنة الولائية أو اللجنة البلدية أو لجنة المؤسسة للصفقات حسب الحالة وحسب مبلغ الصفقة<sup>3</sup>، ويكون الغرض من ذلك إلغاء قرار المنح.

-تظلم يخص المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة ويتقدم بذلك المتعاقد إلى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة ويكون موضوع التظلم هنا هو طلب تسوية المشكلة التي ثارت أثناء التنفيذ وذلك قبل رفع الدعوى القضائية<sup>4</sup>.

يكتسي التظلم الإداري الذي يسبق رفع الدعوى الإدارية أهمية كبيرة في الوصول إلى حل ودي يرضي الطرفين بشكل سريع ومبسط ويجعل بذلك الطرف المتضرر بمنأى عن التعقيدات التي قد يواجهها أمام القضاء الاداري والتي تكلفه مجهودا ومبالغ كبيرة وبالرغم من أنه لم يعد شرطا جوهريا إلا أن المشرع أولاه أهمية من خلال أنه يمكن للتظلم الاداري أن

(1)-قرار المحكمة العليا رقم 67267، بتاريخ 1991/05/05، في قضية (ب.ب.) ضد (والي ولاية سكيكدة) نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ط2، ج3، صص، 1131، 1132.

(2)-مثال على ذلك أنظر قرار مجلس الدولة رقم 26083، بتاريخ 2006/10/31، في قضية (الشركة) ضد (مفتشية قمع الغش بوزارة التجارة) نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ط2، ج5، مرجع سابق، صص، 2151، 2152.

3 بوعكاز نسرين، "القرارات القابلة للإتصال في عقود الصفقات العمومية -صفقة الأشغال العمومية-" مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة تيسة، مجلد 10، عدد 01، 2017، صص 70 وما بعدها.

4 خضري حمزة، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر" مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد 13، المجلد الأول، 2016، صص 201.

يكون سببا في وقف تنفيذ القرار الإداري<sup>1</sup>، خاصة وأنه حتى دعوى الإلغاء نفسها قد لا توقف تنفيذ القرار الإداري.

### ثالثا: ميعاد دعوى الإلغاء

خلافًا للدعوى المدنية والتي لم يحدد القانون لها القانون مدة معينة لرفعها مادام الحق قائما ولم يسقط بالتقادم<sup>2</sup>، فإن الأمر مختلف في دعوى الإلغاء فهي مرتبطة بأجل معين وهذا لما يخلفه إلغاء القرار الإداري من آثار تؤدي إلى استقرار المراكز القانونية ورغبة من المشرع في عدم ترك المنازعات الإدارية إلى أجل غير محددة وذلك لتحقيق المصلحة العامة فوضع مدة زمنية قصيرة لإلغاء القرارات الإدارية<sup>3</sup>، وميعاد دعوى الإلغاء هو من النظام العام أي لا يمكن مخالفته بتعديله زيادة أو نقصانا وذلك لتعلقه بحجية الأوامر الإدارية وما يتوقف عنها من مصالح عامة، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الخصومة وفي أي حالة كتنت عليها الدعوى<sup>4</sup>. إن النظام القانوني لشرط الميعاد في قانون الاجراءات المدنية -المغى- لم يكن موحدا بل انقسمت قواعده إلى قواعد متعلقة بالقضايا الإدارية التي تدخل في اختصاص الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية، وقضايا التي ينظر فيها مجلس الدولة كأول وخر درجة وذلك بناءات على ما جاء في المواد 169 مكرر والمادتين 275 و278 من نفس القانون<sup>5</sup>.

أما بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية والإدارية فقد جاء مغايرا للقانون السابق بحيث جاء شرط الميعاد موحدا بغض النظر عن الهيئة القضائية المختصة في النزاع وسنوضح ذلك في شكل نقاط كالتالي:

### 1- سريان الميعاد:

بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والإدارية نجده قد حدد اجال رفع دعوى الالغاء بالنسبة للمحاكم الادارية وذلك خلال 4 أشهر ابتداءك من العلم بالقرار سواء بالنشر أو

1-أنظر المادة834 من القانون 09/08،السالف الذكر .

2عمار بوضياف،الوسيط في قضاء الالغاء،مرجع سابق،ص،58.

3مباركي ابراهيم،الرقابة القضائية على أعمال الادارة(دراسة مقارنة)،أطروحة دكتوراه،جامعة تيزي وزو،2017،ص297.

4أنظر في ذلك : عمر محمد السيوي،الوجيز في القضاء الإداري،الفضل للطباعة والنشر،بنغازي،ليبيا،2013،ص220 ومابعدها .

5المزيد من التفاصيل فيما يخص النظام القانوني لشرط الميعاد في قانون الاجراءات المدنية والتعديل الذي طرأ عليه سنة 1990،أنظر رشيد خلوفي،قانون المنازعات الادارية(شروط

قبول الدعوى الادارية)،ط2،مرجع سابق،ص،182.

الاعلان ،ويجوز للمتضرر قبل انقضاء هذه المدة أن يقدم تظلم للإدارة خلال شهرين ابتداءك من تاريخ النشر او التبليغ ويثبت التظلم بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة، وذلك طبقا للمادة 829 من بالإضافة ،أما بالنسبة لميعاد الطعن أمام مجلس الدولة فيجده أساسه في المادة 901 من الاختصاص بالنسبة لاختصاصه الاختصاص نجده قد أحالنا الى المواد 829 و832 من نفس القانون وبذلك فإن مدة الاربعة الاشهر تعتمد كذلك في الدعاوى المرفوعة امام مجلس الدولة.

تحسب مدة الميعاد من تاريخ تبليغ القرار الفردي أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي فالنشر والتبليغ هما الوسيلتان اللتان يتحقق بهما علم الافراد بالقرارات التنظيمي فالنشر العلم بالقرار إما بإعلانه لصاحب الشأن أو بإعلانه في ذلك أن يكون العلم شاملا بكل عناصر القرار الاداري بحيث يتمكن صاحب الشأن من معرفة حقيقة مركزه القانوني الناتج عن هذا القرار<sup>1</sup>، وبالتالي فإن مدة حساب الميعاد تبدأ من تاريخ التبليغ وليس من تاريخ الاصدار ومخالفة ذلك تجعل الدعوى عرضة للرفض<sup>2</sup>.

كما أن التبليغ بالقرار إلى المعنيين لابد أن يكون في إطار الإجراءات التي حددها القانون وهذا معتمده مجلس الدولة في قراره الصادر في 10/18/،حيث جاء في حيثياته 2012 "....حيث أنه قضاة أول درجة لاعتمدوا في قرارهم بعدم قبول الدعوى شكلا على أساس أن المدعين حسب قولهم: «علموا بها أثناء النزاع» ،بمعنى أن المستأنفين حاليا قد علموا بمحتوى شهادة الحياة المراد إلغاؤها في اعتبرت الغرفة الادارية ذلك بمثابة تبليغ شخصي لهمونا ثمة يتبين أن القرار قد صدر بناءات على أسباب متناقضة طالما أنه شتان بين التبليغ الشخصي الذي يخضع لإجراءات خاصة وبين مجرد العلم بوثيقة ما يترتب عنه إبطال القرار المستأنف..."<sup>3</sup>.

1مباركي ابراهيم ،مرجع سابق ، ص295.

2أنظر قرار مجلس الدولة رقم49447،الصادر في 2009/10/29 قضية (المديرية العامة للاملاك الوطنية)/ضد(ح.م.ب) ،نقلا عن سايس جمال،رشيد خلوفي،.الاجتهاد الجزائري في

القضاء الاداري،ط2،ج6،مرجع سابق،صص2484 2485.

(3)-قرار مجلس الدولة الصادر في 2012/10/18،قضية(أ.ط)/ضد(بلدية ايرجن)،نقلا عن نفس المرجع صص2548 2549.

بالإضافة إلى النشر والتبليغ يمكن لصاحب الشأن ان يتلقى معلومات عن القرار عن طرق اخرى غير الادارة وهي طريقة العلم اليقيني وهي أن يصله الخبر المؤكد والحقيقي بكافة عناصر القرار الاداري بطريقة أكيدة لا تحتمل الظن<sup>1</sup>.

## 2- امتداد الميعاد:

إن ميعاد دعوى الالغاء يتميز بكونه من النظام العام بحيث لا يمكن التغيير فيه زيادة أو نقصانا غير أنه استثناءات قد يزيد الميعاد عن مدته إما بالانقطاع ومعناه زوال المدة السابقة وبدء ميعاد طعن جديد وبذلك تعتبر المدة التي انقضت كأن لم تكن بينما وقف الميعاد يؤدي الى استكمال المدة المتبقية<sup>2</sup> وإضافتها الى المدة التي انقضت قبل حدوث السبب المؤدي للانقطاع.

إن المشرع الجزائري قد حدد بموجب الاختصاص الحالات التي تؤدي بالميعاد إلى التوقف واستئنافه من جديد وهي أن يكون المتقاضي بعيدا عن إقليم الدولة وذلك اعتبارا لموطن اقامته البعيد عن مكان وجود الهيئة القضائية التي تفصل في النزاع كما يؤخذ بعين الاعتبار ايام العطل الرسمية بأنواعها<sup>3</sup>

بالنسبة لحالات قطع الميعاد فقد ورد النص عليها في المادة 832. حيث وردت كالتالي:

### «تنقطع اجال الطعن في الحالات الاتية:

1- الطعن امام جهة قضائية ادارية غير مختصة،

2- طلب المساعدة القضائية،

3- وفاة المدعي أو تغيير اهليته،

4- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي."

(1)- يشترط في نظرية العلم اليقيني أن يكون العلم شاملا لكافة أجزاء القرار المطعون فيه ،وبصورة توضح للمدعي مركزه من القرار ،ولكن في بعض الحالات قد لا يكون العلم اليقيني بالقرار في حد ذاته كافيا لبدء الميعاد، وإنما يتوقف الأمر على علم المدعي بالواقعة المؤثرة في مركزه القانوني ،وهي قد تكون لاحقة للقرار ذاته بمدة طويلة وعليه فلا يكفي العلم اليقيني بالقرار في حد ذاته لبيان المدعي مركزه الذاتي بالنسبة للقرار بل إن هذا المركز نفسه لم ينشأ إلا بواقعة أخرى مترتبة على القرار أو صدر بها قرار منفصل من هنا كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا لا تكتفي بفكرة العلم اليقيني وإنما تؤكد ضرورة التبين من مركز المدعي القانوني بالنسبة للقرار محل الطعن بالإلغاء، للإطلاع على أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الشأن أنظر: محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (شروط قبول دعوى الإلغاء)، ج1، مكتبة صادر الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 465 وما بعدها.

(2)- وردت هذه الاسباب في الباب الاول المتضمن الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وتحديدا في المواد 404 و 405 على التوالي، من القانون 09/08، السالف الذكر.

3- عمار بوضياف، الوسيط في دعوى الالغاء، مرجع سابق، ص

-انقضاء الميعاد: حدد المشرع ميعادا لرفع دعوى الالغاء وفقا للشروط المحددة ويترتب على انقضاء الميعاد غلق سبيل الطعن بالالغاء القضائي وبالتالي يتحصن القرار الاداري غير المشروع من الالغاء<sup>1</sup>، وينتج عن ذلك رفض القضاء الاداري الطعون مثل ما ذهب اليه المجلس الاعلى في قراره الصادر في 1981/02/20، حيث جاء فيه"..... حيث ان المادة 280 من ق. م تنص على ان برفع الطعن امام المجلس الاعلى خلال شهرين من تاريخ تبليغ الرفض الكلي او الجزئي للطعن الاداري أو من تاريخ انتهاء الميعاد المنصوص عليه في المادة 229 في حالة سكوت السلطة الادارية عن الرد، حيث ان الطلب الافتتاحي للخصومة بالتالي غير مقبول"<sup>2</sup>.

كما رفض مجلس الدولة كذلك الفصل في القرار الصادر في 2000/10/23 بحجة عدم تقديم الطعن في الآجال المحددة وجاء في منطوقه"..... حيث انه وبدون الالتفات الى الدفع الاخرى، فينبغي القول بان هذا الطعن رفع خارج الاجل المنصوص عليه في المادة 280 من الاختصاص فهو غير مقبول شكلا عملا بالمادة المذكورة اعلاه"<sup>3</sup>.

## رابعاً: المصلحة وصفة التقاضي

### 1- شرط المصلحة

إن توفر شرط المصلحة ليست حكراً على دعوى الإلغاء دون سواها بل هي شرط عام في ظل الدعاوى القضائية سواء اكانت مرفوعة أمام القضاء الإداري أو العادي فهي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء<sup>4</sup>، تتميز المصلحة في دعوى الالغاء بمعناها الواسع والاشمل من فكرة المصلحة في الدعاوى العادي فهي القضاء الاداري يعطي للمصلحة مدلولاً مرناً بحيث لا يشترط أن يكون رافع الدعوى قد تأثر مباشرة بالقرار المطعون، بل يكفي أن يكون الطاعن في مركز خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون

1-برهان رزيق، مرجع سابق، ص، 251.

2 -قرار المجلس الاعلى رقم 28245، الصادر في 1981/02/20، قضية(ش.م)/ضد(والي البلدية)، نقلا عن الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ط2، ج1، مرجع سابق، ص، 93، 94.

3قرار مجلس الدولة رقم 594، الصادر في 2000/10/23، في قضية(ب.ع)/ضد(المدير العام للامن الوطني)، نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري، ط2، ج5، ص، 1790، 1791.

4مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الادارية(الهيئات والاجراءات)، ط6، ج1، مرجع سابق، ص، 304.

فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثرا في مصلحة ذاتية للطاعن تأثيرا مباشرا<sup>1</sup>، وبالتالي لا يكون لرافع دعوى الالغاء مصلحة شخصية بل لهم مجرد مصلحة لا ترتقي إلى درجة الحق. ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتشدد في شرط المصلحة في دعوى الحق. ويبدو أنها تختلف عن المصلحة في دعوى التعويض والتي تتميز بالمفهوم الضيق للمصلحة والتي ترقى إلى مرتبة الحق وذلك لكون دعوى التعويض تشبه كثيرا الدعوى المدنية في كونها تقومان على حقوق شخصية<sup>2</sup>.

تتميز المصلحة حسب المادة 13 من ق.م. ا. بكونها قد تكون قائمة يعني مؤكدة وليست مجرد احتمال، أو تكون محتملة أي قد تكون في المستقبل وذلك عكس المشرع الفرنسي والذي يكفي بالمصلحة المحتملة لقبول دعوى ق.م. لا تقبل الدعوى أمام القضاء الإداري إلا إذا أثبت المدعي نوعا من المصلحة كما أن هذه الخاصية تقتصر فقط على دعوى الالغاء فدعاوى القضاء الكامل لا تعترف بالمصلحة المحتملة غالبا إلا ما استثنى بنص، إن السبب في اعتماد المصلحة المحتملة في دعاوى الالغاء دون سواها، يرجع إلى أن مواعيد الطعن بالالغاء أقصر من الدعاوى بالالغاء لا يضيع الحق في الطعن إذا ما انتظر الطاعن تحقق المصلحة، مع الأخذ بعين الاعتبار كون أن الهدف الأساسي من دعوى الالغاء هو تحقيق المشروعية وهي أسمى مبادئ دولة القانون<sup>3</sup>، بالتالي فإن المطالبة بالغاء قرار لائح لا يشترط أن تكون المصلحة شخصية مثلا إذا خالفت أي سلطة إدارية بقراراتها تدبريات احترازية في ظروف طارئة فيجوز لأي شخص أن يرفع دعوى يطلب فيها إلغاء هذا القرار والذي من شأنه أن يحدث أضرارا محتملة الوقوع في المستقبل أو قد يسهل هذا القرار وقوع ذلك فلا يشترط أن يكون الطاعن يسعى للحصول على فائدة عاجلة من دعوى الإلغاء<sup>4</sup>.

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، لبنان، ص.39.

2- عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص.221.

3 علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص.223.

4 مثال على ذلك أن تصدر الإدارة قرارا يمس بمصلحة الأفراد وذلك لخالفته التدابير الاحترازية الواردة في نص المادة الثالثة والتي تتضمن تعلق نشاطات نقل الأشخاص الآتي ذكرها خلال الفترة المذكورة أعلاه:

الخدمات الجوية للنقل العمومي للمسافرين على الشبكة الداخلية النقل البري في كل الاتجاهات: الحضري وشبه الحضري بين البلديات بين الولايات نقل المسافرين بالسكك الحديدية النقل الموجه: المترو، الترامواي، والنقل بالمصاعد الهوائية النقل الجماعي بسيارات الأجرة يستثنى من هذا الإجراء نشاط نقل المستخدمين<sup>4</sup>. المرسوم التنفيذي 96/90، المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا ومكافحته، الصادر في 21 مارس 2020.

2- شرط الصفة: يمكن تحديد مفهوم الصفة على أنها السلطة أو الاهلية المباشرة لرفع الدعوى فإذا انتقلت الصفة لا تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء الإداري وذلك لان صاحب الحق هو الاقدر على ترجيح مصلحته في الخيار بين رفع الدعوى من عدمها لأنها لا يملك الشخص المقاضاة الا في شان نفسه وليس له ان يتولاها في شؤون غيره الا بنيابة قانونية<sup>1</sup>، ومعنى ذلك أن يكون رافع لرفع الدعوى صفة قانونية تمكنه من ذلك قد يكون صاحب المصلحة أو ممثلا عنه. هناك من يرى أن الصفة تندمج في المصلحة ولا تتفصل عنها على غرار القضاء الفرنسي والمصري فيكون لكل ذي صفة مصلحة في رفع الدعوى وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 15/12/1948 حيث أقرت على «أن الصفة في دعاوى الغاء القرارات الإدارية لمجاورة حدود السلطة تندمج في المصلحة فتتوافر الصفة كلما كان القر مصلحة..»<sup>2</sup>، ومعنى ذلك أنه لرفع دعوى الالغاء لابد أن يصدر من شخص ذو صفة وقيام شرط الصفة يتطلب توفر المصلحة والغاية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة مؤكدة أو محتملة.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أورد شرط الصفة بصفة مستقلة عن المصلحة في المادة 13 من القر مصلحة بأنه لا يجوز لاي شخص رفع دعوى مالم تكون له صفة تسمح له ذلك فيكون صاحب الصفة هو نفسه صاحب المصلحة أو ممثلا عنه وذلك في الحالات التي تخص الاشخاص المعنوية العامة حيث لا تتقاضى هذه الاشخاص مباشرة أمام القضاء<sup>3</sup>، كما ذهب القضاء الإداري الى اعتماد الصفة القانونية كشرط لرفع دعوى الالغاء مستقلا في ذلك عن المصلحة، ويظهر ذلك جليا بالنسبة للأشخاص العامة فبالرغم من أنها صاحبة المصلحة إلا أن ممثلها القانوني هو صاحب الصفة وذلك في كثير من قراراته نورد منها على سبيل المثال:

مثال ذلك ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/11/1990 والذي جاء فيه "...حيث أن المستأنف اقام دعوى ضد عضو من اعضاء مشب ورئيس الدائرة ومندوب

1 سامي الوافي، مرجع سابق، ص 86.

2 علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 217.

3 المادة 828 من ق.ا.م.ا «مع مراعاة النصوص الخاصة، عندما تكون الدولة او الولاية او البلدية او المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا في الدعوى بصفة مدعى او مدعى

عليه تمثل بواسطة الوزير المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، والممثل القانوني بالنسبة للمؤسسة ذات الصبغة الادارية.»

جبهة التحرير الوطني امام الجهة القضائية الادارية الاولى في حين أنه لا أحد من هؤلاء بصفته هاته يمثل شخصا معنويا له أهلية التقاضي طبقا للمادتين 49 و 50 من ق.م وأنق.م وأن هو وحده المختص قانونا في تمثيل البلدية في كل مجالات الحياة المدنية والادارية وفي التقاضي باسمها.....<sup>1</sup>

مثال ذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 2004/05/11 والذي جاء في حكمه "... حيث أن المدعي عليه في دعوى الالتماس كان قد أخفى على القضاة هذه العملية التي طرأت على العقار موضوع النزاع وعليه فانه عندما رفع طعنه بإلغاء القرار الاداري ليست له صفة التقاضي للمطالبة بإلغاء القرار الاداري لفائدة (ش.ص) مما يجعل الدعوى أو الطعن الذي رفعه غير مقبول شكلا لا ندام الصفة...<sup>2</sup>.

#### خامسا: انتفاء الدعوى الموازية

تهدف دعوى الالغاء الى إلغاء القرار الاداري غير المشروع ونظرا للعلاقة الموجودة بين دعوى الالغاء ودعاوى القضاء الكامل (التعويض)، فقد يكون المدعي في موقف يختار من خلاله بين أحد الدعويين والتي يرى أن إحداها قد توصله إلى هدفه بشكل أسرع ونتيجة أفضلوها ما يسمى بانتفاء الدعوى الموازية يعني اللجوء الى دعوى إدارية تحقق نفس نتائج دعوى أفضلوها ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول مدى كون انتفاء الدعوى الموازية شرط من شروط دعوى الالغاء؟

ولقد نشأت هذه النظرية في كنف القضاء الاداري الفرنسي في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر، فكان مجلس الدولة لا يقبل دعاوى الالغاء إذا كان هناك سبيل لرفع دعوى اخرى موازية ولكن سرعان ما تخلى عنها نهائيا في نهاية القرن نفسه<sup>3</sup>، بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبني هذه النظرية في قانون الاجراءات المدنية في المادة 276 منه والتي تؤكد على رفض دعاوى الالغاء إذا كان هناك سبيل لرفع دعوى أخرى موازية وهي التي تعرضت

1قرار المحكمة العليا رقم 71449، الصادر في 18/11/1990، قضية (ع.م)/ضد(ص.وومن معه) بنقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء

الاداري، ط2، ج3، مرجع سابق، ص1006 وما بعدها.

2قرلر مجلس الدولة رقم 10331 الصادر في 11/05/2004، بنقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الاداري الجزائري، ط2، ج6، مرجع سابق، ص2363

وما بعدها.

لانتقادات كثيرة لان المشرع تبني نظرية ولدت مية ولم تطبق في القضاء الاداري الفرنسي وتخلي عنها فهذه النظرية لا يمكن تطبيقها في الواقع ولا تملك اية فائدة عملية أو قانونية فذلك مجرد تقليد لنظرية قضائية مهجورة<sup>1</sup>، لكن يمكن أن توتي فكرة انتفاء الدعوى الموازية واعتبارها شرطا من شروط دعوى الالغاء إذا ما استعملت في مجال محدد وتوفرت ظروف تطبيقها<sup>2</sup>.

تظهر فكرة انتفاء الدعوى الموازية بشكل أكبر في منازعات العقود الادارية، فرغم أن هذه الاخيرة تخضع للقضاء الكامل إلا أن ظهور نظرية القرارات القابلة للانفصال والطعن بالالغاء في القرارات التي تسبق تنفيذ العقود الادارية وبالتالي عدم خضوع هذه القرارات إلى اختصاص قاضي العقد أي قاضي التعويض.

### الفرع الثاني الشروط الموضوعية لدعوى الالغاء

تتمثل الشروط الموضوعية في أسباب وحالات الحكم بالغاء القرارات الادارية المنفصلة عن العقود وبناءات بسبب عدم مشروعيتها وهي ما يطلق عليها بعيوب القرار الاداري، في الواقع إن هذه الشروط لا تعد شروطا لرفع دعوى الالغاء بل شروط لقبولها ويقوم القرار الاداري على خمسة اركان وهي عناصر تتصل بشروط صحة القرار ومشروعيته<sup>3</sup>، ومن ثم تكون مجالا للتقدير من طرف القاضي الاداري فيمكن القول بأن شروط صحة القرار الاداري تتمثل في ضرورة اتفاق عناصر القرار الاداري مع القيود التي يفرضها القانون على هذه العناصر<sup>4</sup>، بالتالي يتم الغاء القرار المنفصل ببناءات على اسباب ترجع الى عدم مشروعيته الخارجية (أولا) والداخلية (ثانيا).

1 اعمار عوايدي، النظرية العامة للدعوى الادارية، ج2، مرجع سابق، ص422.

2- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، ج2، مرجع سابق، ص127.

3 HANINE Mohamed abd el mouhcine, La procédure de passation des marches publics, étude analytique et réflexions à la lumière du code français des marches publics et des directives européennes et des directives de la banque mondiale, Mémoire de recherche pour obtenir un diplôme du master en administration publique, ENA, république française, session 2007/2008, p34

4 سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري (العمل المركب)، مرجع سابق، ص269.

## أولا حالات عدم المشروعية الخارجية

تتمثل أركان القرار الإداري في ركن الاختصاص، الشكل المحل، السبب والغاية إن حالات الطعن بالإلغاء في فرنسا لم تنشأ دفعة واحدة فلقد نشأ عيب عدم الاختصاص أولاً، ثم عيب مخالفة الشكل فعيب مخالفة القانون وأخيراً عيب الانحراف في استعمال السلطة<sup>1</sup>، ونكون أمام عدم مشروعية خارجية للقرار الإداري إذا تم المساس بركن الاختصاص وركن الشكل.

### 1- عيب عدم الاختصاص

يقوم القانون العام الحديث على فكرة الاختصاص، وذلك لان فكرة تحديد اختصاصات معينة لموظفي الإدارة هي من آثار مبدأ الفصل بين السلطات فهذا الأخير لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات الثلاث فحسب بل يهدف أيضاً إلى توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة<sup>2</sup>، وتتمثل الغاية من تحديد قواعد الاختصاص في القانون العام هي تحقيق المصلحة العامة ومن ثمة فإن عيباً لاختصاص هو العيب الوحيد الذي يعتبر من النظام العام ويمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل النزاع بقصد بعيب عدم الاختصاص كحالة أو كوجه من أوجه رفع دعوى الإلغاء عدم احترام السلطات الإدارية للقواعد المتعلقة بكل مراحل حياة القرار التي تصدرها وبالتالي يختلف هذا العيب عن موضوع اختصاص الجهات القضائية الإدارية<sup>3</sup>، الذي ينظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون الذي ينظم عمل المحاكم الإدارية ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، وهو بذلك يقع نتيجة لمخالفة قواعد الاختصاص على القواعد التي تحدد مدى سلطة كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية في إصدار القرارات الإدارية فتحدد هذه القواعد أولاً نوع الأعمال التي يجوز أن يمارسها كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية، ثم تحدد هذه القواعد الزمان والمكان الذي يباشر فيه كل عضو اختصاصاً<sup>4</sup>، ويتجسد عيب عدم الاختصاص في عدة صور أهمها:

1 علياء غازي موسى، "حالات الطعن بالإلغاء والتمييز في إطار القانون الإداري"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص 289.

2 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 201.

3 محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، ص 345.

4 علياء غازي موسى، مرجع سابق، ص 290.

أ- **عيب عدم الاختصاص الاقليمي:** تطرح مسألة الاختصاص الاقليمي بالنسبة للهيئات الادارية ذات النشاط الاقليمي كالولاية والبلدية فهي هيئات ينحصر نشاطها في إطار مكاني معين ومحدود وعليه إذا أصدرت سلطة ادارية اقليمية قرار اداري يخص اقليما والبلدية فهي هذا القرار عرضة للإلغاء بسبب عيب الاختصاص الاقليمي.

ب- **عيب عدم الاختصاص الزمني:** ينظم المشرع قواعد الاختصاص من ناحية الفترة الزمنية وذلك لان الموظف ليس مخلدا في خدمته للإدارة العامة بل يفقد صفته هذه بعد فترة زمنية معينة وبالتالي بنيت قاعدتا عدم رجعية القرارات الادارية، وعدم تمديد اثارها الى المستقبل لان في ذلك يعتبر اعتداء السلف على الخلف<sup>1</sup>، ونتيجة لذلك فإن الموظف لا يجوز له مزاوله الاختصاص المرتبط بوظيفته بعد الاجل الذي يجوز له فيه ذلك وتختلف هذه المدد الزمنية حسب طبيعة الهيئة الادارية وطبيعة نشاطها.

في بعض الاحيان نجد ان المشرع يحدد مدة معينه لاتخاذ قرار معين، فما أثر انقضاء المدة الزمنية على هذا الاختصاص؟ بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد لم يعتبر أن انقضاء المدد الزمنية هي انقضاء للاختصاص كقاعدة عاملان هذه المدد الزمنية مجرد إفصاح عن رغبة المشرع في سرعة تنفيذ القانون. فلا تكون مخالفة المدة مؤدية الى الحكم بالإلغاء الا اذا كشف القانون عن نية المشرع القاطعة في ذلك أو اذا كانت المدة المحددة لمصلحة الافراد<sup>2</sup>. وأكبر مثال على الحالات التي يعد فيها اصدار القرارات الادارية خارج المدد الزمنية المحددة من طرف المشرع تعد قرارات معيبة بعدم الاختصاص الزمني المجالس المحلية المنتخبة التي تمارس اختصاصاتها خلال عهدة انتخابية معينة، فيعتبر كل قرار صادر عن أحد هذه السلطات خارج المدة الزمنية المحددة لها، قرارا غير مشروع وجاز الطعن فيه بالإلغاء كأن يصدر ق.م وأن قرار منح صفقة أنجاز أشغال لمتعهد ما بعد انتهاء عهده، عد هذا القرار باطلا وذلك لأنه مشوب بعيب عدم الاختصاص الزمني.

### ج- عدم الاختصاص الموضوعي أو المادي

إن المشرع لا يكتفي فقط بتعيين وتحديد الهيئات الادارية في الدولة، بل يعين لكل سلطة منها الاعمال التي تدخل في نطاق اختصاصها وبالتالي توجب عليها اصدار القرارات

1 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 226.

2 نفس المرجع، ص 227.

الإدارية في المجال الذي وظفها المشرع فيه فإذا خرجت أي سلطة من حدود اختصاصها كان قرارها باطلاً وجاز الطعن فيه فيه فإذا ذلك بعدة صور فإما أن يتعدى المرؤوس على صلاحيات رئيسه، أو قد يتعدى الرئيس على صلاحيات مفوضة لمرؤوسه. إن عيب عدم الاختصاص ليس على مستوى واحد إذ يميز بين نوعين منه وهي فقد يكون عدم الاختصاص بسيطاً ويسمى عدم الاختصاص البسيط وهذا لا يشكل خطراً كبيراً واثاره لا تعد كبيرة.

لكن في بعض يكون الخطأ جسيماً ويسمى في هذه الحالة بعيب عدم الاختصاص الجسيم أو اغتصاب السلطة وهو أخطر عيب من بين عيوب عدم الاختصاص، ويكون ذلك من خلال إصدار قرار من قبل شخص يتدخل في عمل الإدارة بدون سند ولا صفة قانونية تمكنه من ذلك<sup>1</sup>، إن القرارات التي يصدرها مغتصب السلطة لا تحدث مشاكلًا نظرية لأن قراراته تعتبر معدومة فالقاضي الإداري باستطاعته التأكد من ذلك بكل سهولة وإعدامه دون مراعاة لأجل رفع الدعوى بالإلغاء أن هذه النظرية يجب تليينها استناداً إلى مفهوم الظروف الاستثنائية والموظف الفعلي وذلك باعتبار أن الأشخاص الذين تدخلوا في عمل الإدارة بهدف تحقيق مصلحة عامة وذلك لأسباب ملحة ويجب اعتبار أنهم مارسوا الصلاحية التي لأسباب تكون الإدارة مسؤولة عن أعمالهم و تعد قراراتهم المتخذة باسم الإدارة صحيحة، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظريات في عدة قرارات<sup>2</sup>

## 2- عيب الشكل والإجراءات

كما ذكرت سابقاً فإن القرار الإداري هو أفصاح وتعبير للإدارة عن إرادتها لأحداث أثر قانوني، وهذا التعبير لا بد أن يكون في قالب معين، ويمكن للمشرع في بعض الأحيان أن يتدخل ويلزم الإدارة باتباع شكل معين كالكتابة أو التسبب أو التوقيع... الخ<sup>3</sup>، نكون أما الشكل والإجراءات في حالة عدم احترام الإدارة للقواعد الشكلية والإجرائية المقررة بموجب القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، يمتاز عيب الإجراءات بأن الإخلال به قد يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، أمام عيب الشكل فلا يؤثر على صحة القرار إلا إذا كان الشكل

1 جورج قويدل، بيار دلفوفيه، القانون الإداري ترجمة منصور قاضي، ج2، مرجع سابق، ص227.

2 نفس المرجع، ص228.

3 حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص353.

جوهرياً<sup>1</sup>، وتتمثل اهم الاشكال الجوهرية في القرار لإصدار هيئة معينة ويجب الاشارة هنا الى اتشار اختيارية والتي يكون رأي اللجان الاستشارية فيها ملزماً أما رأي اللجان الاستشارية الاختيارية فهي غير ملزمة.

يقصد بالإجراءات كركن في القرار الاداري الخوات والمراحل التي يمر بها القرار الاداري منذ لحظة التفكير في إصدار القرار حتى إظهاره وفي مجال العقود الادارية يعتبر قرار الاعلان عن منح الصفقة العمومية والذي يحتل أهمية كبيرة كون أن طلب العروض لا يتم الا به وكون التعاقد لا يتم دون اعلام الجمهور وذلك بأجراء بأجراء فعلى الادارة التقيد بقواعد الاعلان التي حددها لها المشرع بموجب المواد 62 و 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وعليه فإن عدم احترام الادارة لقواعد اجراء الاعلان، فإن قرار منح الصفقة أو قرار عدم المنح بعد ذلك يعد باطلا وقابلا للطعن بالإلغاء وذلك لأغفال اجراء جوهرى وهو اعلام المتعهدين برغبة الادارة في التعاقد مع الاشخاص لإنجاز مشاريع معينة وعليه في امكان كل شخص مؤهل التقدم بملفه للترشح وذلك وفق الاجراءات المحددة بموجب قانون<sup>2</sup>.

كما أن عدم احالة الادارة لدفاتر الشروط الى لجان الصفقات العمومية المعنية للمصادقة عليه وهذا لان هذا اجراء جوهرى وملزم وذلك لضمان اطار رقابي لسلامة المعاملات العقدية وابعاد الجهات الرسمية عن كل ما يجلب الفساد المالي مثالما ذهب فيه قرار المجلس الاعلى الصادر في 12/25 /1982 والذي جاء فيه "...حيث تجدر الإشارة ان المادة 152 من الامر 67-90 المتضمن قصعنتشأ بقرار في كل قسم وزاري لجنة استشارية مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية.... وبما أنه لا يتبين من التحقيق ان هذا

1 علياء موسى، مرجع سابق، ص 293.

2 مثلاً ماجاء في المادة 82 الفقرة الرابعة "...يتعين على المصلحة المتعاقدة ان تدعو في اعلان المنح المؤقت للصفقة، المترشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في اجل اقصاه ثلاثة ايام، ابتداء من اليوم الاول لنشر اعلان المنح المؤقت للصفقة....".

الإجراء قد اتبعهما يستتبع بمقتضاه عدم قبول الدعوى الراهنة ..<sup>1</sup>، والأمر نفسه في قراره الصادر في 1985/11/09.<sup>2</sup>

ومن المستقر فقها وقضاء ان الغاية من اخضاع القرارات الادارية بصفة عامة والقرارات المنفصلة عن العقود الادارية بصفة خاصة لإجراءات معينة واجبة التطبيق من قبل الادارة هو تحقيق المصلحة العامة وذلك لإصدار هذه القرارات بعيدا عن التسرع والعجلة كما أن ذلك يؤثر على تقبل المخاطبين لهاته القرارات وثقتهم بها من خلال احترام الادارة لأجراء الاعلان مثلا وتمكن المخاطبين من الاطلاع على النتائج ومعرفة ظروف صدورهما.

### ثانيا: حالات عدم المشروعية الداخلية

تتعلق المشروعية الداخلية للقرار الاداري بأركان المحل والسبب والغاية فكل نقص في ركن من هذه الاركان يؤدي بإصابة القرار بعيب من عيوب المشروعية الداخلية.

#### 1- عيب مخالفة القانون

يعنى بعيب مخالفة القانون الخروج على الاحكام الموضوعية بأجراء القرار معيبا من حيث مضمونه ومحلّه ويرتبط هذا العيب بركن المحل وهو الاثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة القرار الاداري سواء كان بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه<sup>3</sup>، وتتقسم حالات مخالفة القانون إلى صورتين:

#### أ- المخالفة المباشرة للقانون:

نكون أمام مخالفة مباشرة للقانون عندما لا تحترم السلطة الادارية مبدأ تسلسل النصوص القانونية وذلك بعدم احترام مادة قانونية في قانون ما ويشمل ذلك كل القوانين الموجودة في الدولة بجميع تصنيفاتها. يمكن القول ان احترام الادارة للقاعدة القانونية في محل القرار الاداري يكون في الظروف العادية، لكن في الظروف الاستثنائية يختلف الامر وذلك طبقا للظروف المحيطة بإصدار القرار الاداري والذي تتوسع فيه السلطة التقديرية للإدارة<sup>4</sup>، ولكن

1 قرار المجلس الاعلى رقم 32002، الصادر في 1982/12/25، بقضية (س.م.) ضد (ب.م.) و(ت.ن.)، نقلا عن رشيد خلوفي، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء

الإداري، ط2، ج1، مرجع سابق، صص 126 وما بعدها.

2 أنظر قرار المجلس الأعلى، رقم 43731، الصادر في 1985/11/09، بقضية (ش.ذ.م.س.) ضد (والي ولاية الجزائر)، نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء

الإداري، ط2، ج2، مرجع سابق، صص 539 وما بعدها.

3 حمدي القبيلات، مرجع سابق، صص 378.

4 علياء غازي موسى، مرجع سابق، صص 296.

كأصل عام فإن مخالفة القانون في محل القرار الإداري تجعل هذا الأخير عرضة للطعن بالإلغاء.

### ب- التفسير الخاطئ للقانون:

ويكون ذلك بمحاولة الإدارة إعطاء القاعدة القانونية معنى غير المقصود من طرف المشرع، سواء كان ذلك بحسن أو بسوء نية وهذا ما يسمى بالخطأ القانوني، ولما كان القضاء الإداري هو الذي يراقب مشروعية أعمال الإدارة فقد ترتب عليه أن تلتزم الإدارة بالتفسيرات القضائية لغموض نصوص قانونية ما<sup>1</sup>.

### ج- الخطأ في تطبيق القانون:

يعتبر الخطأ في تطبيق القانون انتهاكا له، وذلك بتطبيق القاعدة القانونية دون توفر الحالات المحددة أو تحقق الشروط التي يستدعيها القانوني، ولما أن الأسباب التي أدت إلى إصدار القرار الإداري خاطئة فإن القرار الإداري غير قانوني، يقوم القاضي الإداري عند فحص مشروعية القرار الإداري بالتحقق من وجود مبررات إصدار القرار فإذا تخلفت الوقائع التي تبرر إصدار القرار كان مخالفا للقرار فإذا تميز مجلس الدولة الفرنسي في تنوع اجتهاداته في هذا المجال مثال ذلك قراره الصادر في 25 فيفري 1985<sup>2</sup>، في قضية الشركة الفندقية البحرية القرار فإذا رفض المجلس البلدي اعطاء امتياز شواطئ معللا في ذلك بحق تفضيل البلدية في حين أن هذا الحق لا يمكن أن يمارس إلا ضمن شروط.

وقد يرتكز الخطأ في تطبيق القانون كذلك بناء على قرار ليس قابل للتطبيق إما لأنه ليس ساري المفعول وأنه لم يعد مطبقا وتم إلغاؤه وبذلك يكون هذا القرار الصادر دون سند قانوني، كما يجب التأكد من مدى صحة الشروط القانونية للوقائع وذلك ما يسمى بالغلط المتعلق بالوقائع<sup>3</sup>، مثال على التطبيق الخاطئ للقاعدة القانونية ما جاء في قرار مجلس الدولة الصادر في 19/04/1999 والذي جاء فيه "...حيث أن والي ميله لم يثر في قضية الحال أية حالة تسمح له بتسخير مدير ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية ميله لوضع المحلات

1 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 335.

2 في قضية الشركة الفندقية البحرية والاستجمامية، حين رفض المجلس البلدي اعطاء امتياز شواطئ معللا في ذلك بحق تفضيل البلدية في حين أن هذا الحق لا يمكن أن يمارس إلا

ضمن شروط، أنظر في ذلك جورج فيدل، بيار دلفوفيه، مرجع سابق، ص 237.

(3) نفس المرجع، ص 238 وما بعدها.

الممنوحة قانونا للشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية وانه لا يمكن الامر بالتسخير الا في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي كما هو مستخلص من المادة 679 من ق.م... وأن والي عندما اتخذ قرار التسخير قد تجاوز سلطته...<sup>1</sup>.

## 2- عيب مخالفة السبب:

السبب هو الواقعة أو الوقائع القانونية التي تسبق اصدار القرار عيب مخالفة تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار ولصحة ومشروعية أي عمل قانوني سواء كان قرار أو عقدا للإدارة من أن يبني على اسباب صحيحة وذلك بأن يكون لسبب وجود فعلي أو مادي كما يشترط فيه أن يحمل الوصف الذي يتطلبه القانون<sup>2</sup>، لكن التساؤل الي يثار في هذا المجال هو مدى اعتبار انعدام السبب كوجه من أوجه الإلغاء أو ادراجه ضمن أوجه الإلغاء السابقة؟ لقد أثارت هذه النقطة خلافا فقهييا كبيرا فمنهم من يرى أن عيب انعدام السبب هو وجه مستقل من أوجه الالغاء القرار السابقة؟ يندرج تحت عيب اخر وحجتهم في ذلك أن السبب هو ركن مستقل لصحة القرار السابقة؟ فإن انعدام السبب هو دليل على عدم صحة القرار الاداري ويعرض هذا الاخير للطعن بالإلغاء استنادا على عيب انعدام السبب وذلك عندما تكون الادارة تتمتع بالسلطة التقديرية أما إذا كانت سلطة الادارة مقيدة فيمكن ادماج انعدام السبب في عيب مخالفة السبب وذلك تزعم هذا الاتجاه الفقيهين بنوارولوبا دار<sup>3</sup>. كما أن هناك اتجاه فقهي آخر يناقض هذا الاتجاه فالفقيه دوجي يصل الى حد انكار دور السبب في القرار الإداريين حين ان الفقيه هوري يدمج عيب السبب في عيب مخالفة القانون لأن انعدام السبب يوازي الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون، بالتالي فإن الرقابة على الاسباب تتم من خلال الرقابة على مخالفة القانون.

بالنسبة لنا فإننا نؤيد وجهة النظر الثانية وبدورنا نقر بأن السبب هو ركن أساسي في صحة القرار الإداري لكن انعدامه لا يرقى إلى أن يكون وجها مستقلا من أوجه الإلغاء لأن رقابة

1قرار مجلس الدولة الصادر في 19/04/1999، في قضية (والي ميلة)/ضد(الشركة الوطنية للمحاسبة)، نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهد الجزائري في القضاء

الإداري، ط2، ج5، مرجع سابق، ص 1919 ومابعدها.

2محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الاداري، مرجع سابق، ص 539.

(3)-حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 438.

PALMIER Sébastien, op, p160.

القضاء الإداري تكون على مخالفة القانون وعلى مراقبة الوقائع المادية، كما هو الحال بالنسبة للعيب الذي يصيب ركن المحل ضف إلى ذلك فإنه من المعروف أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها ولكن إذا أُلزم المشرع الإدارة بضرورة ذكر الأسباب في قرارها فإنها في مخالفتها لذلك تكون قد أخلت بشكلية جوهرية وبالتالي يؤسس المتضرر دعواه بناءات على الإخلال بركن الشكل، مثل ما ذهب إليه مجلس الدولة في حكمه الصادر في 2000/01/31 والذي جاء فيه "...وحيث ان قضاة الدرجة الاولى قد عللوا قرارهم بإلغاء المقرر المتخذ من طرف الوالي السابق الإشارة إليه انه مجردا من ذكر أي سبب مما يؤدي الى القول بأنه غير شرعي،...وحيث ترتيبا على ذلك فإن اغفال او تجاهل هذا المبدأ يعد بمثابة مخالفة صريحة للمبادئ العامة للقانون...."<sup>1</sup>.

### 3- عيب الانحراف باستعمال السلطة

إن أي هيئة إدارية لا تصدر أي قرار إلا إذا كانت مختصة بذلك، واتبعت في سبيل إصداره الأشكال والإجراءات المحددة بموجب القانون، مع احترام الوقائع القانونية التي أدت بها لذلك وأن يوافق محل القرار الإداري القواعد القانونية وبعد كل ذلك يجب في النهاية أن يكون القرار الإداري الصادر محققا للصالح العام. ونتيجة لمخالفة القرار الإداري للمصلحة العامة يصاب هذا الأخير بعيب الانحراف في استعمال السلطة؛ ويعني ذلك أن تقصد الإدارة من وراء إصدارها للقرار الإداري غرضا غير الذي من أجله منحت الإدارة سلطة العام ونتيجة عيب يتصل بركن الهدف، ويعتبر من العيوب الاحتياطية لأنه لو طعن في قرار لأنه عيب آخر مع عيب الانحراف في استعمال السلطة فإن القاضي الإداري يبدأ بفحص العيب الآخر<sup>2</sup>، كما يعتبر من أصعب العيوب اكتشافا من قبل القاضي الإداري لأنه يكون أمام حالة تستلزم منه البحث في نوايا ومقاصد مصدر القرار لأنه على تقييمها وبذلك يقوم بعملية تحري في النواحي النفسية والمقاصد<sup>3</sup> التي ابتغتها الإدارة من وراء إصدار القرار الإداري المطعون فيه. يرتبط هذا العيب أساسا في حالة السلطة التقديرية للإدارة فبدل أن تختار هذه الأخيرة الغاية

1قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/01/31، في قضية (والي مستغانم)/ضد (جمعية منتجي الحليب)، سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء

الإداري، ط2، ج5، مرجع سابق، صص 1955 1956.

2حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص397.

3بولقواس سناء، "خصوصية إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة"، مجلة المفكر، العدد الثالث، بيسكرة، ص309.

التي ألزمتها بها المشرع وهي تحقيق المصلحة العام تسيئ الإدارة استعمال سلطتها وتبتغي تحقيق غاية أخرى لأنها إذا خالفت ركن الغاية في السلطة المقيدة في هذه الحالة فإن العيب يكون عيب مخالفة القانون<sup>1</sup>، ويأخذ عيب الانحراف في استعمال السلطة أحد الصورتين التاليتين:

#### أ- الخروج عن المصلحة العامة:

يعتبر الانحراف عن المصلحة العامة من أوضح الصور التي تبرز خروج الإدارة عن أداء هدفها الأساسي من وراء إعطائها امتيازات وسلطاتها في مواجهة الأفراد وهو تحقيق المصلحة العامة والتي ترجع الى النية والقصد في الانحراف عن ذلك. لأن المشرع الجزائري<sup>2</sup> يفرض على الإدارة تحقيق النفع العام وذلك بأن ترعي الإدارة دوما في أداء مهامها تلبية احتياجات المواطنين وحماية حقوقهم وحررياتهم المكفولة لهم بموجب النصوص القانونية. وتتحرف الإدارة عن تحقيق الغاية الموكلة اليها في حالة اصدار قرار اداري رغبة في الانتقام أو رغبة لتحقيق هدف شخصي لمصدر القرار أو محاباة لشخص اخرأ عدم تطبيق للقاعدة القانونية بشكل صحيح<sup>3</sup>.

#### ب- الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف:

إذا أوكل المشرع للإدارة مهمة تحقيق هدف في اصدار قراراتها فإنه يتوجب عليها، وهي تمارس نشاطها الاداري في صورة قرارات ادارية أن تبتغي تحقيق هذا الهد الذي خصها المشرع به والذي يعتبر قيذا على الإدارة في اتخاذ قراراتها أما إذا انحرفت وحادت عنه وحققت بقرارها هدفا اخر غيره فإنها تكون قد أساءت استعمال سلطتها وذلك لمجانبتها الهدف الخاص الذي عينه لها المشرع حتى ولو كان الهدف الذي ابتغته الإدارة من قرارها لا يخالف

1 علياء غازي موسى، مرجع سابق، ص300.

2 ألزم المشرع الجزائري الإدارة على تحقيق المصلحة العامة للأفراد ونستشف ذلك من خلال اصداره لمختلف القوانين والنصوص التي تتضمن ذلك ومن ضمنها المرسوم التنفيذي رقم

88-131، الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، الصادر في 04 يوليو 1988، والذي تنص المادة الثانية منه على "يُفَع على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية وأعوانها واجب

حماية حريات المواطن وحقوقه التي اعترف له بها الدستور والتشريع المعمول به كما أكد نفس القانون على ضرورة تحقيق المصلحة العامة من خلال ماورد في نص المادة السادسة

والتي جاء فيها "تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين ويجب ان تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة"

3 بولقواس سناء، مرجع سابق، ص306.

المصلحة العامة<sup>1</sup> وهناك مجالات كثيرة يحدد فيه المشرع للإدارة أهداف مخصصة أهمها مجال الضبط الإداري ومجال الوظيفة العامة وسلطة الاستيلاء... الخ.

### المطلب الثاني أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري

تنتهي دعوى الإلغاء عادة بنتيجتين، إما ألا يقتنع القاضي الإداري بالدفع المقدمة ويتأكد من سلامة القرار الإداري، وأنه خال من أي عيب من عيوب المشروعية التي ذكرناها سابقا وإما أن يقتنع القاضي بالدفع المقدمة أمامه ويتأكد من عدم مشروعية القرار الإداري فيصدر حكما بإلغائه فيصبح لهذا الأخير اثر رجعي ومطلق في مواجهة الأطراف و الإدارة خاصة فهذا المبدأ لا يثير إشكالات بالنسبة للقرارات الإدارية البسيطة، لكنه يثير الغموض إذا كنا في صدد قرارات إدارية منفصلة عن العملية العقدية فمثلا إذا صدر حكم بإلغاء قرار سابق على إبرام عقد إداري بسبب توفره على عيب من عيوب المشروعية ففي هذه الحالة نكون أمام احتمالين؛ إما أن نسير قدما في اجراءات التعاقد وهذا ما يتنافى مع مبدأ حجية الامر المقضي به لحكم ما يتنافى هذا الحكم سواء قدم الطعن من طرف المتعاقد أو من طرف الغير صاحب المصلحة، وهذا هو مفهوم الحجية المطلقة للحكما أنه يمكن استصدار حكم يوقف تنفيذ القرار المنفصل بشرط أن يسبق انعقاد العقد بصفة نهائية، وهذا الاحتمال نادر الوجود نظرا لبطء اجراءات التقاضي<sup>2</sup>. فما مصير العقد الإداري عند صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل عنه؟ فهل يبقى العقد الإداري صحيحا أو أن بطلان القرار المنفصل يؤدي حتما إلى بطلان العقد الإداري؟

### الفرع الأول: موقف القضاء الإداري

بالنسبة لاجتهادات القضاء الإداري كذلك فقد تباينت مواقفها في حسمها في قضية مدى تأثير العقد الإداري بالحكم الصادر بالقرار المنفصل عن العملية التعاقدية ككل. ومن ذلك سنقوم بإبراز هذه المواقف.

(1) نفس المرجع، ص 308.

(2) من بين الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه في الفقه الفرنسي أنظر على سبيل المثال رأي كل من:

prosper weil, les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour exès de pouvoir, these pour le doctorat

, paris, 1952, p205, M. KRASSILCHIK, la notion d'acte détachable en droit administratif français, these pour le doctorat, paris, 1964, p190.

## أولاً: موقف القضاء الإداري المقارن

المبدأ السائد في القضاء الإداري الفرنسي والمصري منذ زمن بعيد استقر على أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري.

1- موقف القضاء الفرنسي: كان مجلس الدولة الفرنسي متمسكا بفكرة عدم تأثر العقد الإداري بمشروعية القرار المنفصل، وذلك منذ القرار الشهير في قضية مارتين الصادر في 4 اوت 1905- السابق عرض-، حيث أوضح مفوض الحكومة روميو في تقريره حول القضية، عدم تأثر العقد بإلغاء القرار المنفصل بل يظل ساري المفعول حتى يطلب إلغاؤه أمام قاضي الموضوع كما أضاف أن الإلغاء ينصب على القرارات الإدارية ذاتها ولن يؤدي إلى حل الرابطة العقدية<sup>1</sup>. ومؤدى ذلك أن قاضي الإلغاء لا يمكنه أن يقضي ببطلان العقد الإداري بالرغم من أن القرارات المنفصلة جزء من العملية العقدية هنا يمكن إثارة تساؤل حول جدوى دعوى الإلغاء؟ يعني إذا كان حكم الإلغاء لا يخلف أثره وهو ابطال العقد الإداري، فلم ترفع الدعوى من الأصل؟ وهل تعتبر إذا الاجراءات التي مرت بها الخصومة الى غاية صدور الحكم مجرد لغو؟

إن الاجابة على هذا التساؤل تعيدنا مرة اخرى إلى قرار مارتين وبالذات إلى تقرير المفوض روميو والذي نستنتج منه عدة نتائج مهمة وهي، أن الأشخاص غير المتعاقدين والمتضررين من قرار الادارة لا يمكن لهم درأ الضرر عنهم إلا برفع دعوى الإلغاء وأن التوسع في شرط المصلحة يجعل من الغير قادرا على ضبط أعمال الادارة بالرقابة القضائية عليها كما أن حكم الإلغاء هو حجة يستخدمها الغير للمطالبة بالتعويض امام قاضي العقد. كما أن حكم الإلغاء يكون تنبيها للإدارة عن خطئها ويعطيها فرصة للتدارك وتجنب الوقوع فيه مستقبلا. بعد هذا القرار وتحديد في قرار باللاند سنة 1906 كان تقرير المفوض روميو<sup>2</sup> بنفس الطريقة تقريبا التي سبق واعطاها في قرار مارتين كما أن مجلس الدولة الفرنسي حافظ على موقفه من

1- أنظر في ذلك رأي الاستاذ الطماوي في كل من: سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص 205، سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة

مقارنة)، مرجع سابق، ص 392.

2) - « l'annulation pour excès de pouvoir ne rompra pas le contrat. l'annulation fera disparaître l'irrégularité commise ; si le requérant estime qu'il

a droit a des dommages et intérêts ,il devra tenter une action distincte devant le juge du plein contentieux. ». l'arrêt balandc.e, 30 mars

1906, CANNO, CONS2QUENCES DE L'ANNULATION DES ACTES DETACHABLES DU CONTRAT ADMINISTRATIF, WWW.LE PETIT

JURISTE.FR02/04/2018, 18 :55

خلال رأي أبداه قسم التقرير والدراسات التابع له ،بصدد الرد على مذكرة توضيحية طرحها أحد الوزراء كان هذا الرأي تضمن الوزراء كان للاجتهاد القضائي القديم فإن الحكم بالإصغاء الصادر عن قاضي الالغاء بصدد قرار قابل للانفصال عن العقد ليس له اي اثر على هذا العقد ويبقى هذا الاخير شريعة المتعاقدين ،ينبغي أن يستمر تنفيذه لمصلحة المرفق العام والحق في التعويض محفوظ للطاعن<sup>1</sup>

وهكذا ظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض تأثر العقد الاداري بحكم الإلغاء الخاص، بقرار المنفصل عن العقد الإداري مؤكدا على حرصه على المحافظة على الرابطة التعاقدية وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن الغير الذي رفع دعوى الالغاء لا يمكنه رفع دعوى أمام قاضي العقد لذلك من الطبيعي أن يسعى القاضي للحفاظ على العقد بالإضافة إلى ذلك الحرص على الحفاظ على الصالح العام.

قد يقرر قاضي العقد إلغاء القرار المنفصل وهو صاحب الاختصاص المطلق في الحكم بإبطاله ،ويقوم القاضي بتقدير مدى تأثير الحكم بإلغاء القرار على العملية العقدية وماذا كان قد تتم تصحيح الاجراءات الباطلة بواسطة قرارات لاحقكما يبحث قاضي العقد فيما إذا كان ابطاله يؤدي الى المساس بالحقوق المكتسبة وعليه فإنه اذا كان سبب الغاء القرار يرجع الى عيب جوهري ،فإن القاضي يقوم بالبحث في مدى تأثير هذا القرار على العقد الإداري<sup>2</sup>.تطور اثر الحكم بإلغاء القرارات المنفصلة على العقود الإدارية ،منذ صدور قانون 08 فبراير 1995 ومضمون ذلك أنه في اغلب الحالات حتى ولو لم يكن هناك تأثير لإلغاء القرار الاداري على العقد ولكن تعطى سلطة أكبر للقاضي بحيث يمكن إلزامه للإدارة بدفع غرامة تهديدية تجبرها على التقيد بحكم الإلغاء<sup>3</sup>، وبذلك أصبح القاضي ستعمل الغرامة التهديدية في القضاء الكامل وقضاء الالغاء على السواء ،حيث لم يقتصر دوره على بيان مشروعية القرار من عدمه بل يتعدى ذلك الى إجبار الادارة على تنفيذه.

1)-« selon une jurisprudence ancienne.lannulation par le juge de lexés de pouvoir,a la demande dun tiers dun acte détachable du contrat.na par elle-même aucun effet direct sur ce contrat :celui-ci demeure la loi des parties et son exécution dans lintérêts du service peut en principe etre poursuivie » ,reponse a une demande declairissement du 25 janvier 1989,EDCE,1989,n41,p127.

2مجدي الشامي،مرجع سابق،ص108.

3)-يوسف بن مصبح بن سعيد الشيشكلي،مرجع سابق،ص274.

ومن بين أهم القرارات القضائية التي نذكرها في هذا الصدد قرار سوفييتيالفريز والذي يوفر مزيدا من الحرية لقاضي العقد، كما أن يجد توازنا أكثر ملاءمة بين وظائف وسلطات القاضيين يقع تقييم الحفاظ على العقد في نهاية المطاف على عاتق قاضي العقد كما يقتضي المنطق الكامن في التمييز بين دعوة تجاوز السلطة ودعوى التعويض الحفاظ على هذا الفصل ضروري من أجل منح الإدارة والمتعاقد معها الفرصة لطرح حججهما للحفاظ على العقد إذا كان قاضي العقد ملزما بقرار قاضي الإلغاء فسيتم إلغاء العقد الإداري في الواقع بعد مطالبة طرف ثالث دون ان يتم الاستماع الى الاطراف، ومع ذلك فإن الاطراف ستتجنب رؤية مصالح طرف ثالث تسود على مصالح الاطراف ومصالح الفرد على المصلحة العامة<sup>1</sup>.

**2-موقف القضاء الإداري المصري:** فقد اتخذ موقفا واحدا في مسألة اثار الحكم بالإلغاء على العقد الإداري والتي لا تؤدي الى ابطاله وتبنى ذلك في كثير من أحكامه من بينها القرار الصادر في 1943/11/25 والذي جائفيه "...وما يصدر من تلك القرارات مخالفا للقوانين أو اللوائح، أو مشوبا بعيب اساءة السلطة حق إلغائه دون أن يكون للإلغاء مساس بالعقد ذاته الذي يعد قائما بحاله"<sup>2</sup>، إلا أن هذا المبدأ تعرض لانتقادات كثيرة ومنها ما يذهب بالقول بأن القرار الإداري وأن كان منفصلا أو قابلا للانفصال إلا أنه يكون مع العناصر الاخرى عملية مركبة متكاملة ويتوقف عليه سلامة العملية بأكملها، ولذا فإن انهياره يرتب انهيارا لبقية عناصر العملية المركبة<sup>3</sup>، إلا أن هذا المبدأ قد يطرأ عليه استثناءات تؤكد على ان العقد الإداري لا يقوم على قرار باطل، فإذا بطل قرار قبول العطاء لعدم اختصاص مصدر القرار فإن هذا القرار رغم أنه منفصل عن عملية التعاقد لا يمكن أن ينشأ عنه عقد إداري وبالتالي يلغى العقد ويعتبر كأن لم يكن، وهذا كما جاء في أحد فتاوى قسم الرأي بمجلس الدولة<sup>4</sup>.

1Iarret societe ophrys et communauté clermont–communauté(CE ,21 fevrier2011,c.anno ,consequence de la

2زينب سالم مرجع سابق،ص125.

(3)–سليمان الطماوي،الأسس العامة للعقود الإدارية،مرجع سابق،ص191 .

4عبد العزيز عبد المنعم خليفة،مرجع سابق،ص347..

## ثانيا موقف القضاء الجزائري

بالنسبة للقضاء الجزائري فإن ندرة الاجتهادات القضائية في هذا المجال ،لم تسمح لنا بالبحث في موقف القضاء في أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري ،ولكن بالنسبة للمشرع فقد حذا حذو المشرع الفرنسي ،بإصداره قانونا يسمح بغير المتعاقدين اللجوء الى قاضي الالغاء بالتدخل وذلك بفرض غرامة تهديدية لإجبار الادارة على الانصياع لحكم قاضي الإلغاء وذلك بطلب مستعجل وذلك للسماح بالغير الذي صدر حكم الإلغاء في حقه بأن يطلب ترتيب اثار الحكم بدعوى يرفعها أمام قاضي العقد لهذا الغرضوفين ذلك أعمال لمبدأ حجية الأمر المقضي فيه واحترام قاعدة توزيع الاختصاص.

## الفرع الثاني الاستعجال قبل التعاقد

يعتبر القضاء الاستعجالي فرعا من القضاء الإداري والهدف منه التدخل السريع لاتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة وذلك في حين أن ترفع دعوى في الموضوع إذا لم ترفع فعلا-حسب الحالة-، وعلى خلاف ما كان عليه الأمر في قانون الإجراءات المدنية -الملغى- فإننا بصور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية عرف القضاء الاستعجالي تطورا كبيرا يتضمنه عدة أنواع<sup>1</sup>، وأهمها الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية أو ما يعرف بالاستعجالا قبل التعاقد.

## أولا: تعريف الاستعجال التعاقد

إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا محددا للقضاء الاستعجالي وترك الامر للفقهاء والقضاء الاداري؛ فالقضاء الاستعجالي التعاقد هو إجراء قضائي مستعجل من نوع خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل اتمام إبرام العقود الإدارية وذلك بإعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة<sup>2</sup>.

تعود الجذور التاريخية لظهور القضاء الاستعجالي إلى القضاء الأوروبي وذلك سعيا منه إلى ايجاد دعوى قضائية فعالة تضمن مبدأ المنافسة والعلانية وذلك ما أدى إلى صدور التعليم

(1)-يحتوي قضاء الاستعجال على استعجال وقف تنفيذ القرارات الادارية،الاستعجال الفوري لوقف تنفيذ القرارات الادارية،استعجال المحافظة على الحريات،استعجال التدابير الضرورية،الاستعجال الحقيقي،استعجال اثبات الحالة،الاستعجال التسبيقي،الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية،أنظر في ذلك عبد القادر عدو،"الجديد في قضاء الاستعجال"ص 91 ومابعدها.

2لعلام محمد مهدي،"الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية"ص199.

رقم 89-665 والتي وردت تحت مسمى طعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والعلانية وذلك ما جعل المشرع الفرنسي يطبق نفس المبدأ في القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04/01/1992، وتم إدراج هذا المبدأ في المادتين 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية والمحاكم الادارية الاستئنافية السابق ثم بعد ذلك في قانون القضاء الفرنسي<sup>1</sup>. من خلال ذلك يتبين لنا بأن المشرع الجزائري قد تأثر بتجربة نظيره الفرنسي في اعتماد القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، بالرغم من تأخره في تبني ذلك إلى غاية صدور قانون 09/08، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية وذلك في المواد منه، وذلك نظرا لعدم فاعلية دعوى الإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية وذلك لأن الفصل فيها بحكم نهائي لا يكون إلا بعد توقيع العقد وربما بعد تنفيذه، كما أن إلغاء القرار المنفصل الباطل لا يؤثر على وجود العقد الإداري إلا إذا رفع أحد الأطراف دعوى البطلان أمام قاضي الموضوع<sup>2</sup>، مما يثبت عدم فاعلية الطعن بالإلغاء بالنسبة للغير الذي لا يحق له رفع دعوى بطلان أمام قاضي الموضوع. ضف إلى ذلك فإن القضاء الاستعجالي يكفل احترام قواعد الشفافية والمنافسة وذلك لتعلقها بالمال العام حدد المشرع الجزائري مضمون المنازعات الاستعجالية في مجال العقود الإدارية وهي تلك المنازعات التي تتعلق بحالات الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تتعلق بإبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية<sup>3</sup>، ويتضح من ذلك أن دور القاضي الاستعجالي يكمن في تعزيز آليات الرقابة القضائية على منازعات العقود الإدارية مما يحفظ مبدأ المساواة والشفافية.

### ثانيا: شروط الاستعجال التعاقدية

تطراً أثناء سير الدعوى الادارية مشاكل تتطلب حولا سريعة في شكل تدابير مؤقتة يتعين اتخاذها قبل الفصل في موضوع النزاع نهائيا، وأحيانا أخرى قد تحدث أمور يخشى لو اتبعت بشأنها إجراءات دعوى الموضوع الطويلة أن تتمحي الاستعجالي بالتالي تدارك الاضرار الناتجة عنها الأمر الذي يفرض اتخاذ اجراءات سريعة في انتظار رفع دعوى الموضوع

1)-code de justice administratif (CJA),<https://www.legifrance.gouv.fr/06/04/2018>. 16 :24

2) ككتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونية الجزائرية والفرنسية، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان

2017/2018، ص39.

3) أنظر المادة 946 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سابقا.

وهذه الاجراءات والحلول السريعة تباشر بواسطة رفع دعوى استعجالية أمام قاضي استعجالي<sup>1</sup>، وتتمثل شروط رفع دعوى الاستعجال الإداري العامة توفر شرط الاستعجال والذي يشكل ضررا على حق المدعي والذي يتجلى في تقويت فرصة التعاقد وبالتالي إذا كان من الممكن تدارك الفرصة دون تدخل القاضي الاستعجالي، فلا وجود لحالة الاستعجال<sup>2</sup>، وشروطي الجدية وعدم المساس بأصل الحق وذلك لأن قاضي الاستعجال لا ينظر في موضوع الحق، بالإضافة إلى هذه الشروط فإن دعوى الاستعجال التعاقدية تتمتع بشروط أخرى تتمثل في شروط شكلية (1)، وأخرى موضوعية (ب).

## 1- الشروط الشكلية

### 1- شرط الصفة

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أشمل من شرط الصفة الواجب توفرها في الدعاوى بصفة عامة وذلك لأنها تكتسب إما بحكم المصلحة، أو بحكم القانون.

### الصفة بحكم المصلحة

يكتسب هذه الصفة جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقود والصفقات العمومية، وهم المترشحين المقصين والمتضررين نتيجة الاخلال بقواعد العلانية والمنافسة لتجاوزهم فرصة نيل الصفقة والضفر بها، كما هو واضح من نص المادة 946 التي جاء فيها أنه «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي يتضرر من هذا الإخلال....».

1مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ط6، ج2، مرجع سابق، ص133.

2لقد أشار المشرع الجزائري في ق.ا.م.1 بموجب المواد 920، 921 و924 منه إلى ضرورة توفر شرط الاستعجال، بدون تحديد لمفهومه أو حالاته فاسحا في ذلك المجال للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، لأن هذا الأخير هو الأقرب للوقائع ولا يمكن للمشرع الامام بجميع الظروف التي يمكن أن تتطلب تدخلا استعجاليا امام القاضي الإداري، فالحالة التي تستدعي الاستعجال تنشأ من طبيعة الحق المطلوب إصلاحه ومن الظروف المحيطة به، لا من فعل الخصوم واتفاقهم، ولا يكون نزولا على رغبةهم. إن حالة الاستعجال هي التي أنشئ من أجلها قضاء الاستعجال وذلك لحماية حقوق المتقاضين، التي قد تتعرض إلى خطر محقق يمكن أن يلحق بها الضرر نهائيا، وإذا ترك أمر البت فيها إلى إجراءات التقاضي الإداري سيطول أمد حماية هذه الحقوق، كما يعتبر شرط الإستعجال من النظام العام أي لا يمكن الإتفاق على مخالفته، ويترتب على ذلك التزام الهيئة القضائية الفاصلة في النزاع إثارة تلقائيا، ويتم تسيب الحكم على هذا الأساس وفي حالة انعدامه يتم رفضه، ولا يتم التصريح بعدم الإختصاص النوعي بالرغم من أن انعدام حالة الإستعجال هذه تجعل من قضاء الموضوع هم المختصون بالفصل في المنازعة، انظر في ذلك: أنظر في ذلك نفس المرجع، ص136، جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، العدد الأول، 2007، ص306. -تسرين جابر هادي، القضاء الإداري المستعجل (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2017، ص24، أنظر المادة 924 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

ويفهم من خلال هذه المادة أن المدعي بحكم المصلحة المتعامل الاقتصادي المتضرر، إما في حالة عدم إجراء الإدارة المتعاقدة لإعلان طلب العروض أو في حالة فبرول الإدارة لعرض لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة، كما يشترط أن يكون المدعي متعاملاً تتوفر في عرضه كل الشروط المالية والتقنية وبالرغم من ذلك رفضكما تقبل دعوى الاستعجال من المتعاقدين القدامى لذات العقد والذي تم تجديده<sup>1</sup>، كما يشترط في رافع دعوى الاستعجال ألا يكون غريباً عن العقد الإداري كالمتعاقد من الباطن<sup>2</sup>.

## 2-الصفة بحكم القانون

يقصد بتوفر شرط الصفة بحكم القانون في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هي إجازة المشرع صراحة لأشخاص محددة لرفع دعوى الاستعجال بالرغم من عدم تضررهم من إخلال الإدارة بقواعد الإشهار والمنافسة وهذا وفقاً لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ".....يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي يتضرر من هذا الإخلال وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية....."، وعليه فقد أعطى المشرع إمكانية رفع هذه الدعوى من طرف الوالي، باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية، كما يستمد الوالي هذه الصفة من نص المادة 110 من قانون الولاية<sup>3</sup>، ولكن ما يثير تساؤلنا في هذا الصدد لماذا ذكرت هذه المادة اختصاص الوالي في رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد ولم تذكر ممثلي الهيئات الإدارية الأخرى البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية كما أنها لم تشير إلى حارس الشفافية في حال مخالفة قواعد المنافسة والإشهار بالنسبة للهيئات المركزية والهيئات الوطنية المستقلة وهذا الأمر يثير الكثير من الإشكالات ولا يمكن للمشرع أن يتغاضى على فراغ قانوني في أمر حساس كمنازعات العقود الإدارية التي ترتبط بالخبزينة العمومية<sup>4</sup>.

## 2-قاعدة القرار السابق

1كتناوي عبد الله، مرجع سابق، ص158.

2

3حيث جاء فيها أن "الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية، وهو مفوض الحكومة"، أنظر القانون 07/12، المتضمن قانون الولاية المذكور سالفاً.

4عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج2، مرجع سابق، ص140.

ترفع دعوى الاستعجال أصلا للطعن في قرار إعلان العقود والصفقات العمومية، وعليه فإن من البديهي توفر شرط القرار السابق واشتراط المشرع الفرنسي في البداية لقبول دعوى الاستعجال قبل التعاقدى وجود القرار الإداري السابق بخلاف الحال في شروط قبول دعوى الاستعجال الإدارية المتعلقة بالمنازعات العقدية التي تتطلب ذلك. ويبدو أن المشرع الفرنسي كان قد تبنى قاعدة القرار السابق في هذه الدعوى بغية تسوية النزاع الذي قد يهدد العقد بالإبطال بأقصى سرعة وأعطى فرصة لمراعاة تطبيق أحكام القانون وتصحيح المخالفات التي قد ترتكبها بصدد الإشهار والمنافسة قبل أن يلزمها القاضي الاستعجال لئلا يرد أراد تفعيل وتقوية هذه الدعوى وإزالة العراقيل التي قد تحد من عمل القاضي فيها<sup>1</sup>، كما أن الإدارة المتعاقدة قد تسارع في إبرام وتنفيذ العقد الإداري وتتفطن لإمكانية رفع دعوى ضدها<sup>2</sup>، لذلك فقد ألقى المشرع الفرنسي المدعي من شرط القرار المسبق في دعوى الاستعجال التعاقدى، وهو نفس موقف المشرع الجزائري و الذي اكتفى بالنص على تحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الاخلال بالتزامات الاشهار والمنافسة، وعدم ذكر شرط القرار المسبق.

### 3- ميعاد رفع دعوى الاستعجال التعاقدى

ترفع دعوى الاستعجال التعاقدى قبل إبرام العقد وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بأن لا يمكن إقامة دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقدى بعد إبرام العقد<sup>3</sup>، لأن الأمر الذي يوجهه القاضي إلى الإدارة المختصة بإبرام العقد لا تكون جدوى لفقدان غايته وفعالته وبذلك فإن مدة إقامة الدعوى تنحصر في الفترة السابقة على الإبرام أو توقيع العقد وقضى في حكم حديث له برد دعوى المدعي لكونها قد رفعت متأخرة بعد إبرام العقد.

بالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدتها تنص على "..... يمكن إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد...."، إن جعل ميعاد رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقدى قبل إبرام العقد أمر منطقي وهذا نظرا للطابع الوقائي الذي تتميز به هذه الدعوى، حيث يتم من خلالها إصلاح الخروقات التي تشوب قواعد المنافسة

1 عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 458.

2 لعلام محمد مهدي، مرجع سابق، ص 203.

3CE, 7e – 2e chambres réunies, 12/07/2017, n° 410832, Société études créations et informatique (ECI). [http://www.marche-](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delaireferre)

public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delaireferre precontractuel.htm. 2019/02/4. تاريخ الإطلاع 12 :00

والإشهار والتي تؤثر على مشروعية العقد الإداري ككل كما أن حصر مجالها الزمني قبل صدور قرار الإبرام يحول دون تداخل الاختصاص بين قاضي الإلغاء والقاضي الاختصاص قضي مجلس الدولة الجزائري بأن اختصاص القاضي الاستعجالي يكون قبل الإبرام حيث جاء في ذلك في قراره الصادر في 21/06/2012 أنه "...حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا. حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه".<sup>1</sup>

### ثانيا الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية في محل دعوى الاستعجال التعاقدية وهي الخروقات التي تصدر عن الإدارة المتعاقدة، بصدد إبرامها لعقودها وصفقاتها العمومية والتي تأخذ عدة صور أهمها:

#### 1- الإخلال بقواعد الاعلان عن الصفقة العمومية

يعتبر الإعلان وسيلة لضمان الشفافية ويعنى به إخطار ذوي الشأن بالصفقة العمومية وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد<sup>2</sup>، وبالتالي فإن عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات المنصوص عليها المتعاقدة، بصدد خرقا لقواعد الإعلان، كما أن عدم نشره في الجرائد الرسمية واليومية يعطي الحق للأفراد باللجوء للقاضي الاستعجالي للتدخل.

#### 2- الإخلال بإجراءات الإبرام

تتمتع الإدارة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة، والتي تمارسها في مواجهة المتعاقد معها دون الحاجة لنص قانوني يبيح لها ذلك بل تستمد ذلك من دواعي تحقيق المصلحة العامة، وعكس ذلك فإن الإدارة في طريقها إلى إبرام عقودها لا تتمتع بالحرية المطلقة في اختيار المتعاملين الاقتصاديين، بل تتقيد بطرق الإبرام المنصوص عليها قانونا، والتي تؤكد على مبدأ حرية المنافسة وذلك بفتح المجال أمام المترشحين المؤهلين لتقديم أكبر عدد ممكن من

قرار مجلس الدولة رقم 074854، الصادر في 21/06/2012، في قضية ولاية البيض ضد (أ.م.)، قرار منشور في الموقع الرسمي لمجلس الدولة متاح على الرابط التالي:

[https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/arretn074854-a.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arretn074854-a.pdf): 1

2 قذوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص121.

العروض مما ينتج عنه فوائد للدولة والاقتصاد الوطني قبل الإدارة نفسها وعل إثر ذلك تختار الإدارة الأجدر والأنسب من بينهم ،وبذلك تتحقق الشفافية حسب نص القانون<sup>1</sup>، فإذا ارتأت الإدارة العامة إلى إبرام صفقة عمومية لتسيير مرفق ما ،فإنها تبرمها وفق طريقة طلب العروض كأصل عام<sup>2</sup>، أو إما عن طريق التراضي استثناءات<sup>3</sup>، وعليه يعد خرقاً لقواعد المنافسة إذا أبرمت الإدارة صفقة مخالفة لطريق طلب العروض أو لجأت إلى طريقة التراضي رغم عدم توفر السبب الاستثنائي المفضي إليها كما يعتبر إقصاء أحد المترشحين بخلاف المنصوص عليه في المادة 75 من المرسوم 247/15 المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام إخلالاً بمبدأ المنافسة.

### 3- عدم احترام المواصفات والخصائص التقنية

يعتبر وضع الإدارة العامة لمواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها في العام إخلالاً شأنه أن يؤدي إلى حصر المنافسة بين مترشحين محددين تتوفر فيهم تلك المواصفات المعقدة دون غيرهم، مخالفة لقواعد مبدأ المنافسة<sup>4</sup>. وعليه فإن الإدارة يجب عليها أن تتقيد بالشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة.

### 4- قبول العروض المخالفة للشروط القانونية

قد تقبل الإدارة العامة عروضاً لا تحترم بعض الشروط القانونية ولكن بشرط أن تكون هذه الاختلالات تؤثر على مبدأ المنافسة والإشهار كأن تقبل عروضاً في غير ده سريان العروض دون رضا المترشحين أما إذا كانت هذه المخالفات تؤثر على مشروعية العقد فعند ذلك على المتضرر أن يسلك طريقاً غير طريق القضاء الاستعجاليين بين هذه المخالفات ما يتعلق بتشكيل لجان طلب العروض ،والاختصاص بتوقيع العقودتضمنين العقد شروطاً غير

1 ككتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 131.

2 تنص المادة 40 على أن "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن

عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد من قبل الإجراء

ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض ،عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

3 وجاء تعريف أسلوب التراضي في المادة 41 "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي

البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 كم هذا المرسوم".

4 عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 460.

مشروعة باستثناء ما يمس بقواعد المنافسة والإشهار وكذلك التبليغ غير المشروع لقرار الإقصاء أو رفض التعويض عن المصاريف المدفوعة للتعاقد في إعداد العرض وغير ذلك<sup>1</sup>.

### ثالثا سلطات القاضي الاستعجالي

عند تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المدعي الذي تتوفر فيه الشروط الشكلية والموضوعية، ويتم تقييد الدعوى لدى كتاب الضبط بالمحكمة المختصة، تأتي المرحلة الأهم وهي دور القاضي الاستعجالي من خلال سلطاته الممنوحة له قانونا لفض منازعات العقود الإدارية التي تتوفر فيها عنصر الاستعجال، والتي تتميز بالشمولية والاتساع مقارنة بسلطات قاضي الموضوع، حيث يمكن للقاضي الاستعجالي من خلال هذه السلطات أن يقوم بإجراءات تحفظية (أ)، وإجراءات قطعية (ب).

#### أ- الإجراءات التحفظية

تشمل الإجراءات التحفظية التي تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال قبل التعاقد سلطة الأمر وفرض غرامات تهديدية، ووقف تنفيذ كل القرارات والإجراءات المتعلقة بعملية التعاقد.

#### أ- سلطة الأمر

بموجبه هذه السلطة يمكن للقاضي الاستعجالي توجيه أوامر للإدارة لامتثال التزامات قواعد المنافسة والإشهار، وقد اتعرف المشرع للقاضي الإداري بهذه السلطة لأول مرة بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك حسم المشرع الجدل بخصوص عدم جواز توجيه القاضي أوامر للإدارة<sup>2</sup>، وقد حذا المشرع في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي أجاز للقاضي الاستعجالي قبل التعاقد في قانون القضاء الإداري<sup>3</sup>، وقد جاء في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه «يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه».

1 نفس المرجع، ص 461.

2قرارات

3Article L 551-2 du CJA" Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations".

وإعمالاً لهذه السلطة ذهب قاضي محكمة ستراسبورغ بتوجيه أمر إلى إحدى الجماعات المحلية بإعادة الإجراءات الخاصة بقبول الترشيح باستخدام إجراء طلب العروض المفتوح عوض المقيد وذلك لمخالفته معطيات العملية التعاقدية كما أشارت المحكمة إلى ضرورة مراعاة قانون عقود الشراء العام في هذا الصدد<sup>1</sup>.

بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فقد أصدر أمر استعجالي عن المحكمة الإدارية لولاية بسكرة والتي جاء فيها أنه «وحيث أن الجمع بين الحصتين من حيث العرض المالي مخالف لدفتر الشروط ولا يوجد أنه «وحيث عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية... لذلك قررت المحكمة القضاء بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفحة الحاصلة... وأمر المدعي عليها بالامتنال لالتزاماتها القانونية وذلك بالتنقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقاً لدفتر الشروط<sup>2</sup>، وبالنسبة لقضاء مجلس الدولة فقد ألزم القاضي إدارة البلدية بتمكين المستأنف من العقد الإداري حيث جاء فيه "...حيث ينبغي عملاً بأحكام المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإلزام المستأنف عليه بلدية باتنة بتمكين المستأنف من العقد الإداري المؤرخ في 24/02/2011..<sup>3</sup>».

### ب- سلطة الوقف

يتمتع قاضي الاستعجالما قبل التعاقدى بسلطة وقف تنفيذ القرار القابل للانفصال عن العقد الإداري في مرحلة الإبرام ويبدو أن هذه السلطة هي ذاتها السلطة الممنوحة للقاضي الإداري في وقف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة والتي يشترط فيها مطالبة المدعي، مع توفر أسباب جدية تشكك في مشروعية القرار والتي تتبين من خلال تقديم المدعي أسباب جدية في عريضة الطعن بالإلغاء توجي باعتقاد قوي بأن احتمال إلغاء القرار وارد وبذلك يقوم القاضي الاستعجالي بالتحقيق بالقدر اللازم في جميع مستندات الدعوى للتأكد من جدية الأسباب دون المساس بأصل الحق<sup>4</sup>. وقد خول المشرع الفرنسي هذه السلطة للقاضي الإداري

1 أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2012، ص 409.

2 قرار المحكمة الإدارية لولاية بسكرة، رقم 15/00980، الصادر في 14/12/2015، نقلاً عن كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 252.

3 قرار مجلس الدولة رقم 098229، الصادر في 29/10/2015، قضية (س.أ) ضد بلدية باتنة، مجلة مجلس الدولة، عدد 2015، 13، ص 159 وما بعدها.

4 أمال يعيش تمام، حاحا عبد العالي، "دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية بناء على أمر استعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08"، مجلة المفكر، العدد

الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص 323.

بموجب العامة تفصل<sup>1</sup> 2-551L، كما خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة الوقف من خلال نصه في المادة 946 على كما يملك سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة لا تتجاوز 20 يوما، ولعدم تعطيل المصلحة المحكمة في أجل 20 يوما من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها، وهذه المدة تعتبر من المواعيد التنظيمية والتي لا يترتب على مخالفتها بطلان وذلك لأن النص القانوني المذكور أعلاه لم يتضمن أي جزاء لمخالفة هذا الأجل<sup>2</sup>، ولعل الحكمة من تأجيل إمضاء العقد هو اجتناب الوقوع تحت رحمة الإدارة إذا ما سارعت إلى إمضاء العقد فإعمال السلطة الممنوحة للقضاء الاستعجالي مرهونة بعدم التوقيع على العقد فإذا تم الإمضاء حرم القاضي من هذه السلطة وبالتالي يمنع المتعهدون المصيون بغير وجه حق على إصلاح الوضع<sup>3</sup>، وبخصوص إصلاح الضرر الناجم عن تنفيذ القرار المنفصل عن العقد الإداري في مرحلة الإبرام فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر صراحة عدم اشتراط ذلك في قبول دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد<sup>4</sup>.

### ج- سلطة فرض غرامة تهديدية

لم تعرف أغلب التشريعات الغرامة التهديدية، فاسحة المجال في ذلك للفقهاء فقد عرفت على أنها "العقوبة التي تمثل تهديداً بالإدانة بدفع مبلغ من المال لكل وحدة زمنية بمجرد ألا يفي الشخص الذي يهزمه بالتزامه"<sup>5</sup>، كما عرفت على أنها «الغرامة هي إجراء قيد يهدف إلى التغلب على المقاومة التي يقدمها المدين لتنفيذ قرار المحكمة»<sup>6</sup>.

تعتبر الغرامة التهديدية من السلطات الممنوحة للقاضي ألا من الإجراءات الجديدة التي عرفتتها المنظومة التشريعية لأول مرة بصدور القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات

1 « et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat ».

2 أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص 409.

3 ككتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 253.

4 عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 462.

5 "l'astreinte qui est une menace de condamnation a payer une somme d argent par unité de temps dès lorsque celui qu elle vice ne s acquitte de son obligation", Grilles Darcy, Michel Paillet, contentieux "l'astreinte qui est une menace de condamnation a payer une somme d argent par unité de temps dès lorsque celui qu elle vice ne s acquitte de son obligation", Grilles Darcy, Michel Paillet, contentieux. administratif, Dalloz, paris, 2000, p301.

6 "l'astreinte est une mesure de contrainte destiné a vaincre la résistance opposée par un débiteur a l'exécution d une décision de justice".

المدنية والإدارية والتي يقوم من خلالها الدائن باللجوء إلى القاضي طالبا منه إلزام المدين بالوفاء والإدارية والتي بالحكم عليه بغرامة يدفعها عن كل يوم تأخير وعليه تعتبر قضاء ان تهديديا مؤقتا<sup>1</sup>، ويعتبر الإكراه المالي وسيلة لدفع المدين لأداء التزاماته إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم ويصدر القاضي مقدار الغرامة التهديدية حسب الضرر والامتثال الصادر عن المدين<sup>2</sup>.

بالنسبة للقضاء الإداري فإن الغرامة التهديدية تتمثل في طلب توقيع الغرامة المالية على الإدارة العامة المتمتعة عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضدها في حالة ما إذا ارتأى القاضي أن الغرامة التهديدية هي الوسيلة الوحيدة فإذا لم يثبت الامتثال بموجب محضر امتناع جاز لطالب التنفيذ طلب توقيع الغرامة التهديدية على أساس التأخر في التنفيذ<sup>3</sup>، يستمد القاضي الاستعجالي قبل التعاقد هذه السلطة من المادة 5/946 والتي تنص على أنه...."يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد....."، ويشترط لممارسة القاضي الإداري لهذه السلطة لابد من توفر شرط عدم امتثال الإدارة المتعاقدة لأوامر القاضي الاستعجالي بالالتزام بقواعد المنافسة والإشهار وذلك بعد انقضاء الأجل المحدد لها في أمر الامتثال الموجه لها وعليه فإذا امتثلت الإدارة للأمر الاستعجالي فلا مجال لفرض الغرامة التهديدية عليها وقد ذهب مجلس الدولة إلى إلزام الإدارة بدغف غرامة تهديدية في قراره الصادر في 2010/05/27 حيث جاء فيه "...إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بإلزام بلدية فريجة بإتمام إجراءات تنفيذ قرار مجلس الدولة الصادر في 2007/09/26 في أجل سنة أشهر ابتداءك من تاريخ تبليغ هذا القرار وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1000 دج (ألف دينار) عن كل يوم تأخير..."<sup>4</sup>

بالرغم من أن الغرامة التهديدية هي إجراء كرسه المشرع الجزائري في مواجهة الإدارة العامة التي دائما ما تتعنت في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها إلا أنها كذلك قد تتماطل أو تصرح برفض تنفيذ الغرامة التهديدية متحججة بدواعي المصلحة العامة أو بما يمكن أن

1 أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

2 أنظر في ذلك: المواد 174 175 من القانون المدني.

3 حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 450.

4 قرار مجلس الدولة رقم 52240، الصادر في 2010/05/27، بقضية (م.م) ضد/رئيس بلدية فريجة، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 110.

يحدثه هذا الإجراء من اختلالات في كيان الإدارة نفسها مما يعيق فعالية الغرامة التهديدية في تنفيذ الأحكام القضائية<sup>1</sup>.

## 2- الإجراءات القطعية

تتمثل هذه الإجراءات في إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد(ا)، وإبطال بعض الشروط التعاقدية عند مخالفتها لقواعد العلانية والمنافسة(ب)، وهذه الإجراءات لا تكون إلا نتيجة فحص القاضي لموضوع

النزاع، وهذاما يميز سلطته عن سلطات قاضي الاستعجال الإداري بصفة عامة.

### أ- إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد

سبق ووضحنا بأن العملية التعاقدية هي عملية مركبة؛ حيث تمر بعدة مراحل يتخللها إصدار قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري ولكنها تعتبر جزءا مهما في تكوينه وتتمثل القرارات الإدارية الصادرة قبل الإبرام في قرارات المنح وقرارات الاستبعاد المخالفة للاستبعاد للمشرع الفرنسي فقد خول لقاضي الاستعجال قبل التعاقد سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد الإداري<sup>2</sup>، ولكن المشرع الجزائري لم يورد ذلك خلال استعراضه لسلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد في المادة 946.

إن سلطة الإلغاء هذه التي منحت للقاضي الاستعجالي، تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية وذلك بعد أن كان أثر الإلغاء نظريا فكطمع العلم أن القرار المتعلق باختيار المتعاقدين في عقود الصفقة العمومية وعقود فكطمع فيهم سلطة الإدارة التقديرية بشكل كبير<sup>3</sup>، كما أن قاضي الاستعجال تنحصر سلطاته في إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري قبل توقيع العقد وذلك لأن خروج العقد إلى حيز التنفيذ حتى وإن كان معيبا، فإن ذلك يحول دون ممارسة قاضي الاستعجال لسلطته<sup>4</sup>.

### ب- إبطال بعض الشروط التعاقدية

1 نفس المرجع، ص 451.

2 "Il peut en outre annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations"

3 مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 876.

4 لعلام محمد مهدي، مرجع سابق، ص 211.

أمكن للقاضي الإداري أن بطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف تم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تقضي، إذ أن السلطات التي تمتع بها القاضي الإداري في اتخاذ الإجراءات القطعة من شأنها أن تعطه سلطة للبت في الموضوع وهذا اختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادة.

وهذا ما يؤدي بنا إلى القول إلى أن القضاء الاستعجالي قبل التعاقد هو قضاء خاص أعده المشرع الفرنسي أساسا لمعالجة بعض المشاكل التي تطرأ أثناء تلاقي الإيرادات بالإيجاب والقبول عند إبرام العقود الإدارية الأكثر أهمية<sup>1</sup>، وهذا ما أدى إلى خلاف بين الفقهاء حول تكييف هذه الدعوى، هل تدخل في مجال قضاء الإلغاء أم في مجال القضاء الكامل وقد استقر الرأي الغالب إلى اعتبار هذه الدعوى من قبيل دعاوى القضاء الكامل، نظرا لشمولية سلطات القاضي فيها باستثناء سلطة التعويض<sup>2</sup>.

من خلال دراستنا للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد لا حظنا الدور الفعال للمشرع الفرنسي في استحداث مثل هذا النوع من القضاء الاستعجالي-والذي حذا حذوه مشرعنا الجزائري-، والذي يسعى من خلال ذلك إلى الحفاظ على قواعد المنافسة والعلانية والإشهار، والتي تعتبر من أهم المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية، خاصة عقود الصفقات العمومية والتي جاء النص على هذا المبدأ في المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 247/15، كما رأينا أن سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد تمكنه من بسط رقابته على الإدارة المتعاقدة في حالة خرقها لقواعد المنافسة والإشهار بإجبارها على العدول عن ذلك والامتنال لما ينص عليه القانون في هذا الصدد خلال سلطاته التحفظية والقطعية.

## الفصل الثاني

### اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية

تعرف دعاوى القضاء الكامل بأنها دعاوى شخصية يوجهها المدعي ضد الإدارة العامة بسبب اعتدائها على حق من حقوقه ويطلب فيها من القاضي أن يعيد إليه حقوقه الثابتة حقوقه ويطلب إما عينا بإصلاح الضرر الواقع عليه، أو بإعطائه تعويضا ماليا يعادل ما لحقه من ضرر جراء عمل الإدارة غير المشروع وتشمل دعاوى القضاء الكامل الدعاوى

1 كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 260.

2 مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 878.

المتعلقة بالعقود الإدارية، وطلبات التعويض، وغيرها من المنازعات التي تشمل حقوقاً شخصية<sup>1</sup>. وقد استقرت أحكام القضاء الإداري<sup>2</sup>، على أنه لمجلس الدولة في مجال العقود الإدارية ولاية القضاء الكامل واختصاصه في هذا الشأن اختصاص مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها وعليه تنتظر المحكمة الإدارية ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات، باعتبارها جزء متفرع من المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة لهذه المنازعات دون الحاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء<sup>3</sup>، ومنها فإن القاضي الإداري يختص بالنظر في المنازعات التي تثار بمناسبة تكوين العقد الإداري وتنفيذه وإنهاءه باستثناء فقط تلك المنازعات التي تدخل تحت رقابة القاضي العادي كأهلية المتعاقد مع الإدارة وغيرها<sup>4</sup>، وعليه فإن الأصل العام لمنازعات العقود الإدارية فإنها تدخل في مجال اختصاص القضاء الكامل نظراً لاعتبارها منازعات شخصية، تهدف إلى الحصول على تعويضات مالية للمتعاقد المتضرر، وسمي بالقضاء الكامل نظراً لشمولية سلطات القاضي الإداري فيه .

تتخذ دعاوى القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية عدة صور أهمها منازعات بطلان العقد وفسخه (مبحث أول)، ومنازعات التعويض (مبحث ثاني).

## المبحث الأول

### منازعات بطلان العقود الإدارية وفسخها

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص بسبب ارتباطها بتسيير المرفق العام وتحقيقها للمصلحة العامة، كما أن عقود القانون الخاص تخضع لمبدأ يعترف بأن العقد

1 محمد عبد العال السناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة في جمهورية مصر العربية (دراسة مقارنة)، د.د.ن، القاهرة، 2005، ص325.

2 قرار المحكمة العليا المصرية في قرارها الصادر في 1963/12/8، والذي أكدت فيه على أنه "...ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم، فإنه متى توفرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت المنازعة متعلقة بانعقاد العقد أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء..."، ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية

3 محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص328/كما أن مجلس الدولة الجزائري قد أقر بأن منازعات العقود الإدارية تدخل في مجال القضاء الكامل ولا يطعن فيها بالإلغاء، وذلك في قراره رقم 7130 الصادر في 2002/06/24 في قضية (أن/ضد (والي سكيكدة) والذي جاء فيه "...حيث أن المستأنف يتمسك بأن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة أخطأت في تصريحها بعدم اختصاصها من أجل الفصل في النزاع الحالي، موضحة بأن العقد الذي يطلب إبطاله جزئياً هو عقد من جانبين وبالتالي فهو يدخل ضمن منازعات القضاء الكامل التي تخضع للغرف الإدارية بالمجالس القضائية وليس للغرف الجهوية..... وأنهم بفضلهم كما فعلوا، فإن قضاء الدرجة الأولى أحسنوا تطبيق القانون، وإنه يتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف"، مجلة مجلس الدولة، 2002، عدد 02، ص148.

4-مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص348.

شريعة المتعاقدين وهذا ما لا نراه في العقود الإدارية التي تعترف للإدارة بمركز أسمى من مركز المتعاقد معها، فلا مجال للمساواة بين أطراف العقد الإداري مما ينعكس على تنفيذ العقد الإداري الذي يكون للإدارة فيه سلطة التوجيه والإشراف على تنفيذه وحق التعديل بما يتفق وصالح المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله<sup>1</sup>، ولكن هذه السلطات المعهودة للإدارة العامة لا تكون على حساب المصلحة الخاصة للمتعاقد فإذا أضرت هذه الامتيازات بحقوق المتعاقد أو خالفت الإدارة القانون في تعاقدها، جاز له رفع دعوى قضائية للمطالبة ببطلان العقد الإداري (مطلب الأول)، أو فسخه (مطلب ثاني).

### المطلب الأول منازعات بطلان العقد الإداري

تخضع دعاوى بطلان العقد الإداري لولاية القضاء الكامل، إذا كان أساسها توفر عيب في إجراءات تكوين العقد أو شروط صحته أو أركان انعقاده أما إذا كان أساس الدعوى مخالفة الاشكال المنصوص عليها انعقاده أما النزاع في ولاية قضاء الإلغاء، وذلك لاعتبارها إجراءات تمهيدية للتعاقد<sup>2</sup>.

تتميز القوانين الإدارية بأنها قوانين تنظيم وتسيير نظرا لأن دورها الرئيسي هو حسن سير المرافق العامة، أكثر من عملها على توقع العوائق ووضع حلول قانونية لها ما أدى إلى عدم كفاية النصوص الإدارية على معالجة مشاكل الإدارة، وعليه دائما ما يستعين القاضي الإداري بأحكام القانون المدني<sup>3</sup>، ومن بين هذه الأحكام هي تلك المتعلقة بالبطلان، والذي قسمه القانون المدني إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي وذلك اعتمادا على معيار المصلحة الذي تسعى القاعدة القانونية لحمايته، فإذا كانت المصلحة عامة عد البطلان مطلقا، وإذا كانت المصلحة خاصة اعتبر البطلان نسبيا<sup>4</sup>، وانطلاقا من ذلك فإن العقود الإدارية إذا ما

1 محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 132.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطابع اللواء الحديثة، القاهرة، 2005، ص 309/ إن نظرية البطلان في القرار الإداري لها طبيعة خاصة نظرا لإرتباطها

بالطبيعة الموضوعية للمشروعية، وهو ما يتضح كذلك من معالجة القاضي الإداري لكل عيب من عيوب القرار الإداري، فالقاضي لا يلغي القرار ليعيب في السبب إلا إذا كان جوهريا، أو

تضمن عدة أسباب وكان أحدها باطلا، كما أن المخالفة اليسيرة لقواعد الإختصاص لا تؤدي إلى البطلان، برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة

القانونية، دمشق، 2002، ص 16.

3 مجدي عبد الحميد شعيب، 'مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني (دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمعنى في فرنسا ومصر)'، مجلة

الأمن والقانون، صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، المجلد الثالث والعشرون، العدد الأول، 2015، ص 16.

4 نفس المرجع، ص 20.

شابها عيب من العيوب التي تؤدي إلى إفساد أي عقد من العقود والمنصوص عليها في القانون المدني جاز للمتعاقد رفع طعن أمام القاضي الإداري لإبطاله، وهذه العيوب تكون إما داخلية (الفرع الأول)، أو تصيب العقد خارجياً (الفرع الثاني)، كما نبين آثار بطلان العقد الإداري (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: العيوب الخارجية للعقد الإداري

حتى يكون أماننا تصور كامل لدعوى بطلان العقد الإداري لا بد من استعراض الأسباب التي تستند إليها الدعوى والمتمثلة في تخلف أحد أركان العقد الإداري والتي لا يصح بدونها، فالعيوب بالخارجة تقوم على اعتبار موضوعي تعلق بمدى احترام قواعد الاختصاص وعليه نتطرق أولاً إلى دراسة،

أهلة الأطراف وسلامة إرادتهم من العيوب التي قد تشوبها (أولاً)، ثم بعد ذلك نتطرق لمدى احترام المصلحة المتعاقدة لقواعد الشكل والإجراءات (ثانياً).

### أولاً: سلامة ركن الرضا

ينعقد العقد الإداري بتلاقي إرادتين بالإيجاب ولقبولكما هو الحال في كل العقود الأخرى، مع استحواذ العقد الإداري على طابع خاص، يقيد حرية إرادة الإدارة في إبداء الرغبة بالتعاقد مع شخص ما والتي يقيدها القانون باللجوء إلى إجراءات ومراحل معقدة تحدد طرق إبرامها لعقودها الإدارية وذلك، بينما إرادة المتعاقد معها هي إرادة بسيطة يسهل التعبير عنها<sup>1</sup>، يرتكز ركن الرضا في العقود الإدارية على الاختصاص، أما في القانون المدني يرتكز ركن الرضا على أهلية الأداء ففكرة الاختصاص في القانون الإداري تلعب دوراً مهماً لكونها نتيجة من نتائج الفصل بين السلطات كما أنها تقتضي توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة وأدت هذه الفكرة إلى إنشاء قواعد تعرف بقواعد الاختصاص التي تحدد الهيئات التي تملك سلطة التصرفات العامة<sup>2</sup>، كما تظهر أهميته في الأعمال الإدارية حيث يعتبر ركناً من أركان القرار الإداري ويعتبر في إبرام العقود الإدارية ركناً يمنح للإدارة من خلاله أهلية التعاقد، يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد والمحددة الإداري ويعتبر حددها المشرع

1رحماني راضية، مرجع سابق، ص 263..

2 سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 312.

الجزائري بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة إلى الأشخاص الوارد ذكرها في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كما أن إبرام العقود باسم الإدارة العامة لا يخول إلا لأشخاص معينين بعن أنه لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا وفق القيود التي يضعها المشرع<sup>1</sup>، وتتعلق اهلية الشخص المعنوي في إبرام العقود بمدى الاختصاص الإقليمي والزمني والموضوعي وعليه فإذا أبرمت هيئة إدارية عقدا هو أصلا من اختصاص هيئة أخرى، هنا يعتبر العقد باطلا لصدوره من هيئة غير مختصة، وهو ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة في قراره الصادر في 2009/04/29 في قضية (مم) ضد والي ولاية ورقلة حيث جاء فيه "...حيث أنه استنادا لما جاء في أحكام المرسوم السالف الذكر فإن الاختصاص في منح الامتياز يعود للوالي وليس لرئيس البلدية. حيث أن تصرف رئيس بلدية تقررة بمنح حق الامتياز لتسيير محطة نقل المسافرين للمستأنف فيه تجاوز للسلطة..<sup>2</sup> هذا من جهة وتتعلق من جهة أخرى بمدى اختصاص الموظف الذي يمثل الإدارة العامة في إبرام العقد الإداري ونظرا لأن الاختصاص في إبرام العقود الإدارية ليس حقا شخصيا للموظفين لدى الإدارة المتعاقدة، وإنما هو صلاحية قانونية تسمح للموظفين بالتصرف وفقا للضوابط المحددة قانونا، كما أن ازدياد نشاط الدولة باستمرار قد يتطلب إعادة توزيع الاختصاص لمتابعة ازدياد تلك النشاطات بأسلوب مرن وغير معقد<sup>3</sup>، فأجاز القانون للإدارة أسلوب التفويض في إبرام تعاقداتها وذلك وفقا للشروط المحددة قانونا<sup>4</sup>، فبدأتم اللجوء للتفويض في غير ما اشترطه المشرع فإن العقد

1صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية (التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2017، ص 191.

2 قرار مجلس الدولة رقم 42868، الصادر في 2009/04/29، في قضية م.م / ضد (والي ولاية ورقلة) بنقلا عن «ساييس جمال، رشيد خلوفي، الإجتihad الجزائري في القضاء

الإداري، ط2، ج6، ص2378 وما بعدها.

3 عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص191.

4 تنص المادة الرابعة من المرسوم 247/15 على أنه "لاتصح الصفقات ولاتكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

-مسؤول الهيئة العمومية،

-الوزير،

-الوالي،

-رئيس المجلس الشعبي البلدي،

-المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية،

الإداري المبرم يكون باطلاً، وبالنسبة للمتعاقد فلا بد أن يكون شخصاً من القانون الخاص الذين تتوفر فيهم الشروط و عليه إذا أبرمت الإدارة عقداً إدارياً مع شخص من أشخاص القانون الخاص لا تتوفر فيه الشروط تعرض للبطلان وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة في قراره الصادر في 1999/06/28 والذي أبطل من خلاله عقد تنازل والذي جاء فيه "...حيث أن المستفيد من العقد الإداري موضوع الطعن لا يقيم بالأمكنة محل النزاع ولم يسدد الإيجار وعليه فلا يحق له الحصول على عقد التنازل ...."<sup>1</sup> .

تمثل إرادة الأطراف جوهر العملية التعاقدية ولذلك فلكي يخلف العقد الإداري اثره القانونية لا بد من أن تخلو إرادة الأطراف من أي غلط (1)، أو إكراه (2)، أو تدليس (3).

### 1-الغلط:

الغلط هو حالة تطرأ على النفس تحملها على توهم غير الواقع، وهذا الأخير قد يكون واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها<sup>2</sup>، إذا وقع المتعاقد في غلط يعيب إرادته مما يجعل العقد الإداري قابلاً للإبطال، ولكن حتى يؤدي الغلط إلى بطلان العقد الإداري لا بد من توفر شرطين أساسيين:

#### أ-أن يكون الغلط جوهرياً:

يوصف الغلط بأنه جوهري إذا بلغ درجة من الجسامة مما يؤدي بالمتعاقد إلى الامتناع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ويكون خاصة في شيء يراه أطراف العلاقة التعاقدية بأنه جوهري أو وفقاً لشروط العقد أو لحسن النية<sup>3</sup>، وترتيباً على ذلك فإن الغلط غير الجوهري لا يعتبر سبباً للإبطال العقد الإداري، كخطأ في الكتابة أو في عملية حسابية وذلك لأن مثل هذه الأخطاء يمكن تداركها.

يعتمد كذلك بالغلط في القيمة كسبب لبطلان العقد الإداري بشرط أن يكون دافعاً إلى التعاقد ومعناه أن يترتب عليه اختلال فادح في الفرق بين القيمة الحقيقية للأداء والقيمة التي توهمها

يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

1 قرار مجلس الدولة، الصادر في 1999/06/28، في قضية (بلدية حمر العين)/ضد (ب.م.)، نقلاً عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتياز الجزائري في القضاء الإداري، ج5، ط2، مرجع سابق، ص1733 وما بعدها.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص311.

3 أنظر المادة 82 من القانون المدني.

المتعاقد كما يكون الغلط جوهريا إذا حدث خطأ في شخص المتعاقد، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1950/4/26، حيث تعاقد أحد ممثلي إحدى الشركات بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة<sup>1</sup>.

### ب- علم المتعاقد الآخر بالغلط

بالإضافة إلى أن يكون الغلط جوهريا لا بد من أن يكون الطرف الآخر في العقد الإداري قد وقع في ذات الغلط أو كان على علم بهولك لحماية الطرف الآخر، ويقع عبء الإثبات على عاتق الطرف الذي يدعي الغلط توصلا للإبطال العقد وذلك بأن يثبت بأن الغلط الذي وقع فيه هو من دفعه للمتعاقد، كما أن هذا الغلط اتصل بعلم الطرف الآخر، أو علا الأقل كان العلم به أمرا يسيرا<sup>2</sup>.

### 2-التدليس:

يعرف التدليس بأنه إيهام وإيقاع الشخص بغلط يناقض الحقيقة بغرض دفعه على التعاقد يظهر من ذلك أن الغلط والتدليس يشتركان في الوهم الذي يعتري المتعاقد والذي يدفعه للتعاقد وذلك لأن التدليس العارض الذي لا يدفع للتعاقد لا يعتد به كسبب لبطلان العقد الإداري<sup>3</sup>.

يشترط في التدليس أن يكون صادرا عن أطراف العقد الإداري، وذلك لكي يكون للتعاقد وذلك يمكن توقيع الجزاء على طرف آخر أجنبي عن العقد لم يأتي بالتدليس، إلا في حالة إذا كان الطرف الآخر في العقد على علم بالتدليس أو يسهل عليه العلم به<sup>4</sup>، وانطلاقا من ذلك يعتبر التدليس سببا لإبطال العقد الإداري إذا قام أحد أطراف العلاقة التعاقدية بأفعال احتيالية جسيمة، بنية دفع احد الاطراف للتعاقد حيث أنه لولا صدور هذه الأفعال لما تم التعاقد

1قضية Domergus، أنظر برهان رزق، مرجع سابق، ص 84.

2عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 314.

3برهان رزق، مرجع سابق، ص ص 89 90.

4أنظر المادة 87 من القانون المدني.

ومثال ذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الصادر في 2001/07/09 حين أقر ببطلان عقد التنازل عن أملاك الدولة وذلك لأنه أبرم على أساس تصريح كاذب من المتعاقد مع الإدارة<sup>1</sup>.

### 3-الإكراه:

يقصد بالإكراه بعث الرهبة في المتعاقد بإمكانية حدوث خطر جسيم يهدده شخصيا أو أحد أقربائه، كما يراعى في تقدير الإكراه جنس وسنو حالة من وقع عليه الإكراه، كمل يشترط فيه ان يكون الإكراه صادر عن المتعاقدين وإذا صدر عن غير المتعاقدين اعتد به كسبب لأبطال العقد الإداري شريطة اثبات علم الطرف الآخر في العقد بذلك<sup>2</sup>. يقع عبء اثبات الإكراه على عاتق من يدعيه.

يعد الإكراه عيبا نادر الوقوع في العقود الإدارية باعتبار أن الإدارة العامة طرفا في هولكن ممكن الوقوع خاصة إذا صدر عن الغير، وعليه فإن معظم احكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في هذا الشأن هي أحكام سلبية تكتفي بإعلان مبدأ بطلان العقد إذا شاب الرضا إكراه لكنها تنتهي موضوعيا إلى عدم قيام الإكراه ومثال على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1945/6/19، والذي يدور حول الاحتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت على قبول العقد<sup>3</sup>

### ثانيا: سلامة الشكل والإجراءات

لابد أن تتبع الإدارة العامة بعض القواعد الشكلية والمتعلقة بالمظهر الخارجي للعقد الإداري (1)، كما يجب عليها اتباع قواعد إجرائية تتعلق بطرق إبرام العقد الإداري (2). والتي قد تعرض العقد الإداري للبطلان في حال تخلفها.

### 1-سلامة الشكل

تتوقف سلامة شكل العقد الإداري على ضرورة توفر مجموعة من العناصر نوردتها كالتالي:

1 قرار مجلس الدولة الصادر في 2001/07/09، في قضية (ب.ع.) ضد (والي ولاية تيارزة ومن معه)، لحسن بن الشيخ اث ملويا، المنقذ في قضاء مجلس

الدولة، 2009، ج3، ص119. ومن قبل ذهب المجلس الأعلى للقضاء للإقرار ببطلان عقد تنازل على أساس تصريح كاذب في قراره رقم 64846 الصادر في 1989/11/04، نقلا عن

«سائيس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج2، مرجع سابق، ص698 وما بعدها.

2 انظر المواد 88 و89 من القانون المدني.

3 انظر برهان رزق، مرجع سابق، ص93.

## أ الكتابة

الأصل أنه لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك<sup>1</sup>، ولكن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة غير أنه لا يزال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية وقد استقر القضاء الإداري على أن العقد الشفوي التكميلي تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به وبالتالي لا حاجة للإظهار أركان العقد الإداري فيه<sup>2</sup>.

تظهر الحاجة إلى كتابة العقود الإدارية من طبيعتها الذاتية، والتي تملي على الإدارة اللجوء إلى التعاقد من أجل تضمينها للشروط الاستثنائية، وبالطبع فإن عدم كتابة العقد الإداري لا يحرره من الشروط الاستثنائية المتضمنة في القواعد التنظيمية أو التشريعية وعليه يترتب على مخالفة الشكل الكتابي بطلان العقد الإداري<sup>3</sup>، تظهر كذلك الحاجة للكتابة لإثبات الحقوق وضمان عدم إنكار الإدارة لحقوق المتعاقد معها، بحجة عدم وجود اتفاق كتابي وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار الصادر في 2012/01/12، والذي جاء في منطوق قراره أنه: "....حيث أنه فيما يتعلق بالدفع الأخرى المتعلقة بعدم تحرير اتفاقية وتحديد الأسعار للمشروع، فالمقاول غير مسؤول على عدم حرص الإدارة على التطبيق السليم للتنظيم"<sup>4</sup>، وعليه يستنتج من هذا القرار بأن الإدارة هي المسؤولة عن تنفيذ ما جاء في تنظيم الصفقات العمومية، والأمر يتعلق بشرط كتابة الاتفاق بينها وبين المقاول لأن هذا الأخير غير مسؤول عن عدم تحرير الاتفاقية وتحديد الأسعار التي تغطي تكاليف المشروع واستند القاضي الإداري في إثبات العلاقة التعاقدية بين الإدارة العامة والمتعاقد معها، على وجود الأمر بالخدمة وإقرار الولاية بإنجاز الأشغال.

## ب- دفتر الشروط:

يجب على الإدارة المتعاقدة أن تحرر دفترا للشروط تحدد فيه مواصفات العقد الإداري وشروطه وموضوعه ومدة إنجازه وحقوق والتزامات كلا الطرفين فإذا لم تحترم الأطراف

1 المادة الثانية من قانون الصفقات.

2 صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 193.

3 دهران رزيق، مرجع سابق، ص 79.

4 قرار مجلس الدولة رقم 064983، المؤرخ في 2012/01/12، قضية (والي ولاية الجزائر) ضد (الإتحاد الوطني للفنون الثقافية)، مجلة مجلس الدولة العدد 12، ص من 211 إلى 213.

المتعاقدة هذه الشروط كان العقد الإداري باطلا واعتبر مجلس الدولة أن مخالفة ما جاء في دفتر يعتبر خرقا للقانون وذلك في قراره الصادر في 2000/01/31 حيث جاء فيه أنه "...حيث أن البند رقم 07 من دفتر الشروط يقضي بامتناع المشتري عن تجزئة الأرض والتصرف فيها مهما كان نوع التصرف،....وحيث أن المستأنف عليه الأول أخل ببند دفتر الشروط والعقد....ويكون قد تصرف تصرفا مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...."<sup>1</sup>، وهذا ما يبين أن دفتر الشروط يعتبر إجراءات جوهريا في العقد الإداري لا يتم بدونه، ويعتبر كشريعة للأطراف لابد من الالتزام به وإلا قبل هذا العقد بالبطلان كما صرح القاضي في نفس السياق حيث قال"....وتصديا من جديد بإبطال عقد البيع الإداري المؤرخ في 1983/11/29 بين المستأنفة بلدية مقلع والمستأنف عليه الأول (مس).

## 2- سلامة الإجراءات

كما ذكرنا سابقا فإن الإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها ولكنها مقيدة باتباع إجراءات وطرق الإبرام المحددة قانونا نذكر منها على سبيل الخصوص طرق إبرام الصفقات العمومية، وما يصاحبها من إجراءات الإعلان عن الصفقة والإعلان عن المنح المؤقت وذلك لضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال حريتها في التعاقد وضمان الحياد والنزاهة والتنافسية، وذلك لدرء البطلان عن العقد الإداري.

## الفرع الثاني: العيوب الداخلية للعقود الإدارية

يقصد بالعيوب الداخلية للعقود الإدارية تلك العيوب التي تتعلق بجوهر التصرف القانوني والتي تتعلق أساسا بمحل العقد (أولا) وسببه (ثانيا).

## أولا: محل العقد الإداري

يعرف محل العقد على أنه الأثر القانوني المراد تحقيقه عن طريق إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للأطراف المتعاقدة ويشترط في المحل أن يكون موجودا وممكنا معيناً وأوقاباً للتعيين ويجوز التعامل به أي جائزا قانوناً<sup>2</sup>، يشترط في محل العقد الإداري أن يكون موجودا وممكنا

1 قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/01/31، قضية (بلدية مقلع) ضد (م.س ومن معه)، لحسن بن الشيخ اث ملويا، المنقذ في قضاء مجلس الدولة، ج3، 2009، مرجع

سابق، ص33.

262 لوي عبد الكريم، "الأسس القانونية للزمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها"، مجلة ديالي، العدد الثالث والثلاثون، ص06، نذر كذلك المادة 94 من

القانون المدني.

أما إذا كان مستحيلا ترتب عليه بطلان العقد الإداري غير أنه إذا كانت الاستحالة نسبية فإن العقد الإداري لا يكون باطلا وإنما يكون الملتزم بأداء العمل مسؤولا عن عدم تنفيذه لالتزامه سواء كانت هذه الاستحالة سابقة على الإبرام أم لاحقة عليه<sup>1</sup>. وعليه إذا كان محل العقد مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الأهداف العامة ، يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا<sup>2</sup>. وعليه فإن المحل في العقد الإداري قد يكون معينا بذاته أهبوعه أو بمقداره أما فيما يتعلق بقابلية المحل للتعامل فيه، فيجب أن يكون مشروعاً فإن هناك مجالات يمنع المشرع التعاقد بشأنها صراحة لأن الإدارة كما قلنا سابقا مقيدة في تعاقداتها بضوابط قانونية عكس العقود الخاصة التي تخضع لإرادة الأطراف في وضع الشروط التي تحكم تعاقداتها وبالتالي فإن أي مخالفة من الإدارة العامة لشروط المحل المنصوص عليها في تعاقداتها وبالتالي عقود الإدارة إلى الإبطال<sup>3</sup>.

يظهر تنظيم المشرع الجزائري لركن المحل في العقود الإدارية في نص المادة 94 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي أكد على ضرورة تحديد موضوع الصفقة تحديدا دقيقا<sup>4</sup>، ولا بد أن تتضمن عقود الصفقات العمومية إنجاز الأشغال العامة واقتناء الوازم والخدمات والدراسات<sup>5</sup>، ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسية لهذا الركن المهم حكمه ببطلان عقد الإدارة الذي أجرته مع أحد المهندسين لأنها حددت الأجر علي خلال النصوص التشريعية<sup>6</sup>، كما قضى ببطلان عقد الامتياز بسبب مخالفته للقواعد العامة للمرفق العام كتعديل قواعد الالتزام<sup>7</sup>، وذلك لأنه لا يمكن الاتفاق على مخالفة تنظيم المرافق العامة. ملخص القول بأن الحكم ببطلان العقود الإدارية لعيب يصيب ركن المحل يتوقف على شرطين:

1 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 291.

2 أنظر المادة 93 من القانون المدني.

3 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 291.

4 تنص المادة 94 على.

5 أنظر المادة 4 من نفس المرسوم.

6 قضية Alitur، الحكم الصادر في 1944/7/27، نقلا عن برهان رزيق، مرجع سابق، ص 113.

7 قضية Cie gen des eaux الصادر في 1943/3/25، نقلا عن نفس المرجع، ص 113.

## 1- حظر المشرع للتعاقد حول مسائل معينة

كثيرا ما يمنع المشرع التعاقد بخصوص محل معين سواء كان شيئا يشتري، أو عملا ينفذ ففي هذه الحال يصبح العقد غير مشروع ولا يجوز التعامل بشأنه من ذلك حرمان العاملين بجهاز الدولة الإداري والهيئات العامة التقدم بعروض لإبرام الصفقات العمومية كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال وكذا حرمانهم من الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها مالم تكن الأشياء المشتراة لاستعمالهم الشخصي<sup>1</sup>.

## 2- إذا تنافى التعاقد مع الروابط الإدارية

لا يمكن للإدارة بالاتفاق المباشر مع الأفراد أن تعدل في المراكز النظامية التي تخلفها القوانين مباشرة ويقع باطلا جميع الاتفاقات التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بقصد الانتقاص من المزايا التي تضمنها لهم هذه المراكز ولا شك في أن تلك القواعد العامة تطبق بصدد العقود الإدارية ويقع بطلا كل عقد إداري يخالف ذلك<sup>2</sup>.

## ثانيا: سبب العقد الإداري

يعرف السبب بأنه الدافع الذي يجعل الإدارة تقدم على إبرام العقود الإدارية إذ يعد السبب ركنا من أركانها فلا تقوم بدونه، ويشترط في السبب أن يكون موجودا، ومشروعا وغير مخالف للنظام والأهداب العامة فإذا تخلف السبب أو أحد شروط مشروعيته كانت هذه العقود باطلة بطلان مطلقا<sup>3</sup>. قد يخلف العقد المعرض للإبطال حقوق مكتسبة للأحد الأطراف والتي يمكن المطالبة بها من خلال رفع دعوى تعويض يمكن يقوم شخص بإبرام عقد إداري مع الإدارة ولكن يفاجئ بإلغاء الإدارة لهذا التعاقد لانعدام الجدوى منه، رغم ما قام به هذا الشخص من أعمال لم ترفضها الإدارة، بل استفادت منها فانعدام سبب التعاقد هنا يعرض العقد للبطلان ولكن المتعاقد تأثر ماديا من هذا التعاقد فلا بد من تعويضه<sup>4</sup>، ويرجع ذلك إلى مبدأ يقر بأن السبب الذي يبنى عليه العقد الإداري غير السبب الذي يبنى عليه التنفيذ، فالأول كامن في العقد ذاته كعنصر من عناصره وهوليفترق عن السبب في العقود المدنية بينما شروط التنفيذ

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 321.

2 نفس المرجع، ص 322.

3 أنظر المادة 97 من القانون المدني.

4 215 ليارزيد مختارية، "طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجليلي البابس، النعامة، 2019، ص 215.

في العقود الإدارية ترتبط باحتياجات المرفق العام ،فقد يكون العقد صحيحا ،ولكن سببه غير صحيح فالإدارة لا تلتزم بإيفاء التزاماتها ولا تستمر في تنفيذ العقد لأن المرفق العام لا يحتمل الاستمرار فيه وبذلك لا يمكن للمتعاقد التملص من التزاماته بحجة أن سبب العقد زال ،لأن الإدارة وحدة من يقرر ذلك لعلمها بدواعي المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وكمثال قريب عن مبدأ انعدام سبب العقد بعد إبرامه ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Michaux وهو أحد المتطوعين لتحرير الأراضي الفرنسية من المحتل الألماني إلا أنه تم إرساله إلى وحدة غير مقاتلة وذلك تأسيسا حسب رأي القاضي الإداري، على أن إلحاقه بالوحدة المذكورة تم بعد إبرام العقد وجاء لضرورات لا حقة على إبرامه ليس من شأنها أن تقده سببه الصحيح الذي قام عليه لحظة إبرامه ولا تبرر الحكم ببطلانه بل يعرض العقد الإداري للفسخ فقط<sup>2</sup>.

إن الاستناد في إبرام العقود الإدارية على أسباب غير مشروعة أي تخالف القانون والنظام العام، يعرضها للبطلان المطلق، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية Roussy، وتتخلص وقائع هذه القضية في أنه تم إبرام اتفاق سري بين عمدة أحد البلديات ومقاول الاستناد استبعاد المنافسين من الدخول من الدخول في المناقصة المتعلقة بإنشاء قناة مائية وقد حاز عرض السيد Roussy على القبول من إدارة البلدية كما تضمن الاستلام النهائي أعمالا وهمية، لم ينجزها المقاول، وبعد انتهاء عهدة عمدة البلدية المعنية بالعقد الإداري اكتشف العمدة الجديد هذه المخالفات، وطلب من المقاول إعادة المبلغ الذي دفع له دون وجه حق غير أن المقاول تمسك بمشروعية عقدهما دفع بالعمدة رفع دعوى بطلان ضد العقد الإداري المبرم، ولكن مفوض الحكومة دفع بالاحتيايل والتدليس للإبطال هذا العقد، ولكن القاضي حكم ببطلان العقد على أساس فكرة الباعث الذي هدف إليه الأطراف وعليه أبطل العقد بسبب عدم مشروعية السبب<sup>3</sup>.

1 برهان رزيق، مرجع سابق، ص120.

2قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 29 جانفي 1947، ملوي عبد الكريم، مرجع سابق، ص07.

3يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق ص 293 294.

### الفرع الثالث: أقسام البطلان ودور القاضي الإداري فيها

قبل التطرق لدراسة السلطات التي يباشرها القاضي الإداري خلال فصله في دعوى بطلان العقود الإدارية، لا بد من معرفة مراتب أقسام بطلان العقد الإداري والتي تستمد أساسا من القانون المدني، وعليه لا بد من معرفة مدى جواز تطبيق درجات البطلان المعمول بها في القانون الخاص على العقود الإدارية (أولا)، ثم نعرض على بيان دور القاضي الإداري في إثبات كل نوع من أنواع البطلان (ثانيا).

#### أولا: أقسام البطلان في العقود الإدارية

تعتمد النظرية التقليدية في البطلان إلى جعله ينقسم إلى ثلاث أقسام كل حسب شروطه، فقد يكون جزء البطلان إما بالانعدام (1)، أو بطلانا مطلقا (2)، أو بطلانا نسبيا (3).

#### 1- الانعدام

عرفنا سابقا بأن العقود بصفة عامة تقوم على أركان معينة، تحدد صحتها، وهذه الأركان بدورها تستدعي شروطا لا بد من وجودها حتى يكون الركن صحيحا مناهما يتعلق بركن الرضا وما يستدعيه من ضرورة وجود الأهلية والاختصاص في الأطراف، والتزامهم بشروط شكلية وإجرائية، لتمكنهم من إبرام عقود صحيحة يجب تضمين العقد محلا وسببا مشروعاً وممكناً انطلاقاً من ذلك فإن انعدام ركن من الأركان السابقة فيتقرر بذلك انعدام وممكناً انطلاقاً المنعدم في تعريف هو عقد ينقصه ركن من أركان تكوينه كأن تنعدم صفة أحد الأطراف، أو إذا كان المتعاقد شخصا معنوياً ولكن شخصيته باطلة، أي غير مرخصة<sup>1</sup>، يعد أول من نادى بفكرة الانعدام في العقود الفقيهان الانعدام اعتبروا العقد منعدم في حالة إبرام العقد من موظف غير مختص، كما يتمثل في تدخل سلطة إدارية في اختصاص سلطة إدارية أخرى أو مخالفة القواعد المتعلقة بشكل العقد أو انعدام قرار التصديق على العقد إذا كان خاضعاً لنظام التصديق<sup>2</sup>. ولكن في مسألة خرق قواعد الاختصاص هناك من يعتبرها من دواعي البطلان وهناك من يعتبرها انعداماً، وذلك نظراً لتضارب موقف مجلس الدولة الفرنسي

1 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص604

Jese(g), les contrats administratifs de l'etat, des departements des etablissement publics T<sup>2</sup>

,11,1932,p53/Piquinot, theorie generale du contrat administratif, these

doctorat, Montpellier, 1954, p 303.

في أحكامه مثال على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Laurent الصادر في 1939/5/1، والذي حكم فيه بعدم مشروعية العقد الإداري بسبب مخالفة قواعد الاختصاص، وعدم استطاعة أي طرف أن يلزم الطرف الآخر بالتنفيذ<sup>1</sup>. وهذا ما دفع بالفقيه Auby إلى القول بعدم تطبيق نظرية الانعدام على العقود الإدارية<sup>2</sup>، ورغم قلة إفصاح مجلس الدولة الفرنسي عن انعدام العقد الإداري إلا أنه ذكر ذلك في قراره الصادر في 1925/9/23 حيث قضى بانعدام عقد امتياز وأبطل قرار مجلس المديرية بسبب تجاوز السلطة<sup>3</sup>، ولكن في الواقع فلا وجود لنظرية الانعدام في العقود الإدارية عكس ما هو الحال في القرارات الإدارية.

## 2-البطلان المطلق

إذا تضمن العقد الأركان مجتمعة، ولكن اختل ركن منها فمثلا إذا لم يكن المحل معيناً، أو أن المتعاقد دفع على التعاقد بطرق احتيالية ملتوية مما يشوب ركن الرضا تدليس، أو إكراه في هذه الحالة يكون العقد باطلاً بطلانا مطلقاً<sup>4</sup>، تعتبر العقود الإدارية مجالاً خصباً لإعمال نظرية البطلان المطلق، وذلك لأن القواعد التي تحكمها تتعلق بالمصلحة العامة فقد كان القضاء الإداري يقر بأن هذه القواعد والإجراءات مقررة فقط من أجل حماية المصلحة العامة التي ترعاها الإدارة بالتالي هي وحدها من تملك الحق في طلب إبطال العقد الإداري ولكن بعد ذلك تقرر أن هذه القواعد حتى وإن أنشئت من أجل تحقيق المصلحة العامة ولكن يحق لطرفي العقد التمسك به<sup>5</sup>.

أدى التشابه الكبير بين آثار الانعدام و آثار البطلان المطلق إلى انتقاد التقسيم الثلاثي وذلك بداعي أن هذا التمييز لا يؤدي أي فائدة من الناحية العملية، وذلك لأن العقد الباطل بطلانا مطلقاً ليس له وجود الثلاثي وذلك يستوي مع العقد المنعدم فلا يمكن التصريح بأن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلانا مطلقاً فلا مجال للتفاوت في العدم، كما أن كليهما لا ينتج العقد أثراً قانونياً وكل منها يتمسك به من له مصلحة.

## 3-البطلان النسبي

1 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 294.

2 Auby(JM), la theorie de linexistence des actes administratif ,these,paris,1951,p223.

3 كما أقر بانعدام العقد الإداري الصادر عن شخص غير ذي صفة قانونية وذلك في قراره الصادر في 1973/2/14، في قضية Gibille نقلاً عن برهان رزيق، مرجع سابق، ص 142.

4 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 606.

5 ليازيد مختارية، مرجع سابق، ص 217..

يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا إذا اختل ركن الرضا كأن يصدر عن ناقص أهلية، أو إذا شابه تدليس أو إكراه فالنقص في الأهلية والعيب في الرضا هما وجهها البطلان النسبي وذلك لتقرر البطلان النسبي.

### ثانيا: رقابة القاضي الإداري على بطلان العقود الإدارية

دعوى البطلان هي دعوى يرفعها الطرف المتضرر من العقد، إلى القضاء طالبا بإبطال العقد نظرا لعيب في أحد أركانه أو خلف لأحدها وتخضع دعوى البطلان لرقابة القضاء الكامل في حالة ما إذا كان سنها عيبا في إجراءات تكوين العقد الإداري، أو صحته أو أركان انعقاده، أما إذا كان أساس الدعوى مخالفة العقد للشكل الذي أوجبه لأحكام اختصاص بنظرها ينعقد لقضاء الإلغاء، إذ تكون أمام خطوات تمهيدية سابقة على التعاقد، مثل ضرورة الحصول على الإذن السابق أو اتباع أسلوب معين من أساليب التعاقد أو إفراغ العقد في الشكل الكتابي<sup>1</sup>، وعلى خلاف الرقابة الإدارية فرقابة القضاء الكامل على العقد هي رقابة مشروعية؛ حيث إذا لمس القاضي عدم مشروعية العقد الإداري، حكم بعدم سلامته أو العكس وليس للإدارة إبطال العقد الباطل من تلقاء نفسا كما في الفسخ مثلا فعلى المتضرر أن يلتجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم يقضي ببطلان العقد الإداري غير المشروع<sup>2</sup>.

كما سبق وأشرنا إلى أن القضاء الإداري لا يعترف بانعدام العقد الإداري وعليه فإن القاضي الإداري قد يبطل العقد الإداري بطلانا مطلقا إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة والنظام العام أو قد يبطله بطلانا نسبيا في حالة إذا تعلق الأمر بمصلحة خاصة حيث يقرن المشرع الجزائري جزاء البطلان المطلق بتخلف الشروط المتعلقة بالنظام العام ويكون بطلانا نسبيا في حالة عيوب الرضا<sup>3</sup>.

أقر القضاء الكامل بأن الطرف المتعاقد المتضرر من العقد هو من يملك الحق في رفع دعوى بطلان العقد الإداري في حالة البطلان النسبي، دون أن يسمح للطرف الآخر، ولا

1 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص 131-132.

2 دهران رزيق، مرجع سابق، ص 206.

3 حميش محمد، «سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإدارية (دراسة مقارنة)»، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2018، ص 278.

للغير أن يتمسك بذلك<sup>1</sup>، أما في حالة البطلان المطلق فإن مجلس الدولة الفرنسي سمح لأطراف العقد التمسك بالبطلان، كما أجاز للقاضي أن يبطل العقد من تلقاء نفسه<sup>2</sup>، وعليه فإن القاضي الإداري لا يسلم بحق الغير في التمسك ببطلان العقد الإداري في حالة البطلان المطلق، وعليه فإنه حتى إذا كانت المصلحة العامة هي المعتدى عليها إثر خرق القاعدة القانونية التي تحميها وهذا مناف للمنطق الذي يدعو إلى تكاتف الجميع سواء كانوا أطرافاً للعلاقة التعاقدية، أو أجنب عن العقد، من أجل الدفاع عن مبدأ المشروعية وذلك على غرار ما هو منصوص عليه في القانون المدني<sup>3</sup>، بالرغم من ذلك فإنه في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية société Tropic travaux، أكد أنه يمكن وبشكل مستقل عن الدفع المثارة من قبل الأطراف أمام قاضي العقد فكل متنافس متضرر من إبرام عقد إداري وأمام نفس القاضي القيام بطعن يندرج ضمن القضاء الكامل، يحتج فيه على صحة العقد أو بعض شروطهم إمكانية طلب التعويض<sup>4</sup>. في حال ثبوت عدم مشروعية العقد الإداري فإن القاضي يقرر بطلانه، وهو ما يخلف أحد الآثار التالية:

### 1- البطلان المطلق:

يكشف القاضي الإداري عن البطلان المطلق للعقد، وذلك بأثر رجعي وبتاريخ نشأته، وذلك لأن العقد المتمسك بالبطلان المطلق له شهية عقد فقط فيزول بذلك كل الآثار التي خلفها في فقط فيزول على الصفة الرجعية للبطلان وعليه لا يرتب أي التزام على الأطراف فيعادون بذلك إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد<sup>5</sup>.

### 2- البطلان الجزئي للعقد الإداري:

يقتصر أثر البطلان في هذه الحالة على جزء من العقد الإداري دون الآخر وهو ما يعرف في القانون الخاص بالإجازة؛ والتي تهدف إلى الإبقاء على العقد الباطل بعد إزالة العيب الذي لحق بوالتي تصدر عن أحد الأطراف بتنازل أحدهم عن حقه في التمسك بإبطال العقد وذلك

1مجدي عبد الحميد شعيب، مرجع سابق، ص21.

<sup>2</sup>C.E sect.13 juillet 1961, société d'entreprises générales de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics, rec 473, a.j. 1961, p548.

3مجدي عبد الحميد شعيب، مرجع سابق، ص21.

4أنظر في ذلك رحمانى راضية، مرجع سابق ص 269 وما بعدها.

5مختارية، مرجع سابق، ص218.

في حال ما إذا كان البطلان نسبياً، أما إذا كان البطلان مطلقاً فلا يمكن للأطراف أن يتفقوا على الاستمرار في تنفيذ عقد لا وجود له قانوناً لأن ذلك يعد انتهاكاً صارخاً لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>. كما أن الفقه الإداري اتجه إلى نحو عدم جواز تحول العقد الإداري الباطل إلى تصرف صحيح وذلك لتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ولكنه في أحكام القضاء الإداري المصري مثلاً ذهب إلى القول بإمكانية تحول العقود الإدارية الباطلة إلى عقود صحيحة في حال ما إذا كان سبب البطلان يعود إلى عدم الحصول على التصريح بالتعاقد من الجهات التي يحددها القانون، بشرط توفر شرط من الشروط المنصوص عليها في المادة 144 من القانون المدني المصري وخاصة توفر حسن النية وكذلك تغليب المصلحة العامة على المصلحة الشخصية، وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وعد المساس بالغاية الاقتصادية التي تستهدفها الدولة<sup>2</sup>.

وعليه فإنه لا وجود للبطلان الجزئي في العقود الإدارية إلا نادراً، لأن البطلان المطلق هو الأنسب لعقود الإدارة التي ترقى المصلحة العامة كما أن الإجراءات المعقدة التي تتبع لإبرام العقود إدارية تجعل إرادة الأطراف تتجه إلى العقد المبرم بينهم حقيقة<sup>3</sup>، كما أنه يمكن إبطال العقد جزئياً إذا كانت الشروط غير مشروعة في العقد قابلة للتجزئة، أو إذا ما لحق البطلان جزءاً من السبب والمحل<sup>4</sup>.

بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي فقد طبق البطلان الجزئي على العقود الإدارية في بعض الحالات منها الحكم ببطلان شرط قابل للفصل عن بقية شروط العقد دون أن يؤثر على العقد ككل<sup>5</sup>، وعليه فإن إبطال القاضي الإداري يبطل الشرط المتنازع عليه فقط، ولا يتعدى ذلك إلى إلغاء العقد أو تعديله أو يستطيع أن يبطل العقد ككل إذا ما تبين له أن الشرط

1 مجدي عبد الحميد شعيب، مرجع سابق، ص 27.

2 عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص 434-435.

3 زكي أحمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 465.

4 إذا لحق البطلان جزءاً من السبب، يكون الجزء غير المشروع كأن لم يكن وحده، مع الإبقاء على العقد الإداري قائماً على ألا يكون محدداً، أما إذا كان السبب غير المشروع محدداً فالعقد كله باطل، وإذا لحق البطلان جزءاً من المحل لكون هذا الجزء مستحيلاً مع بقاء المحل ممكناً، إضافة إلى أنه يمكن إبطال العقد جزئياً في حال ما إذا مارست الإدارة امتياز تعديل

العقد الإدارية بإرادتها المنفردة بصورة مخالفة للقانون، أنظر في ذلك برهان رزيق، مرجع سابق، ص 227 وما بعدها.

الباطل هو السبب الرئيسي، الذي دفع الأطراف للتعاقد<sup>1</sup>. كما أن قاضي العقد الإداري يلجأ للبطلان الجزئي في حال ما إذا كان الشرط الباطل يتعلق باللجوء للقضاء، كالتنازل عن طرق الطعن أو اللجوء للتحكيم دون القضاء خلافا للقانون<sup>2</sup>، شرط، فإذا تبين للقاضي وجود هذه الحالات أبطل الشروط، وأبقى على العقد سارياً .

وعليه فإنه لا مانع من إعمال فكرة البطلان الجزئي في العقود الإدارية ولكن في نطاق أضيق من المعمول به في عقود القانون الخاص وذلك انسجاماً مع قواعد سير المرافق العامة، كأن يكون العقد يتضمن شرطاً مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام وإن حذف هذا الشرط لا يؤثر على العقد بأكمله.

### 3- إقرار التعويض

في بعض الحالات لا يمكن إزالة آثار العقد الإداري كلها بأثر رجعي فيجب على الطرف المخل بالتزاماته تعويض الطرف المتضرر وذلك على أساس نظرية الإثراء بلا سبب أو على أساس المسؤولية شبه العقدية لأن العقد الإداري أصبح باطلاً فلا مجال للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية للإدارة وليس له أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية دون خطأ مرتكب عليه من الإدارة<sup>3</sup>، كما أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بالتعويض للمتعاقد الذي قطعت الإدارة المتعاقدة مفاوضاتها معه دون مبرر معقول أو إذا وعدته بالتعاقد ثم أعرضت عن ذلك بعد لأن قام المتعهد بصرف أموال على إعداد الدراسات المتعلقة بالمشروع كما حكم بالتعويض للمقاول الذي شرع في تنفيذ عقد باطل حيث عاد هذا التنفيذ بمصلحة للإدارة المتعاقدة فإذا لم تستفد منه فلا مجال للتعويض<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: دور القاضي الإداري فسخ العقد الإداري

سبق ووضحنا أن العقد الإداري كغيره من العقود يقوم على توافق إرادتين بالإيجاب والقبول، إلا أن هذه الإرادة قد تتصرف إلى الرغبة في إنهاء العلاقة التعاقدية، قبل الانتهاء من تنفيذ

1-مرجع سابق، ص35.

2وذلك كأن يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم في مواضيع تتعلق بأهلية الأشخاص أو بمواضيع تتعلق بالنظام العام، وهذا ما استفصل فيه عندما نتطرق للطرق البديلة لتسوية منازعات

العقود الإدارية في الباب الثاني من هذه الدراسة.

3مختارية مرجع سابق، ص219.

4نفس المرجع، نفس الصفحة.

العقد الإداري وذلك عن طرق الفسخ، حيث يمكن للإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة، وهو ما يعتبر أخطر سلطات الإدارة العامة التي تستخدمها في مواجهة المتعاقد معها والتي تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بشكل منفرد مما يخلف أضرار مالية بالغة على المتعاقد وهوما يستدعي تدخل القاضي الإداري لمراقبة الفسخ الانفرادي (فرع أول)، غير أن المتعاقد لا يمكنه فسخ العقد الإداري إلا في حالات معينة وبتدخل القاضي الإداري (فرع ثاني).

### الفرع الأول: دور القاضي الإداري في مراقبة سلطة الإدارة في الفسخ الانفرادي

تدخل منازعات فسخ العقد الإداري في نطاق اختصاص القضاء الكامل وذلك لعدم اعتبار قرار الفسخ قرارا منفصلا والذي يجوز الطعن فيه ومخاصمته بدعوى الإلغاء وذلك لأن الإدارة العامة اتخذت هذا القرار كجهة متعاقدة وليست كسلطة عامة<sup>1</sup>، وهذا الاختصاص للقضاء الكامل متفق عليه فقها وقضاء<sup>2</sup>.

سلطة الإدارة العامة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة، سلطة أصيلة مفترضة توجد ولو لم ينص عليها في العقد الإداري أو في ملحقاته وهذه السلطة تنفيذ في مواجهة كافة العقود الإدارية وحتى ولم لم يرتكب أي خطأ فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بأحقية الإدارة بفسخ كثير من العقود الإدارية الهامة كعقود الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود شغل المال العام وكذلك عقود التوظيف<sup>3</sup>. ويتميز الفسخ الإداري بأنه يضع حدا حاسما للعقد دون اللجوء للقضاء لتقرير ذلك وينبغي التمييز بين فسخ العقد باعتباره جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها؛ نتيجة لعدم إيفائه بالتزاماته، أو بسبب ارتكابه لخطأ جسيم وبين حق الإدارة في إنهاء

1 إذا أصدرت الإدارة العامة قرار توقيع الجزاء على المتعاقد معها، مستندة في ذلك على نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فإن المنازعات التي تثار حول هذا القرار يؤول الفصل فيها للقضاء الكامل، أما إذا كان قرار الجزاء مستندا إلى نصوص القانون فقط وذلك باعتبار الإدارة سلطة عامة، ولم يرد يرد في نصوص العقد ما يخولها ذلك، فإن المنازعة لا تكون من قبيل المنازعات الحقيقية مما يجعل قاضي الإلغاء هو المختص بالفصل في قرار فسخ العقد الإداري.

2 جاء هذا التأكيد في قرار مجلس الدولة رقم 063683 الصادر في 2012/01/12 في قضية بلدية العلمة / ضد (ح.ع)، حيث جاء فيه أن: "حيث من المستقر فقها وقضاءا وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل وأن الإدارة ونظرا لما لها من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعاقد إلا حق المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعاقد رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد،....." قرار متاح على الموقع الرسمي لمجلس الدولة على الرابط التالي:

[https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/arretn063683-a.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arretn063683-a.pdf)

3 ذلك محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية للنشر، د.س.ن، القاهرة، ص 241.

العقد الإداري دون خطأ، وذلك بناءً على سلطتها التقديرية وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة<sup>1</sup>.

### أولاً: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري

الفسخ في هذه الحالة هو جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة العامة الرابطة العقدية بينها، وبين المتعاقد معها ويعتبر آخر الجزاءات التي تلجأ إليها الإدارة بعد أن يفيض بها الكيل، فالأصل ألا تلجأ إليه إلا إذا ذاقت بها السبل لضبط المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، ولم تجدي الجزاءات الأخرى نفعاً معه<sup>2</sup>، ونظراً لخطورة هذا الجزاء فإن الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال وتمثل ضماناً فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون.

#### 1- الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي

تشمل سلطات القاضي الإداري في الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري، وذلك من خلال التأكد من صدور القرار من الجهة المختصة، وأن يتبع الإجراءات والأشكال المنصوص عليها في التزاماته، ولم إجراء يسبق إصدار قرار الفسخ هو إعدار المتعاقد وتبنيه بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد الإداري فيكون الإعدار شرطاً جوهرياً في الفسخ الجزائي، فإذا لم تعذر الإدارة المتعاقد معها قبل إصدار قرار الفسخ، يكون هذا الأخير مخالفاً للإداري فيكون لمخالفته لعنصر الشكل، حيث أن إنزال الجزاء بسبب أثاره الخطيرة ينبغي أن تسبقه، بعض الشكليات الضرورية لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، بالتزاماتها الشكلية يمكن أن يلزم مسؤوليتها<sup>3</sup>، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها أنه «إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار لياتي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد....".

1 محمد بن سعيد العمري، مرجع سابق، ص 265.

2 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية للنشر، ص 294.

3 أحمد بوعشيق، "دور قاضي العقد ومنازعات فسخ العقد الإداري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 133، المغرب، 2017، ص 342.

كما أن الإعذار لا بد أن يستوفي الشروط القانونية<sup>1</sup>، كما أن العذار يبلغ للمتعاقد مع إشعار العذار في الجريدة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي كما ينشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين يحزر إعلان باللغة وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ويرسل كل من طلب نشر الإعذار وتبليغ المتعامل في نفس الوقت<sup>2</sup>. كما أنه لا تفسخ الصفقة العمومية إلا بعد إعذارين على الأقل<sup>3</sup>، وعليه فإن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد قبل الفسخ وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى الشروط الشكلية فيجب أن يكون قرار الفسخ مستندا على وقائع تبريرية صحيحة من الناحية المادية، ومنسجمة مع خطورة الإخلال بالالتزامات، لأن كل جزاء غير مبرر يعرض الإدارة إلى المسؤولية العقدية. وعليه لا بد أن يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد على درجة معينة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا كافيا تستند إليه الإدارة لتقرير جزاء الفسخ، فالخطأ الجسيم عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو القانونية إخلالا يؤثر تأثيرا فادحا في استمرار العقد، ويمس باستقرار المراكز القانونية<sup>5</sup>.

## 2-سلطات القاضي في مواجهة قرار فسخ العقد الإداري

إن ما استقر عليه فقه القانون الإداري في منازعات إجراءات تنفيذ العقود الإدارية، هو خضوعها كما سلف ذكره لاختصاص القضاء الشامل، وبأنه لا يمكن، مبدئيا للقاضي الإداري أن يحكم بإلغاء الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ العقد

1-تقتص المادة الثالثة من القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011، الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وإجال نشره، ج.ر، عدد 21 والتي جاء فيها أنه: "يجب أن يتضمن

الإعذار الذي توجه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية:

-تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها،

-تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه،

-توضيح إن كان أول أوثاني إعذار، عند الإقتضاء،

-موضوع الإعذار،

-الأجال الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،

-العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ".

2-أنظر المادة الرابعة، من نفس القرار .

3-أنظر المادة الثانية، من نفس القرار .

الإداري فعند فسخ الإدارة للعقد الإداري ولو بدون مبرر ليس للمتعاقد معها إلا الحق بالتعويض عما لحقه من ضرر عند الإداري فعند يمكن للقاضي إلغاء قرار الفسخ لوجود دعوى موازية للتعويض وعليه لا يمكن وقف تنفيذ قرار الفسخ، كما لا يمكن للقاضي الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من خلال أمر استعجالي<sup>1</sup>، فالقاضي الإداري يراقب مدى مشروعية قرار الفسخ كما سبق وأشرنا، ومدى ملاءمته لجسامة الخطأ، ويحكم للمتعاقد بالتعويض عن الفسخ التعسفي ولكن إذا تأكد القاضي من أن الخطأ المرتكب ملائم لعقوبة الفسخ فلا يحكم للمتعاقد عن التعويض وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر في 2013/11/21 حيث جاء فيه "...حيث أن طلب التعويض غير مبرر مادام أنه يقر بأنه تأخر في الإنجاز كما أن قيمة السلع التي يدعي أنه تركها في الورشة غير محددة وبالتالي رفض هذا الطلب...حيث أن الصفقة فسخت وبالتالي يتعذر تحديد مدة التأخر ومن ثمة حساب عقوبة التأخير. حيث أن عدم تنفيذ الأشغال وتسليمها يؤدي حتما إلى رفع اليد عن الكفالة ويعد ذلك تعويضا لصاحب المشروع عن الضرر الناتج عن فسخ الصفقة على مسؤولية المقاول..."<sup>2</sup> من ولكن لا يجوز له إلغاء قرار الفسخ وإذا لم ينظم العقد أو القانون مدى استحقاق التعويض ومقداره وعناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، والتعويض الذي يحكم به في هذه الحالة هو التعويض الكامل، والذي يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة وهذا التعويض يشمل كل النتائج والأحداث الضارة والمؤذية للمتعاقد نتيجة الإلغاء المبستر لعقده، وما فاتته من كسب. وهو الربح الفائت على المتعاقد نتيجة إنهاء عقده، ويحسب من التاريخ الذي تم فيه فسخ العقد الإداري<sup>3</sup>. أما بالنسبة في مصر فإن للقضاء سلطة الحكم بالتعويض، والحكم بإلغاء أيضا حيث ألغت محكمة القضاء الإداري إلغاء قرار صدرت وريد لعدم صحة الأسباب التي استندت عليها في ذلك<sup>4</sup>.

1 أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص 339.

2 قرار مجلس الدولة رقم 077626، الصادر في 2013/11/21، في قضية (مقابلة أشغال البناء ب.م.) ضد (ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية، قرار متاح على الموقع

الرسمي لمجلس الدولة في الرابط التالي: [https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/077626\\_21\\_0.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/077626_21_0.pdf)، تاريخ الإطلاع 2021، 12/01/20، 12:00،

الساعة .

3 محمد بن سعيد بن حمد العمري، مرجع سابق، ص 298.

4 محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 238.

## ثانياً: الرقابة القضائية على قرار الفسخ دون خطأ

تتمتع الإدارة العامة المتعاقدة بسلطة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حتى بدون خطأ من المتعاقد وهو ما يعرف بالفسخ الجوازي حيث تلجأ الإدارة إليه حينما تقدر لزوميته وأنه لا مفر من استخدامه لأن مواصفة تنفيذه يضر بسير المرفق العام<sup>1</sup>، وبالرغم من سلطة الإدارة العامة في الفسخ الانفرادي دون خطأ فإن هذه السلطة ليست مطلقة بل تتقيد بدواعي المصلحة العامة وأن تستعمل هذه السلطة تحت رقابة القضاء الإداري والذي يتحقق من مشروعية قرار الفسخ التقديري أو الجوازي للعقد الإداري.

### 1- توفر دواعي المصلحة العامة:

إن إنهاء العقد الإداري بشكل منفرد هو من صلاحيات الإدارة العامة تمارسه وفقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة، ويكون قرارها في هذا الصدد مشروعاً إذا لم يثبت إساءتها لاستعمال سلطتها وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد على أنه يجب أن يتوفر سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة، للحكم بمشروعية قرار الفسخ، وأن يستند القرار على باعث من بواعث الصلح العام وليس تعسفاً<sup>2</sup>. إن حق الإدارة في إنهاء عقودها لدواعي المصلحة العامة تشمل كل أنواع العقود الإدارية سواء كانت عقود الأشغال العامة أو عقود التوريد أو عقود شغل المال العام وحتى عقود التوظيف. وذلك إذا ارتأت الإدارة أن هذه العقود غير ذات نفع للمرفق العام، وأضححت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة ومثال على زوال الغرض من التعاقد وقف القتال الذي يؤدي إلى تخويل الإدارة العامة حق إنهاء عقد التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي وقد التزم مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية وذلك في حكمه في قضية "chantier de Nazaire" الصادر في 9 جانفي 1952، كما قرر نفس المبدأ بعد الحرب العالمية الثانية في حكمه في قضية "cham bouvet" الصادر في 23 جانفي 1953.<sup>3</sup>

1 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 295.

2 أنظر في ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "chompagne" في تاريخ 23 جانفي 1952، نقلاً عن سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 531..

3 أنظر في ذلك محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 245 246.

كما يمكن للإدارة إنهاء العقد الإداري دون خطأ كمن المتعاقد في حالة إلغاء المرفق العام، أو تعديل نظامه على نحو يؤدي إلى الاستغناء عن العقود المتعلقة بكأكن تلغى مثلا عقود الامتياز نظرا لتحول طريقة الإدارة في التسيير من الامتياز إلى التسيير المباشر<sup>1</sup>.

إن القوانين واللوائح تسمح للإدارة العامة بفسخ عقودها بشكل انفرادي لدواعي المصلحة العامة، وهو ما أقره كذلك المشرع الجزائري في المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>2</sup>، غير أن القوانين تقتصر على إجازة هذا الإجراء دون التطرق إلى تحديد حالات تحقق شرط المصلحة العامة، مما يفسح المجال للسلطة التقديرية للإدارة بشكل تأمميا يعطيه حرية واسعة في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ من المتعاقد معها بذريعة المساس بالمصلحة العامة.

تقتصر سلطة القاضي الإداري في هذه الحالة على التحقق من مدى جدية السبب الذي اتخذته الإدارة كذريعة لفسخ العقد الإداري وعليه فإنه لا يبحث عن مدى ملاءمة إنهاء العقد الإداري للسبب الذي قام عليه الإنهاء كما أنه إذا تأكد من عدم جدية السبب يحكم القاضي الإداري للمتعاقد بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذي يمثل خطأ عقديا من جانب الإدارة<sup>3</sup>.

من خلال ما سبق نستنتج أن القاضي الإداري ليحكم بالتعويض للمتعاقد حراء فسخ عقده مع الإدارة دون خطأ منه، أن يتأكد من جدوى السبب وأن يكون فلا مرتبطا بالمصلحة العامة وذلك بالوقوف على نية الإدارة العامة في فسخ العقد نحو تحقيق المصلحة العامة أو لا، ولكن هذا الإجراء يتحجب إلا إذا سببت الإدارة العامة قرار الفسخ، وكما هو معلوم بأن الإدارة العامة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا أنه في هذه الحالة لا بد من أن تسبب الإدارة قرار الفسخ<sup>4</sup>، ليسهل على القاضي الإداري الوصول إلى نية الإدارة، ضف إلى ذلك أن المصلحة العامة هي ذات مفهوم شامل وفضفاض لا يمكن حصره في حالات معينة مما

1 نفس المرجع، ص 246.

2 حيث جاء فيها أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

3 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 296.

4 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 306.

يصعب على القاضي الإداري حصر السبب دون أن يكون موضحا بشكل جلي في قرار الفسخ.

## 2- مشروعية قرار الفسخ التقديري:

تنتهي الإدارة العامة تعاقداتها بشكل منفرد ودون خطأ من المتعاقد بقرار إداري شأنه في ذلك كشأن القرارات الإدارية الأخرى التي تصدر عن الإدارة، فيجب أن يستوفي قرار الفسخ عناصر مشروعيته الخارجية المتعلقة بركن الاختصاص، والشكل والإجراءات، وأن يستوفي الشروط الداخلية المتعلقة بركن السبب والمحل والغاية<sup>1</sup>، وعليه تبرز سلطات القاضي الإداري في مراقبة قرار فسخ الإدارة للعقد الإداري، من خلال التأكد من مشروعية هذا القرار من حيث صدوره من الجهة الإدارية المختصة، وأن الإدارة اتبعت في إصداره القواعد الشكلية والإجرائية المحددة قانونا، كما أنها لم تخالف القانون، ولم تتعسف في استعمال سلطاتها في ذلك<sup>2</sup>.

إذا ثبت للقاضي الإداري أن الإدارة العامة خالفت ركنا من أركان القرار الإداري السالفة الذكر، فإنه لا يملك سلطة إلغائه<sup>3</sup> ولعل مرجع هذا المسلك يعود إلى أن المتعاقد الذي يتضرر من قرار الفسخ سوف يحصل على تعويضه على أية حال، وأن تضيق سلطة القاضي الإداري يفسر بأن الإدارة العامة هي صاحبة الأشغال ولها مطلق التصرف بخصوصها بالتالي فإن حق المتعاقد يتحول إلى تعويض.

غير أن التعويض المقرر في هذا الصدد وهو الحصول على تعويض جراء إنهاء العقد، فإذا ثبت أن المتعاقد لم يتعرض إلى ضرر جراء ذلك فلم تلحقه أية خسارة، كما أنه لا يتحصل على تعويض إذا تضمن العقد الإداري نصا صريحا يؤكد على حق الإدارة في إنهاء العقد لدواعي الصالح العام دون تعويض<sup>4</sup>، وبناءات على ذلك فإن القاضي الإداري لا يملك رقابة التكييف القانوني للوقائع؛ بمعنى أنه لا يستطيع تأكيد من أن إنهاء الفسخ لدواعي المصلحة العامة، من عدمه وذلك لأن الأسباب المبررة للفسخ غير منصوص عليها في العقد

1 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 182.

2 حميش محمد، مرجع سابق، ص 275.

3 أقر مجلس الدولة في قراره الصادر في بأن "...حيث و أنه والحال كذلك وبغض النظر عن الدفع التي أثارها المستأنفة فإن قضاء الدرجة الأولى لما قضوا بإلغاء قرار الفسخ وألزمو

الإدارة بتنفيذ الصفقة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون والاجتهادات القضائية مما يتعين معه إلغاء هذا القرار وفصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.."

4 محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 250.

الإداري<sup>1</sup>، وهذا ما يعني أن رقابة القاضي الإداري على قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة تقتصر على زاوية المشروعية دون الملاءمة، وهو ما يعتبر اختصاصا ضيقا إذا ما قارناه بصلاحيات القاضي في رقابته على قرار الفسخ الجزائي والذي تمتد رقابته إلى التأكد من مدى مشروعية قرار الفسخ، والتأكد من توفر الخطأ الجسيم المؤدي لذلك ومدى ملائمة العقوبة للخطأ المرتكب مع تقرير التعويض المناسب لذلك.

أقر مجلس الدولة الفرنسي بان سلطة القاضي الإداري في فصله في المنازعات التي تثور بمناسبة فسخ العقود الإدارية، تتوقف عند حد الحكم بالتعويض ولا تتعدى إلى إلغاء قرار الفسخ أو وقف تنفيذه وإرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ولكنه في قرار حديث صادر بتاريخ 21 مارس 2011، في حكمه في قضية "Bézier"، والتي من خلال أرسى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ جديدا وهو إضافة إلى سلطة القاضي الإداري في مراقبة مدى مشروعية قرار الفسخ المطعون فيه، أن يقوم بالموازنة بين خطورة العيوب المستند عليها في طلب الفسخ، وبين متطلبات المصلحة العامة فإن القاضي يأذن باستئناف العلاقات التعاقدية في بعض الحالات النادرة، شريطة أن يتم الطعن داخل أجل 60 يوما من تاريخ تبليغ قرار الفسخ وهو ما يعني جعل قاضي العقود يمكنه التدخل في العلاقات ولكن ليس إلغاء قرار الفسخ<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الفسخ القضائي للعقد الإداري

يجوز للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد الإداري في حدود معينة، وتندرج دعواه في هذا الصدد في نطاق القضاء الكامل، ولا يقتصر اختصاص القاضي الإداري على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد سواء في تكوينه أو تنفيذه أو إنهائه بل يشمل كل ما يتفرع عن ذلك حتى ما كان يدخل فيها، في نطاق اختصاص قضاء الأمور المستعجلة<sup>3</sup>، حيث يجوز للمحكمة المختصة ندب خبير في شأن أي نزاع متعلق بالعقد الإداري أو وقف تنفيذ قرار بفسخ أحد

1 محمد بن سعيد بن حمد العمري، مرجع سابق، ص 288.

2 C.E 22 mars 2009 comun de bésier.

3 إن اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقد اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة، طالما توفرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري، وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإداري في الطلب المستعجل لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المقررة من طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المسجلة التي تعرض على قاضي العقد لإتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعدى تداركها، وحماية للحق إلى أن يفصل في الموضوع الأصلي، أنظر في ذلك: محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 330.

العقود ،أو طلب إثبات حالة<sup>1</sup>، وخلافا لحق الإدارة في فسخ العقد الإداري انفراديا ،فإن المتعاقد معها لا بد له من اللجوء للقاضي للمطالبة بفسخ عقده مع الإدارة في حالة ما واجه قوة القاهرة ،أو حتى ولو أخلت الإدارة بالتزاماتها معهدكما يجوز للإدارة اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد متى استدعت المصلحة العامة ذلك<sup>2</sup>.

### أولا: القوة القاهرة

القوة القاهرة عي الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه، ويؤدي إلى استحالة مطلقة، وبعبارة أخرى القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى اتصفت الظروف الحادثة بأنها خارجة تماما عن إرادة المدين وأنها كان بإمكانه توقعها وأنه أضحي أمام استحالة مطلقة تحول دون القيام بتنفيذ التزاماته فالقوة القاهرة تؤدي إلى انفساخ العقد فسحا مجردا من دون تعويض<sup>3</sup>.

من خلال المفهوم السابق يتضح لنا من أن القوة القاهرة تعتبر حادثا فجائيا، فتتقرر نظرية القوة القاهرة إذا كان الحادث الفجائي غير متوقع الحصول، وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين وبمفهوم المخالفة فإنه إذا كان الحادث متوقع الحدوث، ويمكن دفعه ومواجهته بطريقة ما وكان تنفيذ الالتزام غير مستحيل بل صعبا فقط<sup>4</sup>، وفي هذه الحالة تطبق نظرية الوقائع المادية غير المتوقعة.

كما تعرف القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه ،يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات التعاقدية<sup>5</sup>، ولقد أشار مجلس الدولة في قراره الصادر في 1999/03/08 إلى عدم إمكانية تطبيق نظرية القوة القاهرة في هذه القضية نظرا لعدم توفر شروطها حيث جاء قراره كالتالي "...حيث أن المستأنف أثار بأن التأخير كان نتيجة...زيادة أسعار مواد البناء وفقدانها من السوق مما يكون قوة القاهرة،...ولكن حيث أنه وبين تاريخ إبرام الصفقة أي يوم 1989/09/09، وتاريخ الإنجاز أي يوم

1. منصور محمد أحمد منصور ،مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه (طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية)، ط2، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998، ص231.

2. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص116.

3. زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص133.

4. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، مرجع سابق، ص964.

5. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص690.

1991/11/18، مرت أكثر من سنتين بدون أن يتم بناء المكتبة،... حيث أنه لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة في قضية الحال لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء"<sup>1</sup>.

قد يتأخر القاضي الإداري في الحكم بفسخ العقد الإداري وذلك انتظاراً لتلبية الأطراف المتعاقدة لدعوى إعادة النظر في العقد الإداري من أجل إعادة توازنه علماً بأن هذه المسألة ليست من اختصاص القاضي الإداري إلا أن مقتضيات المصلحة العامة تقبل هذا النوع من التدخل وهذا ما يجعل نظرية القوة القاهرة في القانون العام تختلف عنها في القانون الخاص كما تختلف في الآثار القانونية حيث يعد التدخل امتيازاً للقاضي الإداري، للضغط على الأطراف المتعاقدة وهو ما لا يعترف به للقاضي العادي الذي يتعين عليه الحكم بفسخ المتعاقدة وهو آخر خلاف ذلك<sup>2</sup>.

#### ثانياً: الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية

قد تتسبب الإدارة المتعاقدة في عرقلة التعاقد عن تنفيذ التزاماته بشكل أو بآخر فتي هذه الحالة لا يسع المتعاقد إلا اللجوء للقضاء، لأنه لا يستطيع توقيع الجزاء على الإدارة، كما أنه لا يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص وبالتالي لا يمكن للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة هي المتسببة في التقصير، وهذا راجع إلى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام والذي يستلزم السير بانتظام واضطراد لتحقيق المصلحة العامة لجمهور المنتفعين<sup>3</sup>.

يعتبر الفسخ القضائي من أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة العامة لأن القاضي الإداري لا يحكم به إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة المتعاقدة لأن الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية هو التعويض ومن بين الأخطاء المبررة للفسخ هي عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد، ووقف الإدارة للأعمال مدداً طويلة دون

1 قرار مجلس الدولة الصادر في 08/03/1999، قضية (ب.ت.) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة، سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهااد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج4، مرجع سابق، ص1713 وما بعدها.

2 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص315.

3 وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في عقد الأشغال العامة، بفضي أنه إذا رفع المقاول دعوى فسخ العقد، فإنه مجبر على استكمال تنفيذه منتظراً لقرار القاضي النهائي، كما أنه لا يستطيع أن يستند إلى تأخر الإدارة في دفع المقابل لوقف العمل، أنظر في ذلك: محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص428.

مبرر معقول وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في، المادة 34 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، الذي يحدد المصادقة على دفتر الشروط لإدارية العامة<sup>1</sup>.  
يحكم القاضي الإداري للإخلال الإدارة العامة بالتزاماتها اعتبارا من يوم رفع الدعوى أمام القضاء مع ملاحظة التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد حتى يصدر الحكم بالفسخ فإذا توقف عن التنفيذ قبل صدور الحكم بالفسخ اعتبر ذلك خطأ عقديا يترتب على إثره المسؤولية العقدية للمتعاقد<sup>2</sup>.

### ثالثا: الفسخ لإخلال الإدارة بسلطة التعديل

خلفا للوضع السائد في القانون الخاص والذي تسري فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>3</sup>، فإن العقود الإدارية على بنود صريحة تشير إلى حق الإدارة المتعاقدة في تعديل التزاماتها الأصلية للمتعاقد ولا تقتصر هذه البنود على ذكر هذه السلطة وحسب إنما طريقة ممارسته وتضع له عدة قيود لا يحق للإدارة تجاوزها وتبعا لذلك يكون على الإدارة أن تحترم هذه القيود الاتفاقية عملا بمبدأ القوة الملزمة لكن لا يحق للأطراف إدراج بنود يحرم الإدارة العامة من ممارسة هذه السلطة<sup>4</sup>. إن القانون من خلال منحه لهذه الامتيازات لدواعي المصلحة العامة، ولكن هذا لا يعني أن تكون هذه الممارسة على حساب المصلحة الخاصة للمتعاقد بمعنى أن سلطة تعديل العقد الإداري لا تتم إلا بضوابط تنظمها من أهم هذه الضوابط أن يتم الحصول على الموافقة من السلطة المختصة للتعديل في فترة سريان العقد الإداري<sup>5</sup>، وأن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام وذلك لأنه أصلا سلطة التعديل تهدف إلى إشباع الحاجات العامة فلا يمتد التعديل إلى المساس بالحقوق المالية للمتعاقد كما يجب على الإدارة المتعاقدة أن تراعي قدرات المتعاقد، وإمكانياته المالية والفنية التي قبل على

1 حيث جاء فيها أنه "2...- عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد عن سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاوم فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين...6- عندما تقرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، فلا يحق للمقاوم فسخ الصفقة إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة...". أنظر القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج، ر، عدد 06، الصادرة في 19 يناير 1965.

2 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص 135.

3 تنص المادة 106 من القانون المدني على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

4 محمد محمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 319.

5 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 63.

أساسها التعاقد بحيث لا يتجاوز حجم الأعباء الجديدة التي يفرضها التعديل الحدود الطبيعية المعقولة.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر للإدارة المتعاقدة الحق في تعديل العقد الإداري من خلال آلية الملحق<sup>1</sup>، وبالرجوع إلى المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد بأن هذا الأخير قد قيد سلطة الإدارة في تعديل صفقاتها بعدة ضوابط هي:

- أن يكون التعديل مكتوبا مادامت الصفقة الأصلية مكتوبة.
- ألا يكون التعديل جوهريا، لأن ذلك يجعلنا أمام صفقة أخرى.
- أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدد في المادة 139، المقدر بـ10 بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة<sup>2</sup>.

تخضع سلطة التعديل لرقابة القاضي الإداري الذي يحرص على التأكد من مدى ملاءمة موضوع التعديل لدواعي حسن سير المرفق العام، وكذلك من مدى علاقة التعديل بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها ومن خلال ذلك يقرر القاضي ما إذا كان الفسخ تعسفيا؛ أي تجاوزت الإدارة المتعاقدة لحدودها في ذلك<sup>3</sup>. وتتجلى سلطة القاضي الإداري في رقابته على سلطة الإدارة في تعديل العقد من خلال:

**1-إنهاء العقد الإداري:** ويرتد أثر الحكم بالفسخ في هذا الخصوص إلى تاريخ رفع الدعوى، رغم التزام طال الفسخ بالاستمرار في التنفيذ.

**2-استحقاق التعويض:** يحكم القاضي في هذه الحالة بالتعويض الكامل الذي يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة، أو ما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطق فيه القاضي بالحكم وقد يضاف إلى التعويض فوائد التأخير إذا كان

1عرفت المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15، الملحق بأنه "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها /أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية".

2والتي تنص على أنه "لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو إنقاصا، نسبة عشرة في المئة (10) من المبلغ الأصلي للصفقة...".

3عمار بوضياف، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص151.

المبلغ المحكوم به معين المقدار وفقا للقواعد المدنية المقررة سواء في مواجهة الإدارة أو الأفراد<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني:

### منازعات التعويض

إذا لحق المتعاقد مع الإدارة أي ضرر جاز له رفع دعوى قضائية يطالب من خلالها القاضي بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لبعض الإجراءات والحوادث التي تحول دون تنفيذها للالتزامات التعاقدية ولكن شريطة ألا يكون المتعاقد هو المتسبب فيها<sup>2</sup>، وتعتبر دعوى التعويض من أهم الدعاوى الإدارية من حيث القوة والقيمة القانونية فهي وسيلة قضائية كثيرة الاستعمال والتطبيق لحماية الحقوق والحريات لحماية الأفراد من أعمال الإدارة غير المشروعة خاصة التعاقدية منها<sup>3</sup>، وبهذه الحالة يتسنى للقاضي بأن يحكم للمتعاقد المتضرر بالتعويض عن تلك الأضرار إما على أساس خطأ من الإدارة (المطلب الأول)، أو دون خطأ من الإدارة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعويض على أساس خطأ الإدارة

يولد العقد الإداري في مواجهة الإدارة التزامات عقدية يترتب على مخالفتها من قبل الإدارة، حق للمتعاقد في المطالبة بالتعويض عن ذلك لأنه وكما سبق وأشرنا إلى أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، ولكن هذا لا يعني أن العقد الإداري يلزم الأفراد وليلزم الإدارة العامة حتى وإن لم يكونا على قدم المساواة، إلا أن مخالفة الإدارة العامة لقواعد ممارسة امتيازاتها يعرضها للمسؤولية العقدية نتيجة ارتكاب الإدارة العامة لخطأ قد يضر بحقوق المتعاقد معها<sup>4</sup>؛ ويعرف الخطأ بأنه مخالفة أحكام القانون تتمثل في عمل مادي أو في تصرف ارتكاب صورة عمل إيجابي أو تأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون<sup>5</sup>. هذا ما يخول للمتضرر رفع دعوى تعويض ونظرا لأهمية هذه

1 محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 435.

2 عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، مرجع سابق، ص 151.

3 2513 عمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 251.

4 رحمة الجولي، "حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري"، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 11، صادرة عن جمعية الحقوقيين، تونس، 2015، ص 350.

5 ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 449.

الدعوى في مجال العقود الإدارية فلا بد من توضيح مفهوم دعوى التعويض (الفرع الأول)، ثم نستعرض أهم أنواع الأخطاء التي تصدر عن الإدارة والتي تدخل في نطاق دعوى التعويض (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم دعوى التعويض

يقصد بدعوى التعويض؛ تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء مطالباً فيها بتعويضه عما لحقه من ضرر نتيجة تصرف من تصرفات الإدارة سواء كان هذا التصرف قانونياً أو مادياً ومبدأ المسؤولية الإدارية للدولة عن أعمالها، والزامها بتعويض الأفراد يعتبر مبدأ حديثاً نسبياً، حيث لم يتقرر إلا مع نهاية القرن التاسع عشر وقبل ذلك كان المبدأ السائد هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها<sup>1</sup>.

وتعرف دعوى التعويض الإداري بأنها الدعوى التي ترفع للمطالبة بجبر الضرر المادي أو الأدبي الذي يحدث نتيجة لخطأ من جهة الإدارة وغالباً تكون المطالبة بمبلغ من المال لجبر هذا الضرر<sup>2</sup>، كما تعرف بأنها الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها أصحاب الصفة والمصلحة، أمام الجهات القضائية المختصة طبقاً للقواعد والإجراءات المقررة قانوناً، للمطالبة بالتعويض العادل واللازم للأضرار التي أصابته حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار<sup>3</sup>.

### أولاً: خصائص دعوى التعويض

تحتل دعوى التعويض مكانة بارزة بين الدعاوى الإدارية وذلك نظراً لقيمتها وأهميتها وذلك لكونها دعوى شخصية ذاتية، ومن دعاوى اقتضاء الحقوق وهو ما يجعلها تتميز عنها بجملة من الخصائص أهمها:

1 في نهاية القرن التاسع عشر بدأت تظهر بوادر الحديث عن مسؤوليه الدولة عن أعمالها، وقد ساعد في ذلك عدة عوامل من أهمها زيادة نشاط الدولة وتدخلها في مختلف أوجه النشاط الإداري، مما أدى إلى زيادة الصدامات مع الأفراد وتزايد المنازعات وما أدى بضرورة تحمل الإدارة للمسؤولية عن أعمالها الضارة خاصة، وفسح المجال أمام المتضررين من المطالبة بالتعويض أمام القضاء، للمزيد من التفاصيل حول التطور التاريخي للمسؤولية الإدارية للدولة أنظر في ذلك: محمد عبد العال السناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة في جمهورية مصر العربية (دراسة مقارنة)، د.د.ن، مصر، 2003، ص 5 وما بعدها، 251 عمار عوايدي نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية - تحليلية ومقارنة)، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، ج 2، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1986، ص 23 وما بعدها، عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية)، ج 2، مرجع سابق، ص 110 وما بعدها.

2 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص 145.

3 عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 566.

**1- من ناحية اختصاص القاضي الإداري:** يمتلك قاضي التعويض سلطات أكثر من تلك التي يتمتع بها قاضي الإلغاء حيث أنه يستطيع أن يعدل أو يقوم بالقرارات الإدارية التي سببت أضرارا للمتقاضي وللقاضي أن يحكم بالتعويضات للمدعي في مقابل ما ألحقته الإدارة من أضرار بسبب قراراتها<sup>1</sup>.

**2- قضاء التعويض يكمل الحماية التي يصبغها قضاء الإلغاء على حقوق الأفراد** فإذا كان قضاء الإلغاء يهدف إلى إبطال القرارات المخالفة للمشروعية فإنه مع ذلك لا يتناول الأعمال المادية للإدارة، وهو ما يؤهل قضاء التعويض لأن يكون المجال الذي يمكن من خلاله مراقبة الإدارة في مجال أعمالها المادية<sup>2</sup>، وبذلك فإن مجال قضاء التعويض أشمل من قضاء الإلغاء حيث يشمل قضاء التعويض الأعمال القانونية إن كانت قرارات<sup>3</sup> أو عقودا بالإضافة إلى التعويض عن الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة العامة كما أن ذلك لا يمنع أن يتم الجمع بين الدعويين؛ فيرفع المدعي دعوى الإلغاء ويطلب بإبطال قرار إداري أمام قاضي الإلغاء كما يطلب أن يدفع له تعويض لجبر الضرر الذي أصابه نتيجة القرار المطعون فيه.

**3- طريق الطعن بالتعويض يظل مفتوحا، وإن فقط الطاعن طرق الإلغاء** ويظهر ذلك جليا عندما يتحصن القرار محل الطعن بانقضاء مواعيد الطعن إذ لا يبقى أمام الطاعن إلا المطالبة بالتعويض.

**4- من حيث جهة الاختصاص فإن المشرع الجزائري قد أكل مهمة الفصل في منازعات التعويض للمحاكم الإدارية وذلك بوصفها جهة الولاية العامة للفصل في المنازعات الإدارية حتى ولو تعلقت دعوى التعويض بهيئة مركزية وهذا لأن القاضي الإداري يستند إلى عناصر المسؤولية المدنية للفصل في دعوى التعويض<sup>4</sup>.**

1 أحسن فريجة، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 154.

2 عادل بن عمران، دروس في المنازعات الإدارية (دراسة تحليلية نقدية ومقارنة)، مرجع سابق، ص 333.

3 إن اختصاص القضاء الإداري بقضايا التعويض عن القرارات الإدارية منوط بوجود قرار إداري بالمطلوب الفعلي لهذا الإصطلاح، فإن القاضي لا يحكم بالتعويض إلا إذا أثبت أن القرار

الإداري، الذي كان سببا في الضرر غير مشروع، بأن شابه وجه من أوجه عدم المشروعية المعروفة (عيب الشكل والإجراءات والسبب والمحل)، وهو ما يترتب عليه نتيجتين أولها أنه إذا

كان القرار سليما، فإن الإدارة لاتسأل عن الأضرار التي تترتب عليه، وثانيتها أنه إذا ثبت عدم مشروعية القرار تعين الحكم بالتعويض، أنظر في ذلك: سليمان الطماوي، القضاء

الإداري (قضاء التعويض)، ج 2، مرجع سابق، ص 392 393.

4 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية (الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية)، ج 2، مرجع سابق، ص 109.

5-ينجم عن كون دعوى التعويض دعوى إدارية؛ من حيث كونها من دعاوى الحقوق أن مدد التقادم تتساوى مع مدد تقادم الحقوق التي ترتبط وتتصل بدعوى التعويض أي تقادم دعوى التعويض عند تقادم الحق الذي تحميه دعوى التعويض هذه<sup>1</sup>.

### ثانيا: الشروط الشكلية لرفع دعوى التعويض

كسائر الدعاوى الإدارية الأخرى تنطبق على دعوى التعويض الشروط العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا بد من أن ترفع طبقا لمجموعه من الشكليات والشروط والإجراءات القضائية المقررة قانونا وهي:

#### 1- شرط الصفة والمصلحة وأهلية الطاعن

يجب أن يكون المدعي أهلا للتقاضي، وصاحب مصلحة قائمة أو محتملة، وهو الشرط الذي وضعه المشرع الجزائري لإمكانية رفع أي دعوى قضائية<sup>2</sup>، ولكن في دعوى التعويض فليكفي أن تكون مصلحة المدعي شخصية ومباشرة بل يجب أن يكون صاحب حق وأن يثبت حدوث اعتداء على هذا الحق من جانب الإدارة العامة<sup>3</sup>.

2- اشتراط أن ترفع الدعوى بواسطة عريضة مكتوبة وموقعة من محامي إضافة إلى ذلك فإنه يشترط أن يحدد المدعي في عرضيته مقدار التعويض الذي يطلبه سواء أكان نقديا أو عينيا وإلا ترفض الدعوى لعدم تحديد محلها<sup>4</sup>.

#### 3- ميعاد رفع دعوى التعويض:

يلتزم المدعي في أمام قضاء الإلغاء برفع الدعوى خلال أجل أربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر للقرار محل الطعن<sup>5</sup>، ولكن الأمر يختلف في دعاوى القضاء الكامل حيث للمدعي الحق في رفع دعوى التعويض خلال المدة المقررة لسقوط الحق والمدعى التي تحمي ذلك الحق تستمر كذلك المدة نفسها دون أن تسقط، ومدة تقادم الحقوق يحددها القانون وهي

1 أعمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة)، مرجع سابق، ص 260.

2 أنظر المادة 13 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

3 مما يعني أن دعوى التعويض ذات طبيعة خاصة بحيث أنها ليست متاحة لجميع الأفراد، كما هو الحال بالنسبة لدعوى الإلغاء التي عدت في فقه الحقوق الإدارية دعوى القانون

العام، أنظر في ذلك: حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 195.

4 لحسن بن الشيخ أثل ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 29.

5 أنظر المادة 829 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

ليست واحدة بالنسبة لجميع الحقوق<sup>1</sup>، والتي تجد أساسها في القانون المدني<sup>2</sup>، وهذا راجع لاعتبارات قانونية وقضائية وعملية، جعلت قواعد القانون المدني المتعلقة بتقادم الحقوق، والدعاوى أكثر صلاحية وحجة في تطبيقها على تقادم الحقوق ودعوى التعويض الإدارية، وتطبق هذه المواعيد كأصل عام مالم توجد نصوص قانونية خاصة، واستثنائية تقرر مواعيد خاصة لسقوط وتقادم الحقوق في دعوى التعويض الإدارية<sup>3</sup>.

### ثالثاً: أساس التعويض وتقديره

#### 1- أساس التعويض

يقصد بأساس التعويض السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق الإدارة العامة، ولا يمكن إلزام الإدارة بدفع التعويض إلا إذا صدر منها خطأ تسبب في إحداث ضرر على المتعاقد معها، لأن الإدارة المتعاقدة ملزمة باحترام العقد ككل؛ بمعنى أنها لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في التنفيذ لأن القاعدة العامة في القانون الإداري أن إلحاق الإدارة بالمتعاقدين معها أضرار يحملها المسؤولية، مما يبيح للمتضرر المطالبة بتعويض أمام القضاء الكامل<sup>4</sup>. والتعويض إما أن يكون عينياً أو تعويضاً بمقابل، والتعويض في القانون الإداري يشكل جزاءات عن المسؤولية الإدارية، وعليه فيكون دائماً نقدياً إذ يستبعد التعويض العيني إلا في حالة طلب المضرور فيأمر القاضي الإدارة بإعادة الحال إلى ما هو عليكما يؤدي التعويض النقدي إما في شكل مبلغ إجمالي يدفع إلى المتضرر دفعة واحدة، وإما في شكل إيراد يدفع على دفعات مقسماً والقاضي هو من يقرر طريقة أداء التعويض وفقاً للظروف وإن كان في العموم، فإنه يختار دفع التعويض في شكل مبلغ نقدي واحد<sup>5</sup>.

1 عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص 308.

2 تناول القانون المدني مدد التقادم في مختلف الحقوق وذلك في المواد من 309 إلى 311، ويطبق القاضي الإداري سقوط الحقوق المتعلقة بالعقود الإدارية على أساس نص المادة

309 والتي تنص على أنه يُتقادم بخمس (5) سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة والمرتببات والأجور، والمعاشات

غير أنه لا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سبب النية، ولا الربح الواجب أداءه على متصرف المال المشاع للمستحقين إلا بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة.

3 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص 151.

4 رحمة جلولي، مرجع سابق، ص 351.

5 تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه يُعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسماً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين

الحالتين إلزام المدين أن يقدر تأميناً.

## 2-تقدير التعويض

يلتزم القاضي عامة في حكمة بالتعويض بالمقدار الذي حدده القانون، ولكن في حالة عدم وجود نص قانوني أو بند في العقد يثبت ذلك فإن القاضي يحدد ذلك وفق سلطته التقديرية وذلك من خلال تحديد قيمة التعويض(أ)، وتاريخ احتساب التعويض(ب).

### أ-قيمة التعويض:

يقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل مركزه القانوني أسوأ مما كان قبل، ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة وتقدير ما إذا ترتب عن الإخلال بالالتزامات ضرر ليس بالأمر السهل خاصة في حالة عدم وجود نص قانوني يثبت ذلك<sup>1</sup>. يراعي في تقدير التعويض أنواع الأضرار وجسامتها، وليس أنواع الأخطاء وجسامتها<sup>2</sup>، وعليه فإن جسامه الأضرار يستقل بتقديرها قضاة الموضوع دون غيرهم.

إن التعويض المحكوم به يجب أن يكون شاملا وهو ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل هذا الشمول له معنيان المعنى الأول أنه يغطي الأضرار كلها التي لحقت بالمضرور أيا كان نوعها أي سواء كانت مادية أو معنوية<sup>3</sup>، أما المعنى الثاني أنه يجبر كامل الضرر أي تعويضه من جوانبه الإيجابية والسلبية كلها، وهذا يعني أن يجبر الضرر الذي لحق بطالب التعويض وأن يعوض الكسب الذي فاته بسبب الفعل الضار.

لا يمكن أن يتجاوز التعويض ما طلبهالمضرور وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن القاضي لا يجوز له أن يحكم إلا في حدود طلبات الخصوم، لا يكون التعويض إلا مقابل ضرر فعلي

ويقدر التعويض بالتقدي، على أنه يجوز القاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ماكانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

1 بن عبد المالك بوفلحة، "النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية(قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام: رقم 247/15)"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، 2017، ص 121.

2 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 420.

3 الضرر نوعان ضرر مادي وهو الذي يصيب الشخص في ماله، أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب الشخص في ذاته سواء أكانت الإصابة مادية كجرح جسماني أم كانت معنوية تتصب على الكرامة والإحساس، إن التعويض عن الضرر المادي أمر لاجدال فيه مادامت مسؤولية الإدارة قائمة، أما الضرر المعنوي فقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي التعويض عنه لفترة من الزمن إلى غاية صدور حكمه في قضية letisserand والتي حكم فيها بالتعويض للسيد letisserand عن موت ابنه وحفيده نتيجة دهسهم بسيارة حكومية، بالرغم من عدم إصابته هو بضرر مادي، أنظر في ذلك: ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 479.

فإذا أصاب الفعل لضرار شخصا ولكنه في نفس الوقت عاد عليه بفائدة معينة يجوز للقاضي أن ينقص ذلك من قيمة التعويض<sup>1</sup>.

إذا وقع الضرر نتيجة خطأ مشترك بين الإدارة والمتعاقد معها، فإن الإدارة لا تلتزم إلا بتعويض ما يخصها من هذا الضرر أي تتحمل فقط مسؤولية الضرر الذي سببته دون الجزء الآخر وإذا كان الضرر من جانب المتعاقد وحده فهي لا تتحمل أية مسؤولية<sup>2</sup>.

إذا كان يشترط في الضرر درجة جسامه غير عادية حتى يمكن تضمينكما هو الحال في المسؤولية على أساس المخاطر، فإن المضرور يتحمل جزءا من الضرر وهوما يعادل الضرر العادي ويعوض فقط عما زاد عن ذلك على اعتبار أن الجزء الأول يعد من المخاطر العادية التي يتعين على الأفراد أن يتحملوها في مثل هذه الحالات، ولا يعوضون إلا عما تجاوزها من أضرار أي عن الأضرار الجسيمة بشكل غير طبيعي<sup>3</sup>.

#### ب- تاريخ تقدير التعويض

إن الإشكال المطروح في مجال دعوى التعويض هو أساس احتساب تاريخ التعويض فهل يعوض المتعاقد المتضرر من يوم وقوع الضرر، أو من يوم الفصل في الدعوى؟ يقدر القاضي التعويض وقت الحكم به لا وقت وقوعه، فمن ناحية أولى يعتبر الحكم بالتعويض كاشفا عن الحق في التعويض وليس منشئا له وعلى ذلك فإن الحكم بالتعويض يأخذ في اعتباره جميع الأضرار التي أصابت المدعي منذ وقوع الفعل الضار حتى يوم الحكم بهلى أنه إذا حكم القاضي بالتعويض وصار حكمه في ذلك نهائيا، فلياجوز للمضرور أن يعود بعد فترة من الزمن للمطالبة بزيادته، وذلك إلا إذا احتفظ القاضي أو القانون بنص خاص للمضرور الحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض وذلك من خلال مدة معينة<sup>4</sup>.

1 جاد جابر نصار، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، مرجع سابق ص424.

2 بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص121.

3 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص156.

4 جاد جابر نصار، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، مرجع سابق ص426.

## الفرع الثاني: إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن أخطائها

تقوم مسؤولية الإدارة العقدية على أساس الخطافي حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية الواردة في العقد الإداري أو في النصوص القانونية المنظمة لها (أولا)، أو إساءة استعمالها لسلطاتها الاستثنائية (ثانيا)، مما يترتب على ذلك أضرار تمس بالمركز المالي للمتعاقد معها والتي تكون محلا لدعوى التعويض.

### أولا: إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بامتيازات استثنائية في مواجهة )، مما لدواعي المصلحة العامة والتي كفلها لها )، مما لا ينفي أن الإدارة أيضا ملزمة بتنفيذ التزاماته التعاقدية، والتي تعتبر حقوقا للمتعاقد معها لأن سلطة الإدارة المتعاقدة غير مطلقة في التحلل من التزاماتها التعاقدية وإنما محدودة لا تمارس إلا إذا توفرت شروط معينة، وقصد تحقيق أهداف محددة<sup>1</sup>، وعليه فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين يقيد طرفيه، ويصير واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عنه وعليه تلتزم الإدارة بموجب العقد الإداري المبرم بتنفيذ التزاماتها ويترتب على الإخلال بذلك مسؤوليتها في تعويض المتعاقد عما،

أصابه من ضرر ومجافاته من كسب، وتقوم المسؤولية العقدية للإدارة المتعاقدة على أساس الخطأ التعاقدية والذي ينعت بأنه "الإخلال الإرادي بالتزام تعاقدية سابق الوجود"<sup>2</sup>. وتتمثل التزامات الإدارة العامة في حقوق المتعاقد والتي تتمثل في عرقلة المتعاقد عن البدء في التنفيذ (1)، والتأخر في أداء المقابل المالي (2).

### 1- عرقلة المتعاقد عن البدء في التنفيذ

تعتبر العقود الإدارية عقود زمنية نظرا لما يلعبه عنصر الزمن من دور مهم فيها، نظرا لارتباطها بإنشاء وتسيير مرافق عامة وتنفيذ المتعاقد لالتزاماتها في الوقت المحددة في العقد يرتبط أصلا بمدى تنفيذ الإدارة لالتزاماتها لتمكينه من البدء في التنفيذ، وذلك لعدم حدوث أي

1 سليمان الطمازي، مرجع سابق، ص 566 وما بعدها.

2 S agissant de la responsabilité contractuelle, la faut ne peut être qu'une faute contractuelle, c'est à dire un manquement aux obligations

nées du contrat', P-M. Termeyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse

doctorat, paris, economica, 1989, p17.

عراقيل تمنع تنفيذ العقد الإداري ويمكن ذكر هذه العراقيل التي تواجه المتعاقد نتيجة إخلال الإدارة بالتزاماتها فيما يلي:

### 2- عدم تسليم الإدارة العامة لموقع التنفيذ:

إن أول إجراء تقوم به الإدارة للبدء في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، هو تسليم موقع التنفيذ للمتعاقد معهدا كما أن لا يكفي أن تنفذ الإدارة التزامها بمجرد تسليم موقع التنفيذ فقط بل لابد أن يخلو هذا الموقع من الموانع والعراقيل التي تحول دون قيام المتعاقد بالبدء في التنفيذ سواء أكانت تلك العراقيل قانونية ومادية<sup>1</sup>، كما يتعين على الإدارة التقيد بموعد تسليم موقع العمل للحيلولة دون تأثر العقد الإداري بذلك وهو ما يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري الفاصل في النزاع وذلك حسب مقتضيات الدعوى المعروضة أمامه والمدة المحددة الواجب التنفيذ خلالها من قبل المتعاقد كما يدخل في نطاق التزامات الإدارة عدم تقديم الأجهزة والمواد الضرورية للتنفيذ، وأن تقدم تصميمات خاطئة، كأن تقوم بإغفال تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها.

### 3- عدم تقديم الإدارة المتعاقدة التراخيص اللازمة:

يتوقف تنفيذ العقد الإداري في بعض الأحيان على موافقة جهات أخرى غير طرفي العقد، وذلك في صورة تراخيص كترخيص الحفر والهدم والبناء وغيرها وتقوم هذه التراخيص بتسهيل الإجراءات الإدارية لتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ ويكون ذلك بشكل كبير في العقود الإدارية الدولية والأصل في ذلك أن عبء الحصول على هذه التراخيص يقع على المتعاقد، ومع ذلك يتم الاتفاق في غالب الأحوال على التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتقديم العون لشركة المشروع للحصول على الموافقات اللازمة وللحد من مخاطر عدم الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة، ينص عادة في العقد الإداري الدولي على التزام السلطة المتعاقدة باستخراج ما يلزم من تراخيص على نفقتها والتعامل مع السلطات المحلية بما يتطلبه القانون الوطني كتقديم تراخيص لدخول الأجانب وإقامتهم ورخص استيراد المعدات واللوازم ورخص التشييد، ورسوم التسجيل والختم باستخدام الأراضي وامتلاكها فإذا أخلت السلطة المتعاقدة بواجباتها جاز الحكم عليها بالتعويض للمتعاقد معها<sup>2</sup>.

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

2 مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سابق، ص 78 79.

#### 4- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها

إذا تسببت الإدارة المتعاقدة بتصرفاتها في إطالة مدة التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول ترتب على ذلك تحقق مسؤوليتها العقدية، وتوجد عدة صور لتأخر الإدارة المتعاقدة وتوجد صور عديدة لتأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية، منها تأخر الإدارة في تقديم الرسومات، أو التصميمات الخاصة بالمشروع، وتأخرها في تسليم تصاريح البناء اللازمة للمقاول وتأخرها في إعطاء الأمر بالبدء في التنفيذ وتأخر الإدارة عن تسليم موقع العمل والأجهزة أو المواد اللازمة للمقاول أو تسليم العينات أو النماذج للمورد<sup>1</sup>، وهو ما يحمل مسؤولية الإدارة بتوفر ركن الخطأ وهو التسبب في تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزاماتها يمكنه من حق المطالبة بالتعويض.

#### 5التأخر في أداء المقابل المالي

يعتبر المقابل المالي أو الثمن هو المحور الأساسي في العقد الإداري ويحدد بمعرفة الطرفين في صلب العقد في أغلب الأحيان عند الإبرام وعليه فإن العقد هو المصدر الأساسي للإبرام وعليه أن تكون الإدارة على علم به ولا يجوز إبرام العقد الإداري من دونه<sup>2</sup>، وعليه فإن المتعاقد مع الإدارة يحق له المطالبة بالحصول على مبالغ مالية في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسببت فيها الإدارة المتعاقدة نتيجة إخلالها بالتزاماتها المالية<sup>3</sup>.

لا يقع على الإدارة المتعاقدة فقط الالتزام بأداء المقابل المالي، بل يجب عليها أيضا أدائه في المواعيد المحددة مسبقا وعدم التأخر في ذلك لأن الأثر المترتب على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية، يشكل خطأ يؤدي إلى قيام مسؤوليتها العقدية والتي تمكن المتعاقد معها من رفع دعوى تعويض<sup>4</sup>.

1 زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، مرجع سابق، ص 257.

2 مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 214.

3 منصور محمد أحمد منصور، مرجع سابق، ص 231.

4 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 98.

بمجرد انتهاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، يستحق الحصول على تعويضاته المالية وذلك لأن العقود الإدارية هي من عقود المعاوضة وليست من عقود التبرع ويختلف المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد باختلاف محل العقود التي قام بتنفيذها<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي والذي يعتبر التزاما على عاتق الإدارة، فإنها كذلك ملزمة برد التأمين النهائي؛ وهو مبلغ من المال أو خطاب صادر من أحد البنوك بقيمة التأمين ويضمن التأمين ملاءمة المتعاقد عند مواجهة مسؤولياته المادية عند التنفيذ<sup>2</sup>، وتلتزم الإدارة برد التأمين شريطة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو عند انتهاء مدة الضمان حسب الاتفاق، فإذا أخلت الإدارة في تنفيذ التزامها في هذا الصدد سواء في عدم رد التأمين أو التماطل في رده للمتعاقد دون مبرر للمتعاقد دون ذلك يشكل خطأ يثير مسؤوليتها العقد ويوجب رفع دعوى تعويض ولكن إذا أثبتت الإدارة المتعاقدة الأسباب التي دفعتها لعدم التزامها بالمقابل المالي فلا يحق للمتعاقد تحصي تعويضكنا تدفع الإدارة مبلغ الكفالة لعدم تحرير المحضر النهائي للاستلام ورفع جميع التحفظات الواردة في محضر الاستلام المؤقت<sup>3</sup>، أو عد ارجاع مبلغ الضمان لعدم تسلمها للأشغال بشكل نهائي<sup>4</sup>، أو عدم تسديدها لمبلغ الأشغال لعدم تقديم المتعاقد لدليل يثبت أداء الخدمة وذلك حتى يتسنى للهيئات المختصة أعمال الرقابة القانونية للتحقق من أن الدفع المطلوب يوافق النفقة الملتمزم بها<sup>5</sup>، ومن جهة أخرى هناك مبررات لا يأخذ بها القاضي الإداري لإعفاء الإدارة من دفع التعويض كأن تتذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن التسديد، لأنه لا يمكن للهيئات

1 حيث فصل المرسوم الرئاسي 247/15 كل ما يتعلق بالمقابل المالي وبين كيفية الدفع، مما يبين أهمية المقابل المالي في مواصلة المتعاقد لتنفيذ العقد على أكمل وجه وفي المهلة المحددة، كما وضح المرسوم أن المتعاقد مع الإدارة له الحق في تلقي تسبيقات مالية قبل تنفيذ العقد وذلك للتخفيف من حدة القاعدة العامة المطبقة في حسابات الدولة والتي تفيد بأن الدفع لا يكون إلا بعد أداء الخدمة، وعليه فلا يستحق المتعاقد ثمنا إلا بعد تنفيذ التزاماته، أنظر في ذلك المواد من 108 إلى 1012 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنكور سالفًا.

2 يوسف بن مصعب بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 332.

3 أنظر قرار مجلس الدولة رقم 749، الصادر في 2007/04/15، قضية (ع.ب) (ز.س) ضد كتابة الدولة للتكوين المهني، نقلا عن أنظر قرار مجلس الدولة رقم 4546، الصادر في

2002/04/22، قضية (م.خ) ضد / ر.م.ش.ب.ب.ك) (ب.ك)، نقلا عن سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج6، مرجع سابق، ص 2178

4 أنظر قرار مجلس الدولة رقم 4546، الصادر في 2002/04/22، نفس المرجع، ص 2178 وما بعدها.

5 أنظر قرار مجلس الدولة رقم 13401، الصادر في 2004/01/20، قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة النجارة العامة - طولقة -، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 74

وما بعدها.

الإدارية الالتزام بأشغال دون أن تتوفر على الاعتمادات المالية الكافية<sup>1</sup>، أو أن تحتج بإمضاء ملحق الصفة العمومية خارج الأجلال التعاقدية لتبرير عدم دفع مقابل الأشغال المنجزة<sup>2</sup>.

### ثانيا: إساءة استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية

من المقرر أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة قائمة من أجل حسن سير المرافق العامة لا بد لها من أن تتمتع بالكثير من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها باعتبار أنها تمثل المصلحة العامة، بينما يمثل المتعاقد مصلحته الخاصة وهذا يقتضي ترجيح الأولى على الثانية<sup>3</sup>، إن سلطات الإدارة المتعاقدة واسعة، إلا أننا سنركز على سلطاتها التي تبدو جلية خلال تنفيذ العقد الإداري مع تسليمنا لوجود مجال واسع لتطبيق امتياز التنفيذ المباشر في مرحلة الإبرام وعلى الرغم من استثنائية هذه السلطات إلا أنه يجب أن تؤدي إساءة استعمالها إلى ترتيب مسؤوليتها العقدية وتكون محلا لدعوى التعويض وللحيلولة دون ذلك لا بد أن تمارس امتيازاتها على نحو مشروع وتحقق المسؤولية العقدية للإدارة في حالة ممارستها غير المشروعة لسلطة الرقابة والتوجيه (1)، ممارستها غير المشروعة لسلطة التعديل (2)، ممارستها غير المشروعة لسلطة توقيع الجزاءات (3)، ممارستها غير المشروعة لسلطة إنهاء العقد الإداري (4)

### 1- استعمال الإدارة غير المشروع لسلطة الرقابة والإشراف

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرفق العام بما يكفل تحقيق المصلحة لجمهور المنتفعين، ومن متطلبات هذه الخاصية تمتع الإدارة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ عقودها والتي تتناول سلطة الإشراف التي تعني حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقا لما تضمنه العقد من شروط وغالبا ما تتم الرقابة في هذا

1 أنظر قرار مجلس الدولة رقم 20289، الصادر في 2005/07/12، في قضية (ر.م.ش.ب) لبلدية ثنية الأحد ضد (ز.د.) بنفس المرجع، ص 86 وما بعدها.

2 أنظر قرار مجلس الدولة رقم 078206، الصادر في 2013/11/21، قضية (م.ش.و) (غ) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية سيدي بلعباس، قرار متاح على الموقع الرسمي

لمجلس الدولة على الرابط التالي: [https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/078206\\_21\\_0.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/078206_21_0.pdf)

3 مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 86.

النطاق في صورة أعمال مادية كدخول أماكن استغلال المرفق ما تتم على الوثائق وقد تتم في صورة أعمال قانونية، كتعليمات أو أوامر تنفيذية، أو إنذارات توجهها للمتعاقد<sup>1</sup>. كما أنها تتمتع بسلطة الرقابة والتي تتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجه الأوامر واختار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد<sup>2</sup>، وتعد سلطة الرقابة والإشراف من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وذلك لاعتبارها من دواعي المصلحة العامة وليشترع الاتفاق على التنازل عليها<sup>3</sup>، وذلك لأن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها تتركز على أساس قانوني مزدوج؛ يتكون من فكرة تحقيق المصلحة العامة كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة التي تعتبر سلطة الرقابة تطبيقاً لها. تعتبر عقود الأشغال العامة المجال الخصب لممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والإشراف والتي تعد من العناصر المعتادة فيها وذلك لاعتبار الإدارة المتعاقدة صاحبة العمل، والمدير الفعلي للمشروع ويعتبر المقاول جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة المتعاقدة<sup>4</sup>.

إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست مطلقة حيث لا يتعين ألا يشوب استعمال الإدارة أي تعسفهما يجعل الإدارة تحيد عن هدف المصلحة العامة وخرقها لمبدأ حسن النية بوصفه مبدأ يحكم تصرفات الإدارة والمتعاقد معها وهوما يعنيتخاذ قرارات الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية في إطار مبدأ المشروعية<sup>5</sup>، إضافة إلى ذلك لا بد أن تتماهى الإدارة في سلطة الرقابة والإشراف إلى غاية التعديل في شروط العقد ففي عقد الأشغال العامة إذا اتخذت الإدارة العامة إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل المواد المتفق عليها في اتخاذ المواد التي يجب عليها استعمالها في حالة عدم النص في العقد على تلك المواد فإنها تباشر سلطة الرقابة بالمعنى الواسع ولكنها في حالة الأمر باستعمال مواد مختلفة عوض المواد المتفق عليها فإنها تتجاوز سلطة الرقابة إلى سلطة التعديل في شروط العقد

1 محمد عبد العال السناري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 165.

2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج 2، ص 200.

3 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 73.

4 رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة

ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 1975، ص 122123.

5 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 243.

الإداري<sup>1</sup>، وهو ما يترتب عنه أحقية المفاوض في رفع دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس خطأ الإدارة العامة من خلال إساءتها في استعمالها لسلطتها في الرقابة والإشراف.

## 2- إساءة الإدارة في استعمالها لسلطة التعديل

على خلاف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعروف في عقود القانون الخافقان الإدارة المتعاقدة يحق لها تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة الطرف الأخر خاصة فيما يتعلق بمدى الالتزامات المطلوبة زيادة أو نقصا في حدود معينة، وهذا مقرر للإدارة العامة دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد كما لا يجوز للإدارة التنازل عنه وإن كان مدى سلطة التعديل يختلف كذلك من عقد إلى آخر.

وإذا كانت سلطة الإدارة العامة في تعديل عقودها من النظام العام فإن ذلك لا يعفيها من التقيد بضوابط ممارسة هذه السلطة وإلا جاز للمتعاقد معها طلب الفسخ القضائي وهي:

- أن تكون مدفوعة في التعديل بمقتضيات المصلحة العامة، وأن تستند في إجراءه إلى تغيير الظروف التي أدخلت في الاعتبار عند إبرام العقد وذلك لكيلا تتخلص من التزاماتها بلا مبرر<sup>2</sup>.

- عدم اتصال التعديل بموضوع العقد، فليجوز للإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات خارجة عن مضمون العقد، إذلا يمكنها أن تفرض عليه تعديلات تضعه أمام عقد جديد فالتعديل يجب أن يكون في حدود الأعمال الأصلية المتفق عليها، وبالتالي لا يحق لها تبديل العقد الأصلي لأنه ليس من العدل أن تتجاوز الإدارة إمكانات المتعاقد وتقديرته بالشكل الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، وتغيير جوهره وطبيعته<sup>3</sup>.

- يجب ألا يشمل التعديل الممارس من قبل الإدارة على العقد الإداري يجب ألا يتناول حقوق المتعاقد المالية في العقد، وأن يقتصر على الشروط الأخرى المتعلقة بتسيير المرفق العام<sup>4</sup>.

يظهر من خلال التطرق للضوابط السابق أن سلطة الإدارة العامة في تعديل العقد الإداري، لا تخرج عن مبدأ المشروعية لأن تجاوز هذا الأخير يشكل خطأ يترتب عنه تحل الإدارة

1رياض عبد عيسى الزهيري، مرجع سابق، ص171.

2ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص594.

3Andre delaubadere, traite theorique et pratique des contrat administratif, op, p387.

4ورغم حق الإدارة في تعديل العقد الإداري، يبطل المتعاقد معها في مركز تعاقدى يختلف عن المركز التنظيمي والذي يعدل بإجراء عام، وليس بإجراء فردي كما هو الشأن في العقد

الإداري، كما أن التعديل بإجراء عام لا يستتبع حقا في التعويض لأحد، أنظر ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص594.

للمسؤولية العقدية مما يفسح المجال للمتعاقد في المطالبة أمام القضاء لاقتضاء التعويضات الملائمة لحجم الضرر الذي لحقه، جراء استعمال الإدارة لسلطة التعديل بطريقة غير مشروعة<sup>1</sup>.

### 3- إساءة الإدارة لاستعمال سلطة توقيع الجزاءات

تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت تقصي المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أو تأخر فيأو خالف الشروط في تنفيذ ذلك كأن يحل يره في التنفيذ دون موافقة الإدارة المتعاقدة وتعتبر هذه السلطة من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها حيث تمارسها بإصدار قرار انفرادي دون اللجوء للقضاء<sup>2</sup>. قد تمارس الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات على نحو غير مشروع من ناحيتين مختلفتين هما عدم المشروعية الشكلية (أ)، وعدم المشروعية الموضوعية (ب).

#### أ- عدم المشروعية الشكلية

تتمثل عدم المشروعية الشكلية في إغفال الإدارة لشرط جوهرية؛ وهو إعدار المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل توقيعه عليه ولتستطيع الإدارة التحلل من هذا الالتزام كما سبق ووضحنا ذلك عند تطرقنا لحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن قرار الفسخ الجزائي.

#### ب- عدم المشروعية الموضوعية

يقصد بعدم مراعاة مشروعية الجزاء من الناحية الموضوعية ألا يكون للجزاء الموقع من قبل الإدارة على المتعاقد معها ما يسوغه من الناحية الموضوعية ويترتب على ذلك انعقاد مسؤولية الإدارة ويكون للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض وتتعدد صور المسؤولية التعاقدية للإدارة عن عدم مشروعية الجزاء من الناحية الموضوعية بتعدد الجزاءات التي تملك الإدارة المتعاقدة الحق في توقيعها على المتعاقد معها ويمكن إيجازها في:

### ب 1- استخدام الإدارة غير المشروع للجزاءات المالية

1 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 423.

2 مازن ليلو الشروط الإستثنائية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 90.

الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ مالية التي يحق للإدارة المطالبة بها في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته، سواء امتنع عن التنفيذ بالكامل أو تأخر في التنفيذ أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل، والجزاءات المالية على نوعين: غرامات إخلال وتسمى أيضا غرامات تأخير لأنها غالبا ما توقع بمناسبة التأخير في تنفيذ ما توقع مبالغ منصوص عليها في العقد كما تتضمن هذه الجزاءات مصادرة التأمين وهي استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد<sup>1</sup>. ولكن إذا ما وقعت الإدارة هذه الجزاءات بدون مبرور ودون الالتزام بالشروط القانونية لتوقيعها مما يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ كصدور القرار الجزائي من سلطة إدارية غير مختصة أو تكون غرامة التأخير غير مشروعة لتجاوزها الحدود القصوى المحددة مختصة أو في حالة كون المتعاقد معذورا في تأخره عن تنفيذ الالتزام<sup>2</sup>.

## ب 2- استخدام الإدارة غير المشروع لجزاءاتها الضاغطة

تستهدف وسائل الضغط؛ إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله وذلك لأن ما يهم الإدارة هو ضمان حسن سير المرفق العام فتعتبر بذلك جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد الإداري ولكنها تخول غير المتعاقد مهمة تنفيذه وعلى مسؤوليته وتتخذ وسائل الضغط في العقود الإدارية ثلاث صور وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة لعقد مسؤوليته وتتخذ الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد<sup>3</sup>، وعليه سنتناول مسؤولية الإدارة العقد إثر عدم مشروعية كل جزاء على حدى:

## ب 3- عدم مشروعية جزاء وضع المشروع تحت الحراسة:

1 تختلف مصادرة التأمين عن الغرامة المالية من ناحية أن الأولى يجوز الجمع بينها وبين التعويض لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة، مالم ينص العقد صراحة على خلاف ذلك، وذلك لأن مبلغ التأمين لا يمثل الحد الأقصى، وإنما هو الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة الإخلال بشروط العقد، لذلك فليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين، ويستند التعويض التكميلي الذي قد يستحق للإدارة فوق مبلغ التأمين إلى القواعد العامة في المسؤولية التعاقدية، أنظر: ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 592.

2 يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 340.

3 محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 525 526.

لصحة جزاء وضع المرفق محل الامتياز تحت الحراسة لابد من ثبوت وقوع خطأ جسيم من صاحب الامتياز يعرض المرفق العام للخطر وذلك عند التوقف الجزئي أو الكلي بسبب عجز صاحب الامتياز أو عدم قدرته أو تهاونه، كما يجب أن يكون الهدف من الجزاء الضاغط ضمان سير المرفق العام<sup>1</sup>، وتأسيساً على ذلك فإن مخالفة الإدارة لهذين الشرطين يحملها مسؤولية عقدية على أساس الخطأ مما يترتب حق المتعاقد في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر وذلك أمام قاضي الإلغاء فضلاً عن التعويض، حيث يملك القاضي إلغاء قرار فرض الحراسة إما لعدم مشروعيته أو لفقدانه للمبرر القانوني<sup>2</sup>.

#### ب 4- عدم مشروعية حلول الإدارة محل المتعاقد:

إذا قصر المقاول في تنفيذ عقد الأشغال العامة جاز للإدارة المتعاقدة إحلال نفسها محله في تنفيذ محل العقد أو أن تعهد ذلك إلى مقاول آخر لمواصلة تنفيذه فهي تقوم بسحب العمل من المقاول الأصلي المقصر وتنفذه على حسابه ومسئوليته ومرد ذلك في أن عقود الأشغال العامة تحتاج إلى دقة في التنفيذ، وأن الجزاءات بصفة عامة في العقود الإدارية لا تستهدف تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتبغى تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد<sup>3</sup>، يعتبر جزاء سحب العمل من المتعاقد جزاءات شديداً، بذلك يقتضي أن يكون خطأ المتعاقد جسيماً، وعليه فإذا كان الخطأ بسيطاً فيعتبر قرار السحب غير مشروع، كما لو أن الخطأ قد وقع بسبب أجنبي، كما لو حصل خلل في البناء بسبب الخطأ في الخرائط المقدمة للمقاول أو تأخر تنفيذ الأعمال بسبب إيقاف العمل من طرف الإدارة<sup>4</sup>، وبما أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية، ما شرع إلا لحماية سير المرافق العامة وبالتالي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه، ومن ثم فإنه ليس شرطاً من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني كما أنه شأنه شأن الجزاءات الأخرى تملك الإدارة توقيعه دون حاجة اللجوء إلى المدني كما لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام ويلتزم المتعاقد المقصر بفروق

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 126.

2 يوسف بن مصبح الشكلي، مرجع سابق، ص 341.

3 رياض عبد عيسى الزهيري، مرجع سابق، ص 338 339.

4 نفس المرجع، ص 343.

الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه، ناهيك عن المصروفات الإدارية وقيمة التأخير<sup>1</sup>.

#### ب 5- عدم مشروعية الشراء على حساب المتعاقد المقصر

تستعمل وسيلة الضغط هذه في مواجهة المتعاقدين المقصرين في عقود التوريد وذلك في حالة عدم قيام المتعاقد بالتوريد في الميعاد المحدد أو خلال المهلة الإضافية وعليه فإنه الإدارة تقوم بالشراء على حساب المتعاقد المتأخر كجزاء عن تأخره في التوريد عن المدة المحددة في العقد فإذا رأت الإدارة ألا ضرر من ذلك، تمنحه مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها كما أن لها أن تلجأ إلى الطريقة الثانية وهي الشراء على حسابه في حالة ما إذا قدرت أن صالح المرفق العام يكمن في هذا الإجراء<sup>2</sup>. ولصحة هذا الجزاء لا بد من ثبوت تأخر المورد عن تزويد الإدارة بالسلعة محل عقد التوريد في المهلة المحددة في العقد أو خلال المهلة الإضافية في حالة ما أمهله إياها الإدارة المتعاقدة وفي حالة مخالفة هذين الشرطين يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض.

#### 4- عدم مشروعية سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

تقوم الإدارة العامة من خلال ممارستها لهذه السلطة بقطع الرابطة القانونية بينها وبين المتعاقد قبل الانتهاء من تنفيذ العقد وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة مع اشتراط أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيماً ويطلق على سلطة إنهاء العقد الإداري في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد مصطلح الفسخ (أ)، أما في عقد الامتياز فيطلق عليه مصطلح إسقاط الالتزام (ب)

#### أ- فسخ العقد الإداري

يستهدف فسخ العقد الإداري إطفاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة العامة والمتعاقد معها ويفترض هنا أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيماً يخول للإدارة استعمال هذه السلطة، ولكن هذه السلطة تمارس تحت رقابة القاضي الإداري والذي يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة العامة إلى إنهاء العقد ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير مشروع، إذا قام الإنهاء على أساس غير مشروع، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.

1محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص446.

2محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص538.

على إثر ذلك تترتب المسؤولية الإدارية لارتكابه خطأ في أعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري والملاحظ في هذه الحالة أن القاضي الإداري يتحقق من مدى جدية السبب الذي استهدفته الإدارة مع البحث عن مدى ملاءمة جزاء إنهاء العقد الإداري كعقوبة للخطأ المنسوب إلى المتعاقد مع تقرير التعويض المناسب<sup>1</sup>، كما أن رقابة قاضي العقد لجزاء الفسخ أو الإنهاء الجزائي لا تستتبع بالضرورة إلغاء قرار الإنهاء وإلغاء الجزاء مهما شابه من عيوب، وإنما تقتصر وظيفته على التحري من أحقية المتعاقد في التعويض وهو ما ذهب إليه قاضي مجلس الدولة في قراره الصادر في 2014/02/06، والذي أقر فيه بأن سلطة القاضي الإداري في الرقابة على سلطة الإدارة في إنهاء العقد أو في إلغاء قرار المنح المؤقت لا تتعدى سلطة التعويض عن الضرر حيث لا يمكن للقاضي إلزام الإدارة على التراجع عن قرار إلغاء المنح حيث برر ذلك بقوله "...إن القرارات التي تصدرها في هذا الشأن تجسد فقط نيتها في الفسخ ويبقى للمتعاقد مع الإدارة فقط طلب التعويض في الحالة التي يرى فيها أن الفسخ لم يكن على مسؤوليته... كما أن الإلغاء فسخ يعني إجبار الإدارة على التعاقد مع متعاقد معين وهذا يمس بمبدأ السلطة التقديرية للإدارة في اختيار المتعاملين معها...."<sup>2</sup>

#### ب- إسقاط الالتزام

الإسقاط هو مصطلح أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام بطريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الالتزام إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لارتكابه أخطاء جسيمة اقترفها أثناء تسييره للمرفق العام بحيث يصبح من المستحيل الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق على نحو جيد<sup>3</sup>. تملك الإدارة العامة حق إسقاط الالتزام حتى في غياب نص في عقد الامتياز يخولها ذلك لكن الأمر الشائع هو تضمين عقود الامتياز نصوصا ينظم ذلك نظرا لأهمية عقود الامتياز في تسيير المرافق العامة ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي واعتبرها من الأخطاء التي تجيز

1 محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 246 وما بعدها.

2 قرار مجلس الدولة رقم 078670، الصادر في 2014/02/06، قضية والي ولاية بومرداس ضد الشركة

ذ.م.م "فودميد"، قرار منشور في الموقع الرسمي لمجلس الدولة متاح على الرابط التالي:

[https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/arretn078670-a.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arretn078670-a.pdf)

3 صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 481.

اتخاذ قرار الإسقاط التنازل عن الالتزام دون علم الإدارة وموافقته والإهمال المستمر بالالتزامات التعاقدية أو ترك المرفق دون التعاقدية أو عن أداء المستحقات المالية للإدارة مانحة التعاقدية أو الإخلال بالالتزام جوهري في العقد<sup>1</sup>، وقد أيد مجلس الدولة في قراره الصادر في 2005/02/01، قرار الوالي بإسقاط الالتزام عن صاحب امتياز مستثمرة فلاحية حيث جاء فيه "...وبعد نهاية المهلة القانونية وبناءات على أمر رئيس الغرفة الإدارية المؤرخ في 1999/06/28 تم تحرير محضر معاينة من طرف المحضر القضائي ..أين عاين أن الأرض مهملة وليشغلها أي أحد. لهذه الأسباب يقضي مجلس الدولة تأييد القرار المستأنف"<sup>2</sup>

يتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تعذر الملتزم، ولو لم ينص العقد على ذلك إلا إذا نص العقد على إعفائها من ذلك أو أعلن الملتزم عن عدم قدرته على تسيير المرفق أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية ويختلف قرار الإسقاط عن الجزاءات الأخرى في أنه يصدر عن قاضي العقد لأن الإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق مالم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه الشروط العامة أو الخاصة الملحقة بالعقد فإذا ثبت عدم مشروعية قرار الإسقاط جاز للمتعاقد رفع دعوى أمام القضاء والذي تتسع سلطاته مقارنة بسلطته في الفصل في قرار الجزاءات الأخرى حيث تتجاوز سلطته المشروعية والملاءمة إلى الإلغاء والتعويض<sup>3</sup>.

من خلال التطرق لسلطة الإدارة العامة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اتضح لنا أنها تشترك جميعا في نقاط محددة وهي الغاية من توقيع الجزاء وهو تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار وأن يكون سبب إقرار الجزاء مشروعاً وملائماً للعقوبة المسلطة على المتعاقد المخطئ كما أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرّد الإدارة من الحق في أن تستبدله بغيره وأن النص على بعض الجزاءات على سبيل التحديد لا

<sup>1</sup> Jeze(G), les principes généraux du droit administratif, paris, 1936, tome 11, p929.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة رقم 014397 الصادر في 2005/02/04، قضية (ع.ب) ضد ولاية وهران ومن معها، قرار منشور في موقع مجلس الدولة متاح على الرابط

[https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/arrete014397-a.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/arrete014397-a.pdf)، التالي

<sup>3</sup> يجدر الإشارة هنا على أن مجلس الدولة المصري يخالف مجلس الدولة الفرنسي في كون صاحب الإختصاص في إصدار قرار إسقاط الإلتزام في حالة عدم النص على ذلك في

العقد، حيث تتمتع الإدارة العامة في القانون المصري بسلطة إسقاط الإلتزام دون الحاجة إلى نص في العقد أو شرط في دفا تر الشروط، بناء على ماتملكه من سلطة التنفيذ المباشر، أنظر

في ذلك: صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص481.

يمنع من توقيع باقي الجزاءات، كما أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات من المخالفات الأخرى كما أنه إذا توقع العقد خطأ معيناً ووضع له جزاءاً متحددًا فيجب على الإدارة أن تتقيد بهذا الجزاء دون غيره<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مسؤولية الإدارة العقدية دون خطأ

تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تلحق بالمتعاقد معها على الرغم من عدم إقرارها لأي خطأ وذلك بأعمال أحكام المسؤولية الإدارية للإدارة دون خطأ والتي تتجلى في تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب (فرع أول)، أو إلى حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري (فرع ثاني).

### الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب

يستحق المتعاقد في حالات متعددة لحقه في اقتضاء التعويضات وأهم هذه الحالات هي ارتكاب الإدارة العامة لأخطاء تلحق بالمتعاقد أضرار لا تجبر إلا بالتعويض كما يمكنه اقتضاء هذه التعويضات دون خطأ من الإدارة، كأن يقوم المتعاقد بأداء خدمات غير مطلوبة أصلاً في العقد حتى ولو لم تطلبها الإدارة منه على أن تثبت فائدة هذه الأعمال للإدارة وذلك على أساس تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب<sup>2</sup>، وذلك لأن ترك الحرية للمتعاقد لتنفيذ هذه الأعمال دون ضوابط شكل فوضى تمس سرالمرافق العامة والأهداف المسطرة من طرف الإدارة لتحقق المصلحة العامة كما لزم الإدارة بتحمل تعويضات عن أعمال لم تعد عليها بغرض مطلقاً<sup>3</sup>، ويكون التعويض على أساس هذه النظرية إما عن الأعمال الإضافية العقدية (أولاً)، أو التعويض عن الأعمال غير المطابقة (ثانياً).

### أولاً: التعويض عن الأعمال الإضافية

يدخل في مفهوم الأعمال الإضافية كل الأعمال التي لم يرد ذكرها في العقد الإداري ولكنها مرتبطة بالعمل الأصلي فبالتالي هي ليست غريبة عن محل العقد ويتعين أن تكون من ذات نوع الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد، قابلة للتنفيذ أو المحاسبة

1 محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 503 504.

2 طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ص 541.

3 نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 531.

المالية مع المتعاقد الأصلي ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الإضافية المماثلة مسألة التعويض عن هذه الأعمال أي إشكال في حالة الطلب الكتابي أو الشفوي ولكن يختلف الأمر في حالة قيام المتعامل المتعاقد بهذه الأعمال بدون توجيه أي طلب يتضمن ذلك فهذا يلزم اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض عما أنفقه في سبيل هذه الأعمال شريطة أن تكون هذه الأعمال لازمة، وضرورية للعمل الأصلي فتصبح بذلك المصلحة المتعاقدة ملزمة بتسديدها حتى وإن لم يتلقى المتعاقد أمرا بالتنفيذ كما يقوم القاضي بتعيين خبير للانتقال إلى الأشغال المنجزة لدراسة الوثائق التي بحوزة الأطراف لتحديد مقابل مآتم إنجازها<sup>1</sup>، وذلك لأنها تساعد على حسن تنفيذ العقد الإداري<sup>2</sup>.

واستقر القضاء على التعويض على أساس هذه الفكرة بغض النظر عن صحة العقد أو وجوده واعتبر أن هذه الوضعية نتيجة لعلاقات شبه تعاقدية أدخلتها جميع التشريعات المقارنة تحت عنوان شبه العقود<sup>3</sup>، وقد قضى مجلس الدولة بحق المتعاقد في التعويض على الأعمال الإضافية التي تتوافق مع العقد حيث جاء في القرار أنه "...كما أنه تم إدخال أشغال إضافية في هذا الملحق وأن البلدية اكتفت بالقول بأن هذه الطلبات غير مؤسسة ولم تناقش القيمة المطالب بها وهي قيمة تحيين الأسعار والأشغال التكميلية يتعين إلغاء الحكم والحكم للمستأنفة بالقيمة المطالب بها لأنها تتوافق مع ماورد في الكشف الكمي والتقدير الممضي عليه من طرف البلدية،...."<sup>4</sup>

#### ثانيا: التعويض عن الأعمال غير المطابقة

يدخل في نطاق الأعمال غير المطابقة في العقود الإدارية كل الأعمال التي قام بها المتعاقد مع الإدارة ولا تتوافق مع الشروط المتفق عليها في العقد، سواء من ناحية المواصفات الفنية أم الكمية وإذا كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بأداء مقابل الأعمال التي تخرج عن إطار

1 أنظر في ذلك قرار مجلس الدولة رقم 22350، الصادر في 2005/07/12، قضية (ق.ع.ب) ضد/مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة، عدد 07، 2005، ص 92 وما بعدها.

2 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 87.

3 وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين نص على نظرية الإثراء بلا سبب في القانون المدني تحديدا في الفصل الرابع المعنون ب "شبه العقود"، وقد جاء في المادة 141 على أنه كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابها بقدر ما استعاد من العمل أو الشيء".

4 قرار مجلس الدولة رقم 077702، المؤرخ في 2013/12/05، قضية مقاوله أشغال الري والتجهيز ضد/ بلدية مرسط، قرار متاح على الموقع الرسمي لمجلس الدولة على الرابط التالي:

[https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp\\_file/077702\\_05.pdf](https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/jurisp_file/077702_05.pdf)

ما اتفق عليه بالعقد إلا أنه استثناءات يمكن للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض على أساس ما قام به من أعمال غير مطابقة بشرطين: أولهما أن تكون تلك الأعمال قد استفادت منها الإدارة المتعاقدة وثانيهما عدم اعتراضها على أداء المتعاقد لتلك الأعمال. ولا يمكن أن يستند التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها في تلك الحالة إلى المسؤولية العقدية حيث لا ينسب إلى الإدارة خطأ عقديها بالإضافة إلى أن الأعمال التي نفذت تقع خارج إطار العقد لمخالفتها لمضمون شروط العقد وإنما يطلب المتعاقد التعويض عن هذه الأعمال على أساس نظرية الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التعويض حفاظاً على التوازن المالي للعقد الإداري

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري وقائع من شأنها أن تزيد الأعباء المالية على عاتق المتعاقد مما يؤثر على مركزه المالي وهو مأمّن شأنه أن يحدث اختلالاً في توازنه المالي ونظراً للعلاقة القوية بين التزامات المتعاقد وحقوقه، والذي لم يقبل الالتزام بالعقد إلا من أجل الحصول على أرباح معينة وانطلاقاً من ذلك يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقته متوازنة مع التزاماته وأعبائه ونفقاته بصدد تنفيذ العقد الإداري وهو ما يلزم الإدارة المتعاقدة إلى إعادة التوازن للعقد الإداري بما يحقق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد، وبين المزايا التي ينتفع بها لأنه ليس من العدل أن يتحمل المتعاقد الأعباء المالية لوحدها كما أن حماية المصالح المالية للمتعاقد مع الإدارة من شأنها تحقيق المصلحة العامة، ومصصلحة المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد فالمصلحة العامة تتحقق بتشجيع الخواص على التعاقد مع الإدارة وذلك بضمان الحقوق المالية لهم، حثو وإن طرأت أحداث خارجية من شأنها زيادة الأعباء المالية عليهم مما ساعد على الاستمرار في تنفيذ العقد<sup>2</sup>، وهو ما يمكنه من اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض على أساس نظرية اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، وقد أقر هذه النظرية أول مرة مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11-03-1910 في قضية العربات<sup>3</sup>، وعليه يمكن التعويض على أساس هذه النظرية في

<sup>1</sup> يوسف بن مصبح بن سعيد الشكلي، مرجع سابق، ص 346.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، مرجع سابق، ص 361.

M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELOVE), B(GENEVOIS). les grands arrêts de la jurisprudence administrative, tome1, 20eme 3 edition, Dalloz, 2015, page113.

حال تضرر المتعاقد من أحد نظرياته وهي إما تضرره من نظرية فعل الأمير (أولاً)، أو نظرية الظروف الطارئة (ثانياً)، أو نظرية الوقائع المادية غير المتوقعة (ثالثاً).

### أولاً: نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير تلك الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تلحق أضراراً بالمركز المالي للمتعاقد معها<sup>1</sup>، كما يعرف فعل الأمير بأنه تلك الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي، دون إشراك الطرف الأخر أو من خلال نصوص تنظيمية عامة، والتي ينجم عنها إثقال كاهل المتعاقد بالتزامات مالية لم تكن موجودة عند التعاقد. مما يستدعي تعويضه مادياً لاستكمال تنفيذ العقد الإداري، بما يضمن استقرار تقديم خدمات للمنتفعين<sup>2</sup>، هنا يجب التنويه أن الإجراءات والقرارات التي تصدرها الإدارة وينتج عنها تطبيق نظرية فعل الأمير كأساس للتعويض، لا بد أن تكون مشروعة، وذلك لأن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة دون خطأ<sup>3</sup>، هذا وتتجلى أفعال الأمير في صورة القيام الإدارة بإجراء تعديل العقد، وسلطة فرض الجزاء على المتعاقد معها، وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وذلك حتى لو لم تكن موضحة في العقد الإداري عند الإبرام. وتحظى بأهمية كبيرة في نظرية العقود الإدارية والتي تكون الإدارة فيها صاحبة سلطات تمكنها من تضمين تعاقدها لشروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، والتي تؤدي غالباً إلى زيادة الأعباء المالية والتي ينتج عنها المساس بالمركز المالي للمتعاقد<sup>4</sup>.

### 1- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

حتى يتمكن المتعاقد المتضرر من الإجراءات والقرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، أن يطالب بالتعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير لا بد من توفر عدة شروط:

1 ماهر علوي، "أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، ملحق، 2018، ص 147.

2 صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية (التقليدية والمتطورة وأشكالها منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الاسكندرية، 2017، ص 509.

3 وذلك لأن أعمال الإدارة غير المشروعة، تخرج من نطاق العمل بهذه النظرية ولكن يكون التعويض فيها طبقاً لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتصيرية. والتي تطرقنا إليها بالتفصيل في المطلب السابق.

4 أروى اسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مجلة دراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 23، الأردن، ص

أن يكون الإجراء أو القرار صادر عن المصلحة المتعاقدة، ففي السابق كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية على جميع الإجراءات والأعمال التي تصدر عن السلطات العامة في الدولة وهو بذلك ضيق من مجال تطبيقه<sup>1</sup>.

-- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع ولم يكن في الحسبان أثناء إبرام العقد، ولا ينصب عنصر المفاجأة على الإجراء فقط، بل حتى على النتائج والأضرار المترتبة عنه ومدى حدتها والتي تكون أكثر تأثيراً من الإجراء ذاته<sup>2</sup>.

- ألا يكون الإجراء الصادر من الإدارة متوقفاً عند إبرام العقد، وأن يلحق ضرراً حقيقياً وفعالاً ليس مجرد أضرار احتمالية ولكن لا تشترط درجة معينة من الجسامة في الضرر فقد يكون هذا الضرر جسيمياً أو يسيراً وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد إنقاص في الربح الذي عول عليه المهم أن يحدث اختلال في التوازن المالي للعقد<sup>3</sup>.

-- إذا ترتب عن إجراء الإدارة زيادة باهضة في تكاليف تنفيذ العقد وأدت إلى قلب اقتصاديات هذا الأخير رأساً على عقب، وجعلت من تنفيذ العقد أمراً صعباً ومكلفاً مثال الزيادة في أسعار البناء بالنسبة للمقاول<sup>4</sup>. وعليه فإن الزيادة الطفيفة والمعقولة في الأسعار، تجعل ذلك الإجراء بمنأى عن تطبيق نظرية فعل الأمير عليه.

## 2- آثار أعمال نظرية فعل الأمير:

يترتب عن تطبيق نظرية فعل الأمير عدة نتائج قانونية وأهمها حق للمتعاقد مع الإدارة في التعويض بهدف إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك على أساس مسؤولية الإدارة دون خطأ وعليه يحكم القاضي للمتضرر بالتعويض الكامل عن الضرر الذي لحق به جراء الإجراءات والقرارات الصادرة من الإدارة ويتضمن التعويض الكامل عن الأضرار التي يحدثها فعل الأمير عنصرين:

أ- ما يلحق المتعاقد من خسارة:

1 علي محمد علي المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، قانون عام، جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 08.

2 نفس المرجع، ص 11.

3 محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 628.

4 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.

يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة؛ وهي مراعاة للخسائر الفعلية التي لحقت بالمتعاقد، حيث ترد إليه مصروفاته وتختلف هذه النفقات باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه<sup>1</sup>.

#### ب- ما فاته من كسب:

كما يتضمن التعويض ما فات المتعاقد من كسب وعنى ذلك أن القاضي يحكم للمتعاقد بتعويضات عن المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يمول عليها لو لم تتدخل الإدارة بإجراء أوقرا ما مما سبب اختلالا في التوازن المالي للعقد.

تكون عملية تحديد التعويض عن تطبيق نظرية فعل الأمير إما بموجب اتفاق بين الإدارة والمتعاقد حيث يتم الاتفاق على ذلك مسبقا عند إبرام العقد وتضمن ذلك في شروط العقد الإداري وعليه يتحدد التعويض الناتج عن تدخل الإدارة في صورة فعل الأمير محددًا الإداري وعليه بأي حال من الأحوال تضمن الإدارة لشرط يعفيها من التعويض ولكن في حالة عدم الاتفاق المسبق على مقدار التعويض تعهد مهمة تقدير التعويض للقاضي الإداري والذي يضع بعين الاعتبار ما فات المتعاقد من كسب وملاحقه من خسارة<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى حق المتعاقد المتضرر في التعويض الكامل، هو تحرر المتعاقد من مواصلة التنفيذ إذا أدى فعل الأمير إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري مثلا استحالة التنفيذ نظرا لصدور قرار يمنع الاستيراد.

كما يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد الإداري إذا كان أدى فعل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بما يفوق إمكانياتكما يحق له طلب إعفائه من التنفيذ أو طلب تخفيض العقوبات المفروضة عليه خاصة غرامة التأخير وهذا لصعوبة التنفيذ. وبهذا يستطيع المتعاقد المتضرر أن يجمع بين النتائج المذكورة إذا توفرت مبرراتها القانونية، ولكن الحق الأهم هو

1إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور اليد العاملة، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل

العقد خسائر متنوعة، في هذه الحالة، يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، انظر في ذلك: مفتاح

خليفة عبد الحميد، محمد محمد حمد الشلحاني، مرجع سابق، ص 253.

2أروى اسماعيل مسلم، مرجع سابق، ص 371 372.

الحصول على تعويض كامل<sup>1</sup>، وذلك استنادا إلى اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة فعل الإدارة وذلك لأن الإدارة مسؤولة عن أفعالها الضارة حتى ولو لم تكن خاطئة<sup>2</sup>.

### ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

نكون أمام نظرية الظروف الطارئة؛ إذا اختلت اقتصاديات العقد الإداري اختلالا كبيرا جراء ظرف عارض لم يكن في الحسبان مما يخلف خسائر بليغة ترهق كاهل المتعاقد وتصبح عليه تنفيذ العقد ما يستدعي تدخل الإدارة لتعويض خسارة المتعاقد للتمكن من إتمام التزاماته اتجاهها<sup>3</sup>، ونشأت هذه النظرية بدورها على يد مجلس الدولة الفرنسي وبرز نجمها في القضية الشهيرة المتعلقة بالإنارة لمدينة بوردو والصادر في 30 مارس 1916<sup>4</sup>؛ والذي تتمحور أحداثها حول زيادة في أسعار الفحم بشكل مفاجئ مما ادعى بالملتزم رفع قضية أما مجلس الدولة والذي أقر له بتعويض بناءات على نظرية الظروف الطارئة ومنذ ذلك التاريخ ذاع صيتها في القضاء المقارن، وكان الهدف من هذه النظرية هو مساعدة الإدارة المتعاقدة للمتعاقد للوفاء بالتزاماته، التي تأثرت بهذا الظرف الطارئ لتمكينه من تنفيذ عقده وضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني وأجاز للقاضي بعد مراعاة مصلحة الاطراف أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول<sup>5</sup>، وبنفس المعنى استشف المشرع من العقود المدنية الخاصة بمميزات نظرية الظروف الطارئة وطبقها على العقود عقده وضمن ما يفهم من المادة 98 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها "....يمكن قبول تحيين الاسعار....إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك....". كما يتوجب التتويه بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية لم يشرع فقط في المرسوم

1 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 182.

2 محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 616.

3 حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الزايفين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، سنة 2018، ص 156.

4 M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS). les grands arrêts de la jurisprudence administrative, tome1, 20eme edition, op;p170.

5 حيث تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه "....غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

247/15، بل سبقه في كل تنظيمات الصفقات العمومية السابقة وكمثال على هذه النظرية تعتبر الزيادة في الضرائب أو الرسوم التي تفرض على السلع الأساسية التي يعتمد عليها المتعاقد في اتمام أشغاله، وتكون مفاجئة وباهضة تعتبر ظرفاً طارئاً بالمفهوم المذكور سابقاً.

### 1- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

على غرار نظرية فعل الأمير فإن نظرية الظروف الطارئة بدورها تستوجب توفر شروط معينة لتطبيقها وإن اختلفت في نقاط بسيطة فإن أغلب الفقه متفق عليها، نوجزها كمايلي:

- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان صادراً من جانب المتعاقد مع الإدارة اعتبر ذلك تقصيراً وإهمالاً<sup>1</sup>، وإذا كان صادراً عن الإدارة هنا لا تطبق نظرية الظروف الطارئة بل تطبق نظرية فعل الأمير على النحو الموضح سابقاً.

-- أن يؤثر هذا الظرف على التوازن المالي للعقد الإداري، بحث يتبين أثره الكبير في إرهاق وزيادة العبء على الذمة المالية للمتعاقد مع الإدارة وهذا الاختلال لا يتأتى إلا إذا كان العقد الإداري في مرحلة التنفيذ وقبل انقضاء العقد وبما أن هناك أشغال تستدعي مدد طويلة لإتمامها، فإن مجلس الدولة الفرنسي انتبه إلى هذه النقطة وأقر بأن الظرف الاستثنائي إذا حدث بعد انتهاء المدة المتفق عليها للتنفيذ، هما لا يعوض المتعاقد إذا ثبت أن التأخير ناجم عن خطأ وتماطل منه<sup>2</sup>.

- أن يكون الظرف الطارئ مفاجئاً وغير متوقعا أي لم يكن وارداً عند إبرام العقد قد يدخل في خلق هذا الظرف الطارئ أسباب سياسية كإعلان حرب أو للأسباب الاقتصادية تتعلق بالأسعار مثلاً كالتالي ذكرها المشرع عي سبيل المثال في المادة 98 من المرسوم 247/15، ويجدر التنويه إلى أن المشرع لم يذكر هذا المثال على سبيل الحصر بل لأن أكثر شيء يؤثر في عدم تنفيذ العقود بصفة عامة هي العامل شيء إلى هذه الأسباب قد تتدخل العوامل الطبيعية الكارثية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

- إذا أثر هذا الظرف الطارئ في العقد إلى درجة قلب اقتصاديات رأساً على عقب وهو ما يجاوز السعر الحد ومعناه أن قلة الأرباح أو زوالها لا يؤديان إلى إعمال نظرية الظروف

1 فاطمة بن سعيد خميس، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة السلطان قابوس، 2012، ص 115.

2 شاشوا نور الدين، أثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، ص 44.

الطارئة ويجب أن ينتج على الظرف الطارئ خسارة للمتعاقد تفوق توقعاته مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات<sup>1</sup>.

## 2- أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

بعد التأكد من توفر جميع الشروط التي تطبق على أساسها نظرية الظروف الطارئة، ينتج مع ذلك التطبيق عدة أثار تتعلق بحقوق والتزامات كلا من الإدارة والمتعاقد معها نوردها كالتالي:

- بالرغم من التحقق من وجود ظرف طارئ مؤثر على الذمة المالية للمتعاقد فإن ذلك لا يعفيه من تحمل التزاماته المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، وعدم استكمال ما تبقى من مسؤولياته اتجاه التعاقد تعرضه للمسؤولية العقدية. لأن مجلس الدول الفرنسي عندما أنشأ هذه النظرية بموجب قراره في قضية غاز بوردو، أكد فيه أن وضع حل لمشكلة الصعوبات الاستثنائية أمر مهم مع الأخذ في الحسبان المصلحة العامة كما أن توقفه عن التنفيذ يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن يحصل عليها<sup>2</sup>.

-- تقتضي تطبيق نظرية عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً تشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وحتى ما فته من مكسب إلا أن الأمر مختلف في تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تبنى على أساس مشاركة الإدارة المتعاقد معها في تحمل الخسائر الناتجة عن هذا الظرف فلا تتحمل إلا تعويضاً جزئياً عن الخسارة الجسيمة غير العادية التعويض الذي تفرضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يغطي مجرد نقص الربح ولا يغطي كافة الأضرار المترتبة على الخسارة الاستثنائية، وإنما جزء منها<sup>3</sup>، فقط يتف عليه الأطراف إما ودياً حسب المادة 153 من المرسوم 247/15، أو يقدره القاضي الإداري.

- يتميز التعويض الذي تتحمله الإدارة مع المتعاقد معها بطبيعة مؤقتة وذلك حسب الظرف الطارئ لكن إذا استمر عذا الأخير هنا يمكن إجراء عقد جديد أو أن يفسخ القاضي العقد القائم بناء على طلب الأطراف.

1 إن قلب اقتصاديات العقد فكرة نسبية تختلف حسب كل حالة، وتختلف من متعاقد إلى آخر بحسب إمكانياته المالية التي تساعدها على مواجهة هذه الظروف، فالمعيار الذي يؤخذ به في هذه الحالة هو معيار شخصي يتعلق بالمتعاقد ومدى تأثره بالظرف الطارئ، أنظر في ذلك: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 94، علي محمد علي المولى، مرجع سابق، ص 186 و 187.

2 محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 689.

3 محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 408.

بالنسبة لسلطات القاضي الإداري في فعلى خلاف القاضي المدني فلا يستطيع تعديل العقد الإداري وبالتالي فإنه لا يمكنه رد الالتزام المرهق، فيقتصر دوره على التعويض الجزئي دون التعديل في نصوص العقد وذلك راجع إلى عدم إمكانية تدخل القاضي في عمل الإدارة كما يرجع إلى دواعي المصلحة العامة والتي ابتعتها الإدارة من وراء إبرام العقد الإداري وعليه فإن الإدارة أدرى بتلك الشروط ولأيمكن للقاضي تعديلها.

ويجدر التنويه هنا إلى أنه لا يكون مشروعاً على الإدارة عند الإبرام أن تجبر المتعاقد بإدراج بند في العقد المرهق، فيقتصر من الالتزام بالتعويض الجزئي وتخفيف الخسائر الناتجة عن الظرف الطارئ وهذا ما يعرف بتوزيع المخاطر وتقرير التعويض. وإن اشترطت الإدارة على عدم تحملها للتعويضات الناتجة عن تطبيق نظريات اختلال التوازن المالي للعقد الإدارية بصفة عامة، يعد إجراءات غير مشروع<sup>1</sup>.

### ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تتضمن هذه النظرية صعوبات مادية تتميز بخصائص استثنائية من شأنها أن تجعل من تنفيذ العقد الإداري مرهقاً وغالباً ما تكون هذه الصعوبات ناتجة عن كوارث طبيعية أو فعل الغير الأمر الذي يجعل من الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً لجبر ما أصابه من تلك الصعوبات المادية من أضرار<sup>2</sup>. أنشأ مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في منتصف القرن التاسع عشر عند تفسيره الواسع للمادة 28 من دفتر الشروط والمواصفات العامة للطرق والكباري التي كانت تقرر تعويض المتعاقد في حالة الهلاك أو التلف أو الخسائر الناتجة عن القوة القاهرة. حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي وافر التعويض للمتعاقد إذا أثرت القوة القاهرة على التجهيزات والمعدات التي يستعملها المقاول. وتعدت ذلك إلى النفقات التي يتكبدها المقاول جراء ذلك ويظهر هذا التفسير الموسع إلى أنه يمكن للمقاول أن يتلقى تعويضاً إذا صادف صعوبة مادية تتعلق بالثمن شرط ألا يكون للإدارة يد في إحداث هذه الصعوبة<sup>3</sup>.

1 أوصاف الزبون، مدى مشروعية نص العقد الإداري على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي (دراسة مقارنة)، ص 473.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 219.

3 عبد المولى، مرجع سابق، ص 20.

## 1- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

للإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وترتيب ألا يتعين أن يتعارض مع تنفيذ المتعاقد لالتزاماته صعوبة مادية غير متوقعة وتتخلص هذه الشروط في كل من:

- أن تتسم هذه الصعوبات المادية بطابع الاستثنائية غير متوقعة تكون ذات طابع مادي بحت مثلا زيادة منسوب المياه أو عدم القدرة على الحفر، أو كل ماله علاقة بالأبارصوالأنهار كما جاء في تقدير القاضي الإداري لمجلس الدولة الجزائري في أحد قراراته. الصادرة في 10 جانفي 2004 والذي جاء علاقة التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها غالب الأحيان بالأرض أو الانهار....<sup>1</sup>(24). قرار مجلس الدولة رقم 10605، الفهرس 34، الغرفة الدولة رقم في 10 جانفي 2004، قضية (بوزيان)/ضد (بلدية كرزاز قرار غير منشور).

- عدم التوقع لهذه الصعوبات المادية؛ ومؤدى ذلك هي أن تتوفر على عنصر المفاجأة في عدة مظاهر فيمكن أن يجد المتعاقد نفسه إزاء موقف لم يتوقعه، بالرغم من دراسته الأولية للمشروع وبالرغم مما حصن نفسه من تدابير واحتياطات لأنه بصدد المساهمة بطريقة غير مباشرة في تسيير مرفق عام وهنا يبرز دور القاضي الإداري الذي يبحث عما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الإداري قد اتخذ التدابير والدراسات اللازمة لمواجهة هذه الصعوبات<sup>2</sup>. أخيرا يجب أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ويقدر هذا الاختلال بقيمة المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهة هذه الصعوبات.

## 2- آثار تطبيق نظرية الوقائع المادية غير المتوقعة

على غرار النظريات السابقة فإن توفر شرطها وتطبيقها يمكن للطرف المتعاقد المتضرر منها المطالبة بالتعويض، في هذه الحالة يقوم المحكم بالبحث في هذه الشروط ليتمكن من ذلك وتتمثل هذه الآثار في:

1 قرار مجلس الدولة رقم 10605، الفهرس 34، الغرفة الأولى، صادر في 10 جانفي 2004، قضية (م. بوزيان)/ضد (بلدية كرزاز)، قرار غير منشور.

2 محمد بن سعيد بن حمد العمري، مرجع سابق، ص 411.

-يلتزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزامه بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري بالرغم من التكاليف الباهظة التي سيضطر لدفعها والاضرار التي لحقت به. ذلك لان الصعوبات المادية غير المتوقعة تجعل من تنفيذ العقد الاداري صعبا ولكن ليس مستحيلا لان استحالة التنفيذ مربوطة بتنفيذ نظرية القوة القاهرة<sup>1</sup>.

-من ناحية اخرى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تمكن للمتضرر الحصول على تعويض كامل لمساعدته عن الاضرار التي لحقت بهولك بدفع مبلغ اضافي له عوضا عن ارتفاع الاسعار المتفق عليها. ودون اشتراط اي قدر من الجسامة في الضرر على عكس نظرية الظروف الطارئة والتي تفرض على الادارة التعويض الجزئي عن الاضرار<sup>2</sup>.

---

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ص 228.

2 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

### خلاصة الباب الأول

تخضع منازعات العقود الإدارية لرقابة قاضي الإلغاء، والذي يفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، التي تصدرها الإدارة المتعاقدة اما في مرحلة الابرام او في مرحلة التمثيل.

اذا شاب القرار المنفصل أي عيب من عيوب المشروعية، فان القاضي يقوم بالغائه، ولاكن دون المساس بمشروعية العقد الإداري ككل ; أي ان الغاء ابطال المنفصل لا يؤدي الى ابطال العقد الإداري.

يمارس قاضي الموضوع صلاحيات أوسع من قاضي الإلغاء، بأن سلطته تتعدى الى إبطال العقد الإداري ويقدير التعويض المناسب للمتعاقد والذي يعمل سلطته التقديرية في ذلك. بالإضافة الى ماسبق لاحظنا ان المشرع الجزائري قد إستحدث لأول مرة بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية اللجوء الى القاضي الاستعجالي في منازعات العقود الإدارية والذي يعمل على حماية قواعد العلانية والمنافسة.

## الباب الثاني

### الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية

يعتبر القضاء في اي دولة السلطة المختصة والمخولة للفصل في المنازعات بكل انواعها سواء كانت ادارية او عادية كما ان الدول اهتمت بأنظمتها القضائية وقامت بتطويرها مزدوجة او موحدة وذلك كإدخال تقنيات حديثة سعيا منها للحصول على عدالة ناجعة في اسرع وقت وبأقل التكاليف<sup>1</sup>، لكن هذه المحاولات لم تأتي بثمارها ولم توفق الاجهزة القضائية في تسهيل اجراءات التقاضي على الخصوم وذلك لعدة اعتبارات وعوائق؛ اهمها تراكم القضايا امام المحاكم الادارية ومجالس الدولة، اضافة الى ذلك عدم فاعلية الاحكام في مواجهة المعنيين بها وذلك بالنظر الى تساهل الادارة وعدم تنفيذها للأحكام الصادرة ضدها مما يجرد هذه الاحكام القضائية من قيمتها ويؤدي ذلك الى فقدان ثقة الافراد في القضاء لان العدالة لا تتحقق فقط على حصول المتقاضي على حقه، بل تستدعي ان يحصل ذلك في اسرع وقت ممكن<sup>2</sup>، وبأقل تكلفة وجهد ومازدا من تعقيد مهمة القضاء هو التطور وازدياد وتنوع العلاقات القانونية التعاقدية الداخلية والدولية والتي ادت بدورها الى ازدياد القضايا المطروحة في ساحات القضاء والتي ارهقت كاهل العاملين بها مما ادى ذلك لتبني الافراد فكرة ان خير وسيلة لإعاقه حق طرحه على ساحة القضاء<sup>3</sup>، وانطلاقا من ذلك ظهرت الحاجة الملحة الى البحث على طرق غير قضائية تقوم بنفس دور القضاء وهو توفير العدالة التي تحوز على رضى جميع الافراد ولذلك ظهرت الى الساحة وسائل جديدة لفض المنازعات الادارية بصفة عامة والعقود الادارية بصفة خاصة والتي تضمن الامن القانوني من وتحافظ على حقوق الاطراف المتعاقدة في جميع مراحل العقد الإداري<sup>4</sup>، وتتجلى اهمية الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية؛ بكونها تتميز بالبساطة في الاجراءات والسرعة في الفصل مقارنة بالقضاء الاداري وهو ما جعلها ضمانا تحمي وتجذب الاستثمارات

1نائلة محمد إبراهيم بسيوني، الطرق غير القضائية لحل النزاعات الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2020، ص 09.

2سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون خاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013/2014، ص 01.

3نائلة محمد إبراهيم بسيوني، مرجع سابق، ص 10.

4-فهد بن محمد بن عبد الرحمان، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التعاقدية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 135، 2017، صفحة 354

الاجنبية حيث انها تقوم بحل مشكلة عدم الالتزام بالاتفاق او العقد المبرم بين اطرافه<sup>1</sup>. ان التطور الذي عرفته التجارة الدولية و الحاجة الملحة للدول النامية ومنها الجزائر لاستقطاب الاستثمارات الاجنبية تستلزم العمل على تكريس الطرق البديلة لفض المنازعات التي تثيرها تعاقدات الدولة الدولية منها خاصة، وتقنينها ، وذلك لتتوافق مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي انضمت لها الدولة ، وهو ماتم تطبيقه على ارض الواقع بصدر القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، والذي كرس المشرع الجزائري من خلاله اللجوء الى الطرق البديلة لفض منازعات العقود الادارية والتي تتجلى في الصلح والوساطة ،وامكانية اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية والاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر<sup>2</sup>.

بالرغم من الاهمية التي تكتسبها الوسائل البديلة لفض المنازعات ،الا انها قد تثير نوعا من الإشكالات حين تطبيقها على العقود الإدارية وذلك طبعا للخصوصية التي تتميز بها عقود الإدارة التي تنشأ من خلال علاقات غير متساوية بين أطرافها، وذلك لما تحوزه الإدارة من امتيازات السلطة العامة في مواجهة الافراد حين التعاقد معها<sup>3</sup>، بالتالي فإن اللجوء إلى وسائل أخرى غير القضاء للفصل في منازعات العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها ،قد يسلب من الإدارة جزءا من امتيازاتها خاصة إذا كان الطرف الاخر أجنبيا وتم استبعاد العمل بأحكام القانون الاداري وتم الخضوع لأحكام القانون الخاص وذلكما يؤثر سلبا على الخصائص الذاتية للعقد الإداري، فضلا عن ذلك فإن نظرية العقود الإدارية هي نظرية قضائية المنشأ مما يعني أن القضاء الإداري هو الأحق والأجدر بالفصل فيما ينجم عنها من خلافات ونزاعات. وعليه يتعين علينا البحث في مدى فعالية تطبيق الطرق البديلة لحل المنازعات التي كرسها المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية وإدارية، على العقود الإدارية والوقوف على مدى تأثير خصوصية العقد الإدارية بهذه الطرق وذلك من خلال تطبيق

1 رقيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الدول النامية، لطروحة دكتوراه، قانون اعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010-2011، ص200.

2 ذلك في الباب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لتسوية النزاعات الادارية موزعة من المادة 990 إلى المادة 1005، كما أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في

10-03-2009 والذي يتضمن تعيين الوسطاء القضائيين.

3-مازن ليلو راضي، مشروعية اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، 2017، ص514.

الطرق الودية التي تطبق تحت إشراف القاضي الإداري وهي الصلح والوساطة (الفصل الأول)، ثم نتناول دراسة فعالية التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية (الفصل ثاني).

## الفصل الأول

### دور الصلح والوساطة في تسوية منازعات العقود الإدارية

يقصد بهذه الوسائل أية وسيلة يتم بواسطتها اللجوء الى طرف ثالث محايد بدل اعتماد طريق الدعوى القضائية وذلك من أجل تقريب وجهات النظر وابداء اراء استشارية التي تتيح الوصول للحل. تطبق هذه الوسائل البديلة على المنازعات التجارية والمدنية والادارية، والتي تعرض على الجهة التي ستقوم بفض النزاعات بموجب اتفاق مسبق بين أطراف النزاع او بطلب من القاضي<sup>1</sup>.

إن اللجوء لطرق بديلة غير قضائية لفض منازعات العقود، تنامي وظهر في الولايات المتحدة الامريكية في السبعينات، ثم انتقل بعد ذلك إلى أوروبا وتعلق في بادئ الامر بمنازعات الاستثمار ثم تطور وانتقل الى منازعات العقود الإدارية بموجب اتفاق متروك في النهاية لموافقة المشرع ابتداءً ولاتفاق الاطراف المتنازعين بعد ذلك فمثلا المشرع الفرنسي يسمح باللجوء إلى الوسائل البديلة وهي الوساطة والصلح والتحكيم<sup>2</sup>، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري كما وضحنا سابقا. وذلك ليواكب التطور الحاصل في العالم خاصة بإجراء الصلح القضائي الذي يعتبر سلوكا محببا لدى الافراد، وكذلك استحداث وظيفة الوسيط القضائي والذي يضمن للخصوم اجراءات بسيطة تضمن السرعة والحياد للوصول إلى حل مرضي ونزيه وعادل.

انطلاقا مما سبق سنقوم بالبحث في الاحكام العامة للصلح في منازعات العقود الادارية وبيان اركانه وشروطه ومدى تأثيره على النزاع (مبحث أول)، ثم نتطرق إلى دراسة الاحكام العامة التي تضبط اللجوء إلى الوساطة في العقود الادارية وفقا لما جاء به قانون الاجراءات المدنية والادارية (مبحث ثاني)

1فهد بن محمد بن عبد الرحمان،مرجع سابق،ص355.

2-مازن ليلو راضي،مشروعية اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الادارية،مرجع سابق،ص526.

## المبحث الأول

### الاحكام العامة للمصلح القضائي

نظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد التي تحكم المصلح كطريقة بديلة لحل النزاعات الإدارية بصفة عامة، وأحاط اللجوء إلى هذه الوسيلة البديلة بنصوص تشريعية تضبط كل ما يتعلق بالمصلح من صور وإجراءاته وكذلك الجهات المخولة للقيام بذلك، وذلك بموجب المواد من 970973 و974 تواليا وجاءت هذه المواد لتوضيح الغموض السائد أثناء العمل بقانون الاجراءات المدنية الملغى فحدد بذلك إجراءات المصلح، كما جعلت من محضر المصلح سنداً تنفيذياً في مواجهة الاطراف المعنية به<sup>1</sup>، كما أن الطابع الإجرائي للمصلح الوارد في قانون الاجراءات المدنية والادارية يختلف عن المصلح الوارد في نصوص القانون المدني، انطلاقاً من ذلك سنوضح ماهية المصلح القضائي (مطلب أول)، ثم نستعرض إجراء المصلح واثاره (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: ماهية المصلح القضائي

يعد المصلح من بين أقدم الوسائل البديلة التي تبنتها القوانين المدنية فقد ورد النص عليها في القانون المدني الفرنسي منذ عهد نابليون وبعدها انتقل هذا التقنين الفرنسي من القانون المدني إلى أروقة القضاء الإداري خلال ذلك أصبح أشخاص القانون العام يمتلكون القدرة على إجراء المصلح وحل المنازعات التي تثور بين الدولة والخواص بشكل ودي<sup>2</sup>، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر ذلك قبل صدور قانون الاجراءات المدنية والادارية وذلك في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية الملغى ولكن قانون 09/08، تصدى لهذا الموضوع بشكل جديد ولعل اهم الاصلاحات الجديدة هي أن المصلح أصبح جوازي وليس وجوبياً كالسابق.

كما انه يجب التنويه على أنه هناك نوعان من المصلح، إما عن طريق رفع تظلم أمام الجهة مصدرة القرار أو إلى السلطة الرئاسية الأعلى، وذلك لإعادة النظر في القرار الصادر من الإدارة، ومحاولة في ذلك إيجاد موقع اتفاق لاحداث المصلح بين الاطراف وهو مايسمى

1-ريارة عبد الحميدشرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة الثانية، دار البغادي للنشر، 2009، ص517.

2-مهند مختار نوح، "المصلح كوسيلة لحل المنازعات الادارية(الذاتية المستقلة)"، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، قطر، 2017، ص03.

بالصلح غير القضائي، وهو الصلح الذي يجري خارج أروقة القضاء الإداري<sup>1</sup>، والنوع الآخر الذي يهمننا في مجال دراستنا وهو الصلح المرتبط بدعوى قضائية والذي نص عليه المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية، والذي ستقوم ببيان مفهومه والإختلاف بينه وبين الطرق المشابهة له (فرع أول)، ثم نتطرق إلى بين أركانه (فرع ثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الصلح

تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الأساسي للصلح فهو ثابت بالكتاب والسنة كطريق بديل لحل المنازعات في كل المجالات، وبالنسبة للقوانين فإن القانون المدني هو الذي وضع اللبنة الأولى لأحكام الصلح. ثم انتقل تطبيقه إلى المنازعات الادارية ولتوضيح تعريفه لابد من التطرق الى التعريف اللغوي والاصطلاحي والتشريعي.

### أولا تعريف الصلح

#### 1: تعريف الصلح لغة

الصلح بالضم وسكون اللام اسم من المصالحة، خلافاً للمخاصمة، يقال في اللغة صلح الشيء وصلح صلوحاً من الصلاح وهو خلاف الفساد<sup>2</sup>، ويعني ذلك إنهاء الخصومة ويقال صالحه وصافاه وصالحه على الشيء أي اتفق معه على المسالمة<sup>3</sup>.

#### 2- تعريف الصلح اصطلاحاً:

عرف الصلح بأنه طريقة ودية لحل وتسوية خلاف قائم بين طرفين فأكثر فالصلح هو إجراء أقره المشرع الجزائري باعتباره إجراء موضوعي يمارس في المواد المدنية والادارية على حد سواء<sup>4</sup>. كما هو اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما على ادعائه مقابل تنازل الآخر عن ادعائه ومقابل اداء شيء ما<sup>5</sup>. كما اعتبر انه اجراء لتنظيم

1- بربارة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 518.

2- عواد حسين ياسين العبيدي، "الصلح في الدعوى المدنية إجراءاته القضائية واثاره العامة دراسة تحليلية وتطبيقية"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص 109.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، المجلد الثاني،

4- مانع سلمى، "الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الادارية"، مجلة العلوم الانسانية، جامعة بسكرة، العدد 26، 2012، ص 26.

5- سالمى نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون مدني، جامعة وهران، 2015/2016، ص 40

وما بعدها.

النزاع القائم بين طرفين وان المصلح يقترح عليهم نظام معين والاطراف احرار في تطبيقه ام لا.

### 3تعريف الصلح تشريعا

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى نظام الصلح في عدة قوانين أهمها قانون الجمارك وتشريعات العمو قانون الإجراءات المدنية الملغى وتحديدا في المادة 2/169 حيث جاء فيها «يقوم القاضي بإجراء الصلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر».

وجاء ذكره كذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 990 منه "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة".

كما عرفه القانون المدني في نص المادة 459 على أنه «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاع محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه.

### ثانيا: الفرق بين الصلح والطرق البديلة المشابهة له

قد يقع هناك خلط بين مواصفات الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الادارية وبين الصلح والتوفيق والوساطة لذلك يجدر بنا توضيح مزايا كل طريقة على حدي لإزالة الغموض وعدم الخلط والتداخل بين كل وسيلة منها.

### 1-الصلح والتوفيق

نظام التوفيق هو إجراء لتسوية المنازعات بطريقة ودية ،ويتجلى في تكليف شخص أو هيئة مكونة من أعضاء متخصصة في البحث سبل إيجاد حل ودي للنزاع المعروف يتوج بتقرير يحتوي على مقترحات وذلك وفقا للاتفاق بين أطراف النزاع<sup>1</sup>، كما يقوم على تدخل شخص أ وجهة مختصة في نزاع قائم من أجل التقريب بين الاطراف المتنازعة وتسوية النزاع الحاصل بينهم على طريق حل يرضي الاطراف<sup>2</sup>، كما ذهب البعض إلى القول بأنه نظام بمقتضاه تقوم هيئة أو فرد يتم اختيارها من قبل الاطراف المتنازعة بمهمه دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الاطراف والتعرف على مختلف وجهات النظر وتقريبها والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينها واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل

1- نائلة محمد إبراهيم البسيوني، مرجع سابق، ص175.

2- زياد رائد القرة غولي، أثر التحكيم على النظام القانوني لنظرية العقد الاداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعه الجديدة، 2019، ص80.

بينهم والتي تعرض عليهم للأخذ بها أو رفضها<sup>1</sup>. من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن التوفيق لا يعد وسيلة قضائية مثل الصلح القضائي لفض المنازعات وإنما هو وسيلة ودية يصنع فيها القرار من خلال أطراف النزاع وبالتالي لا يخضع لرقابة القضاء.

والتوفيق هو طريق اختياري نابع عن إرادة الأطراف ومن ثم لا يمكن فرض هذا النوع من طرق فض المنازعات على الأطراف ويمكن اختيار التوفيق قبل أو بعد نشوء النزاع، ويتولى الموفق التقريب بين وجهات النظر المتباينة، وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق من أجل الوصول إلى نقطة التقاء تتحقق من خلالها رغباتهم وإيجاد الحل المناسب لحل النزاع<sup>2</sup>. ويظهر التوفيق وفقا لأثارة العملية بنوعين التوفيق الخاص والذي يخضع في تحديد إجراءاته وتسييره لإرادة الأطراف وهو المعنى الذي أقرته لجنه الامم التحد لقانون التجارة الدولي والتوفيق المؤسسي والذي ينظم قواعد الداخلية لغرفة التجارة الدولية، والتي أكدت على أن أي نزاع دولي يمكن تسويته من خلال اللجنة الادارية للتوفيق التابعة للغرفة وتقوم اللجنة بعرض مقترحات لتسوية النزاع على الأطراف، وفي حالة الموافقة على المقترحات المعروضة يحرر محضر يؤكد ذلك الحل<sup>3</sup>.

يتشابه نظام الصلح والتوفيق في الهدف المراد من كل وسيلة وهو السعي لإيجاد حل ودي للنزاع والذي يرضي جميع الأطراف، بعيدا عن تعقيدات التي قد يلقاها الخصوم في ساحات القضاء لإيجاد أن الاختلاف الجوهرى بينهما هو أن الصلح يمكن اللجوء إليه قبل رفع الدعوى أو بعدها وذلك في أي مرحلة من مراحل الخصومة، أما بالنسبة للتوفيق فإن بعض التشريعات المقارنة أقرت على إلزامية اللجوء الى التوفيق قبل رفع دعوى قضائية<sup>4</sup>، وهو الامر الذي يلغى إرادة الأطراف ويتحول بذلك التوفيق من اجراء اختياري الى اجراء التزامي كما أن التوفيق يوقف ميعاد الطعن ولا يحدث بإرادة الأطراف فقط بل هناك رئيس اللجنة وهو الذي يترأس عملية التوفيق على العكس من نظام الصلح والذي يتم بالإرادة المطلقة للأفراد، حتى إدراكا بسعي من القاضي فلا بد من موافقة الأطراف.

1- عادل عبد العزيز عي، المفاوضات والتوفيق والوساطة كنظم ودية لحل المنازعات، الورشة التكوينية حول فن التحكيم ومهارات المحكم، المنظمة العربية للتنمية الادارية، 2010، ص26.

2- نفس المرجع، ص27.

1- رقيقة قصوري، مرجع سابق، ص203.

4- نائلة محمد ابراهيم البسيوني، مرجع سابق، ص175.

يقوم الصلح على التنازل من جانب أطراف الخصومة، وذلك لحسم النزاع القائم بينهم كل في مواجهة الأخولان يشترط أن يكون التنازل من الجانبين بنسب متساوية أو متعادلة، أما في نظام التوفيق فلا يجوز التنازل عن الحقوق لأنها محسومة للجهة الادارية بقوة القانون ولا يجوز للطرف المتنازع معها ان يتنازل عن حقوقه.

يكون دور الموفق العمل على تقريب وجهات النظر وفقا للقواعد القانونية، بينما في إجراء الصلح يكون دور القاضي الاداري إلحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة بعد تصديقه للصلح وعقد الصلح ليس له حجية الامر المقضي فيه، ويعرف كل خصم مقدما ما يتنازل عنه أما في نظام التوفيق فلا يعلم الاطراف المتنازعة ما سيتنازلون عنه وإذا توصل الأطراف إلى التوصيات الصادرة وحرر محضر اتفاق وبذلك أصبحت التوصيات من السندات التنفيذية والتي تحوز على حجية الامر المقضي فيه والتي تتوج بانتهاء النزاع تماما<sup>1</sup>. وأخيرا فإن التوفيق ليس بالوسيلة الاساسية وذات الاهمية الكبيرة لحل منازعات العقود الادارية والدليل على ذلك عدم إدراجها من قبل المشرع الجزائري في الباب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية، والذي يتضمن الطرق البديلة لتسوية النزاعات.

## 2-الصلح والوساطة:

تعتبر الوساطة من بين الوسائل البديلة لحل المنازعات الادارية الواردة في قانون الاجراءات المدنية والادارية ،وتعتبر مرحلة متقدمة من التفاوض وهو طريق لفض المنازعات عن طريق الحوار المباشر بين الاطراف المتنازعة سعيا لحل الاختلاف والذي لا يحتاج الى طرف ثالث بل يعتمد على الحوار بين الاطراف المتنازعة مباشرة دون وكلاء أو محامين<sup>2</sup>، والوساطة على عكس ذلك تماما ؛تتم بمشاركة طرف ثالث في حل النزاع يسمى الوسيط الذي يعمل على توفير المناخ الملائم للحوار المؤدي الى ايجاد الحلول للنزاع المعروض عليه واقتراح طرق لتسوية ذلك بطريقة ودية وبذلك لا يفرض الوسيط اقتراحاته ولا يغلب ارادته على ارادة الاطراف بل يقتصر دوره على توفير المكان واختيار الوقت الكافي للنقاش حول النزاع<sup>3</sup>، والاتفاق على اختيار الوساطة كطريق لحل المنازعات الادارية يكون قبل نشوء النزاع

1 عادل عبد العزيز على، مرجع سابق، ص27.

2 أحمد أنور ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، ص07.

3 زينب وحيد دحام، مرجع سابق، ص68.

أو بعده والتي تحقق مصالح الاطراف عن طريق تنازلات متبادلة بينهم للوصول إلى حل مرض، ويتوج ذلك بإبرام عقد صلح عقب نجاح مساعي الوسيط القضائي. ومن بين نقاط الالتقاء بين الوساطة والصلح في تدخل القاضي الاداري حيث يراقب محضر الوساطة للتأكد من أن الادعاءات ضد الادارة هي ادعاءات مؤسسة وليست باطلكما يراقب عدم المساس بالتزام العام<sup>1</sup>.

أما الصلح هو طريقة لتسوية النزاع بطريقة ودية بين الخصوم وذلك في ظل النزاع القائم أو المحتمل وقوعه ويكون الصلح من أجل إنهاء النزاع وذلك أما بإرادة الاطراف أو سعياً من القاضي الاداري في أي مرحلة من مراحل الخصومة بيد أن الوساطة فهي طريقة يعرضها القاضي على الخصوم في جميع القضايا ماعدا تلك التي تمس بالنظام العام. بعد ذلك وبمجرد تعيين الوسيط القضائي يتخلى القاضي عن القضية ولكن يمكنه أن يتخذ أي اجراء يراه مناسباً للمساعدة في حل النزاع<sup>2</sup>.

### 3: الصلح والتحكيم

يعرف التحكيم على أنه أسلوب لفض المنازعات وهو ملزم 3: الصلح على اختيار الخصوم بإرادتهم لأفراد عاديين يعرفون بالمحكمين للفصل فيما يثور بينهم من منازعات أو ما يمكن أن ينشأ بينهم مستقبلاً<sup>3</sup>، من خلال التعريف السابق نلاحظ ان هنات شبةا بين الصلح والتحكيم من حيث انهما من الطرق غير القضائية لحل النزاعات دون اللجوء إلى القضاء الإداريون كلا منهما تتجه إرادة الاطراف إلى تسويته بعيدا عن أروقة القضاء سواء كانت منازعات قد وقعت بالفعل او محتمل وقوعها على المدى البعيد كذلك توافق إرادة اطراف النزاع حيث أنه لو انعدم توافق ارادة الاطراف فلا تحكيم ولا صلح وغاية النظامين واحدة وهي حسم النزاع بين الاطراف وكذلك لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها كما وضحنا سابقا.

أما وجه الاختلاف بينهما هو من يحسم النوع ففي الصلح من يقوم بذلك هم الاطراف أنفسهم بتفاوضهم المباشر وإبرامهم العقد الصلودون تدخل من الغير أما إذا تدخل أحد غير الاطراف

1-أنظر المادة 994 من القانون 09/08،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية السالف الذكر.

2حسين فريجة،المبادئ الاساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية،مرجع سابق،ص456.

3-جابر جاد نصار،التحكيم في العقود الادارية(دراسة مقارنة)،مجلة البحوث الادارية،العدد02،المجلد 20،افريل 2020،ص 71.

لتسهيل الصلح فإن عمل الاطراف أنفسهم واتفاقهم يظل هو الحاسم للنزاع، أما التحكيم فمن يفصل في النزاع فهو المحكم وهو طرف ثالث خارج عن أطراف النزاع.

ويختلف نظام الصلح عن التحكيم في كيفية حسم النزاع حيث ان الصلح يكون بالتنازل عن جزء من الادعاءات والمتبادل بين الاطراف المتنازعة فالصلح اجراء كاشف للحقوق أما في نظام التحكيم تكون النتيجة مجهولة بالنسبة للأطراف حتى صدور حكم التحكيم لأننا لحكم التحكيم الاثر المنشئ والملزم للحقوق<sup>1</sup>، واخير يختلف النظامان في اداء حسم النزاع حيث إنه بمجرد انعقاد الصلح ذاته ينحسم النزاع وهذا في حالة الصلح الاتفاقي أما في الصلح القضائي ينعقد الصلح بتدخل القاضي المختص بالتصديق على عقد الصلح والاعتراف به وفي حالة التحكيم اداء الحسم حكم التحكيم الذي له طابع قضائي والحائز على حجية الامر المقضي في ويكون النفاذ بعد صدوره<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أركان الصلح

يعتبر الصلح من العقود الرضائية ويظهر ذلك من عدم اشتراط نص المادة 459 من القانون المدني لإبرامه شكلا خاصا لأن إرادة الاطراف هي التي تحدد ذلك ورغم إن قانون الإجراءات المدنية والادارية يقضي بأنه في حالة التوصل إلى الصلح يثبت ذلك في محضر، إلا أن ذلك من أجل الاثبات وليس الانعقاد<sup>3</sup> إن عقد الصلح من العقود الملزمة للأطراف ولا بد من وضع ما لتفق عليه في قالب رسمي إذ أن الكتابة شرط ضروري لإثباته فهو عقد ملزم للجانبين، كما أنه يعد من عقود المعاوضة فلا بد من أحد المتصالحين التبرع للأخر<sup>4</sup>، وكما قلنا سابق فإن الصلح هو عقد وكغيره من العقود فهو يقوم على أركان عامة والتي يجب ان تتوفر في جميع العقود (أولا)، بالإضافة إلى أركان خاصة بعقد الصلح (ثانيا).

### أولا: الأركان العامة للصلح

يقوم الصلح كغيره من العقود على أركان ثلاثة مهمة واسباسية وهي الرضا (1) والسبب (2) والمحل (3).

1 - سالمى نضال، مرجع سابق، ص45.

2 - نائلة محمد ابراهيم بسيوني، مرجع سابق، 173-174.

3-سولم سفيان، مرجع سابق، ص120.

4-شفيقة بن صاولة، الصلح في المادة الادارية، مرجع سابق، ص165.

## 1-الرضا:

يعني بالرضا تلاقي إرادة الإدارة والمتعاقد معها بالقبول وهو جوهر الرابطة التعاقدية<sup>1</sup>، وبالنسبة لعقد الصلح هو تطابق كل من الايجاب والقبول حول نوع النزاع وتعيين الحقوق محل التنازل المتبادل بين المتصالحين وكافة بنود عقد الصلح وبالتالي وكما ذكرنا انفا فإن العقد الاداري يقوم على توافق ارادتين لإبرامه قياسا على ذلك لا بد أن يكون الصلح كذلك مبنيا على توافق ارادتين لإجرائه، ويمكن للطرف المعني بالنزاع أن يوكل غيره لأبرام عقد الصلح وذلك وفق نص المادة 574 من القانون المدني والتي تفرض في هذه الوكالة ان تكون خاصة لأن الصلح ليس من أعمال الإدارة ،وبالتالي لا يجوز للوكيل بالخصومة أن يبرم صلحا مع الخصم إلا إذا كان قد نص على ذلك صراحة في الوكالة بالخصومة<sup>2</sup> كما أنه من شروط صحة الرضا تحقق شرط الاهلية ومن المفترض في هذا الشأن تحقيق الاهلية في رجال لأبرام أن القضاء الاداري طبق في هذا الشأن القواعد المعمول بها في القانون المدني الخاص بعيوب الارادة وهي الغلط والتدليس والاكراه والغبن<sup>3</sup>. مما يؤدي إلى انعدام التراضي في عقد الصلح والذي ينتج عنه إبطال العقد لأنه شاب إرادة أحد المتصالحين عيب من عيوب انعدام الاهلية في كل شخص معنوي او طبيعي في حدود التي يحددها القانون، وبالتالي من يبرم عقد الصلح لا بد أن يكون مؤهلا لذلك وقد فصل القانون المدني في كل ما يخص الاهلية الكاملة وعوارضها<sup>4</sup>.

## 2-المحل:

يقصد بركن المحل في عقد الصلح مجموعة الالتزامات التي تقع على الاطراف موضوع النزاع والصلح ينهي الخلاف بتنازل كل طرف جزء من ادعاءاته على وجه التبادل وبالتالي يشترط فيه تحت جزاء البطلان طبقا للقواعد العامة أن يكون المحل موجودا أو قابلا

1جمال مطلق الذنبيبات،مرجع سابق،ص12.

2-حيث تنص المادة 574 من القانون المدني على "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والقرار والتحكيم وتوجيه البمين والمرافعة أمام القضاء....."

3جمال مطلق الذنبيبات،مرجع سابق،ص22.

4أنظر في ذلك المادة 40 من القانون المدني،أنظر في ذلك المادة 81 من القانون المدني.

لوجود<sup>1</sup>، ويحكم شرط المحل القواعد العامة التي تحكم ركن المحل في القانون المدني ولكن هذا الخضوع لا يعني عدم اخضاعها لقواعد خاصة وهي تلك الاستثناءات الواردة في المادة 461 من القانون المدني والتي تنص على «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية».

ويفهم من ذلك أن الاطراف لا يمكن أن يتفقوا على إجراء الصلح، بل يحضر القانون إجراءه في مسائل معينة والتي تتعلق بالأحوال الشخصية على سبيل المثال الامور التي تخص الجنسية والحالات العائلية كالميراث والحالات الدينية. كما يمنع إجراء اي تصالح في المسائل التي تخص النظام العام وذلك لارتباطها بتحقيق المصلحة العامة.

### 3-السبب:

يجب أن يكون الالتزام مبنيا على سبب وإلا كان العقد باطلا والقانون يفرض على المتعاقدين ذكر السبب في متن العقد وهذا وفقا لما جاء في المادة 98 من القانون المدني ويجب أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للقواعد القانونية وبالطبع لا يخالف قواعد النظام العام في الدولة.

من خلال ما تقدم لاحظنا أن الصلح القضائي هو ذو طبيعة عقدية، وذلك لتوفره على كل العناصر التي من شأنها أن تكون هذه الطبيعة العقدية، فالصلح ينتج عن اتفاق بين شخصين قانونيين على الأقل، تنصرف إرادتهما إلى إحداث حقوق والتزامات متبادلة ولذلك فإن مجال الصلح الإداري يكون دائماً في المنازعات التي تدخل أساساً ضمن اختصاص القضاء الكامل، وذلك لأن هذه الولاية القضائية تتعلق بشكل رئيسي بالمنازعات المتعلقة بالحقوق الشخصية، في إطار العلاقات التي تمارسها الإدارة مع الغير<sup>2</sup>.

### ثانياً: الأركان الخاصة للصلح القضائي

تمثل الأركان الخاصة للصلح الشروط التي لا يمكنه إجراء الصلح من دونها وهي ضرورة وجود نزاع قائم أو محتمل (1)، أن تكون نية المتنازعين في حسم النزاع عن طريق الصلح (2)، وهذا لا يكون إلا بتنازل الاطراف عن ادعاءاتهم (3).

1 محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 92.

2 مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 23.

## 1- وجود نزاع قائم أو محتمل:

حتى يكون عقد الصلح القضائي لابد أن يكون هناك نزاع قائم بين المتصالحين أو على الأقل محتملا لوجود لأنه عقد يقصد به قطع النزاع والخصومة بصفة تامة<sup>1</sup>، والنزاع القائم هو أن يختلف الأطراف على الحق محل التعاقد وعرضه على القضاء للفصل فيه، كما انه يجب الا يكون القاضي قد فصل في النزاع لأنه في هذه الحالة يكون النزاع قد انتهى بحكم وليس بصالح<sup>2</sup>، وإذا حسم النزاع بالصلح أمام القاضيا لاداري كان صلحا قضائيا، وقد يعرض لغير مجلس القضاء لتو حين نزاع محتملا لوقوعه ويكون بذلك صلحا غير قضائي وتعيه احتمالية عرض النزاع أمام القضاء وجود رغبة المتنازعين في إجراء الصلح بينهما، فإذا التكتن هنا كمطالبة قضائية فلا مجال للعرض للصلح كإجراء لفصل النزاع القائم أو المحتمل فالصلح واحد من إجراءات اتفضال خصومة القضائية غايتها فضال نزاع فإذا انعدم النزاع وانعدم احتمال وقوعه فلا حاجة لإجراء الصلح.

## 2.- نية المتنازعين في حسم النزاع:

ويرتكز هذا الشرط على أن نية المتنازعين تتصرف الى اجراء الصلح بينهم حول نزاع قائم، أو توقيف هذا النزاع إذا كان محتملا<sup>3</sup>، ويكون ذلك بتنازل الاطراف على جزء من حقوقهم وادعاءاتهم، وهذا لا يعني وجود تكافؤ في التنازلات فقد يتنازل طرف أكثر من - نية ان تكون النية بهذا التنازل الحسم النهائي للخصومة القائمة، فلا مجال للحديث عن الصلح إلا إدراك ان العقد ينهي النزاع تماما<sup>4</sup>.

## 3- تنازل الاطراف عن ادعاءاتهم:

إن التوافق والرضا بين الاطراف هو الذي يؤدي الى انتهاء النزاع بشكل ودي تصالحي وهذا لا يعني ان يتخلى المدعي عن مطالبه كلها أو يسلم حقوقه للمدعى عليه ولو لم يتنازل المدعى عليه لا يعد صلحا قضائيا بل هو صلح يؤدي بالضرورة إلى إنهاء النزاع القائم غير أنه لو صدر في شكل عمل أو تصرف أحادي بإرادة منفردة، فلا يعد صلحا قضائيا بل

1- شذى غيب، الأحكام القانونية لحسم منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة النهدين، 2014، ص40.

2- سولم سفيان، مرجع سابق، ص102.

3- محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، ص497.

4- شذى غيب، مرجع سابق، ص98.

تطبق عليه قواعد التنازل عن الدعوى<sup>1</sup>، غير أن ذلك لا يقتضي حتما التعادل في التنازل فقد يتنازل أحدهما عن جزء أكبر من ادعاءاتها مقارنة بالطرف الإخلالان الأهم هو أن يتحقق الدافع من وراء إجراء الصلح وهو إنهاء النزاع، وعليه فإن تنازل كل من المتخاصمين إراديا أمام المحكمة يعد عملا قضائيا يؤدي إلى حسم النزاع بين الطرفين ولا يمكن المطالبة بإبطاله إلا برفع دعوى بطلان أصلية<sup>2</sup>.

### ثالثا: صور الصلح

يتطلب إجراء الصلح القضائي وجود النية لإجرائه حيث جاء في المادة 927 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أنه يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم"

انطلاقا من ذلك يتضح لنا أن الصلح القضائي نوعان أو يتجلى في صورتين فإما أن يكون من طرف الخصوم (1) وإما أن يكون بمبادرة واقتراح من القاضي الإداري (2).

#### 1- الصلح من طرف الخصوم:

يجوز للخصوم إجراء الصلح دون تدخل القاضي الإداري وهو ما يعرف بالتراضي وبالرغم من عدم وروده صراحة في قانون الاجراءات المدنية والادارية كنوع من أنواع الصلح لكن وبالرجوع إلى المواد من 459 إلى 466 من القانون المدني نجدها تنص على التراضي تحت عنوان الصلح وتنقسم المواد الأخرى عناصر التراضي من إجراءات وأثار وهكذا يتبين لنا أن التراضي هو عقد بين الخصوم<sup>3</sup>.

وإن كان هذا النوع من الصلح لا يجد له مجالا وتطبيقا في مختلف المنازعات الإدارية، إذ يمكن لأطراف الاتفاق على نقاط الاختلاف وعرض متواصلو إليه من اتفاق على القاضي الإداري<sup>4</sup>.

لكننا لاحظنا عدم تحديد المشرع لإجراءات الصلح بمبادرة من الأطراف، لأنه إذا كانت نية الأطراف هي التصالح فلماذا قاموا برفع دعوى قضائية من الأساس بالنسبة للعقود الإدارية

1 محمد الصالح برون، مرجع سابق، ص 498.

2 نظر المادة 231 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

3 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج 3، مرجع سابق، ص 215.

4 عبد الصديق الشيخ، الصلح كآلية للتسوية الودية للمنازعات الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 20، المجلد 04، 2020، ص 160.

وبالرجوع إلى المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجدها تلزم المصلحة المتعاقدة ضرورة البحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، وعليه فإن إنجاز الصفقة العمومية الذي يتطلب سرعة في التنفيذ نظراً لارتباط إنجاز هذه العقود بمشاريع تنموية، لتحقيق المصلحة العامة وبالتالي فإن أي مساس بالمدة القانونية للإنجاز هو مساس بالخبزينة العمومية لذلك فإنه من الصعب اتفاق الأطراف على الصلح ثم عرض تصالحهم على القاضي الإداري لأن تنظيم الصفقات العمومية اهتم بالطريق الودي قبل اللجوء إلى الطريق القضائي وذلك حسب ما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه.

## 2- الصلح بمبادرة من القاضي:

تنص المادة 927 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القاضي الإداري يجوز له أن يسعى ويبادر إلى إجراء الصلح وذلك بعد موافقة الخصوم، ويعود الأساس في دور القاضي للمبادرة بإجراء الصلح إلى المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك فيما يتعلق بالأحكام التمهيدية والتي تمكن للقاضي من إجراء الصلح في جميع مراحل الخصومة<sup>1</sup>، وانطلاقاً من هذه السلطة التي مكنها إياه المشرع يقوم القاضي بالبحث عن تحقيق التصالح بين أطراف النزاع ولكن ليس على حساب مبدأ المشروعية وهو الدور الأساسي للقاضي والأهم من أي مبدأ أخفوه قد يقنع الإدارة بعدم مشروعية قرارها وبالتالي تقبل العدول عن عنه وتصحح الوضع القانوني غير المشروع، كما أنه قد يقنع رافع الدعوى بمشروعية العمل القانوني الصادر من الإدارة وبالتالي يضطر إلى التنازل عن دعواه<sup>2</sup>.

إن دور القاضي الإداري في إجراء الصلح بمبادرة منه، يأتي من مبدأ مهم وهو تحقيق العدالة التعاقدية والمساواة، وتمييزها عن العدالة القضائية والتي تنتهي بحكم القانون، ولا تهتم بإرادة الأطراف<sup>3</sup>.

فما يخص الجهة القضائية المختصة بالمبادرة في إجراء الصلح فهي المحاكم الإدارية، ومجلس الدولة باعتباره قاضي ابتدائي وذلك في الدعاوى التي تكون الأشخاص العامة

1 حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 459.

2 قويدر منقور، العوائق الإجرائية أمام إعمال الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، العدد 05، ديسمبر 2015، ص 24.

3(3) -بودريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي الإداري في الصلح، ص 91.

المذكورة في المادة 901 طرفا فيهلولوكن السؤال المطروح هل يمكن لمجلس الدولة كقاضي استئناف أن يسعى غلى إجراء صلح بين الخصوم؟ بالرجوع إلى نص المادة 973 نجدها تقر بأن القاضي يأمر بتسوية نزاع وغلق الملف وأشارت إلى أن هذا الأمر غير قابل للطعن، ومن الناحية المنطقية لا يمكن أن نتصور أن النزاع الذي كان محل الصلح من طرف الخصوم أمام المحاكم الإدارية أن يستأنف أمام مجلس الدولة، حيث حدد الخصوم موقفهم وذلك برغبتهم من إجراء الصلح من عدمه<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: إجراءات الصلح ومدى فعاليته

نتناول في هذا المطلب إجراءات الصلح التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نظمها بموجب المواد من 990 إلى 993، حيث جاء بتعديلات لم يعهدها قانون الإجراءات المدنية الملغى وعليه سنوضح إجراءات الصلح (فرع أول)، ثم بيان أثره على المنازعة الإدارية (فرع ثان).

#### الفرع الأول: إجراءات الصلح

إن انصراف إرادة الخصوم إلى إنهاء النزاع القائم بينهم بطريقة ودية عن طريق اللجوء إلى الصلح لا يكون كافيا بل لابد من اتباع الإجراءات التي حددها المشرع الجزائري وكرسها بموجب الأول: إجراءات والتي تتميز بعدة مراحل تبتدئ بمبادرة نحو الصلح(أولا)، ثم يتم انعقاد جلسات لذلك(ثانيا)، والتي تختم بالتصالح وإعداد وثيقة رسمية تكرر ذلك في شكل محاضر(ثالثا).

#### أولا: المبادرة نحو الصلح

نصت المادة 990 من الأول: إجراءات على الأول: إجراءات للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة" ،يفهم من خلال عبارات هذه المادة أن الصلح القضائي ما هو إلا إجراء جوازي سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للقاضي الإداري إلا في الحالات التي نص القانون على خلاف ذلك كما هو الشأن في شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 439 من نفس القانون على أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية ،والمشرع أعطي الأولوية لإجراء الصلح بمبادرة من الخصوم ،وذلك تجسيدا منه لفكره تقريب

1رشيدي خلوفي ،مرجع سابق،ص 217.

العدالة من المواطن وإعطاء الاطراف فرصة لحل النزاع بأنفسهم ،كون أن الهدف من هذه الطرق البديلة هو الحل الودي الذي يرضيهم ،وعليه فإن كانت المبادرة من الخصوم فيكون حل النزاع بعيدا عن كل الحقد والضغائن وهذا ما يؤدي إلى تحقيق مبدأ أسمى من مبدأ المشروعية وهو تكريس السلام وتحقيق العدالة الاجتماعية والالفة بي الأفراد و إعادة الثقة في الإدارة العامة ولم لا العمل والتعاقد معها من جديد ومحو الخلافات السابقة ومن جهة أخرى . وبالإضافة إلى الجانب هذه الفائدة الاجتماعية فإنه كذلك يغنيهم عن انتظار الحكم القضائي الذي قد لا يلقي الرضا والأمل المرجو منه رغم طول الإجراءات، وما يتم إهداره من مال وجهد<sup>1</sup>.

هذا وقد نصت المادتان 991 و992 من الأول: إجراءات على الشروط الاجرائية للصلح باقتضاب شديد فالمادة 991 تركت للقاضي الاداري حرية اختيار المكان والوقت للذان يراهما مناسبين لأجراءالصلح، أما المادة 992 فقد نصت على أن محاضر الصلح. ويؤخذ الصلح في شكلين إما بمبادرة من الخصوم (1) أو بسعي واقتراح من القاضي الاداري الذي ينظر في الدعوى الاصلية (2).

### 1-الصلح بمبادرة من الخصوم:

لما كان الصلح بمبادرة من الخصوم ،هو قرار نابع من الإرادة المحضة لهم دون ضغط أو اقتراح أو تدخل من الغير ولكن النية في اجراء الصلح لا تكفي لابد من ترجمة ذلك إلى أفعال وتبتدى بحضور الخصوم أمام القاضي وبصفة شخصيا أو عن طريق وكلاء ينوبون عنهم في ذلك إن المشرع الجزائري لم يشترط وكالة خاصة للصلح ولا في التنازل عن الخصومة ،حتى وإن كان ذلك أمام الدرجة الثانية<sup>2</sup>،إن الحاجة الملحة إلى الحضور الإجباري للخصوم أو إلى موكلهم تأتي من التشابه الكبير بين الصلح والعمل التوثيقي الذي يقوم به الموثق من حيث ضرورة حضور الاطراف ،فالقاضي المصالح يوثق إرادة الأطراف بالصلح الرضائي النابع من إرادتهم الخاصة في محاضر رسمية<sup>3</sup> .

1-امان سلمي،الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الإدارية،مجلة العلوم الإنسانية ،جامعة محمد خيضر بسكرة،جوان 2012،ص29.

2-اشترط المشرع الجزائري الوكالة الخاصة بموجب المادة 31 من القانون المدني والتي تدور حول استرجاع الوثائق من طرف الخصوم دون سواهم أو كالة خاصة ،كما جاءت المادة

240 في القبول بالطلبات والحكم أن يكون التعبير عن القبول صراحة وبدون لبس أمام القاضي أو المحضر القضائي أثناء التنفيذ.

3بودريعات محمد،مرجع سابق، ص، 99 .

ويجب أن تكون الخصومة قد انعقدت فعلا بين الطرفين المتصالحين وفي قواعد الاختصاص ولا تكون قد انقضت لأي سبب من أسباب انقضاء الخصومة قبل توقيع الأطراف على محضر الصلح، فإذا توفي أحد الخصوم قبل توقيع الأطراف على محضر الصلح فإن المحكمة تقعد صلاحيتها في إجراء الصلح أما إذا لجأ الأطراف إلى القضاء لبيان نيتهم في الصلح.

إن المشرع الجزائري قد أعطى للخصوم الحق في المبادرة بإجراء الصلح هذا لا يتقي دور القاضي بحسم النزاع لحين التصديق على الصلح وجعله يتمتع أثناء سير الخصومة بحق الرقابة على سلامة الإجراءات التي يقوم بها المتنازعون، كما يمارس الرقابة على شرعية الصلح فتكون له سلطة تقدير الوقائع والتكييف القانوني الصحيح لها فحق الرقابة على سلامة الإجراءات ينصب حول احترام الخصوم للإجراءات المتعلقة برفع الدعوى وبالاختصاص وبالتالي على القاضي التأكد من سلامة الإجراءات التي يقوم بها المتنازعون وضمان الحقوق الأساسية للخصوم كحق الدفاع والوجاهية<sup>1</sup>.

## 2- الصلح المبرم بمبادرة من القاضي:

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أعطي لرئيس تشكيلة الحكم دورا هاما يكمن في السعي لتحقيق الصلح بمبادرة منه، وهذا تفعيل لدور القاضي المقرر عكس ما كان عليه الحال أثناء العمل بقانون الإجراءات المدنية الملغى والذي كان دور القاضي فيه سلبيا وأقل فعالية وتأثيرا<sup>2</sup>. لأنه وبالرغم من أهمية إرادة الأطراف في السعي للصلح وخاصة الإدارة العامة باعتبارها أسمى مركزا من المتعاقد معها إلا أن دور القاضي مهم كذلك في تفعيل الصلح ومراقبة سلامة الإجراءات المكرسة قانونا لذلك.

## ثانيا: انعقاد الصلح

القاعدة العامة تقر بأن الصلح في المكان والزمان اللذان يراهما القاضي الإداري مناسبين وفقا للمادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يقيد المشرع الاطراف بميعاد معين لأجراء الصلح عكس ما كان في سابق حيث كان محددا بثلاثة أشهر من رفع الدعوى وهذا الامر يبين إعطاء سلطة تقديرية مطلقة للقاضي، لأن هذا الأخير الأدرى بظروف

1 الطرق البديلة، مرجع سابق، ص33.

2- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، ط5، دار العلوم، 2009، ص313.

الخصومة وبالتالي فإن ما يصح لدعوى قد لا يكون لدعوى أخريكما أن المجال واسع للقاضي لاختيار الانسب مادام ذلك سيؤدي إلى نفس النتيجة وهي التصالح وحسم النزاع<sup>1</sup>. لكن بالرغم من أن القاضي حر في اختيار الزمان الذي يراه مناسباً لإجراء الصلح وعرضه على الأطراف للموافقة عليه فإنه من المنطقي أن يبادر القاضي إلى تحديد ذلك في الجلسة الأولى قبل أن يتفاقم النزاع ويسارع كل طرف إلى إبطاء الطرف الآخر بوابل من التهم والادعاءات، مما يقلل من فرصة التراجع عن ذلك والنزول إلى رغبة القاضي والقيام بالصلح<sup>2</sup>.

يجوز للقاضي إجراء محاولة الصلح بين أطراف النزاع في أول جلسة أو بعد إغلاق باب المرافعة إن طلب أحد الخصوم فتحها من جديد، كما يجوز له ذلك حتى في جلسة النطق بالحكم إن كان كلا الخصمين حاضراً لكن لا يجوز إجراء محاولة الصلح بعد النطق بالحكم لأنه في هذه الحالة لم يعد للقاضي أي ولاية أو سلطة على الدعوى ولا على أطرافها<sup>3</sup>.

### ثالثاً: إعداد محضر الصلح

بعد انعقاد الصلح واختيار المكان والزمان المناسبين من قبل القاضي والذي يثبت ذلك في محضر

رسمي ليكون دليلاً قاطعاً على حل النزاع عن طريق الصلح والذبيق وقع عليها الخصوم ورئيسة تشكيلة الحكم وأمين الضبط، وذلك على مرحلتين حيث يقوم القاضي والأطراف بالتوقيع على المحضر الذي يتضمن كل ما يتعلق بآراء أطراف النزاع التي تنازل عليها ثم تمت المصادقة على ذلك.

### 1- تحرير المحضر:

يختلف محضر الصلح عن الحكم القضائي والذي يشترط توقيع الخصوم والقاضي وأمين الضبط، وإن كانت تشكيلة الحكم جماعية استوجب ذلك توقيع جميع أعضائها وإلا كان المحضر باطلاً وقد أجاز المشرع الفرنسي توقيع قاضي واحد على محضر الصلح في حالات معينة<sup>4</sup>.

1 بريارة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 519.

2 عبد الصديق الشيخ، مرجع سابق، ص 161.

3- الطرق البديلة، ص 39.

4 الصديق الشيخ، مرجع سابق، ص 100.

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى شكلية محضر الصلح فبالتالي يمكن تحريره على شكل حكم غير أن مضمونه يقتصر على إثبات مآتم التصالح عليه من قبل المتنازعين، ولا يشمل رأي القاضي ولا يعلل لأنه لا يخضع لرقابة قضائية أعلى عكس الحكم القضائي للمحكمة الإدارية الذي يكون عرضة للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

## 2-التصديق على المحضر:

بعد تحرير محضر الصلح والتوقيع عليه كما وضحنا سابقا يودع لدى أمانة الضبط حتى يكتسب تاريخا ورقما ويؤشر عليه ويصبح بذلك سندا تنفيذيا ويخضع لأحكام التنفيذ الواردة في المادة 600 إلى 604 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: ثار الصلح على المنازعة الإدارية

يتميز الصلح القضائي بصفة مزدوجة فهو من جهة يعتبر عقدا يرتب ما ترتبه العقود من آثار كما أنه يحمل الصفة القضائية وهي الأهم والأكثر تأثيرا، فيلتزم كل طرف بماورد في عقد الصلح بالتالي فهو يؤدي إلى حسم النزاع واستتفاذ القاضي لولايته على الدعوى (أولا)، ويؤدي إلى انقضاء الخصومة (ثانيا)، كما يؤدي إلى كشف الحقوق (ثالثا).

## أولا: حسم النزاع

إذا اتفق الأطراف على إجراء الصلح وتمت المصادقة على المحضر سواء أكان الصلح بمبادرة من الأطراف أو سعيًا من القاضي فيترتب على ذلك أن يأمر القاضي بتسوية النزاع ويأمر بغلاق الملف ويكون هذا الأمر غير قابل للطعن<sup>2</sup>، ولعل الغاية من ذلك هي أن الحقوق والادعاءات التي تم التنازل عليها، من قبل الطرف المتصالح للطرف الآخر تنتضي بصفة نهائية، فلا مجال بعد ذلك لإثارته من جديد لأن الصلح لا يقتصر أثره على حسم النزاع بين الأطراف المتصالحة فقط بل يؤدي إلى استحالة رفع دعوى جديدة حول مآتم التصالح فيه مرة أخرى كما أن القاضي الإداري لم تعد له ولاية على أطراف الدعوى لأنه ببساطة لم يعد هناك ما يستدعي ذلك. عند إجراء الصلح وكانت الخصومة قائمة بطلت ويمنع تجديدها وإذا كانت هناك نية في مواصلة الخصومة سقط الحق في إمكانية فعل ذلك<sup>3</sup>، وهذا ما تقرر

1 أنظر المادة 993 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2 أنظر المادة 973 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

3سوالم سفيان، مرجع سابق ص 113.

بموجب القانون المدني في المادة 462 حيث جاء فيها «ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عليها أحد الطرفين بصفة نهائية»<sup>1</sup> وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية نجد أن مجلس الدولة اعتمد مبدأ أن الصلح يحسم النزاع ولا يمكن الرجوع فيه حيث رفض الطعن المرفوع من مدير القطاع الصحي ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان حيث جاء فيه "...حيث أنه يستخلص من عناصر الملف بأنه وقع الصلح بين طرفي النزاع أثناء جلسة الصلح التي انعقدت عملاً بالمادة 169-3 من قانون الإجراءات المدنية حيث تنص المادة 462 من القانون المدني بأن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها حيث وقع صلح بين طرفي النزاع أمام رئيس الغرفة الإدارية لمجلس تلمسان وأن هذا الصلح لا رجعة فيه بالنسبة للحقوق التي أنشأت فيه"<sup>2</sup> إن عدم قابلية أحكام الصلح لأي وجه من أوجه الطعن أمر منطقي لأن أطراف النزاع قد اتفقا ورضيا بكل ما تضمنه محضر الصلح والذي يعتبر سنداً تنفيذياً، خاصة إذا كان الصلح بمبادرة من الأطراف وهذا يدل على اقتناعهما باللجوء إلى هذه الوسيلة لحل النزاع، فكيف يطعنون فيه بعد ذلك إضافة إلى ذلك فإن قبول هيئات القضاء الإداري لأي طعن من هذا النوع ما هو إلا مضيعة للوقت، وعدم احترام لهذه الوسيلة التي كرسها المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لمساعدة المتنازعين لإيجاد حلول ودية تغنيهم عن الجهد والمال وطول الانتظار أمام ساحات القضاء فغن أي طعن في محاضر الصلح هو تخبط وعدم ثبات على مبدأ واحد وعلى الإطار الاختيار بين اللجوء للوسائل البديلة أو القضاء الإداري من البداية.

### ثانياً: انقضاء الخصومة

تعرف الخصومة القضائية على أنها مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على طلب من المدعي ضد المدعي عليه وتنتهي بحكم فاصل وبات في النزاع أو بصلح وبسبب خطأ في الإجراءات بأمر عارضها بصفة عامة وبالتالي فبإسقاط هذا المفهوم على الدعوى الإدارية فإن الخصومة القضائية الإدارية؛ ماهي إلا مجموعة

1 المادة 462، من القانون المدني، السالف الذكر .

(2)-قرار مجلس الدولة الصادر في 18/06/2001، الغرفة الرابعة، بنقلا عن عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ج1، مرجع سابق، ص306.

الإجراءات الناشئة عن ممارسة الدعوى الإدارية والتي يباشرها المدعون أو ممثلوهم<sup>1</sup>، ويبحث فيها القاضي الإداري للوصول إلى حكم نهائي وبات بأي طريقة كانت وعليه فإن الدعوى الإدارية تختلف عن الخصومة القضائية الإدارية فالدعوى الإدارية هي الوسيلة القانونية التي تمكن المتقاضى من أن يطلب من القضاء المختص البحث عن شرعية القرارات الإدارية والحكم بالغائها في حالة تأكد مخالفتها للقانون، بحكم قضائي ذو مطلقة<sup>2</sup>، إذا يكمن الاختلاف بين الدعوى الإدارية والخصومة القضائية، فهذه الأخيرة هي مجموعة من الإجراءات والتي تؤدي إلى هدف وهو الوصول إلى حكم بات ونهائي في الدعوى الإدارية.

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه من نتائج انقضاء الدعوى الإدارية تنقضي معها الخصومة وذلك في حالة الصلح أو القبول بالحكم أو التنازل عن الدعوى أو وفاة أحد الخصوم إذا كانت الدعوى غير قابلة للانتقال<sup>3</sup>.

من خلال ذلك يبين لنا أن الخصومة القضائية هي أداة إجرائية لممارسة الدعوى الإدارية، فبالتالي فإنه لا يمكن الحديث عن وجود خصومة دون وجود دعوى، فإن انقضاء الدعوى هو انقضاء للخصومة، حسب القانون فإن إجراء الصلح يحسم النزاع وينهي معه أية خصومة بين الأطراف.

### ثالثاً: الأثر الكاشف للحقوق

للصلح أثر كاشف لما تناوله من حقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع عليها، دون غيرها وهذا طبقاً لما جاءت به المادة 463 من القانون المدني والتالي جاء فيها «للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها»<sup>4</sup>.

ومؤدى هذه المادة أنه إذا اشتمل الصلح على حقوق غير متنازع فيها، كان الأثر ناقلاً لا كاشفاً والحق الذي يؤول إلى للمتصالح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح وهذا وفق نظرية التي تقول بأن الصلح هو إقرار من كل المتصالحين لصاحبه والإقرار إخبار لا إنشاء

1 شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، ص 51.

2 عادل بن عمران، دروس في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 269.

3 أنظر المادة 220، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

4 أنظر المادة 463 من القانون المدني المذكور سالفاً.

فهو يكشف عن الحق ولا ينشئه، وأما النظرية الحديثة تعلق ذلك بأن المتصالح إنما هو يتنازل عن حق الدعوى، في الجزء من الحق الذي سلم لهفها الجزء من الحق قد بقي على وصفه الأول دون أن يتغير.

### الفرع الثالث: مدى فعالية الصلح

إذا كان التظلم الإداري المسبق يجعل المتظلم في مركز أضعف والإدارة العامة في مركز أقوى نتيجة لامتيازات التي تتمتع بها الإدارة بصفقتها خصم وحكم في ذات الوقت فإن الصلح الإداري القضائي الذي جاء به الوقت فإن إنما جاء لتقليص الفوارق بين الإدارة العامة والمواطن حيث يؤدي بالصلح إلى تقريب وجهة النظر بين الأطراف المتنازعة، كما أن المشرع الجزائري أضفى على الصلح جانبا جديا وذلك بإشراف القاضي عليه وذلك لمنح الإدارة فرصة للتراجع عن قراراتها التي مست حقوق المتعاقد معها والتي كثير من الأحيان لا ترد على التظلمات المرفوعة أمامها.

بالرغم من المزايا التي يحوزها نظام الصلح والتي تجعله أكثر فاعلية من التظلم الإداري من خلال الإجراءات التي أحاطه بها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن الممارسة العملية على مستوى الهيئات القضائية أثبتت قلة القضايا التي تنتهي بالصلح بين الإدارة والأفراد وذلك إما بسبب تمسك الإدارة بموقفها (أولا)، أو بسبب عوائق إجرائية (ثانيا).

### أولا: تمسك الإدارة بموقفها

تتمتع الإدارة في القانون الإدارة بامتيازات السلطة العامة، والتي تخول لها باستعمال إجراءات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة التي تعتبر الهدف الأسمى الذي تسعى الإدارة لتحقيقه ولكن للأسف في كثير من الأحيان نجد بأن الإدارة العامة هي من يعرقل تحقيق المصلحة العامة، بما يؤثر على سير المرافق العامة وهذا من لحظه من خلال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها.

ترجع أسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية إلى فهمها الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، والذي لا يعني الانفصال والاستقلال التام، بل لابد من ضرورة الخضوع للرقابة المتبادلة، ولكن الإدارة جعلت منه ذريعة للاحتفاء من تنفيذ الأحكام القضائية، على أساس

ان القاضي لا يمكنه إرغامها على تنفيذ الحكم القضائي<sup>1</sup>، وعليه فإن الإدارة العامة لا تتبالي بالأحكام القضائية الصادرة ضدها فكيف ستبالي بمحاضر الصلح التي تعتبر أقل قوة من الأحكام القضائية.

إن موقف الإدارة السلبي أثر على فعالية إجراء الصلح كطريق بديل لحل كنازعات العقود الإدارية حيث تعتبر القضايا التي تصالحت فيها الإدارة العامة مع خصمها قليلة جدا إن لم نحكم عليها بالندرة، وهذا يعود إلى كثير من الأسباب منها موقف الإدارة السلبي من تنفيذ الأحكام، وكذلك يرجع إلى العقود الإدارية التي تعتبر عملية مركبة تمر بعدة مراحل لإصدارها، وكل مرحلة يمكن فيها للمتعاقد المتضرر أن يلجأ إلى رفع تظلمات إدارية على مستوى لجان الطعن المتخصصة بذلك فلو كانت الإدارة تنوي التصالح مع المتعاقد لعدلت عن قرارها أثناء رفع التظلم وقبل اللجوء إلى القضاء من الأساس. كما أن الواقع العملي يثبت أن أغلبية المنازعات الإدارية المعروضة على القضاء لا تنتهي بالصلح مقارنة بالقضايا المفصول فيها بأحكام قضائية وهذا راجع إلى تغييب ممثل الإدارة عن جلسات الصلح، أو تمثيلها بأشخاص لا يقبلون الصلح من الأصل<sup>2</sup>، كما أن الإدارة المكلفة بتطبيق القانون فهي لا تضع نفسها في نفس المركز القانوني مع الفرمان حيث خضوعه لأحكام الفرمان تستغل هذا الامتياز لتضع نفسها خارج إطار هذه القوانين<sup>3</sup>، وعليه فإن تمسك الإدارة العامة بموقفها يشكل عاملا رئيسا في الحد من فعالية الصلح كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية.

### ثانيا: عوائق إجرائية

بالإضافة إلى أطراف النزاع، يلعب القاضي الإداري دورا هاما في إنجاح إجراء الصلح من عدمه فالقاضي المصالح لابد أن يكون متخصصا في إجراء الصلح ومتفرغا له، وهذين الأمرين نفتقر لهما في المنظومة القانوني الجزائر، حيث أن القضاء في الجزائر لا يعتمد على فكرة تخصص القضاة والتي تسمح للقاضي من التعمق أكثر في فرع من فروع القانون

1 زيد الخيل توفيق، أحكام القاضي الإداري بين امتناع الإدارة عن التنفيذ واحترام حجية الشيء المقضي فيه، أطروحة دكتوراه، قانون الجماعات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة بجاية، 2018/2019، ص13.

2عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص305.

3كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/2018، ص72.

، وتمكنه من متابعة الدراسات الفقهية ليعلم بمستجدات الأمور مما يساعد على تنمية قدراته، ومستواه التأهيلي بما يقدم مردودية أفضل، وعليه فإن القاضي الإداري لا بد أن يخضع لتكوين خاص يركز فيه على الإلمام بكل نظريات القانون الإداري وذلك لتقديم مردودية أفضل في حل المنازعات الإدارية سواء قضاءً أو صلحاً<sup>1</sup>.

وبالنسبة للتفرغ فإن القاضي الإداري توكل له اختصاصات كثيرة ومتعددة نظراً لتعدد نشاطات الإدارة وكثرة منازعاتها، خاصة العقود الإدارية التي تعتبر من أكثر المنازعات عرضاً على القضاء مما يجعل القاضي لا يهتم بعرض الصلح على الخصوم ويعتبره إجراءات شكلياً لا فائدة منه.

إن عدم خضوع القاضي الإداري لدورات تكوينية لا يجعل فكرة الصلح تترسخ لديه كتقافة وقيمة اجتماعية قبل أن تكون قانونية طالما أن شريعتنا لطالما حرصت على التصالح بين الأفراد<sup>2</sup>.

كما أن القاضي الإداري يفتقر إلى اليات كافية تمكنه من ممارسة مهامه كقاضي مصالح، لتعزيز هيئته وبسط سلطته على أطراف النزاع بما يجعله مسيطراً على الوضع، وليس فقط كمشاهد أو مستمع إلى الأطراف، كما أن القاضي الإداري يفتقر إلى اليات كافية تمكنه من ممارسة مهامه كقاضي مصالح، لتعزيز هيئته وبسط سلطته على أطراف النزاع بما يجعله مسيطراً على الوضع، وليس فقط كمشاهد أو مستمع إلى الأطراف<sup>3</sup>.

## المبحث الثاني

### الوساطة القضائية في حل منازعات العقود الإدارية

من المسلم به أن الوساطة وسيلة اجتماعية لها حل النزاعات غير إجبارية بعيدة، وعرفت مختلف الثقافات العالمية وتعتبر أمريكا هي السبّاقة في تبني نظام الوساطة لحل النزاعات بطرق سلمية بما يؤمن لها إيجاد حلول بديلة بعيدة عن تعقيدات القضاء المكلفة والمستنزفة للجهد والوقت. فقد تبنته تشريعاً أول مرة بقانون أردمان سنة 1898 والذي اعتمد الوساطة لحل

1 أعمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 305.

2 سالمى نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون مدني، جامعة وهران، 2016/205، ص 242.

3 كمون حسين، مرجع سابق، ص 73.

النزاعات العمالية في مجال السكة الحديدية ثم تلا ذلك تكريسها في عدة ولايات أمريكية، إلى غاية صدور ما يعرف بقانون الاصلاح المدني لسنة 1990، حيث تبني هذا الاخير الوساطة كطريق بديل عن القضاء في القانون المدني وتلته بعدها صدور تشريعات أخرى تكرر نفس المبدأ<sup>1</sup>.

بالنسبة لفرنسا فقد ساهم الفقه والقضاء لتبني المشرع الفرنسي للوساطة مع بداية تسعينيات القرن الماضي وقد بدأ ذلك في القانون رقم 95-125 المؤرخ في 08 فيفري 1995،المتضمن التنظيم القضائي والاجراءات المدنية والاجرائية والادارية،حيث تناولت المواد من 21 إلى 26 الصلح والوساطة القضائية لحل المنازعات<sup>2</sup>.كما لا ننفي الدور الهام للقضاء الفرنسي في تثمين دور الوساطة ونذكر في ذلك تقرير الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بباريس "Jean Claude Magendie"،الصادر في 24 ماي 2008،والذي يعد تقوية حاسمة لتبني الوساطة القضائية في فرنسا وعرفت بعد ذلك قوانين العدالة الادارية إدراج الوساطة القضائية في المنازعات الإدارية<sup>3</sup>.

من خلال هذه التطورات التشريعية في الدول كما أسلفنا إضافة إلى التطورات السياسية والاقتصادية في العالم،كل هذا يوحي بضرورة مسايرة المشرع الجزائري لذلك،وفعلا هو ما حصل بإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية،والذي كان سابقا في كثير من الإجراءات الجديدة في المجال الإداري،ومنها إدراج الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات،والتي تناولتها المواد من 994 إلى 1005،ولتحليل مضامين هذه المواد لا بد من البحث عن مفهوم الوساطة كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية (مطلب أول)،ثم الانتقال إلى سير إجراءات الوساطة والبحث حول مدى فاعلية هذا الإجراء الجديد(مطلب ثاني).

1- للمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك شروق عباس فاضل،"التأصيل التاريخي للوساطة وسيلة بديلة لحل المنازعات"،ص 98 وما بعدها.

2 Caroline Moreau, Brigitte Munoz Perez, Évelyne Serverin, "LA MÉDIATION JUDICIAIRE CIVILE",Journal du droit des jeunes,N° 224,2003,p p32 à 39.

Sylvette Guillemard,Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite,Les Cahiers de droit, Volume 53, Number 2, Faculté de droit de l'Université Laval,June 2012,p 192 .

3Ibid,p101.

## المطلب الأول: مفهوم الوساطة

تنقسم الوساطة كألية بديلة لتسوية المنازعات بصفة عامة إلى نوعين إما يتم اللجوء إلى طرف ثالث محايد لحل إلى على اتفاق الأطراف، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>، وإما يتم اللجوء إلى الوساطة بعد اللجوء إلى القضاء وذلك باقتراح من القاضي وهذا النوع ما يسمى بالوساطة القضائية وهو الإجراء المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الفرع الأول: مفهوم الوساطة القضائية

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك على غرار أغلب التشريعات إضافة إلى أن القانون 09/08، يهتم بالجوانب الإجرائية أكثر من الجوانب المفاهيمية تاركا في ذلك مهمة التعريف بالوساطة القضائية للفقهاء، والذي حاول وضع تعاريف كل حسب وجهة نظره (أولا)، كما يجدر بينا توضيح الفرق بين الوساطة والطرق البديلة المشابهة لها (ثانيا)، كما حددنا الأهمية البالغة للوساطة (ثانيا).

## أولا: تعريف الوساطة

نظرا لحدثة إجراء الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، وهذا ما يمكن أن يؤدي إلى غموض هذا المصطلح لدى الكثيرين ولهذا ارتأينا عرض التعريف الغمي للوساطة (1)، ثم التطرق إلى التعريف الفقهي (2)، وأخيرا نورد التعريف التشريعي للوساطة (3).

## 1- التعريف اللغوي:

الوساطة مصدر وسط الواو والسين والطاء بناء صحيح يدل على العدل والإنصاف وأعدالشيء أوسطه ووسطه<sup>2</sup>.

1 - بالرغم من أن الوساطة الإتفاقية يتم فيها الإتفاق على اختيار شخص محايد يدعى الوسيط، والذي يجب أن يكون متخصصا في موضوع النزاع المعروض عليه - لإعطاء النتيجة المرجوة من الوساطة -، وذلك للإستفادة من اقتراحاته وملاحظاته، التي تساعد على حل النزاع في أسرع وقت ممكن، إلا أن ذلك لا يعني الإستبعاد الكلي لدور القضاء في حل النزاع، على العكس فإنه يشترط في عقد الوساطة الإتفاقية أن يتفق الطرفان على إلزامية الصلح الذي يصدر بالإتفاق ما بين الطرفين، وأن يتم التصديق عليه من طرف سلطة قضائية متخصصة ليكون قابلا للتفيذ، أنظر في ذلك: محمد خليل يوسف أبو بكر، «الوساطة الإتفاقية في حل المنازعات الإقتصادية والتجارية قبل اللجوء إلى القضاء»، رماح للبحوث والدراسات، العدد 34، أغسطس، 2019، ص124.

2-مقاييس اللغة لابن فارس، (6/108).

وفي القاموس المحيط، وسطه توسط أي قطعه إلى نصفين أو جعله في الوسط وتوسطيينهم عمل الوساطة وأخذ الوسط بين الجيد بينهم عمل ذلك التوسط بين المتخاصمين. الوساطة بهذا المعنى تظهر في عدة مجالات التربية الثقافية والسياسية والتجارية وغيرها.

في اللغة الفرنسية يعبر عن مصطلح الوساطة بـ "MEDIATION" وهي كلمة من أصل يوناني كانت تدعى MEDIATO، وهي مشتقة من كلمة "MEDIANE" ومعناها توسط الشيء، ثم اعتمد هذا المصطلح في الموسوعة الفرنسية لسنة 1964.

## 2\_ التعريف الاصطلاحي والفقه

تعرف الوساطة اصطلاحاً على أنها الشفاعة بين شخصين أو أكثر بما فيه منفعة لأحدهم، أولجميعهم، والمنفعة أشمل من أن تكون محصورة في المنفعة المالية بل تعم المنافع المختلفة، كرد الاعتبار وكف الأذى وإيقاف الفتن وزوال القطيعة والشحناء<sup>1</sup>. وبالنظر إلى تعاريف الفقه فنجد أنها اختلفت على حسب النظرة لكل اتجاه.

فوجد أنه في الفقه الغربي ينظر للوساطة على أنها «طريق للتواصل يعتمد على مسؤولية واستقلالية الأطراف مع وجود طرف ثالث حيادي ومستقل ليست له أي سلطة لاتخاذ القرار أو منح الاستشارة، ما عدا أنه يساهم في ربط العلاقة الاجتماعية أو حل النزاع<sup>2</sup>». كما عرفت على أنها «وساطة يتكون من تقديم عملية تفاوض محددة، والتي تتطلب خدمات طرف ثالث محايد ليس لديه سلطة أو سلطة قسرية صنع القرار، لمساعدة الأطراف المتنازعة على إيجاد حلول لها<sup>1</sup>»

3-الصحاح للجوهري،(304/4).

1سلمان بن صالح الدخيل، «الوساطة وأثرها في حل المنازعات»، مجلة قضاء، العدد 187، 6.

2- un processus de communication éthique reposant sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées(les médiateur), dans lequel un tiers impartial neutre, indépendant, sans

pouvoir, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs, favorise par des entretiens confidentiels

l'établissement ou le rétablissement du lien, la prévention ou le règlement de la situation en cause »:

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, La médiation, Que sais -je ?, 5ème éd., PUF, Paris, 2009, p. 15. Michèle guillaume, la

médiation,puf,2009,p71.

كما عرفت كذلك بأنها "الوساطة هي عملية بين الذات والتواصل وغير رسمية، التي تكون المشاركة فيها طوعية أو مقبولة من قبل الأطراف، والتي تتطلب تدخل طرف ثالث يسمى الوسيط الذي يتمثل دوره الأساسي في إدارة وإعادة إنشاء الاتصال بين الأطراف بحيث يمكنهم إيجاد حلولهم للنزاعات بينهم وحل هذه النزاعات"<sup>2</sup>

كما عرفت على أنها «عملية توافقية وطوعية لمفاوضات محددة في سياق أنها «عملية خدمات القاضي، دون سلطة ملزمة وذلك لمساعدة الأطراف على إيجاد حلول لنزاعهم»<sup>3</sup> وبالانتقال إلى الفقه العربي نجد تعريف "أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات، تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج مرفق القضاء عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر"<sup>4</sup>

كم عرفت بأنها "عملية مرنة يقوم فيها طرف ثالث محايد ومدرب جيدا، بتسيير التفاوض بين طرفي النزاع حول تسويته على وجه معين وقدلا تكون هذه التسوية دائما استجابة لقواعد قانونية أو مبادئ قضائية مستقرة"<sup>5</sup>، كما رأى جانب آخر أن الوساطة هي "عملية تدخل طرف

1- La mediation consiste à offrir un processus de négociation spécifique, qui fait appel aux

services d'un tiers impartial qui ne détient ni pouvoir coercitif ni pouvoir

décisionnel, pour aider des parties en conflit à trouver des solutions à leur

litige.

2La médiation est un processus intersubjectif, communicationnel et informel, auquel la participation est volontaire ou acceptée par les parties, et qui nécessite l'intervention d'un tiers que l'on nomme le médiateur ayant pour rôle principal, de gérer et de permettre de rétablir une communication entre les parties afin qu'elles puissent trouver leurs solutions aux conflits qui les opposent et régler ces conflits.

3"Processus consensuel et volontaire de négociation spécifique dans un contexte judiciaire utilisant les services d'un juge, sans pouvoir coercitif, pour aider des parties en conflit à trouver des solutions à leur litige"

4-بريارة عبد الحميد، مرجع سابق، ص522.

5- جاد جابر نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص09.

ثالث يدعى الوسيط لمساعدة شخصين أو أكثر على تبادل المعلومات بهدف التوصل إلى اتخاذ قرار بشأن أمر موضوع النزاع<sup>1</sup>

### 3-التعريف التشريعي:

ليست الوساطة غريبة على المنظومة التشريعية الجزائرية وأول ذكر لهذا الإجراء كان في القانون رقم 02-90 المؤرخ في 06/02/1990<sup>2</sup> المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارستها حق الإضراب حيث جاء تعريفها في نص المادة 10 منه "الوساطة هي إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه"

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن الوساطة هي عبارة عن إجراء اختياري يتفق من خلاله الأطراف على اللجوء لطرف ثالث لحل النزاع وديا وذلك قبل اللجوء إلى القضاء وهي الوساطة الاتفاقية، والتي خرجت عن موضوع عدراستنا والمخصص لدراسة الوساطة القضائية، التي جاء بها قانوننا لإجراء اتالمدنيةوالإدارية.

كما جاء تعريف الوساطة في المادة الجزائية في القانون 15-120 المتعلق بحماية الطفل، حيث جاء في نص المادة الثانية منه "آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل"<sup>3</sup>.

إن المتأمل إلى المواد المخصصة لتنظيم إجراء الوساطة وذلك في الفصل الثالث من الباب الوساطة وذلك 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجد بأن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا واضحا ومحددا للوساطة في حين أنه اهتم باليات تطبيق الوساطة باعتبارها وافدا جديدا على المنظومة التشريعية الجزائرية وهذا أمر متوقع ومستحسن لأن التطبيق أهم من المفهوم.

1-حسين عبد اللاوي"الوساطة في المجتمع الجزائري قراءة سوسولوجية لاستحداث الوساطة القضائية في التشريع الجزائري"،ص03.

2 - القانون 02-90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، الصادر في 06/02/1990، المعدل والمتمم بالقانون 97-91 المؤرخ في

1991/12/21.

3أنظر القانون 15-12، المتضمن قانون حماية الطفل، الصادر في 15 يوليو 2015، جريدة رسمية عدد 39.

وعليه فإننا من خلال تلك المواد استخلصنا نية المشرع في تعريفه للوساطة والتي لم تختلف كثيرا عن التعاريف الفقهية حيث يرى بأنها: هي إجراء يعهد القاضي من خلاله إلى طرف ثالث يدعى الوسيط لحل النزاع بعد موافقة الخصوم وقد يكون هذا الوسيط إما شخصا طبيعيا أو جمعية يعمل تحت رقابة القاضي<sup>1</sup>، ويتمتع بالحياد<sup>2</sup>.

من خلال التطرق لتعريف الوساطة لغة وفقها وتشريعا فقد رأينا أن كل التعريفات تدور في فلك واحد يقر بأن الوساطة القضائية هي التي تكون بعد رفع دعوى قضائية ويقوم القاضي باقتراح إجراء الوساطة على الخصوم وذلك بإدخال طرف ثالث يدعى الوسيط، ليقوم بتقريب وجهات النظر بين الأطراف، وإبداء آرائه واقتراحات في الموضوع، املا في ذلك لحل النزاع بطريقة ودية ينهي بها الخصام نهائيا.

### ثانيا: الفرق بين الوساطة والأنظمة المشابهة لها

إن حداثة إدراج الطرق البديلة لتسوية المنازعات الإدارية في النظم القانونية للدول هذا ما يدعو إلى معرفة مدى جدوى اللجوء لهاته الطرق، وها هي فعلا تعتبر بديلة عن الطريقة الأصلية لفض المنازعات وهي القضاء الإداري إضافة إلى ذلك أن التشريعات العربية بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة لم يتطرقوا إلى وضع تعريف لكل نظام من النظم المقررة قانون لفض المنازعات الإدارية بصفة ودية. مما يتطلب منا محاولة توضيح مفهوم كل نظام على حدي، لمعرفة اختيار المصطلح المناسب وإطلاقه على كل الية من اليات فض النزاع وذلك للإزالة الغموض الذي يواجه الكثيرين ممن يريدون اللجوء لهاته الطرق إن هذا الغموض بين المصطلحات لا نجده في القوانين الأجنبية، لأن مصطلح CONCILIATION يشمل الوساطة والتوفيق والمصالحة أما في القوانين العربية فلكلمصطلح معنى مختلف، وعليه سنوضح الفرق بين الوساطة والتوفيق (1)، ثم الفرق بين (الوساطة والتحكيم (ثانيا)).

1- أنظر في ذلك المواد، 994، والمادة 995، والمادة 997، والمادة 999، من القانون 09/08، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية السابق الذكر.

2- ولكن الأمر المميز في القانون الأردني هو إنشاء إدارة قاضية على مستوى المحاكم الابتدائية، تسمى إدارة الوساطة، والتي تحتوي على وسطاء من بين قضاة المحاكم ابتدائية وقضاة الصلح، كما أن القاضي يمكن له أن يختار وسطاء خصوصيين من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالنزاهة: أنظر المادة الرابعة من القانون رقم 37 لسنة 2003، المتضمن قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12 لسنة 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 25 لسنة 2017، الجريدة الرسمية رقم 4622.

## 1: الفرق بين الوساطة والتوفيق

التوفيق هو نظام يقتضي اختيار الأطراف بإرادتهم، اللجوء إلى هيئة أو فرد لحل النزاع عن طريق التقريب بين وجهات نظر الأطراف لاقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف، مع ترك الحرية للأطراف في الأخذ بهذه الحلول من عدمها.<sup>1</sup> كما يعمل التوفيق على جلب الأشخاص من الرأي المخالف إلى التقاهم.<sup>2</sup>

وعليه فإن عملية التوفيق تتم باختيار الأطراف لطرف ثالث يدعى الموفق، والذي يعمل جاهدا لتقريب وجهات النظر بين الأطراف، مع تقديم اقتراحاته الخاصة سعيا منه في ذلك إلى إيجاد حل ودي، ينهي من خلاله النزاع ويطبق قواعد العدالة والإنصاف.

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا التقارب الكبير بين الخصائص التي يتميز بها التوفيق وبين خصائص الوساطة والتي تشكل نقاط تشابه بينها.

### 1- نقاط التشابه بين الوساطة والتوفيق:

-يعتبر التوفيق والوساطة شكلا من أشكال العدالة القديمة والتي يسبق ظهورها ظهور عدالة الدول والتي تعتبر من الطرق الودية السلمية لحل المنازعات.

-يشترك التوفيق والوساطة في نقطة الاختيارية حيث أن إرادة الأطراف هي التي تحدد اللجوء إليهما.

-يتم العمل في حل النزاع بأسلوب ودي يرتكز على الحوار والتفاوض.

-إن قرار الوساطة والتوفيق لا يشبهان الحكم القضائي بحيث أنهما يفتقران إلى طابع الإلزامية فكلاهما لا يحوزان على قوة تنفيذية بل مجرد اقتراحات لحلول تلفت نظرهم إلى حقوق والتزامات قد تحد من الخلافات والشحناء بين الأطراف، بما يمنع حدوثها مستقبلا.<sup>3</sup>

-التوفيق والوساطة لا يمكن إجراؤهما على جميع المنازعات فيستثنى من ذلك كل ما يتعلق بالحالات الخاصة للأشخاص وكلما يتعلق بالنظام العام.

<sup>1</sup>- عادل عبد العزيز علي "المفاوضات والتوفيق والوساطة كنظم ودية لحل المنازعات"، الورشة التكوينية حول التحكيم ومهارات المحكم، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرباط، 2010، ص26.

2-Ginette latulipe,.,la médiation judiciaire,mémoire présenté a la faculté des études supérieures de l'université aval dans le cadre du programme de maîtrise en droit, facultés de droit, université québec, 2010, p10.

<sup>3</sup>-بن صالح علي،مدى فعالية الوساطة كحل بديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه،قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2019،ص107.

-يشترط في كل من الوسيط والموفق شوط الخبرة والتخصص والنزاهة والحياد.  
-مدة التوفيق والوساطة<sup>1</sup> محددة قانونا.

### ب- نقاط الاختلاف بين التوفيق والوساطة:

بالرغم من التشابه الكبير في إجراءات وأهداف التوفيق والوساطة، فإن ذلك لا يمنع من وجود بعض نقاط الاختلاف والتي لا تشكل فارقا كبيرا بين النظامين.

-مصطلح التوفيق هو الأقدم تاريخيا والأكثر عالمية، حيث ارتبط ظهوره في فرنسا بالقانون 16 و 24 أوت 1790، حيث تم إنشاء التوفيق التحضيري الذي يجريه قضاة الصحفي اختصاص القانون العام من الدرجة الأولى، ثم توسيع هذه الممارسة لتكون اختيارية<sup>2</sup>. وهو يرمز إلى كل الطرق البديلة (الوساطة والمصالحة)، ماعدا التحكيم باعتبار نظام ودي ذو طابع قضائي.

- يعتبر التوفيق أكثر مرونة من الوساطة وذلك لخضوع الوسيط في كل أعماله لرقابة القضاء<sup>3</sup>.

-يرتكز عمل الموفق على محاولة التقريب بين وجهات النظر للوصول إلى فهم أسباب الخلاف، ومحاولة علاجها لكن الوسيط يتعدى دوره إلى أكثر من سماع وجهة نظر كل طرف إلى تقديم اقتراحاته وبدائل قد تساعد على إزالة الشحناء بين الأطراف للوصول إلى تسوية ودية في الحاضر مما يساعد على استكمال التعامل مستقبلا كاقترح مثلا تعديل بعض البنود، أو إلغاء بعض الشروط أو زيادة أو إنقاص في الأسعار<sup>4</sup>... إلخ. فدور الوسيط أكثر إيجابية وفاعلية من نظيره الموفق.

تعتبر الوساطة شكلا حديثا من أشكال الوساطة لذلك فإن البحث عن نقاط اختلاف بينهما لا يعد أمرا سهلا وواضحا وهذا ما دفع الكثيرين إلى الجزم بأنهما نظام واحد مع الاختلاف في التسميات واستحداثها هو فقط لمسايرة التطور الحاصل في العالمون أبرز المنتقدين لهذا الاستحداث للوساطة هو الأستاذ Guillaume honing، والذي انتقد استحداث المشرع

<sup>1</sup> -تنص المادة 966 من القانون 09/08، على أن الوسيط يفصل في النزاع في أجل ثلاثة أشهر قابل للتجديد مرة واحدة.

2-GILBERT COUSTEAUX, SYLVAIN POILLOT PERUZETTO, OP, P 406.

<sup>3</sup> -نبيل لعبيدي، "نظام الوساطة والمصالحة والتحكيم"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم

السياسية، المجلد 05، العدد، 01، ص 231.

<sup>4</sup> -عادل عبد العزيز علي، مرجع سابق، ص 30.

الفرنسي للوساطة فيقانون الإجراءات المدنية لأن البحث عن معايير للتفرقة بين الوساطة والتوفيق هو عمل عبثي أي لا جدوى منه<sup>1</sup>، كما أن سوء التقدير من السلطات العامة في فرنسا في سنوات التسعينيات، دفع بالفقهاء إلى الرد على ذلك، برسم الحدود بين التوفيق والوساطة<sup>2</sup>.

## 2الفرق بين الوساطة والتحكيم:

في ظل غياب تعريف تشريعي للتحكيم فقد اختلف الفقهاء في تعريف التحكيم كل حسب وجهة نظرهما أدى إلى وجود انتقادات لكل جانب، ولكن الرأي الغالب في أن التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يدعون المحكمين، ليفسלו فيه بعيدا عن المحكمة المختصة وقد يكون اتفاق اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم وقد يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم قبل نشوب النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم ويكون حكم المحكمين ملزما<sup>3</sup>.

وهو بذلك وسيلة بديلة عن القضاء يكون الاتفاق على اللجوء إليها فيما يثور بين الأطراف أو فيما يحتمل أن يثور بينهم ليفصل بينهم طرف ثالث يدعى المحكم، وهم الذين يحددون عدد المحكمين، ويعينون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التي يخضع لها<sup>4</sup>. قد تم النص على إمكانية اللجوء للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لتسوية النزاعات كما شهد هذا القانون إمكانية خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم وذلك وفقا لنص المادة 1006. من خلال التعريف السابق يتبين لنا أن التحكيم أيضا يتميز بخصائص تشبه كثيرا العناصر التي تكون نظام الوساطة.

## أ-نقاط التشابه بين الوساطة والتحكيم:

1-« pas plus que son décret d'application [...], ne sort la médiation de la nébuleuse des modes alternatifs des conflits. On cherchera vainement dans ces textes les critères distinguant la médiation de la conciliation »

2 Muriel vrignaud, les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs, thèse de doctorat, universités de nantes, 2016, p68.

3-محمود السيد التحيوي، إتجاه الهيئات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص38.

4- جاد جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم إدارية، مركز البحوث والاستشارات والتطوير، مصر، مجلد 20، عدد 02، أبريل

2002، ص71.

-تعتبر الوساطة والتحكيم وسيلتان بديلتان عن القضاء لحل المنازعات والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-يستعان في الوساطة والتحكيم بطرف ثالث للفصل في النزاع بشكل ودي مع اختلاف في الصلاحيات، لكن الهدف واحد وهو تسوية النزاع بعيدا عن أروقة القضاء.

-يستعين الأطراف بخدمات الوسيط والمحكم في حل النزاع اختياريًا وبناءات على الاتفاق بينهما.

-تنتهي كل من الوساطة والتحكيم باتفاق يدخل دائرة التنفيذ، بحكم حائز على الشيء المقضي فيه، بالنسبة للتحكيم فور صدوره وأما الوساطة بمجرد مصادقة القاضي عليه.

-يشترط في الوسيط والمحكم التحلي بعدة صفات أهمها النزاهة والحياد والخبرة. يشترط في الوسيط والمحكم التحلي بعدة صفات أهمها النزاهة والحياد والخبرة.

**ب-أوجه الاختلاف بين الوساطة والتحكيم:**

بالرغم من كون التحكيم والوساطة من الطرق البديلة لحل المنازعات، والتقاءهما في عديد من النقاط إلا أن ذلك لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية بين النظامين من عدة جوانب.

**ب 1-من ناحية دور الوسيط والمحكم في النزاع:**

-يقتصر دور الوسيط في النزاع على تقريب وجهات النظر بين الأطراف ومحاولة معالجة أسباب الخلاف، وإعطاء مقترحات تساعد على التخفيف من حدة النزاع وترضي جميع الأطراف للوصول إلى حل بينما المحكم فهو قاض خاص يتمتع بسلطات أوسع حتى وإن كان يستمدّها من اتفاق الأطراف إلا أنه يفصل عنهم تماما في ممارسة وظيفته التحكيمية<sup>1</sup>.

-يعتمد الوسيط أثناء عمله على تحقيق المصالح المشتركة للأطراف، ومن ثم فإنه يقوم بتقييم المواقف بناءات على الوقائع، وعدم إنزال حكم القانون عليها، وذلك وصولا إلى حل توفيقى بين الأطراف بينما المحكم قد يعتمد في تسوية نزاعه على بيان حكم القانون، أو على حسب متطلبات العدالة والإنصاف<sup>2</sup>.

1-عادل عبد العزيز، مرجع سابق، ص30.

<sup>2</sup>-والأصل في ممارسة المحكم لسلطته هي التحكيم العادي أو ما يسمى بالتحكيم بالقضاء وهو الذي تلتزم هيئة التحكيم بموجبه بتلك القواعد والإجراءات المطبقة أمام المحاكم، قد يكون القانون الذي يلتزم به المحكم في هذه الحالة إما القانون المتفق عليه بين الأطراف أو القانون الذي يراه المحكمون أكثر ملاءمة للنزاع ويقصد بالقانون هنا بمفهومه الواسع وسواء كان مكتوبا أو غير مكتوب كالمبادئ القانونية العامة والعرف. فالمحكم في هذه الحالة يطبق القانون الموضوعي والإجرائي، كما يمكن للمحكم أن يحكما وفقا للتحكيم الحر، أو كما يطق

-الوسيط لا يملك سلطة القضاء وهو غير ملزم باتباع إجراءات القضاية المعروفة بين المتنازعين، عكس المحكم الذي يتمتع بسلطة قضاية يلتزم فيها بكل إجراءات التقاضي<sup>1</sup>.  
-يحاول الوسيط قدر الإمكان العمل على المحافظة على العلاقات بين الأطراف<sup>2</sup>، مما يستدعي إمكانية التعامل مستقبلا عكس المحكم الذي يسعى إلى حسم النزاع نهائيا بحكم قاطع لا يراعي فيه إلا القواعد القانونية أو قواعد العدالة والإنصاف.

#### ب 2- من ناحية صناعة القرار:

-يساهم الأطراف في صناعة القرار في الوساطة في صناعة القرار فدور الوسيط يعتمد على إرادة الأطراف، وذلك من خلال المقترحات، فالتسوية النهائية تعتمد على الحلول التي يصل إليها الأطراف بمساعدة الوسيط بينما المحكم فإن هو من يصدر القرار بمفرده.

#### ب 3- من حيث الحق في التقاضي:

-لا يمس اللجوء للوساطة بحق اللجوء للتقاضي لأنه لا يعد مسارا قانونيا للفصل في النزاع كما لا يعني ذلك تخلي القاضي عن النزاع، بل يستمر في متابعة مجريات الوساطة، وله في ذلك السلطة في اتخاذ جميع التدابير التي يراها مناسبة، والتي من شأنها أن تساهم في حل النزاع. وإذا فشلت الوساطة في ذلك، يرجع الفصل في النزاع إلى القاضي الأصلي. بينما التحكيم هو قضاء بحد ذاته، ويعد طريقا موازيا للقضاء الأصلي ويؤدي نفس دور بنفس إجراءاته<sup>3</sup>.

#### ب 4- من حيث الرقابة القضائية:

عليه التحكيم مع التفويض بالصلح، أو التحكيم بالعدالة، ومعنى ذلك أن يفصل المحكم في النزاع المعروض عليها وفقا لما يقتضيه إحساسه وما يرى أنه يحقق العدالة والإنصاف متحررا في ذلك من القيود التشريعية الداخلية أو الدولية، وقد كان المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الملغى يتبع نظام التحكيم وفقا للعدالة، ثم تراجع عن ذلك في إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنه أقر في نص المادة 1023 من على أن المحكمين يحكمون وفقا للقانون، وهذا تغيير مستحسن لأن تحرر المحكم من القانون قد يجعله يتبع أهواءه بما قد يحيد عن تطبيق المشروعية، للمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: محمود السيد التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 141 وما بعدها،<sup>1</sup> الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2020، ص 157 وما بعدها، ميثاق طالب عبد حمادي، نهي خالد عيسى، سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، بابل، كانون الأول 2018، ص 1109.

1- أنظر المادة 1019 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2- بن صالح علي، مرجع سابق، ص 102.

3- عبد العزيز علي، مرجع سابق، ص 32.

- يكون قرار الوساطة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن أما حكم التحكيم يكون قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة شأن الحكم القضائي.

### ب 5- من حيث الاختصاص

- بمجرد أن يصدر بتعيين الوسيط، يخطر الوسيط بذلك وبدوره يبدى قبوله للمهمة دون تأخير<sup>1</sup>، أما بالنسبة للمحكم فإن أول إجراء يقوم به قبل النظر في المنازعة المعروضة عليه، هو تحديد مدى أحقيته في الفصل في ذلك، أو ما يعرف بقاعدة الاختصاص بالاختصاص ويعد اختصاص هيئة التحكيم للحكم في اختصاصها من المبادئ الحديثة للتحكيم التي استقرت عليها مبادئ التحكيم التجاري الدولي<sup>2</sup>، وكذلك وفق ما استقرت عليه التشريعات الدولية والوطنية ومعنى ذلك؛ أن المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه في المنازعة المعروضة عليه، فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم من ناحية الأشخاص والموضوع وذلك بناءً على وثائق، ومستندات الدعوى التحكيمية التي يقدمها الأطراف وعلى أساس ذلك قد يقبل الفصل في النزاع أو يرفضه<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: إمكانية تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية

لا أحد ينكر أهمية القضاء الإداري في الدفاع عن الحقوق للأطراف المتعاقدة مع الإدارة، لكن أصبحت الدعوى الإدارية تستنزف سنينا في أروقة القضاء بدرجاته وهذا البطيء في العدالة الإدارية يعتبر ظلماً في حد ذاته فمن حق المتقاضي أن يتلقى حكم المحكمة في وقت سريع وذلك سواء أحكمت المحكمة لصالحه أو ضده فإذا كان الحكم لصالحه حصل المتقاضي على حقوقه وإذا حكمت ضده أعفته من مواصلة أعباء التقاضي المالية والنفسية

1 - أنظر المادة 1000 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

2 - من بين الإتفاقيات الدولية التي أكدت على هذا اعتماد هذا المبدأ الإتفاقي الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 وتحديداً في نص المادة 16 منها، إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول والدول الأخرى وذلك بموجب نص المادة 41 منها، كذلك نجد في المادة 16 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

3 - أنظر في ذلك بالباقي بومدين "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، بتيسميسيلت، المجلد 3، العدد 06، 2018، ص 4، جميلة إبراهيم المجريسي، مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 07، ماليزيا 2019، ص 87،.

لمدد أكثر<sup>1</sup>. وعليه وبما أن علاج الظاهرة هو البحث عن أسبابها لعلاجها فإن الدول ومنذ بداية القرن العشرين اتجهت إلى تبني وسائل أخرى خارجة عن نطاق القضاء الإداري والتي قد تضمن لها العدالة الناجعة في أقل وقت وبأقل التكاليف، فهي من جهة تساهم إلى حد كبير في مساعدة هيئات القضاء الإداري على التقليل من ازدحام القضايا المترابطة لسنين طويلة تنتظر الفصل فيها (فرع أول)، ومن جهة أخرى تساهم في تحقيق عدالة ترضي الأطراف، بحصولهم على حلول في مدد زمنية أقصر، وبتكلفة أقل (فرع ثاني).

### الفرع الأول: أهمية الوساطة بالنسبة للهيئات القضائية الإدارية

عرف قطاع العدالة منذ زمن طويل في الجزائر إصلاحات عديدة مست الهياكل القضائية، غير أنه وبالرغم من سعي الدول الدؤوب لتحسين قطاع العدالة الإدارية، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود مشاكل عديدة تترك العاملین على مستوى هاته الهيئات والمتقاضين كذلك وعليه فإن تبني نظام الوساطة القضائية في المنازعات الإدارية يحل مشاكل الهيئات القضائية (أولاً)، ومشاكل المتقاضين من جهة أخرى (ثانياً).

### أولاً: أهمية الوساطة بالنسبة للهيئات القضائية الإدارية

لعل أكثر جهات القضاء صلة بحماية الحقوق الفردية والحريات العامة هي هيئات القضاء الإداري، لأنه يفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد وبين الإدارة، عندما تتصرف كسلطة عامة، ولا شك أن السلطات العامة تشكل خطراً على حرية الأفراد، هي السلطة التنفيذية ممثلة في الإدارة العامة، بجهاتها المختلفة<sup>2</sup>، فهي التي تنفذ سياسة الدولة في مواجهة الأفراد، لكن فعالية القضاء الإداري تتركه مجموعة من المشاكل بسبب تراكم القضايا (1)، أو بسبب بطء الإجراءات (2)

### 1- التقليل من تراكم القضايا:

بالرغم من الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن الهيئات القضائية في الجزائر لاتزال تعاني من تراكم القضايا على مستواها والتي تنتظر الفصل فيها،

1- ماجد راغب الحلو، "بطن العدالة الإدارية"، مداخلة في الملتقى الدولي حول "دور القضاء في حماية حقوق الإنسان" ديسمبر 1966، القاهرة، ص 03.

2- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 597.

على جميع درجات القضاء الإداري، وهذا راجع إلى التزايد السريع لعدد القضايا المطروحة أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة والتي أصبحت تأخذ مسارات تصاعدية مقلقلة وهذا بسبب كثرة العلاقات القانونية التي تربط بين الأفراد والإدارة إما علاقات من خلال الوظيف العمومي أو من خلال التعاقدات المختلفة ضف إلى ذلك اختلاف دور القاضي الإداري على دور نظيره المدني والجزائي والذي لا يقف دوره عن الفصل في النزاع فقط بل يتعدى ذلك إلى إنشاء القاعدة القانونية، والمساهمة باجتهادات قضائية رغم غياب أو غموض النصوص القانونية<sup>1</sup>.

إن الإحصائيات المتعلقة بعدد القضايا المرفوعة أمام الحاكم الإدارية بالجزائر تظهر أن الهيئات القضائية الإدارية تشهد ضغطا كبيرا، ما يؤدي إلى قلة فرصة الوصول إلى الأحكام القضائية المطروحة على مستواه في تزايد مستمر، إذ بلغ عددها خلال ثلاث سنوات 1874 قضية لم يتم الفصل إلا في 1551 منها وباقي القضايا لا تزال تقبع في أدرج المحكمة تنتظر دورها<sup>2</sup>.

وهذا التراكم في القضايا لا تعاني منه فقط هيئات القضاء الإداري في الجزائر بل حتى في مصر فإن القضايا الأخذ وقتا طويلة في انتظار الفصل يبدأ من ثلاث سنوات وحتى عشر سنوات<sup>3</sup>. بناءات على ذلك فإن الوساطة تعدا متنفسا لتخفيف العبء عن أجهزة القضاء الإداري، بمختلف درجاتها، مما يفتح مجالا للمحاكم والمحامين وحتى الأطراف للمضي قدما في القضايا المعلقة وذلك لما تتميز به الإدارة في الفصل في النزاعات حيث أن مجرد اتفاق الأطراف والقاضي على محضر الوساطة، يجعله سندا تنفيذيا دون انتظار مصادقة أو معاينة هيئة أخرى أعلى درجة. كما أن محاضر الوساطة لا تقبل أي وجه من أوجه الطعن مما يسرع في وتيرة حل النزاعات، وإمكانية الحكم في أكبر قدر ممكن من القضايا، وبهذا تنقص قليلا من التزامم الشديد للقضايا.

يشهد مجلس الدولة في الجزائر النسبة الأكبر من تراكم القضايا وهذا لعدة أسباب أهمها كثرة الاختصاصات الموكلة إليهم قبل المشرع، حيث يعتبر مجلس الدولة قاضي ابتدائي في

1-عزري إنشاء القاعدة القانونية.

2-خلاف فاتح،مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري،رسالة دكتوراه،قانون عام،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد خيضر-بسكرة-،2015،ص123.

3-ماجد رابع الحلو،"بطء العدالة الإدارية"،مرجع سابق،ص02.

منازعات الأشخاص العامة المركزية كما يعتبر قاضي استئناف بالنسبة للأحكام الصادرة من الجهات الابتدائية<sup>1</sup>، ولنا أن نتخيل عدد القضايا التي تحول له من المحاكم الإدارية والتي أصلا تشهدا تراكما للقضايا. إضافة إلى دوره للقضايا. إضافة ذلك في غياب وجود محاكم استئنافية جهوية في التنظيم القضائي الجزائري على غرار الحال في النظام القضائي الفرنسي والتي من شأنها أن تقلل من كثرة القضايا التي أصبحت تفرق العاملين في مجلس الدولة وعليها تطبيقا لوساطة سياسيي عدي في حل أزمة تكديس القضايا، الذي يشهدهم مجلس الدولة في الجزائر.

## 2-بطء العدالة الإدارية:

تعتبر العدالة البطيئة نظاما في ح ذاتها وذلك لأن المتقاضي من حقه أن يصدر له حكم في دعواه في أسرع وقت ممكن سواء أكان الحكم لصالحه ما يجعله يحصل على حقوقه أو كان الحكم ضده مما يعفيه من تكبد أعباء مالية إضافية لمدد أطول. ونظرا لأهمية مبدأ السرعة في العدالة فإن المشرع المصري في دستور 1981 في المادة 68 منه نص على أنه «التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة، وتكفل الدولة سرعة الفصل في القضايا»<sup>2</sup> حتى وإن كانت أحكام وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها الهيئات القضائية الإدارية قد تخفف من أثر طول الفصل في الدعوى على الطرف المتضرر إلا أن هذه الأحكام لا تصدر إلا في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية إذا رأت المحكمة أن نتائج تنفيذ القرارات يتعذر تداركها. فطول مدة التقاضي قد تؤدي إلى زوال المصلحة مع مضي وقت طويل كما أنها قد تؤدي إلى فقدان الثقة في القضاء، مما يؤثر على حماس المتقاضي من طول الانتظار ويملكه اليأس من جدوى القضاء نفسه. ولعل أسباب بطء العدالة الإدارية يعود إلى عدة أسباب:

### 1-تأخر وصول الملفات والوثائق من الإدارة:

لا يمكن الفصل في الدعوى دون الحصول على ملفات وقرارات الإدارة وغالبا ما تتعاس الإدارة عن تقديم ذلك، رغما لآجال الممنوحة لها والإخطارات المتكررة من القضاة وهذا ما يدعو المحكمة إلى تأجيل النظر في الدعوى لحين استكمال الملفات.

### ب- كثرة التأجيلات:

1-أنظر لمادة 901 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2- ماجد راغب الطلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.560.

تلجأ المحكمة للتأجيل عديد المرات لأجال طويلة وقد يكون التأجيل لسبب جوهري، لكنه في غالب الأحيان يكون نتيجة لتقاعس ولا مبالاة الإدارة، والتي قد تطيله لأسباب واهية لمجرد الرغبة في إطالة عمر النزاع، في حالة شعورها بضعف موقفها أمام القضاء الإداري.

### ج- امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية:

أثرت طبيعة العلاقة بين الإدارة والقاضي الإداري على واجب الخضوع لمنطوق الأحكام القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه وأدى ذلك إلى انتشار ظاهرة امتناع الإدارة عن التنفيذ نظرا للفهم الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات والانحراف عن مدلوله الصحيح، الذي يمنع اجتماع السلطة العامة في يد هيئة واحدة، مع ضرورة الخضوع للرقابة المتبادلة، وجعلت الإدارة من المفهوم التقليدي لمبدأ الفصل بين السلطات ذريعة تمنع بها عن الرضوخ لأحكام القضاء، بحجة أن القاضي لا يمكنه التدخل في وظيفة السلطة التنفيذية. إنما يتوقف دوره عند فحص القرار الإداري لتقرير مدى مشروعيته<sup>1</sup>، وتقييم التعويض الناتجة عن العقود الإدارية وذلك دون الانتقال إلى التأكد من مدى التزام الإدارة بالحكم الصادر في حقها أيا كان نوعه. وهذا ما يجعل العدالة لا تأخذ مجراها الحقيقي ولتؤدي دورها الفعال في إعادة لكل ذي حق حقه وعلى النقيض من ذلك فإنه في نظام الوساطة إذا استطاع الوسيط إقناع الأطراف بالتسوية الودية للنزاع فإن الإدارة بمجرد إرضائها على اتفاق الوساطة، تعتبر راضية عن الحل المتوصل إليه ما يعني تنفيذها إياه في أسرع وقت، نظرا لأقناعها به عكس الحكم القضائي المفروض عليها، وهذا ما يحقق العدالة الإدارية.

### ثانيا: أهمية الوساطة لأطراف النزاع

يعتبر الطرف المتعاقد مع الإدارة هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وعلى السلطة القضائية التدخل لإيجاد حل مناسب للنزاع المطروح وذلك لأن الشخص حتى وإن كان متضررا فلا يمكنه أن يقتص حقه بنفسه بل يرفع انشغاله إلى القضاء أو إلى جهة مختصة لفصل النزاعات تقدم له أحسن حلول وبأقل وقت وتكلفة ممكنة وهذا ما يجنيه الطرف المتضرر إذا اختار اللجوء للوساطة في سبيل حل المنازعات مع الإدارة ومن بين الإيجابيات التي تعود عليه البساطة في الإجراءات وقلة تعقيداتها ومرونتها(1)، زيادة فرص الحفاظ على

1-زيد الخيل ترفيق، أحكام القاضي الإداري: بين امتناع الإدارة عن التنفيذ واحترام حجية الشيء المقضي به، رسالة دكتوراه، بقانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

عبد الرحمان ميرة بهجاية، 2019، ص13.

العلاقات الودية بين الأطراف(2)، وأخيرا قلة التكاليف وهي الهاجس الذي يورق كل شخص يطالب بحقه أمام القضاء(3).

### 1- المرونة:

من أهم الأسباب التي أدت بتبني الوساطة تقادي الأساليب التقليدية والشكليات والرسميات، المعروفة في إجراءات التقاضي أمام الهيئات الإدارية والتي ما وجدت إلا لحماية القاضي من الوقوع في الخطأ، وتجعله يلم بكل عناصر القضية من الواقع والقانون دون تسرع أو ببطء وتحيطه في ذات الوقت بكل الضمانات التي تتطلبها مهمته في اداء واجب العدل وتحمي المتقاضي وهي تسمح له أن يعرض أسانيده ودفاعه عن نفسه في سهولة ويسر لتضمن له حكما عادلا مدروسا غير متهور<sup>1</sup>، ولكن كثرة الإجراءات قد تشكل قيودا على الأطراف مما يعيق حل النزاع بالصورة المطلوبة فبخلاف القضاء الإداري لا توجد في الوساطة إجراءات يترتب عليها البطلان إذا تم إغفالها بشرط عدم مخالفة النظام العاملان الوساطة تهدف أساسا إلى اتباع أسهل وسيلة للوصول إلى أفضل حلومنا مميزاتا أن الوسيط يمتلك الحق بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوي النزاع وإذا اعترضه عائق في سبيل إنهاء مهمته يخبر القاضي بذلك من اجل اتخاذ تدابير تساهم في إنجاح العملية<sup>2</sup>. كما أن للأطرفة الحرية في مواصفة حضور جلسات الوساطة أو التوقف والعودة إلى المسار القضائي<sup>3</sup>.

كما تكون جلسة الوساطة أقل صرامة من جلسات المحاكم القضائية كما أن الوسيط يكون أكثر تفهما وتعاطفا من قاضي الموضوع ومع ذلك لأن جلسات الوساطة تعتبر أقل رسمية، من جلسات المحاكمة التي تتعزز بشكل ملحوظ صورة العدالة؛ في سياق يبدو فيه الأطراف على استعداد أكبر لتقديم تنازلات عن الادعاءات المصرح بها أول القضية أملين في إنجاح عملية التسوية الودية<sup>4</sup>.

1-النادي،إجراءات التقاضي،مرجع سابق،ص149.

2-أنظر المادة 999 من القانون 09/08،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،السالف الذكر.

3-أنظر المادة 1001 من القانون 09/08،السالف الذكر.

## 2- المحافظة على العلاقات الودية بين الأطراف:

تضمن الوساطة فرصة للمتخاصمين للالتقاء وعرض وجهات النظر ومحاولة إزالة الإشكالات الناشئة بينهم، وذلك للوصول إلى حل يرضيهم، وذلك بأسلوب توافقي يغلب فيه الطابع الودي بعيدا عن الطريقة الجدية الحادة التي تتميز بها المواجهات أثناء مثول الأطراف أمام قاضي الموضوع مما يزيد من قابلية الرضا بالحكم وهذا ما يدفع إلى احتمالية التعامل مستقبلا بين نفس الأطراف لأن الوسيط القضائي في هذا الحالة يعمل على إقناع الإدارة بتنفيذ التزاماتها التي قد أخلت بها وذلك بتعويض المتعاقد معها

وتبرز هذه الوظيفة الإصلاحية كثيرا في العقود قصيرة الأجل، والتي تنتهي بمجرد إتمام محل العقد، أو الصفة العمومية<sup>1</sup>، ولأن التعاقد هو من أساليب ممارسة الإدارة العامة لنشاطها والذي من خلاله تسعى لتحقيق المصلحة العامة لذلك فإن الإدارة هي الأدرى بالشروط التي وضعتها لذلك غير أن ذلك لا يمنع من أن يقنع الإدارة، بالتعديل في بنود العقد اتفاقيا، بما يعوض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به، مثلا كمراجعة الأسعار تحيينها والتخفيف من حدة الالتزامات<sup>2</sup>.

## 3- السرعة في حل النزاعات:

يستغرق المتقاضي وقتا طويلا قد يتعدى السنين للحصول على حكم نهائي في دعواه سواء كان لصالحه أو ضده، وهو ما يعطل مصالحه، ويثبط عزمته لمواصلة التقاضي، مما يؤدي به عن التخلي عن الخصومة، وفي حالات كثيرة تنتهي القضايا بوفاة الخصوم قبل حصولهم على حقوقهم وهو الأمر الذي يحبز من اللجوء إلى الوساطة التي تتميز بأجال قصيرة جدا لحل النزاع، مقارنة بتلك المعمول بها في هيئات القضاء الإداري فلا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاث أشهر مع إمكانية تجديدها لنفس المدة ولمرة واحدة، إذا رأى الوسيط ضرورة في ذلك، ومع موافقة الخصوم<sup>3</sup>. والتأكيد على ضرورة موافقة الخصومة أمر مستحسن من المشرع الجزائري، لعلمه بالبطء الشديد في العدالة الإدارية القضائية والذي حاول تقديم حل لذلك كما أن الأطراف هم الأحرص على وقتهم لذلك فإن أي طرف يرى بأن تجديد الوساطة لا

1 - عادل عبد العزيز، مرجع سابق، ص 32.

2 - شاشوا نور الدين، أثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، ص 44.

3 - أنظر المادة 996 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

يؤثر عليها سلبا من ناحية تضييع الوقت قبل الوساطة وإن كان العكس جاز له الرفض والعودة إلى المسار القضائي. إضافة إلى ذلك قيد المشرع الجزائري الوسيط أن يحدد الآجال الممنوحة له لحل النزاع وتاريخ تحويل القضية إلى الجلسة<sup>1</sup>.

#### 4- السرية:

تعتبر الخصوصية من أهم المميزات التي يبحث عنها الخصوم، والتي لا تقل أهمية عن حل النزاع، وتزداد الحاجة إلى الخصوصية في العقود الإدارية التي تتضمنها دائما تعاقدات مع أصحاب رؤوس أموال كبيرة والتي لا يريد أصحابها خسارة سمعتهم بسبب الخلافات، والإدارة التي تمثل السلطة التنفيذية والتي لا تريد أن تتأثر علاقتها بالأفراد. لذلك فإن اللجوء للوساطة يضمن لها هذه الخصوصية التي لا نألفها في المحاكمات التي تكون، غالبا علنية على مرأى ومسمع من الجميع<sup>2</sup>، وعليه فإنه حتى إذا فشلت مساعي الوسيط في حل النزاع فإنه لا يمكنه استعمال ما سمع من أقوال أو ما اطلع عليه من ملفات، أثناء المحاكمة القضائية، وهذا ما جاء به نص المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يلتزم الوسيط بحفظ الأسرار إزاء الغير"، كما أن صيغة اليمين التي يلتزم الوسيط بالإدلاء بها تتضمن تعهد الوسيط بالحفاظ على أسرار مهمته<sup>3</sup>، وعليه فإن أساس مسؤولية حفظ الوسيط لا سرارا الخصوم، لأنه تحصل على هذه المعلومات بحكم وظيفته لا بحكم شخصه بمعنى أن الأسرار التي يجب المحافظة عليها هي كل ما سمعه في جلسة الوساطة<sup>4</sup>. إن حرص المشرع الجزائري على حفظ أسرار جلسة الوساطة من قبل الوسيط لا ينفي إغفاله لإدراج مادة أخرى تنص على عدم قابلية هذه الأسرار للاستغلال من قبل طرف ضد الآخر في المحاكمة القضائية في حال في الوساطة بينما بالرجوع إلى المشرع الأردني نجده أورد ذلك في المادة الثامنة منه "تعتبر إجراءات الوساطة سرية ولا يجوز الاحتجاج بها أو بما تم فيها من تنازلات من أطراف النزاع أمام أي محكمة أو جهة كانت "

1-أنظر المادة 999، نفس المرجع.

2 عبد الله عبد الرحمان الجناحي الخطيب، "مبدأ السرية في إجراءات التسوية الودية للمنازعات"، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية تصدرها أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، م 23، 2015، ص 61.

3-المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-100، المتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي، الصادر في 10 مارس 2009، جريدة رسمية، عدد 16، الصادرة في 15 مارس 2009.

4- علاوة هوام، الوساطة كحل بديل لحل النزاع وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 132.

كما أكد المشرع الفرنسي أكد على أنه ما يكتب ومائفا خلال جلسة الوساطة سري<sup>1</sup>، وبالتالي فإن ملا حظا الوسيط وملفاته يحتفظ بها في مكتبه ولا يتم بالاحتفاظ بملف الوساطة في مكتب المحكمة لا ينبغي لقاضي الموضوع أن يعرف حتى أن الأطراف مستعدة لتقديم تنازلات، والأطراف حتى إذا سمعوا أسرار بعضهم لا يمكنهم استخدامها بشكل رسمي أي أمام القاضي.

كما شهدت محكمة الإستئناف بباريس دعوى من أحد الأطراف الذين لجؤوا إلى الوساطة، ورفع أحد الأطراف دعوى قضائية ضد محاميه على أساس المسؤولية المهنية ، لأن المحامي لم يقدم له النصيحة أثناء جلسة الوساطة، ما جعله يقبل بمبلغ ضئيل في التسوية النهائية، وزعم أن الوسيط ذكر أن سبل الإنصاف للمدعي انتهت بالتقدم، وأن دعواه مبالغ فيها مقارنة بما اعتادت المحاكم أن تمنحه في قضايا مماثلة، أراد المستأنف أن يبرر كلام الوسيط ،مما دفع قاضي المحكمة إلى للإعتراض ،على أساس أن الوساطة اتفاق سري ،موقعة من جميع الأطراف والتي بموجبها لا يمكن استدعاء الوسيط للمثول أمام المحكمة. كما خلصت المحكمة إلى عدة نتائج أهمها: 'كما أنه صاحب التزام السرية هذا، ولم يتنازل عن حقه في السرية فلا يمكن إثبات أقواله دون موافقته"<sup>2</sup>، كما أن المحكمة ذهبت إلى أنه "في جلسة الوساطة ،يقوم أحد الأطراف بالإدلاء بمعلومات إلى الوسيط ويطلب منه إفشاءها للطرف الآخر ،غالبا ماتكون هذه المعلومات التي تتيح لأحد الأطراف شرح موقفه دون أن يكون من المفيد إيصالها إلى الطرف الآخر، تعتبر سرية بعض التبادلات والضمانات الممنوحة للأطراف في هذا الصدد شرطا أساسيا لأستمرارية المصالحة القضائية"<sup>3</sup>، يهدف حكم محكمة الإستئناف الفرنسية إلى السماح للأطراف بالتعبير عن آرائهم

1-L151-16 CODE PROCEDURE ADMINISTRATIF.français.

Muriel VRIGNAUD, Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratif, these de doctorat, en droit public, université de Nante, 2016, p. 200.

2« également titulaire de cet engagement de confidentialité, n'ayant pas renoncé à son droit à la confidentialité, ses paroles ne peuvent être mises en preuve sans son accord.

3-"Dans une séance de médiation, une partie communiquera au juge-médiateur des renseignements et lui demandera de ne pas les dévoiler à la partie adverse. Ce sont souvent des renseignements qui permettent à une partie d'expliquer sa position sans qu'il soit utile de les communiquer à la partie adverse. La confidentialité de certains échanges et l'assurance donnée aux parties à cet égard est une condition essentielle à la viabilité", LA MEDIATION JURIDIQUE, OP, P38.

بحرية، دون خوف من أن يتم استغلال أقوالهم لاحقا من طرف الوسيط، أو من طرف الخصم، أمام القضاء وهذا حفاظا على ميزة السرية كخاصية من خصائص الوساطة القضائية. وهذا ما جعل قاي المحكمة العليا في قضية CIMENT CANADA، والتي تدور وقائعه حول دخول طرفين في مفاوضات بهدف تسوية مطالب للمدعي، وبسبب عدم تمكنه من التوصل إلى اتفاق، قام باجراءات قضائية يقدم فيها مستندات معينه تم تبادلها خلال المفاوضات، فعارض المدعي عليه استخدام هذه الوثائق، ورفض تسليم المعلومات التي بحوزته، متذعرا بامتياز السرية، وهذا ما أيده المحكمة في قرارها حيث جاء فيه أن "قاعدة استبعاد الأدلة بدافع الرغبة في تفضيل التسوية خارج المحكمة، هذه القاعدة تجعل من الأدلة غير مقبولة، في عروض التسوية أو الإقرار بمسؤولية أحد الأطراف، المقدمة في سياق المفاوضات بهدف تجنب التقاضي والتي بدون هذه الحماية يمكن أن تشكل اعترافات خارج نطاق القضاء"<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: إمكانية تطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية

كما سبق وأشرنا فإن المشرع الجزائري استحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطرق البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، وتحديدا في الكتاب الرابع منه الخاص بالإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري، غير أنه لم يورد أي نصوص قانونية تنظم خضوع أشخاص القانون العام إلى نظام الوساطة، كما هو الحال بالنسبة للصلح والتحكيم، وهذا ما دفع بالإنقسام اراء لبقهاء حول قابلية خضوع المنازعات الادارية للوساطة من عدمها.

إن هذا الموقف المبهم والغامض اتجاه تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية، لم يكن جديدا بل سبقه كذلك نقاش بين الفقهاء في فرنسا، نظرا لعد ورود ذكر المنازعات الإدارية وامكانية خضوعها للوساطة في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، قبل أن يفصل المشرع الفرنسي ذلك الإنقسام ويعبر صراحة عن نيته في قانون القضاء الإداري، حيث تضمن

1 Une règle d'exclusion de preuve motivée par le désir de favoriser le règlement hors cour. Cette règle rend irrecevable en preuve des offres de règlement ou des admissions quant à la responsabilité d'une partie, avancées dans le cadre de négociations dans le but d'éviter un litige et qui, sans cette protection, pourrait constituer des aveux extrajudiciaires ».

نصوص قانونية تبيح لأشخاص القانون العام بالخضوع للوساطة للفصل في منازعاتها، وذلك بالنسبة للقضايا التي تختص بها المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الإستئنافية<sup>1</sup>. وعليه فإننا سنقوم بتسليط الضوء على الآراء المعارضة لتطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية (أولاً)، ثم نعرض على تحليل موقف الإتجاه المؤيد لتطبيق نظام الوساطة على المنازعات الإدارية

### أولاً: الإتجاه المعارض لإمكانية خضوع منازعات العقود الإدارية للوساطة:

إن البحث في نية المشرع الجزائري بشأن اقتصار إجازته لأشخاص القانون العام اللجوء للصلح والتحكيم لحل المنازعات التي تثار جراء تعاقداتهادون الوساطة، أمر صعب ولكن أرجع مؤيدي رأي المشرع الجزائري على إسقاط الوساطة من قائمة الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية إلى سببين:

### 1- المحافظة على النظام العام

إن المشرع الجزائري لم يستبعد المنازعات الإدارية من الوساطة صراحة، إلا أنه بموجب المادة 997 منه استثنى المنازعات العمالية<sup>2</sup> وقضايا الأسرة<sup>3</sup>، وختمها بكل المسائل التي

1-خلاف فاتح، مرجع سابق، ص166.

2-استبعد المشرع الجزائري إجراء الوساطة القضائية على المنازعات التي تثار بمناسبة علاقات العمل، وذلك لأن المشرع الجزائري خصص قانوناً مستقلاً تحت مسمى قانون الوقاية من نزاعات العمل، وهذا يدل على أنه يركز كثيراً على السبل الودية ولا يفضل اللجوء إلى القضاء للمحافظة على التعايش السلمي بين العمال وأرباب العمل، لما يعود بالنفع عليهم وعلى زيادة الإنتاجية في المؤسسات، فبتبدأ تسوية النزاعات العمالية بإجراء المصالحة والتي تكون على مستوى مفتشية العمل في جلسة يتأسسها رئيس المفتشية يسعى من خلالها تقريب وجهات النظر بين الأطراف للوصول إلى حل ودي مرضي، ولكن في حالة فشل المصالحة يمكن للأطراف الإتفاق على اللجوء إلى إجراء الوساطة والتحكيم، وتختلف الوساطة المتعلقة بتسوية منازعات العمل بتلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في المادة 11 من القانون 90-02، أنه "يتلقى الوسيط من الطرفين جميع المعلومات المفيدة للقيام بمهمته ويتعين عليه أن يتقيد بالسر المهني إزاء الغير في كل المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته، وتساعد الوسيط في مجال تشريع العمل، بناءً على طلبه، مفتشية العمل المختصة إقليمياً/كما تناولت المادة 12 منه " يعرض الوسيط على الطرفين، خلال الأجل الذي يحدده اقتراحات لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل توصية مغللة، ويرسل نسخة من التوصية المذكورة إلى مفتشية العمل المختصة إقليمياً"، ويظهر من خلال هذه المادة أن أجل إجراء الوساطة يكون باتفاق الأطراف وهذا مختلف عما هو وارد بشأن الوساطة القضائية والتي يكون أجل إجرائها مدد قانون بأجل ثلاثة أشهر كحد أقصى، مع إمكانية التجديد لمرة واحد ولنفس المدة، إضافة إلى ذلك فإن هذه المادة تصف قرار السيط بالتوصية وهذا يدل على أن هذا القرار لا يرقى إلى أن يكون سندا تنفيذياً في مواجهة الأطراف المعنية بإجراء الوساطة، فالأخذ به أمر جوازي، أنظر في ذلك القانون 90-02، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المؤرخ في 6 فبراير 1990، الجريدة الرسمية عدد 06.

3- لا يجوز إعمال الوساطة في المنازعات التي تخص قضايا الأسرة، وذلك لرغبة المشرع في بسط الولاية العامة للقضاء على هذه المنازعات، نظراً لحساسيتها ولما تتضمنه من أسرار شخصية تصل إلى المس بكرامة الأشخاص، إذا تم التعهد بها إلى شخص غير مختص في القانون، وبخاصة وأن هذه القوانين التي تنظم شؤون الأسرة جد مرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن شؤون الأسرة تتدخل النيابة العامة وجوبا، وعليه فإن أكثر شخص يمكن الثقة به لحل مثل هذه النزاعات هو القاضي ومن أمثلة ذلك ما يتعلق بقضايا الطلاق، حيث

تمس بالنظام العام، وهذه العبارة ماجعلت الكثيرين يرون بأن الوساطة تدخل في المسائل التي تمس بالنظام العام<sup>1</sup>، مع أنه لا يمكن حصر النظام العام في مجال معين دون الآخر، لما يتمتع به من مرونة وقابلية للتطور السريع، بما يحقق المصلحة العامة، تظهر عدم إمكانية وضع مفهوم للنظام، على التشريع الجزائي حيث أن المشرع أورد مصطلج النظام العام في المواد القانونية سواء المتعلقة بالنظام الخاص<sup>2</sup> أو العام<sup>3</sup>، دون أن يحدد مفهومًا لفكرة النظام العام.

يكثر الحديث في القانون الإداري<sup>4</sup> عن النظام، وذلك باعتبار أن النظام العام دائماً ما يسعى إلى الحفاظ على الحياة المجتمعية العامة، كما أن الإدارة العامة لا تملك الحق في التصرف

جاء في نص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"

1- يعتبر النظام العام من المفاهيم المطاطة والمرنة، نظراً لشموليتها وصعوبة الاتفاق على الإلمام بكل جوانبه وعموماً هناك من يرى بأن النظام العام هو مجموعة الشروط اللازمة للأمن والأداب العامة، التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين، بما يناسب علاقتهم الاقتصادية. /كما أنها تمثل الأسس التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان من دونها، فقواعده تسعى إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية، تتعلق بنظام المجتمع وتسمو على مصلحة الفرد ولا يجوز مخالفتها كون المصالح العامة تسمو على المصالح الخاصة للأفراد/وعليه فإن مفهوم النظام العام مفهوم نسبي يتعلق بتطور المجتمعات واختلاف مبادئها فما يعتبر نظام عام في دولة قطعاً لا يعني ذلك في دول أخرى، أنظر في ذلك: فيصل انسيغة، رياض دنش "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 166 وما بعدها، منال بوروح، "مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص 287 وما بعدها.

2- حيث جاء في القانون المدني قواعد امرة تنهي عن الإتيان بأفعال معينة لأنها تمس بالنظام العام وتحديداً في القسم الثاني من القانون الذي يتضمن شروط العقد، نأخذ على سبيل المثال: جاء في نص المادة 93 منه أنه "إذا كان محل الإلتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والأداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" /كما أشارت المادة 97 منه إلى "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلاً" ومن خلال ذلك فإن المشرع قد وضع قواعد امرة في مواجهة الأفراد المخالفين للنظام العام داخلياً/كما تناول في الفصل الثاني من الباب الأول والمعنون بتنازع القوانين من حيث المكان قواعد امرة في مواجهة مخافين النظام العام خارجياً في المادة 24 حيث جاء فيها "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الأداب العامة في الجزائر، وأثبت له الإختصاص بواقعة الغش نحو القانون".

3- كما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص المنازعات الإدارية حيث اعتبر المشرع أن شرط الصفة من النظام العام وهو ما ينتج عنه آثاره تلقائياً حيث جاء في المادة 13 "لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أ محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في التمدعي أو المدعي عليه كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"

كما جاء في المادة 807 "الإختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام يجوز إثارة الدفع بعدم الإختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي".

4- ويرتكز مفهوم النظام العام على الثلاثية التقليدية وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العمومية والمعروفة بالمعيار المادي الذي يعد شرطاً لاعتبار السوك منافياً للنظام العام، والذي يستوجب معه تدخل السلطة العامة في الدولة بممارسة سلطات الضبط الإداري، ولكن مجلس الدولة الفرنسي طور من العناصر المادية السالفة الذكر، وكريس المعيار اللامادي للنظام العام، والمتمثل في الأداب العامة والكرامة الإنسانية، للمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: مريم بن عباس، "العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 07، العدد الأول، 2020، ص 196 وما بعدها.

في الأموال المعهودة إليها، وذلك لأن التصرف في المال العام يعد خرقاً صارخاً للنظام العام<sup>1</sup>، وعليه فإن الإدارة وهي طرف في الوساطة لا يجوز لها التصالح حول تنازل عن المال العام للوصول إلى حل لتسوية النزاع. كما أنه لا يمكن الإتفاق على التنازل على قواعد الإختصاص، كما أنه من غير المعقول أن تتصلح الإدارة على قرار غير مشروع فهذا يعدا مساساً بأهم مبدأ في القضاء الإداري وهو مبدأ المشروعية، أو إجراء تصالح حول مبدأ حجية الأمر المقضي به<sup>2</sup>.

## 2- عدم المساواة بين أطراف النزاع:

تتميز العقود الإدارية بطابع خاص يختلف عن سائر العقود المعروفة، في القانون الخاص، حيث إنها لا تسلم بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فتتمتع لإدارة بحقوق امتيازات لا يتمتع بمثالها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على مصلحة المتعاقد الخاصة، وتتجلب امتيازات لإدارة هذ في كافة مراحل العقد الإداري منذ إبرامه حتى اكتمال تنفيذه، فتملكا لإدارة على سبيل المثال الحقا استبعاد بعض الأشخاص من الصلح، فقاتالعمومية، لأسباب خاصة تقدرها هي،

كذلك تمكنا استبعاد بعض العطاءات قبل اللبث قبل المناقصة بقرار مسبب تصدره لجنة البت، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد فضلاً عن حقوق وسلطات أخرى<sup>3</sup>. كل هذه الإمتيازات تؤدي إلى الإعتراف بخصوصية المنازعة الإدارية التي تثور بشأن العقود الإدارية، والتي تشكل ضرورة خضوعها في منازعتها إلى القاضي الإداري دون غيره، وذلك لإمامه بجميع مواضع القانون الإداري، عكس الوسيط القضائي الذي يعتبر غريباً عن القانون الإداري.

لطالما كان القاضي الإداري<sup>4</sup> صاحب الإختصاص الأصلي بتسوية منازعات العقود الإدارية،

1- فقد جاء في القانون المدني وتحديداً في نص المادة 688 منه على أنه "تعتبر أموالاً للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقضى نص قانوني لمصلحة

عامة، أو لإدارة أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسات اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتياً أ لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية"، وعليه فإن كل ماتحوزه الإدارة من هياكل ومباني إدارية، وماتحتويه من لوازم مكتبية، وأجهزه، وماتحتويه خزنتها من سيولة مالية فهو ملك للدولة ولا يحق لها مطلق التصرف فيه وهذا ما أنته نص المادة 689 من نفس القانون حيث جاء فيها أنه "لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص لهذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، وعند الإقتضاء شروط عدم التصرف فيها"

2- شغيفة بن صاولة، الوساطة والنزاع الإداري، مداخلة أقيت في الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة، 2009.

3- مازن ليلو راضي، "مشروعية اللجوء بالنالوساتلابديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد التاسع، مصر، يونيو 2017، ص 538.

4- كثيراً ما ربط فقهاء القانون الإداري المنازعة الإدارية بالقاضي الإداري، فإن مفهوم المنازعات الإدارية بالمعنى الضيق يشمل جهات القضاء المختصة في المنازعات الإدارية، والقاضي الإداري الفاصل فيها، وشروط قبول المنازعات الإدارية، وطرق الطعن في الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية/ كما أنه في فرنسا يشير مدلول المنازعات الإدارية بالمعنى الواسع لها كل ما يتعلق بالنظام القانوني لنظرية الدعوى الإدارية، من حيث قواعد الإختصاص القضائي والإجراءات المحددة لتحريك الدعوى الإدارية، أمام الهيئات القضائية المختصة، نفهم من خلال

وذلك لأن القاضي الإداري هو الأدرى بكل هذه الخصائص، وهو الأجدر على الحفاظ على خصوصية المنازعة الإدارية التي قد تتعرض للمساس إذا فصل فيها شخص من أشخاص القانون الخاص والذي لزاما سيمس أيضا بالنظام العام<sup>1</sup>.

تعقبا منا على الأثرء السابقة، والمناهضة لفكرة تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية، والتي أسس أصحابها موقفهم، بناءات على حجج ومبررات منطقية ومعقولة وهذا حرصا منهم على الحفاظ على النظام العام وخصوصية المنازعة الإدارية لكن ليس عدلا أن يحرم المتقاضون من إمكانية اللجوء للوساطة للاستفادة من للاستفادة ناحية السرعة في الفصل، وقلة التكاليف. وعليه فلا بد من خلق توازن للحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة، وتمكين المتعاقدين مع الإدارة من الاستفادة من إيجابيات الوساطة وذلك من خلال استحداث اصلاحات في مجال القضاء الإداري تتمثل في:

-الاهتمام بتكوينات الوسطاء في كل ما يتعلق بالقانون والقضاء الإداريين.

-الاستعانة بالقضاة المتقاعدين، واعتمادهم كوسطاء قضائيين.

-رقابة القاضي الإداري على كل مراحل الوساطة بما يشمل ذلك اتخاذ إجراءات صارمة تؤدي حتى إلغاء إقرار الوسيط في حال التأكد من مخالفة النظام العام.

-إمكانية متابعة الوسيط جزائيا في حال ثبوت تعمدته الإخلال بالنظام العام<sup>2</sup>.

**ثانيا:الاتجاه المؤيد لتطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية:**

لقد ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بجواز تسوية النزاعات الإدارية عن طريق

الوساطة، باستثناء الحالات التي يحظر المشرع الوساطة فيها أو صدر بشأنها نص

باستثناء الحالات التي يحظر المشرع الوساطة فيها أو صدر بشأنها نص

تشريعي خاص، يحيل النظر فيها إلى الجهات خاصة، إذ يربى هؤلاء أن المشرع

هذه المفاهيم كأن الفقهاء متمسكون بأن القاضي افداري هو المختص في الفصل في المنازعات الإدارية بجميع أنواعها، ولا يعترفون بشخص اخر غيره للقيام بذلك، أنظر في ذلك: عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص223 وما بعدها، سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، 2009، ص4.

1-أغليس بوزيد، "عن تأثر خصوصية المنازعة الإدارية بفكرة النظام العام في تسويتها بطريق الوساطة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، ص304-314.

2كما أنه لا يمكن أن ننسى أن القضايا التجارية والعقارية والمدنية إذا ثبت أنها تعارض النظام العام فلا يجوز تطبيق الوساطة عليها.

باستحداثها للوساطة ولمرة إنما استهدف من وراء ذلك مواكبة التطورات التي عرفها القانون المقارن (1)، إضافة إلى ذلك خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أي نص يمنع ذلك (2)

### 1: مواكبة التطور الحاصل في العالم:

جاء في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 08

المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبارة "مسايرة تطورات القوانين المقارنة، خاصة تلك التي تشابه فيها تنظيماتها القضائية مع التنظيم المعمول به لدينا" <sup>1</sup>

لاشكفاً أنتشجيعاً للجوء بالطرق البديلة لتسوية النزاعات الإدارية، إنما يعتبر مناهماً لموضوعات التي عرفت تطوراً كبيراً في القانون المقارن إذ أحرزت تقدماً في التشريعات الداخلية للعديد من الدول، كما أوردت الأعمال التحضيرية لمشروع ذات القانون، الإحصائيات للدول التي بادرت بتبني الوساطة وذاع صيتها في ذلك من خلال تحقيقها للأرقام لا بأس بها في عدد القضايا التي، تم الفصل فيها بإجراء الوساطة<sup>2</sup>، لذلك فقد سعى المشرع الجزائري إلى الاستفادة من تجارب الدول السبقة في اعتماد الوساطة القضائية كحل بديل لحل النزاعات، وذلك لاجتباب كل العراقيل التي تصعب من استرداد الأطراف لحقوقهم وحل خلافاتهم..

إن الجزائري تعيش في عصر كل الدول تسعى فيه إلى التطوير المستمر من إمكانياتها وذلك بإدراج طرق بديلة لتسوية النزاعات على غرار الوساطة والتحكيم تستقطب بها الاستثمارات الأجنبية والتي لا يثق فيها عادة الأطراف بقضاء الدول الأخرى ويحس بالأمان اتجاه الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية<sup>3</sup>.

وهو الأمر الذي يمكن أن يستفاد أيضاً من بعض النصوص الخاصة على غرار

المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أجازت المادة 4153 منه للدول والأشخاص المعنوية العامة، اللجوء إلى

1- نقلاً عن بن صاولة شفيقة، مرجع سابق.

2- حيث تشير الإحصائيات الواردة في مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الدول الآتية: هولندا: في آخر إحصائيات لها أكدت على نسبة 65 بالمائة، هي نسبة المنازعات

الإدارية التي نجحت الوساطة في الفصل فيها، بريطانيا: حيث ومنذ سنة 1990 فرض على المحامين اللجوء إلى الوساطة قبل اللجوء للمحكمة وإلا اعتبروا مخلين بواجبهم

المهني، الولايات المتحدة الأمريكية: بمقاطعة مساشوسيت يفرض القاضي الإداري الوساطة على أطراف النزاع، سويسرا: فمنذ سنة 2007 نص القانون الفيدرالي على الوساطة في المادة

الإدارية، وكذا بلجيكا وسلوفاكيا، وهنغاريا،...، في حين أن السويد، البرتغال، فنلندا، الدانمارك، في طريق تنظيمها للوساطة كطريق بديل لفض النزاعات، نقلاً عن فاتح، مرجع سابق، ص 209.

3- أغليس بوزيد مرجع سابق، ص 315.

4- حيث جاء فيها "

الحلول الودية لتسوية النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، التي تبرمها وقد ألزمت المصلحة المتعاقدة بتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود الصفقات العمومية بطريقة وديكا كما أن المشرع لم يحدد أي الطرق المسموحة لحل منازعات الصفقات العمومية بل ترك المجال مفتوحا بناءات على إرادة الأطراف.

## 2- من خلال مواد قانون الاجراءات المدنية والادارية:

إن المشرع الجزائري لم يستثني الوساطة من المواد الإدارية، وعبارة النظام العام كما رأينا لا تعني بذلك استبعاد الوساطة تماما فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة على جواز إجراء التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الإدارية بموجب المواد .، ونفس الشيء بالنسبة للتحكيم حيث أقر بموجب المادة 975 كإجراء يباشره القاضي الإداري كطريق بديل بالمادة 1006 واستثنى بصريح النص أشخاص العامة من التحكيم في علاقاتها الأخرى والتي تخرج عن نطاق علاقاتها الاقتصادية و في إطار الصفقات العمومية وهذا لا يعني المساس بالنظام العام، وعليه فإن الوساطة أيضا غير مستثناة من النزاع الإداري وعدم ذكرها صراحة قد يكون من باب التأثير الكبير بالمشرع الفرنسي الذي لم يذكر<sup>1</sup> هو الآخر امكانية إجراء الوساطة على المنازعة الإدارية حين نص على الطرق البديلة لتسوية المنازعات الإدارية في قانون الإجراءات المدنية في قانون 1995. ولكنه صدور قانون القضاء الاداري أعلن ذلك صراحة بموجب المادة L-211-4 على أن يمكن إجراء الوساطة المنازعات التي تصدر عن المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية حين جاء في الفصل الاول مكرر 2 من الكتاب السابع من قانون القضاء الإداري الفرنسي جملة من النصوص القانونية التي تنظم إجراء الوساطة على المنازعات الإدارية<sup>2</sup>.

1 - لم يذكر المشرع الفرنسي صراحة موقفه من جواز الوساطة في المنازعات الإدارية، من عدمها ما ترك انقساما في الآراء بين الفقهاء بين مؤيد وعارض كما كان في الجزائر، ولكن ذلك لم يمنع تسجيل إجراء الوساطة على العقود الإدارية وذلك في المحكمة الإدارية بليون، حيث عرض القاضي الوساطة على أطراف من أجل حل نزاع حول عقد الإمتياز، أنظر في ذلك: خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 168.

<sup>2</sup> - dans l'article L. 771-3 que les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en oeuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi du 8 février 1995 modifiée ; - dans l'article L. 771-3-1 que les juridictions régies par le présent code, saisies d'un litige, peuvent, dans les cas prévus à l'article L. 771-3 et après avoir obtenu l'accord des parties,

إضافة إلى ذلك فإن المشرع لو أراد استبعاد الوساطة نهائيا من المنازعة الإدارية لحدد ذلك بموجب نص صريح كما فعل سابقا في قانون الإجراءات المدنية الملغى حين أكد على أن أشخاص القانون العام لا يمكنهم اللجوء للتحكيم في تعاقداتهم وعليه تجوز الوساطة في منازعات القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء الذي يعتبر قضاء مشروعية، وهي أهم مظاهر النظام العام فلا يعقل أن توكل هذه المهمة لشخص غريب عن أروقة القضاء الإداري<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: تطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية

يتمثل مضمون الوساطة القضائية في إدخال طرف ثالث يدعى الوسيط، للمساعدة في حل النزاع وذلك بمحاولته التقريب بين وجهات النظر للأطراف لإيجاد حل نزاع غير أن ذلك لا يعني سحب الاختصاص من القاضي الإداري بل يبقى مشرفا على كل إجراءات الاختصاص من تعيين الوسيط (الفرع الأول)، ومراقبة سير إجراءات الوساطة (الفرع الثاني)، إلى غاية تحقيق آثار الوساطة (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: تعيين الوسيط

يعتبر الوسيط القضائي أم طرف في الوساطة القضائية فهو الشخص الذي يتولى مهمة ربط الحوار بين الخصوم ومساعدتهم للتوصل إلى حل ودي للنزاع فهو يقوم أساسا بالربط بين مصلحتين، ولا يهدف إلى إرضاء الطرفين لشخصهم بل ليتوصل بهم إلى حل ودي للنزاع<sup>2</sup>. لم يوضح المشرع الجزائري تعريفا للوسيط لكنه حدد آلية اختياره (أولا) والشروط الواجب توفرها فيه (ثانيا) وحقوقه وواجباته ثالثا

#### أولا: آليات اختيار الوسيط

ألزم المشرع الجزائري القاضي بعرض إجراء الوساطة على الخصوم، وذلك نص المادة 994

ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci ; - dans l'article L. 771-3-2 que saisie de conclusions en ce sens.VOIR Gilbert cousteaux , Sylvaine poillot peruzzetto,op,p 423.

1-قويدر منقور،"العوائق الإجرائية أمام إعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية"، مجلة القانون، العدد 05، ديسمبر 2015، ص26.

2-حمادو محمد الأمين،"مكانة الوسيط القضائي في تفعيل الوساطة لتسوية النزاع الإداري"،المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية،المجلد 5،العدد2015،9،ص54.

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتظهر هذه الإلزامية من استعمال المشرع لمصطلح "يجب" عوض يجوز، وهذا دليل على اهتمام المشرع الجزائري بهذا الإجراء الجديد، ومحاولته للتسريع من انتشاره في كل المحاكم من خلال إجبار القاضي على عرض إجراء الوساطة على كل أطراف الدعاوى التي يفصل فيها، باستثناء تلك المحظورة بموجب نص، والتي يمكن أن تمس بالنظام العام.

### 1- شروط أمر تعيين الوسيط:

يتم تعيين الوسيط بموجب أمر يصدره قاضي الموضوع، ويجب أن يتضمن هذا الأمر موافقة الخصوم على إجراء الوساطة، وهذا أمر يزيد من إثبات الخاصية الودية للوساطة، والتي تعتمد في الأساس على سلطان إرادة الأطراف، في اللجوء إليها أو رفضها، كما أن هذا الأمر لا بد أن يتضمن الاجال الممنوحة للوسيط والتي يتمكن من خلال من إنهاء مهمته، وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة<sup>1</sup>. بمجرد صدور الأمر بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم وهذا يعتبر من إيجابيات هذا الإجراء، والذي يعبر عن المكانة الهامة للوسيط القضائي، حيث تبلغه بأمر تعيينه يختلف عن أمر تعيين الخبير، والذي يتولى الخصوم هذه المهمة والذي يبلغه الطرف المهم بالتعجيل بإجراء الخبرة<sup>2</sup>، ولكن في مسألة أخرى فإن المشرع الجزائري، أعطى الحرية للخبير في حالة رفضه لإجراء الخبرة، أن يستبدله بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن نفس القاضي الذي أصدر أمر تعيينه، في حين بالنسبة للوسيط القضائي فقد ألزمه المشرع بإبداء موافقته على المهمة الموكلة إليه بدون تأخير وذلك بموجب المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأغفل حالة الرفض ولم يذكر أي إجراء بخصوصها، وهذا ما يعد أمرا غامضا في حين رفض الوسيط للأمر فهل يستبدله القاضي بعد غيابه عن الجلسة الأولى مثلا، أو بعد انتهاء أجل الوساطة.

### 2- شخص الوسيط:

1- أنظر المادة 998 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2- حيث يبلغ الخبير الطرف المعني بدفع مبلغ التسبيق وفي حالة عدم دفع المبلغ يعتبر أمر تعيين الخبير لا غيا، أنظر في ذلك المادة 129 من القانون 09/08، المتضمن قانون

الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

تنص المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية. عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك". يتبين لنا من خلال هذه المادة، أن القاضي أمام اختياران لتعيين الوسيط الذي قد يكون شخصا طبيعيا (أ)، أو شخصا معنويا (ب).

#### أ- الشخص الطبيعي:

يختار القاضي الوسيط من بين الوسطاء المسجلين على مستوى كل مجلس قضائي، حيث أنه لا يجوز أن يسجل وسيط في سجلين على مستوى أكثر من مجلس، فهو يزول مهمته في دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القاضي التابع له، لكن يمكن للقاضي الفاصل في المنازعة استثناء، في حالة الضرورة أن يختار وسيطا غير مسجل في القوائم المنصوص عليها<sup>1</sup>، ولكن بشرط أن يؤدي أمام القاضي اليمين<sup>2</sup> المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 100-09 المحدد كليات تعيين الوسيط القضائي .

#### ب- الشخص المعنوي:

بالإضافة إلى الشخص الطبيعي فإنه يمكن للقاضي أن يختار جمعية ويقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك، إن إدراج الجمعية في هذه المادة كوسيط، تثير بعض الإشكالات، حيث أن المشرع الجزائري لم يوضح أي شئ بخصوص هذه الجمعيات المعنية بإجراء الوساطة، ماهو نشاطها وماهي طبيعتها، هل هي جمعية ثقافية، أو سياسية، أو إدارية، يعني على أي أساس يختارها القاضي، هل إذا كانت المنازعة تجارية يختار جمعية تجارية مثلا، وإذا كانت منازعة عقود إدارية كيف يتم ذلك؟، إضافة إلى ذلك فإن الوسطاء القضائيون مدرجون في قوائم مسجلة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية التي ينتمون إليها، ويمارسون فيها مهامهم، فإذا اختار القاضي جمعية هل تختار

1- أنظر في ذلك المادة 04 من المرسوم التنفيذي 100-09، الذي يحدد كليات تعيين الوسيط القضائي، الصادر في 10 مارس 2009، جريدة رسمية عدد 16.

2- تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 100-09 على "يؤدي الوسيط القضائي، قبل ممارسة مهامه أمام المجلس القضائي المعين في دائرة اختصاصه، اليمين الأتية:

أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص وأن أكتف سرها، وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط القضائي النزيه والوفى لمبادئ العدالة، والله على ما أقول شهيد".

على أساس الإختصاص الإقليمي، للهيئة القضائية التي رفعت فيها المنازعة المعنية بإجراء الوساطة. أو يمكن للجمعية أن تتعدى حدود البلدية أو الولاية التي تنشط على إقليمها. كما أن الوسطاء المدرجون في القوائم قد أجرو تكوينات في كيفية ممارسة الوساطة، فإذا اختار القاضي جمعية معينة، فيمكن لرئيسها أن يختار عضوا منها لم يتكون في الوساطة ولا دراية له بموضوع النزاع، لا من قريب ولا من بعيد، وما زاد الأمر غموضا هو عدم ورود الجمعية في المرسوم التنفيذي 09-100 بل اكتفى ببيان الشروط المتعلقة فقط بالوسيط عندما يكون شخصا طبيعيا فمن وجهة نظرنا فإن إدراج الجمعية كوسيط قضائي، قرار غير مدروس من المشرع الجزائري نظرا، وحتى وإن تضمنت التشريعات العالمية السباقة في تبني الوساطة القضائية، فإن النشاط الجمعي في الجزائري يختلف تماما عما هو موجود في فرنسا وأوروبا.

### ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الوسيط

نص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توفرها في الوسيط القضائي والتي جاءت في المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمرسوم التنفيذي 09-100، الذي يحدد تعيين الوسيط.

#### 1 أن يكون حسن السلوك والاستقامة

يتعلق هذا الشرط بسلوك الوسيط والذي يعتبر كنتيجة حتمية، لكون شخصيته،

محلا اعتبارا في مهنة الوساطة القضائية فهية قد تكون السببا لأساسي، لقبولا لأطراف

إجراء الوساطة والتجاوب مع الوسيط، كما قد تكون سببا لرفضها، لأنثقة الأطراف في شخص الوسيط<sup>1</sup>.

وعليه فإن القانون يضع معايير تضمن من خلالها استقامة المتقدم لشغل مهمة الوسيط القضائي، فمثلا في التشريع المصري فقد أشار بموجب المادة الأولى من قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصري رقم 127 لسنة 2003، والتي تنص على انه يشترط للمتقدمين للقيود في قائمة الوسطاء الشروط الأتية: (1- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة. 2- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بأي عقوبة سالبة للحرية)<sup>2</sup>، انطلاقا من ذلك فإن المشرع المصري قد ربط مفهوم الإستقامة في حسن السمعة، وعدم ثبوت أية سابقة قضائية تكون

<sup>1</sup> -سوالم سفيان، "المركز القانوني للوسيط 488

<sup>2</sup> -شروق عباس فاضل، سيف رشيد لطيف، "الطبيعة الخاصة لمهام الوسيط بين العمل القضائي والعمل الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 01، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، ص 193.

نتيجة في حبس الشخص المتقدمة لمهمة الوساطة سابقا. كما أن المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية ومن حرصه على توفر استقامة وحن سلوك الوسيط، اشترط ألا يكون الشخص المتقدم لمهنة الوساطة متابعا قضائيا في قضايا مخلة للشرف والنزاهة، والأخلاق الحميدة، وعدم تعرضه لعقوبة تأديبية أو إدارية أدت إلى فصله وشطبه أو سحب الموافقة من ممارسته لمهنته الحالية أو السابقة لنشاطه كوسيط قضائي<sup>1</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يذهب بعيدا عن المعايير المذكورة سالفا فقد تبيين رؤيته لمدى استقامة المتقدمين لمهمة الوساطة من خلال التأكد من عدم ضلوعه في جريمة مخلة بالشرف، وأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية<sup>2</sup>. ويتم التأكد من ذلك من خلال الوثائق التي يقدمه المترشح لمهمة الوساطة خاصة شهادة السوابق العدلية، وبعدها تجرى تحقيقات إدارية واجتماعية من قبل المختصين في ذلك<sup>3</sup>، وبصفة عامة فإن الوسيط يجب أن يتمتع بسلوك منضبط وسمعة مرموقة في وسطه المهني والاجتماعي<sup>4</sup>.

## 2 كفاءة ونزاهة الوسيط:

تظهر كفاءة الوسيط أول مرة من خلال مدى فهمه لنفسية الأطراف، واستنتاج مدى رغبة الأطراف في تقديم تنازلات للوصول إلى حل النزاع في أسرع وقت، وعليه يجب أن يكون ملما بكل المهارات التقنية ووسائل الإتصال. بالإضافة إلى المعرفة بأساليب إدارة الحوار لا بد أن يكون الوسيط خبيرا في موضوع النزاع المعروض عليه، غير أنه ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يشترط إلا الكفاءة العلمية حيث جاء في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 09-100 كما يمكن اختياره من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية

1Voir l'article L131-5 du code des procedure civile francais

2 أنظر المادة 997 من القانون 09/08، المتكور سالفا.

3- احمد علي محمد الصالح، الملحق بالدوليهول " ممارسة الوساطة " شروط وإجراء تعيين الوسيط قضائيا وفقا للقانون الجزائري، الجزائر يومي 15 و 16 جوان 2009، أنظر الموقع

www.crjj.mjustice.dz، تاريخ الإطلاع 2019/12/03. 15:30

4- كما أضافت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 09-100 الذي يحدد تعيين الوسيط شروط أخرى :

-- أن لا يكون قد حكم عليه بسبب جنابة أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.

-- أن لا يكون قد حكم عليه كمسير من اجل جنحة الإفلاس و لم يرد اعتباره.

-- أن لا يكون ضابطا عموميا قد وقع عزله أو محاميا شطب اسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي، الملاحظ أن المشرع حدد العقوبة الجزائية عوضا عن الجريمة

المخلة بالشرف، التي تتحمل عدة تفسيرات، أنظر في ذلك: نقاش فراس، الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد "مجلة المحكمة العليا، العدد

الأول، 2012، ص74.

و/أو دبلومة/أو تكوين متخصص/أو أي وثيقة أخرى تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات"،

كما اهتم المشرع الجزائري بالجانب الاجتماعي للوسيط، والتي تحددها شخصيته ومكانته، وتأثيره في مجتمعه ليكون قادرا على الوصول إلى حل النزاع، وهو ما يتماشى وواقع المجتمع الجزائري، وعليه تم اعتماد عدد كبير من الوسطاء، على مستوى المجالس القضائية لا يتوفرون على مؤهلات علمية ولكن يحضون بمكانة اجتماعية تسمح لهم بالتأثير الإيجابي في علاقة الخصوم<sup>1</sup>. إن المكانة الاجتماعية والشهادة العلمية أمر، والقدرة على إدارة الحوار هي شروط يجب أن تكون في الشخص المترشح لمهمة الوساطة القضائية، ولكن بالنسبة لحل المنازعات الإدارية فهذه الصفات لا تكفي لوحدها، فلا بد أن يكون الوسيط ذو خلفية إدارية أو قضائية، وأن يخضع لتكوين متخصص في دراسة ميادى ونظرات القانون والقضاء الإداريين، نظرا للخصوصية التي تتميز بها المنازعة الإدارية، فلا يعقل أن تقف الإدارة أمام وسيط لا يفقه من المنازعات الإدارية شيئا، لأن عدم التخصص في المنازعات يقلل من فرص حل النزاعات، وقد يؤثر نجاح الوساطة في الجزائر. إن نسبة الوسطاء القضائيين الخاضعين للتكوينات في كيفية ممارسة الوساطة ضئيلة جدا، مقارنة بعدد الهيئات القضائية في الجزائر، فلإنجاح الوساطة لا بد من خضوع الوسيط لتكوين متخصص في النزاع الإداري، كما فعل المشرع الفرنسي في الوساطة في المجال الأسري، فإن تم تنظيم وظيفة الوسيط بموجب المرسوم الصادر في 2 ديسمبر بموجب المرسوم الصادر في 2 ديسمبر 2003 والمرسوم الصادر في 12 فبراير 2004 بإنشاء دبلوم وسيط أسرة، يتم إصدار الدبلوم من قبل الحاكم الإقليمي بعد التدريب الذي لا يمكن أن يتجاوز 3 سنوات وهو مفتوح للمرشحين تلبية عدد من المتطلبات الأساسية<sup>2</sup>.

### 3 الحيادة والاستقلال:

يضمن الحيادة عدم تحيز الوسيط لأي طرف من الأطراف و ذلك بأن يقف هذا الأخير على مسافة واحدة، بين المتنازعين و يراعى مبدأ المساواة بينهم، حيث أن صفة الحيادة هي شرط

1- أنظر في ذلك: سولام سفيان، "المركز القانوني للوسيط القضائي"، مرجع سابق، ص 490، بقااش فراس، مرجع سابق، ص 74.

ضروري و مهم في سبيل تحقيق الغاية الوساطة و هي حل النزاع بطريقة ودية<sup>1</sup>، فحياد الوسيط من الشروط الاساسية لإنجاح الوساطة، فانعدامها يؤدي إلى فقدان ثقة الأطراف في الإجراء ككل ويؤدي إلى التشكيك في الحلول المقترحة من الوسيط، وتظهر أهمية هذا المبدأ من خلال اعتمادها في عدة التريعات فقانون الوساطة الأردني أشار إلى ذلك في المادة الثانية على ن القضاة المتخصصين الذين يتم تنصيبهم تشتت فيهم الحياد والنزاهة<sup>2</sup>، كما أكد المشرع على ذلك في المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما استقلالية الوسيط القضائي فيتضمن عدم خضوعه لأي ضغوطات أو مؤثرات يمكن أن تؤثر على مهنته و يقصد بها انتفاء أي صلة أو مصلحة للوسيط القضائي بموضوع النزاع أو احد أطرافه<sup>3</sup>، فالوسيط إذا مارس مهمته بصورة مستقلة فهو بذلك يدعم ويجسد استقلال السلطة القضائية، شأنه شأن القضاة، كما يجب عليه أن يتحرر من العلاقات غير الملائمة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية، خاصة إذا تعلق الأمر بالمنازعات الإدارية التي تكون الدولة على اختلاف مستوياتها طرفاً فيها، وأن يشجع ويدعم الضمانات اللازمة للقيام بواجباته القضائية<sup>4</sup>، كما أورد المشرع الحالات التي إذا توفرت في الوسيط القضائي، فإنها تطعن في استقلاليته وحياده، ولكنه لم يحدد الإجراء الذي يقوم به القاضي حيالها إن وجدت<sup>5</sup>.

1- شروق عباس فاضل، سيف رشيد لطيف، مرجع سابق، 192.

2- جاء في المادة الثانية من قانون السنة 12 لسنة 2006 أنه ".....ج- لرئيس المجلس القضائي بتتسيب من وزير العدل تسمية (وسطاء خصوصيين) يختارهم من بين القضاة

المتقاعدين والمحامين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحياد والنزاهة"

3- سولم سفيان، مرجع سابق، ص 490.

4- حسون محمد علي، نجاة حملاوي، "الوسيط القضائي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بكرة، ص 165.

5- ولضمان الحياد والاستقلالية أكد المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 09-100 على جملة من الوضعيات تمس بمبدأ الحياد حيث جاء في المادة 11 منه " يجب على الوسيط

القضائي أو احد أطراف النزاع الذي يعلم بوجود مانع من الموانع المذكورة أدناه، أن يخطر القاضي فورا قصد اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات لضمان حياد الوسيط واستقلاليته:

- إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع.

- إذا كانت له قرابة أو مصاهرة بينه و بين احد الخصوم.

- إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع احد الخصوم.

- إذا كان احد أطراف الخصومة في خدمته.

. - إذا كان بينه و بين احد الخصوم صداقة أو عداوة."

### ثالثاً: حقوق وواجبات الوسيط:

بعد موافقة الوسيط على أمر تعيينه الصادر من القاضي الإداري، تتحدد حقوق للوسيط (أولاً) بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمرسوم التنفيذي 09-100، والتي تستمر حتى انتهاء الوساطة فهناك حقوق قبل البدء في مهمته، وأخرى بعد أن يشرع في إجراءات الوساطة، وأخرى بعد انتهاء الوساطة، كما تحدد واجباته (ثانياً).

#### 1 حقوق الوسيط

##### أ- أتعاب الوسيط:

تتمثل هذه الحقوق في أتعاب الوسيط، حيث أن عمل الوسيط في حل النزاع ليس مجاناً، بل بمقابلية تقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب، يحدد مقداره القاضي الذي عينه. يمكن الوسيط القضائي أن يطلب من القاضي تسبقاً، يخصم من أتعابه النهائية. يتحمل الأطراف مناصفة مقابل أتعاب الوسيط القضائي<sup>1</sup>، لم يحدد القانون المبلغ المخصص للوسيط كأتعاب عن توليه المهمة، فترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، حيث أن كل قضية تختلف عن الأخرى، وبحسب المدة التي استغرقتها الوساطة، وغيرها من المعايير التي قد يضعها القاضي لتحديد المبلغ والتي لم يذكر منها المشرع إلا معيار المكانة الاجتماعية للأطراف. قد وضع المشرع إجراء ردياً للتجاوزات المتعلقة بقبض الوسيط لإتعااب غير منصوص عليها في المادة 12 من نفس المرسوم السالف الذكر، أثناء تأديته لمهامه و ذلك تحت طائلة الشطب مع استرجاع المبالغ المقبوضة بغير وجه حق، و هذا حسب ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 09-100.

##### ب- حق الوسيط في التنحي:

قد تظراً أثناء سير إجراءات الوساطة، أسباب جدية تدفع الوسيط القضائي إلى طلب التنحي عن القيام بالمهمة المسندة إليه، بحيث يمكن أن يحدث له مانع قانوني أو أدبي يفقده الأهلية أو القدرة على الاستمرار في أداء مهمته كأن يصاب بمرض أو عاهة أو تتوافر فيه حالات الرد المنصوص عليها قانوناً، كما قد يصطدم بعدم كفاءته المعرفية على فهم النزاع القائم بالنظر إلى صعوبته و تعقيده<sup>2</sup>.

1- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09-100، المذكور سالفاً.

2- خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 254، 253.

## 2 واجبات الوسيط:

إن الوسيط وهو يقوم بمهمة التوسط بين الخصوم للوصول إلى حل للنزاع، في خلال هذه العملية يتحمل مجموعة من الإلتزامات التي هو ملزم بالتقيد بها، والتي تتمثل في حفظ الأسرار إزاء الغير (أ)، صياغة تقرير اتفاق الوساطة (ب).

### أ- حفظ الأسرار إزاء الغير:

شدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة الحفاظ على السرية في نص المادة<sup>1</sup> 1005 منه. و تأكيداً على أهمية هذا الإلتزام اشترطت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-100 السالف الذكر، تأدية الوسيط القضائي قبل ممارسته لمهامه اليمين 100 بصيغة تتضمن الإلتزام بالتصريح بكتمان أسرار الوساطة. غير انه يجوز للوسيط إفشاء المعلومات التي تحصل عليها من خلال الوساطة في غير انه يجوز للوسيط حالة قبول الأطراف بذلك إذا تطلب الأمر ذلك في إما في حالات تمس بالنظام العام، أو في حالت استحالة تنفيذ إجراء الوساطة دون الإعلان عن معلومات بخصوصها<sup>2</sup>.

ومن حرص المشرع على أهمية هذا المبدأ فقد نص على أن الوسيط القضائي يتعرض في حال إخلاله بالتزاماتها و تهاونه في أداء مهامه ، إلى عقوبة تأديبية تتمثل في الشطب من قائمة الوسطاء 100 السابق الذكر ، حسب نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100. إن لم يلتزم الوسيط القضائي بحفظ سرية المعلومات و قام بإفشاءها عرض نفسه للمساءلة القانونية حيث يقع تحت طائلة العقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة 307 من قانون العقوبات الجزائي التي تنص على "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 إلى 5000 دينار الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع، أو المهنة، أو الوظيفة الدائمة، أو المؤقتة على أسرار أدلى

1- حيث جاء فيها أنه "....."

2- مثلاً في التشريع الفرنسي لا يمكن الإحتجاج بالبيانات والتصريحات التي توصل إليها الوسيط، واستعمالها في إجراءات القضائية دون موافقة الأطراف وفقاً للمادة 131-4 من

قانون الإجراءات الجنائية، ولا يمكن الكشف عن الأسرار والنتائج التي جرت في جلسة الوساطة، ولا يمكن الإستناد إليها في سياق قضائي أو تحكيمي، دون موافقة الأطراف ولكن يمكن

الخروج عن هذا المبدأ في حالتين:

أ- في حالة وجود الأسباب التي تمس بالنظام العام، أو الأسس المتعلقة بحماية مصالح الطفل أو السلامة الجسدية أو النفسية للشخص .

ب- إذا كان الكشف عن مضمون اتفاق الوساطة ضروري لتنفيذها، حسب المادة 21-3 من قانون 08-1995.

بها إليهم، و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها، و يصرح لهم بذلك<sup>1</sup>

### ب-التزام الوسيط بأداء مهامه دون إهمال:

إذا قبل الوسيط بإجراء الوساطة في المنازعة المعروضة عليه، فإن ذلك يحتم عليه البدء في أداء مهامه بكل جدية وحزم، وأن يتبع الإجراءات التي قيده بها المشرع سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تلك الأفعال التي نهاه عنها في المرسوم التنفيذي 09-100، وعليه فإن أي تهاون أو إخلال بواجباته يعرضه للعقوبة، وذلك بموجب المادة 14 منه حيث جاء فيها "يتعرض الوسيط القضائي الذي يخل بالتزاماته أو يتهاون في تأدية مهامه إلى الشطب"، ويتعين عليه اثناء تأدية مهامه أن يخطر القاضي بأي وضعية يمكن أن تشكل تهديدا أو مساسا لإستقلالية الوسيط<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: إجراءات الوساطة ودور القاضي الإداري فيها

قمنا بالتطرق للوساطة كإطار مفاهيمي وكل مايتعلق بتعيين الوسيط، ولدراسة الوساطة بطريقة إجرائية، فالقواعد الإجرائية والشكلية هي القواعد التي تتبنى صورة الخصومة والخطوات التي تتبع في الإلتجاء إلى هيئات القضاء الإداري، وكيفية سير المنازعة حتى صدور الحكم في الدعوى، فهي بذلك تشكل القواعد التي تحدد كيفية حماية الحقوق أمام القضاء الإداري، والتي يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي الإداري وأعوانه، وفقا لنظام معين يرسمه القانون<sup>3</sup>.

### أولا: المرحلة التمهيدية للوساطة:

في هذه المرحلة الأولى من إجراءات الوساطة يظهر هنا دور المحامي ودور الوسيط في إقناع الأطراف باللجوء إلى الوساطة من خلال عدة اعتبارات:

1-المادة 302 من القانون 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن

قانون العقوبات إلى غاية 2014، ج ر العدد 07، المؤرخة في 16 فيفري 1982.

2-مظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11 من المرسوم التنفيذي 09-100، المذكور سالفًا.

3-أنظر في ذلك:نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015، ص 12 وما

بعدها، فؤاد محمد النادي، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة المصري، ص 3 وما بعدها، شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

**1- دور المحامي في المراحل التمهيدية للوساطة:** إن حق الدفاع ينحصر مجال تطبيقه بين فترة تحريك الدعوى إل غاية صدور الحكم في القضية، مما يعني أن الوساطة قد تؤدي إلى إنهاء مهمة المحامي<sup>1</sup>، ولكن مهمة المحامي في المراحل التمهيدية للوساطة تبرز بشكل أكبر من دور الوسيط، حيث أن الأطراف لا يثقون إلا في محاميهم، الذي يقوم بتقديم النصائح والإرشادات لموكليه، والإقتراحات والحلول التي تجعل موكله بمنأى عن الأخطار المادية والقانونية<sup>2</sup>؛ كأن يشرح لهم مفهوم الوساطة والأهمية من إجرائها، وما هي المكاسب التي ستعود عليهم في حال الإتفاق على إجرائها، من ناحية قلة التكاليف والإنقاص من عمر النزاع، وعلى العكس فإن كان المحامي غير مقتنع بإجراء الوساطة من الأساس، فإن ذلك سيؤثر سلبا على إرادة الأطراف، مما يدفعهم إلى رفضها تلقائيا حال عرضها عليهم من قبل قاضي الموضوع.

## **2- دور الوسيط في المراحل التمهيدية للوساطة:**

بعد إصدار الأمر القضائي بتعيين الوسيط، يقوم هذا الأخير بدوره باستدعاء الخصوم إلى أول لقاء للوساطة وهذا ما أشارت إليه المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قبل أن يبدأ الوسيط في البدء بإجراءات الوساطة، يمكن له أن يقدم فكرة حول تطور وكيفية سير جلسات الوساطة، كما يعرفهم بنفسه، ويطلب منهم كذلك التعريف بأنفسهم، كما يبين لهم أهمية الوساطة كحل بديل لتسوية المنازعات الإدارية في القانون الجزائري<sup>3</sup>، كما تظهر في هذه المرحلة مهارات الوسيط في دراسة سلوك الأطراف واتجاهاتهم، ومعرفة حجم الهوة التي خلفها الخلاف الناشئ سابقا، كما أن الأطراف لا يجب أن يتعاملوا مع بعضهم في جلسات الوساطة، على النحو الذي كان بينهم وأدى إلى ظهور النزاع<sup>4</sup>، فالإحترام واجب بينهم أثناء جلسات الوساطة، وعليه فإن الوسيط، لا بد أن يقود الحوار بطريقة حضارية يسودها الإحترام والتقدير والذي يتجلى في عدم مقاطعة أحدهما الأخر، إعطاء الفرص المتكافئة

1- هارون نورة، "ضرورة تفعيل دور الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 15، العدد 2017، ص 96.

2- علاوة هوام، مرجع سابق، ص 244.

3- حمى مرامرية، "نظام الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 130، عدد 2019، ص 29.

4- بن صالح علي، مرجع سابق، ص 255.

للأطراف لإبداء الأراء، الحرص على سرية المفاوضات، مع إتاحة المجال للأطراف لطرح أي استفسار عن العملية الودية وذلك بغرض كسب ثقة الخصوم<sup>1</sup>.

### ثانيا: مرحلة جلسات الوساطة

بعد التقاء الخصوم بالوسيط لأول مرة والتعارف بينهم ،تأتي مرحلة الجدية بانعقاد أولى جلسات الوساطة والتي يتجلى فيها كذلك دور المحامي والوسيط في إنجاح العملية على النحو التالي:

#### 1- دور المحامي في جلسات الصلح:

تظهر مهمة المحامي في هذا الدور بالحرص على حضور موكله لجلسات الوساطة، ومشاركته بفاعلية لأن تخلف أحد الأطراف وعدم حضوره ،سيحكم حتما على العملية ككل بالفشل، كما أن إتاحة الفرصة للموكلين بإبراز تصوراتهم للنزاع أو حلهم له، فهذه العملية تعد أول فرصة للموكل لأن يدافع فيها عن نفسه، ويبيدي جهة نظره في الموضوع<sup>2</sup>. يؤدي المحامي في هذه المرحلة دور المرافق للموكل إلى جلسات الوساطة مما يجعل الموكل يشعر بالأمان والطمأنينة، بوجود المحامي المتقمص لدور الناصح المرشد، الحريص على المصلحة الخاصة لموكله كطرف في إجراء الوساطة<sup>3</sup>، كما يمكنه أن ينبه موكله في حالة وجود نقص أو غلط في الملف، أو تجاوز حق معين من حقوقه.

#### 2- دور الوسيط في جلسات الوساطة:

تبدأ جلسات الوساطة بالإستماع إلى الخصوم في جلسة مشتركة يسير فيها الوسيط الحوار، ويوزعه بين الأطراف حيث يعطي الفرصة للمدعي والذي يبدي فيها ادعاءاته ويشرح فيها حجم أضراره المالية والمعنوية ،التي تخلفت جراء الخلاف الحاصل مع الإدارة حول عقد إداري ما، ثم يتيح الفرصة للممثل القانوني للإدارة، للدفاع عن الإدارة المتعاقدة التي يمثلها، من خلال ذلك يشكل الوسيط فكرة عن المشكلة المطروحة وتداعياتها، ويحدد مصالح الأطراف

1- لحاق عيسى، سليمان النحوي، "الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية"، مجلة افاق علمية، المجلد 11، العدد 01، ص 68.

2- علاوة هوام، مرجع سابق، ص 245.

3- هارون نورة، مرجع سابق، ص 97.

كما أن القانون منح للوسيط<sup>1</sup> الحق في استدعاء أي شخص يرى بأنه يقدم إضافة للقضية ويساعد في حله، كموظف في الإدارة المتعاقدة مثلا، أو أحد عمال المشروع المتعاقد من أجله، إذا لم يكتفي الوسيط بالجلسات المشتركة للخصوم، فيمكن له أن يجتمع بكل طرف على حدا، للإستماع لأقوله بمنأى عن الطرف الآخر<sup>2</sup>، وذلك ليكون الخصم في أريحية، مما يستدعي تزويده للوسيط لمعلومات لم تظهر من قبل أمام غريمه.

يعمل الوسيط في هذه المرحلة على اقتراح الخيارات والبدائل للوصول إلى حل يرضي الطرف المتضرر ويجبر أضراره، ويلقى القبول عند الإدارة المتعاقدة والمتسببة في الضرر، ويجدر بالوسيط قبل تقديم عروضه للأطراف، أن يجمع أكبر كم من المعلومات عن خلفيات القضية<sup>3</sup>، لأن الجهل بالقضية وتداعياتها، قد يجعل من العرض المقدم مرفوضا. فالوسيط لا يمكنه إلزام الأطراف بقبول اقتراحاته لأنه لا يعتبر قاضيا ولا يتقيد بوسائل إثبات خاصة، ولا يبحث في مدى مشروعية الأدلة، بل يتوقف دوره عند إيجاد الحلول، ولا يسعى إلى تنفيذها لأنه لا يتقصد دور القاضي، بل هو يساعد الأطراف فقط في حل نزاعهم، ولا يتقيد بوسائل إثبات خاصة ولا يبحث في مشروعية الأدلة، ولا يبحث في الحقوق التي يتضمنها القانون والعقود الملزمة للجانبين<sup>4</sup>.

يظهر من خلال ما سبق أن دور المحامي والوسيط، يكملان بعضهما وذلك من خلال سعي كليهما إلى إقناع الخصوم بأهمية اللجوء للوساطة، والإقتناع بالحل الودي بعيدا عن الحل القضائي.

### ثالثا: الإطار المكاني والزمني للوساطة

يقصد بالإطار المكاني للوساطة الأماكن والقاعات التي يمكن أن تحتضن جلسات الوساطة (1)، أما الإطار الزمني فهو المدة أو الأجل التي تستغرقها الوساطة (2).

#### 1- الإطار المكاني للوساطة:

1- جاء ذلك في نص المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا "يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك، ويرى في سماعه فائدة

لتسوية النزاع، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته."

2- حمى مرامرية، مرجع سابق، ص30.

3- علي صالح، مرجع سابق، ص256.

4- سولام سفيان، "المركز القانوني للوسيط القضائي في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص494.

بالرجوع إلى المواد التي نظم المشرع من خلالها كيفية اللجوء للوساطة، وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو المرسوم التنفيذي 09-100 الذي يحدد تعيين الوسيط القضائيين، نجد هذين المرجعين التشريعيين يخلوان من الإشارة إلى الأماكن التي تجرى فيها إجتماعات الوسيط والخصوم، مما يعني بأن المشرع ترك المجال مفتوحا لإرادة واختيار الوسيط والأطراف في مكان الإجتماع، وبغض النظر عن اختيارهم فلا بد أن يكون مناسبا ومحايذا<sup>1</sup>، كأن يكون محكم الإغلاق نظرا لدواعي السرية، وألا يكون تابعا لأي طرف من أطراف النزاع لعدم التأثير على موقف الوسيط، وعليه يمكن لجلسات الوساطة أن تعقد في مقر الجمعيات إذا كان أمر القاضي بالتعيين اختار شخصا معنويا كوسيط، أو يمكن أن يعقد في أي قاعة من قاعات المحكمة، والأنسب طبعا هو مكتب الوسيط الخاص والذي غالبا ما يكون في المحكمة، حاله كحال أعوان القضاء، كالمحاميين والمحضرين وكتاب الضبط.

## 2- الإطار الزمني للوساطة:

حدد المشرع الجزائري الإطار الزمني للوساطة بموجب نص المادة 996 من قانوني الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة (3) أشهر. ويمكن تجديددها لنفس المدة مرة واحدة قبل طلب الوسيط عند الإقتضاء، بعدموافقة الخصوم" وهو نفس الأجل الذي حدده المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup>، وعليه فإن الوسيط مقيد بمهلة ثلاثة اشهر، يحاول فيها التقريب بين الخصوم والتخفيف من حدة النزاع بينهم، وذلك من خلال الصلاحيات التي يمكن أن تساعد في ذلك، وفي حالة انتهاء المدة الأولى ولا زالت المفاوضات سارية، يحق له أن يطلب من القاضي أن يمدد له لمدة أخرى، تساوي نفس المدة الأولى، وذلك بعد أخذ رأي الخصوم. وفي هذا الصدد يثار لدينا ملا حظات بخصوص هذه المادة نروردا كالتالي:

1 -خلاف فاتح، مرجع سابق، ص 288.

2- Article 131-3 C.P.C.F : « La durée initial de la médiation ne excéder trois mois, cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur ».

- إن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد أجل الوساطة بثلاث أشهر ولم يحدد تاريخ بداية حساب هذه المدة، هل تحسب المدة من تاريخ إصدار الأمر القاضي بتعيين الوسيط، أو من تاريخ تبليغ القاضي بموافقة الوسيط على قبول المهمة، أو من تاريخ انعقاد أول جلسة للوساطة<sup>1</sup>.

- كما أن المشرع الجزائري لم يشر إلى حالات قطع ميعاد الوساطة، إذا حدث ظرف طارئ مبرر يحول دون تمكن أحد الأطراف من الحضور لجلسات الوساطة، بل اكتفى فقط بضرورة موافقة الخصوم على تمديد الأجل، فيجب على المشرع الإنتباه لهذا النقص في المادة 994، في حالة تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظرا لأهمية الميعاد، فإن السبب الذي يؤدي إلى وقف الميعاد بصفة عامة، قد يطرأ عند سريان الميعاد أو أثناءه، ويترتب عن ذلك أن المدة لا تبدأ في السريان ابتداء، أو استكمالاً للميعاد إلا بعد زوال السبب الذي أوقف الميعاد، وقد شهد موضوع حساب الميعاد إشكالا في مصر فيما يتعلق بإجراء التوفيق في المنازعات الإدارية<sup>2</sup> كما أن اجال احتساب مدة الوساطة يؤثر على سير الدعوى القضائية نظرا لارتباط إجراء الوساطة، بالدعوى الأصلية، حيث أن طلب التمديد من بين البيانات التي يجب أن يتضمنها هي مدة التمديد، وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، وعليه فإن الغموض في احتساب اجال الوساطة، يؤدي إلى التضارب في الإجتهاادات القضائية، ولكن غالبية القضاة يحتسبون مدة الثلاثة أشهر من تاريخ انعقاد أول جلسة للوساطة<sup>3</sup>.

- الملاحظ الثانية التي تثيرها مدة الوساطة، هي أنه بالرجوع إلى مفهوم الوساطة رأينا أنها إجراء يقوم من خلال الوسيط بتقريب وجهات النظر بين الأطراف، عن طريق فتح نقاش وحوار يقوده باستعمال مهارات الإتصال للوصول إلى اقناعهم بحلول يقترحها، مع عدم إلزامية هاته الحلول على الأطراف، كما أن لا يملك صلاحية التحقيق في الملف القضائي، فلا يتطرق إلى مدى صحة الأدلة والقرائن، ولا يخوض في مدى مشروعية العقد الإداري أصلا. إذا فإن دور الوسيط هو تسيير الحوار وتقديم اقتراحات فقط، فلا يعقل أن يستغرق الحوار ثلاثة أشهر قابلة للتمديد، ما يعني أن الأطراف قد يخسرون من عمر النزاع ستة أشهر

1 - خلاف فاتح، شوقي يعيش تمام، "الإطار القانوني للوساطة في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 189.

2 - يترتب على طلب التوفيق وقف المدد المقررة قانونا لسقوط وتقدم الحقوق، أو رفع الدعوى التي تتعلق به، باعتبار أن التوفيق في التشريع المصري إجباري لرفع الدعوى، وعليه يثير

التساؤل حول التاريخ الذي يعتد به كأساس لاطلاق حساب المدة المقررة للتوفيق، فهناك من رجح ضرورة أن تبدأ مدة حساب مدة الستين يوما من تاريخ أول جلسة، بالنظر طلب

التوفيق، لا من يوم تقديم طلب التوفيق، بالمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: جابر جاد نصار، التوفيق في منازعات الدولة، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

3- خلاف فاتح، إمكانية مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 298.

كاملة، خاصة إذا ما فشلت الوساطة في حل النزاع، كما أن المشرع الجزائري اعتمد إجراء الوسيط كحل بديل لتسوية المنازعات الإدارية، لحل مشكلة بطئ العدالة الإدارية، وطول عمر النزاع وع كثرة التأجيلات، وهذا ما يبيؤثر سلبا على المصلحة العامة باعتبار الإدارة العامة طرفا في النزاع.

وعليه من وجهة نظرنا فإن مدة الوساطة يمكن أن تحدد مبدئيا بشهر يدرس فيه الوسيط الأطراف، ويلمس من خلال ذلك مدى استعداد الأطراف للتنازل عن جزء من الإدعاءات للوصول إلى حل ودي سريع في النزاع، خاصة من قبل الممثل القانوني للإدارة العامة، والذي يعتبر خبيراً ومتعوداً على مثل هذه الجلسات، وغالبا ما يكون على اتفاق مسبق مع الإدارة على موقفها من الوساطة، وعليه فإذا لمس الوسيط إمكانية زهاب الأطراف بعيدا في الوساطة، طلب التمديد إلى شهرين إضافيين، وهكذا تكون مدة الوسيط بالتمديد ثلاثة أشهر، فهي مدة معقولة، تحافظ على خاصية السرعة للوساطة، وتحافظ على المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد<sup>1</sup> من جهة أخرى.

#### رابعا: مرحلة الإتفاق على محضر الوساطة

تعتبر هذه المرحلة النهائية التي يتم فيه تتويج كل المجهودات التي بذلت في سبيل حل النزاع ويمكن أن تؤوول الوساطة إلى نتيجتين إما بنجاحها (1)، أو بفشلها (2)،

**1- نجاح الوساطة:** في حالة انتهت العملية بالنجاح وتمكن الوسيط من إقناع الأطراف بالحلول التي اقترحها عليهم، يقوم بتحرير محضر يتضمن محتوى الإتفاق ويوقعه هو والخصوم، وترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكي يتضمن محضر الوساطة الصيغة القانونية لا بد أن يستوفي الشروط التالية:

1 - تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مفاده احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره، والعمل على تغليب المنفعة العامة على مصالح الأفراد الخاصة، بينما تكون مصالح الأفراد في العقود المدنية متساوية، وإذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، حيث يجب أن يعلى الصالح العام على المصلحة الفردية، وهذه الأهمية البالغة للمصلحة العامة، لا تعني إهدار المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، حيث يختلف مركزه عن مركز الأفراد في التعاقدات التي تتم في إطار القانون الخاص، وعليه ففي القانون الإداري، يكون مركز المتعاقد مع الإدارة مميذا، كونه يساعدها في تسيير المرفق العام، ويعمل معها على حن سير المرفق العام بانتظام واستمرار دون توقف أو تعطيل، أنظر في ذلك ما هر صالح علاوي، "أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار"، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، الملحق 2018، ص 177.

أ- **الشروط الشكلية:** يجب أن يتضمن محضر الوساطة كغيره من الأحكام القضائية، ذكر الهيئة القضائية التابعة لها النحكمة المطروح أمامها النزاع، اسم المحكمة، الإشارة إلى الأمر القضائي الذي عين بموجبه الوسيط، رقم القضية، تاريخ التأجيل أو الرجوع إلى الجدول، صفة الأطراف وبياناتهم الشخصية، توقيع الوسيط، والأطراف، مصادقة القاضي، والمهمول به في حالة الإتفاق على التسوية أن الوسيط يوقع محضر صلح وليس وساطة، وفي الأصل هما إجراءان منفصلان<sup>1</sup>.

ب- **الشروط الموضوعية:** يتضمن محضر الوساطة كل النقاط المتفق عليها، والتنازلات التي قام بها الأطراف، كما يتضمن الحل الذي أدت إلى جبر الأضرار مكن خلال القيام بعمل معين، أو دفع مبلغ معين للطرف المتضرر، ويتم تنفيذ محضر الوساطة بشكل ودي بين الخصوم<sup>2</sup>.

### ج- مصادقة القاضي الإداري على محضر الوساطة:

يترتب على نجاح الوساطة كلياً أو جزئياً، صدور أمر قضائي بالمصادقة على محضر الإتفاق على الوساطة لإضفاء الصبغة الرسمية عليه، حيث يعتبر محضر الوساطة سندا تنفيذياً تأسيساً على نص المادة 600 والتي تنص على أنه من بين السندات التنفيذية محاضر الصلح أو الإتفاق المؤشر عليه من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط، وهو الشرط الموجود في محضر الوساطة حسب نص المادة 1004 والتي جاء فيها أنه "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الإتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن، ويعد محضر الإتفاق سندا تنفيذياً"، يظهر لنا من خلال نص هذه المادة أن القاضي حتى وإن لم يشرف بنفسه على إجراءات الوساطة، وترك الأمر للوسيط بموجب القانون، فإن ضرورة مصادقة القاضي لهذا المحضر هي من تكسبه الصيغة التنفيذية والتي تعتبر نوعاً من أنواع الرقابة القضائية على مدى احترام محضر الوساطة للنظام العام<sup>3</sup>، خاصة والإرتباط الوثيق بينه وبين المنازعات الإدارية وعليه فإن القاضي لا بد أن يتحرى المحضر جيداً قبل المصادقة عليه لدرئ المساس بالمصلحة العامة.

1- شريفة ولد الشيخ، الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإداري، ص 126.

2- نفس المرجع، ص 127.

3- بربرارة عيد الرحمان، مرجع سابق، ص 531.

إذا كان الإتفاق على الوساطة جزئياً يكون الأمر القضائي متكون من شقين، الأول يتعلق بأمر المصادقة على محضر الوساطة، ويشار إلى عدم قابليته إلى أي نوع من أنواع الطعن، وشق ثاني يصدر ابتدائياً بعد مباشرة الإجراءات العادية في سير الخصومة، ويفصل في المنازعة القضائية المتعلقة به ويكون قابلاً لطرق الطعن العادية وغير العادية<sup>1</sup>، وذلك طالما كانت أجه الإختلاف قابلة للإقسام، فيجوز الإعتماد على الإتفاق الجزئي كسند تنفيذي، مادام لا يؤثر على بقية العناصر التي لم تنجح الوساطة في الوصول إلى حل بخصوصها<sup>2</sup>.

## 2- في حالة فشل الوساطة:

إن إجراء الوساطة لا يعني دائماً أن تكفل فيه مساعي الوسيط والأطراف بالنجاح، بل قد تنتهي بالفشل ويمكن أن يعود سبب فشل الوساطة إلى عدة جهات :

أ- من القاضي: يمكن للقاضي إنهاء الوساطة في أي وقت، بطلب من الوسيط أو بطلب من الخصوم، كما يمكنه إنهاؤها تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها<sup>3</sup>، أو في حالة ما إذا تبين له أن الإدارة السلسلة لمجريات الوساطة قد تعرضت للخطر<sup>4</sup>.

- إذا تبين للقاضي أن التنازلات المقدمة من الأطراف تؤدي إلى المساس بالنظام العام، مثلاً ثبوت تنازل الإدارة عن عقار مملوك للدولة، أو مبالغ مالية لا تملك حق التصرف فيها.

ب- من الأطراف: يمكن أن تفشل الوساطة نتيجة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق بسبب تمسك كل طرف بموقف، وتعنته بعدم تقديم التنازلات التي تؤدي إلى التسوية النهائية للنزاع أمام الوسيط.

- يمكن أن تلعب سوء نية أحد الأطراف في فشل الوساطة<sup>5</sup>، وذلك إذا كانت نيته من قبول عرض الوساطة فقط من أجل إطالة عمر النزاع، لغاية في نفسه، لا لأجل الحل الودي.

- عدم أخذ إجراء الوساطة بالجدية اللازمة لعدم اقتناعهم بدورها.

- قد يؤدي عدم التزام الأطراف بحضور جلسات الوساطة بصفة متكررة إلى الفشل .

1- علوقة نصر الدين، مغني دليل، دور القاضي الجزائري في إنفاذ الوساطة القضائية، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 09، العدد 28، ص 279.

2- لحاق عيسى، سليمان النحوي، مرجع سابق، ص 69.

3- أنظر المادة 1002 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

Gilbert cousteaux, Sylvaine Poillot Peruzetto, op, p423. 4

5- خلاف فاتح، شوقي يعيش تمام، الإطار القانوني للوساطة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 191.

ج- من الوسيط: بالرغم من أن الوسيط القضائي هو العامل الأساسي في إنجاح الوساطة، إلا أنه في بعض الحالات قد يتسبب في عدم التوصل إلى الغاية المأمولة في عدة حالات: - عدم امتلاك الوسيط للمهارات والخبرات اللازمة، نتيجة لعدم التخصص في المنازعات الإدارية، أو عدم خضوعه للتكوين اللازم. - تقاعس الوسيط عن أداء مهامه، أو ثبوت صلة قرابة بينه وبين أحد الأطراف، أو ثبوت أي عارض من العوارض الواردة في المادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-100، الذي يحدد تعيين الوسيط.

وبغض النظر عن الأسباب التي أدت بفشل الوساطة يكتب الوسيط تقريراً كتابياً للقاضي يثبت فيه أسباب الفشل، وترجع بذلك القضية إلى الجلسة. للفصل فيها قضائياً<sup>1</sup>. والملاحظ أن المشرع الجزائري وقف عند هذا الحد في حال فشل الوساطة، ولم يشير إلى إمكانية إنزال عقوبة على الأطراف أو الوسيط في حال ثبوت ضلوع أحدهما في إفشال الوساطة، وذلك عكس المشرع الأردني والذي أحاط الوساطة بمنظومة تشريعية، أقل ما يقال عنها أنها محفزة للمواطنين للجوء إليها، من خلال الضمانات، التي كفلها القانون لإنجاح عملية الوساطة في القانون رقم 21 لسنة 2006<sup>2</sup>، والذي كان له أثر كبير في إقبال المواطنين على إجراء

1- أنظر المادة 1003 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2- أحاط المشرع الأردني بجلسات الوساطة بإجراءات صارمة وواضحة لا تحتمل التأويل الإجهاد فقد جاء في نص المادة اسابعة منه<sup>3</sup>- على الوسيط الإنتهاء من أعمال الوساطة خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة النزاع إليه.

ب- إذا توصل الوسيط إلى تسوية النزاع كلياً أو جزئياً، يقدم إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح تقريراً بذلك ويرفق به اتفاقية التسوية الموقعة من أطراف النزاع لتصديقها، وتعتبر هذه الاتفاقية بعد التصديق عليها بمثابة حكم قطعي.

ج- إذا لم يتوصل الوسيط لتسوية النزاع فعليه تقديم تقرير إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح ينكر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية على أن يوضح في هذا التقرير مدى التزامهم ووكلائهم بحضور جلسات الوساطة.

د- إذا فشلت التسوية بسبب تخلف أحد أطراف النزاع أو وكيله عن حضور جلسات التسوية، فيجوز لقاضي إدارة الدعوى أو لقاضي الصلح فرض غرامة على ذلك الطرف أو وكيله لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار في الدعاوى الصلحية ولا تقل عن مائتين وخمسين دينار ولا تزيد عن ألف دينار في الدعاوى البدائية.

ه- عند انتهاء الوساطة يعيد الوسيط إلى كل طرف ما قدمه إليه من مذكرات ومستندات ويمتنع عليه الإحتفاظ بصور عنها تحت طائلة المسؤولية القانونية/ كما جاء في نص المادة التاسعة من نفس القانون مايلي<sup>4</sup>- إذا تمت تسوية النزاع كلياً بطريق الوساطة القضائية فللمدعي استرداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها.

ب-1- إذا توصل الوسيط الخاص إلى تسوية النزاع كلياً فللمدعي استرداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها ويصرف النصف الآخر كأتعاب لهذا الوسيط على أن لا يقل في حده الأدنى عن ثلاثمائة دينار وإذا قل عن هذا الحد يلتزم أطراف النزاع بأن يدفعوا للوسيط وبالتساوي بينهم الفرق بين ذلك المبلغ والحد الأدنى المقرر.

2- إذا لم يتوصل الوسيط الخاص لتسوية النزاع فيحدد قاضي إدارة الدعوى أتعابه بما لا يتجاوز مبلغ مائتي دينار يلتزم المدعي بدفعها له، ويعتبر هذا المبلغ من ضمن مصاريف الدعوى

الوساطة في نزاعاتهم ،لدرجة أن وزارة العدل قررت فتح إدارات وساطة جديدة في العديد من المحاكم البدائية في المقاطعات الأردنية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث:فعالية الوساطة في حل منازعات العقود الإدارية

الجزائر وكغيرها من الدول النامية تسعى دائما للتطوير من منظوماتها التشريعية،وذلك بإدخال تحديثات تتلاءم والتطور الحاصل في العالم،ومن بين المجالات التي أدخلتها الجزائر حديثا الطرق البديلة لتسوية النزاعات الإدارية،ووأهمها الوساطة التي ينتظر منها المشرع الكثير لتقدمه للأفراد الفصل في النزاع ،بالرغم من ذلك فإن تطبيق الوساطة القضائية في المنازعات بصفة عامة،ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة،لم يكن على مستوى الطموحات والأهداف المسطرة من قبل السلطات المختصة في الدولة،وعدم فاعلية الوساطة في الجزائر يرجع إلى عدة اعتبارات.

#### أولا :اعتبارات قانونية

نعني بالإعتبارات القانونية ،تلك الثغرات والنقائص التي تشهدها النصوص القانونية التي نظمت إجراء الوساطة وهي:

- 1-عدم وجود نص قانوني يثبت الإجراء الذي يمكن أن يتخذه الأطراف و موكلوهم في حالة إغفال القاضي لإجراء الوساطة،وعد قيامه بعرضها على الخصوم كمال أشارت نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 2-أغفل المشرع الجزائري إرادة الأطراف في طلبهم للوساطة،واختيارهم للوسيط القضائي الذي يرتضونه،وجعل الأمر قيذا بيد القاضي الإداري.
- 3-عدم التعرض بنص صريح إلى إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للوساطة ،في حل منازعات العقود التي تبرمها ،وهذا ماأفسح مجالا للإجتهد والتباين في الآراء،بين القضاة مما يجعل أغلبهم مالم نقل كلهم لا يعرضون الوساطة على أطراف المنازعة الإدارية،نظرا للتداخل بين خصوصية المنازعة الإدارية والنظام العام.

1-نبيل العبيدي،مرجع سابق،ص233.

4- حرمان المحامين<sup>1</sup> من حضور جلسات الوساطة مع موكلهم، مما يجعل الطرف المتعاقد مع الإدارة ضحية سهلة لممثل الإدارة، والذي يعتبر خبيراً في التفاوض ومتعوداً على مثل هذه الجلسات.

### ثانياً: اعتبارات تنظيمية:

تعتبر الإعتبارات التنظيمية هي عدم التحضير الجيد لإنجاح الوساطة وذلك من خلال:

1- عدم إخضاع الوسطاء القضائيين لدورات تكوينية، يلمون من خلالها بقواعد القانون الإداري المتناثرة في التشريعات المختلفة، وهذا العامل يعتبر صعب المنال، لأنه في الجزائر حتى القاضي الإداري لا يخضع لتكوين متخصص فما بالك بالوسيط القضائي.

2- عدم اشتراط تخصص الوسيط في حل المنازعات الإدارية من مراكز تكوين متخصص داخل الوطن او خارجه.

3- عدم توعية المتقاضين بأهمية الوساطة وذلك بإجراء أيام دراسية على مستوى هيئات القضاء الإداري، تعرف فيه عن استراتيجية الدولة في تبني الوساطة.

4- الرفض التلقائي للمحامين لإجراء الوساطة، وهذا لأن المحامي أحيانا يقنع الخصوم بأهية اللجوء للطريق القضائي، لمساعدته في الحصول على الحكم، بينما الوساطة لا دور له فيها<sup>2</sup>.

5- فيما يتعلق بأتعاب الوسيط فمن الضروري التمييز والتنصيب على مقابل أتعاب الوسيط في حالة وصوله إلى تسوية للنزاع، ومقابل أتعاب الوسيط في حالة عدم التوصل لحل قصد تحفيز الوسيط على بذل كل ما في وسعه لإنجاح عملية الوساطة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: العوامل الإجتماعية:

تتمثل العوامل الإجتماعية في العوامل النفسية للأفراد المجتمع الجزائري والتي تتمثل في:

1- إن حضور المحامي لجلسات الوساطة أمر مهم يساعد في إنجازها، من خلال تقديمه للنصائح والإرشادات للموكل، والذي غالباً ما يجهل أهمية الوساطة وإجراءاته نظراً لحدائته هذا الإجراء في الجزائر، ولذلك فإن قانون الوساطة الأردني قد نص بموجب المادة الخامسة من القانون رقم 21 لسنة 2006، أنه يشترط لاتعقاد جلسات الوساطة حضور أطراف النزاع مع وكلائهم القانونيين، أو الوكلاء القانونيين حسب ما يقتضيه الحال، وعليه فإنه يمكن غياب الأطراف ولكن لا يمكن غياب المحامين، وهذا لمعرفة المشرع الأردني لقيمة حضور المحامي ودوره في إنجاز الوساطة.

2- عبد اللاوي حسين مرجع سابق، ص. 25.

3- كمنون حسين، مرجع سابق، ص. 92.

- 1- الإرتباط النفسي بين المواطن والقضاء الرسمي في الدولة، والذي يعتبره الجهة الوحيدة التي يتحصل منها على أحكام في نزاعاته<sup>1</sup>، مايؤدي إلى عزوف الخصوم على هذا الحل، وهو الوسيط القضائي، للبتّ في قضاياهم العالقة التي تبلغ أروقة العدالة.
- 2- تعتبر الوساطة موروثا في المجتمع الجزائري، وتنوعها بين المؤسسات التقليدية والمؤسسات المدنية، وصولا إلى الوساطة القضائية والتي لا تشهد إقبالا من المواطنين، نظرا لذهنية الشك في كل ما يصدر عن سلطات الدولة<sup>2</sup>، خاصة وإن كان الخصم أيضا جزءا من إدارة عامة من إدارات الدولة.

## الفصل الثاني

### التحكيم في العقود الإدارية

يختلف التحكيم عن الطرق البديلة السابقة لحل المنازعات الإدارية، في كونه طريقا استثنائيا لحل المنازعات وذلك بعيدا عن أروقة القضاء الرسمي<sup>3</sup>، وقد ازدهر التحكيم بإزدهار التجارة الدولية، وعقود الإستثمار وذلك لعدم وجود قضاء دولي متخصص في عقود التجارة الدولية، كما أن المستثمرين الأجانب لا يفضلون اللجوء في حل نزاعاتهم إلى القضاء<sup>4</sup>، بل يلجؤون إلى المؤسسات التحكيمية التي توفر لهم السرية والسرعة في إصدار الأحكام، ونظرا للإرتباط الكبير للتحكيم بالتنمية الإقتصادية، وجذب الإستثمارات الأجنبية، فقد تعالت كثير من الأصوات تنادي بضرورة استقلال التحكيم عن فروع القانون التقليدية، وإدراجه تحت مظلة القانون الإقتصادي<sup>5</sup>.

لكن مع التطور الإقتصادي العالمي، لم يبقى التحكيم حكرا على عقود التجارة الدولية بين الخواص، بل أصبحت إدارات الدولة تتدخل في المجال التجاري، وتتعاقد مع أشخاص القانون الخاص، الأجانب والوطنيين، لتحقيق التنمية والإشباع المحلي للحاجات العامة، ونظرا لكثرة

1 - قاشي علال، مرجع سابق، ص 170.

2- عبد اللاوي حسين مرجع سابق، ص 30.

3- ظهر التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، قبل نشأت الدولة و القضاء وبعد أن ظهرت الدولة أصبح القضاء هو المختص في حل نزاعاتها، وبعد ذلك ولتخفيف العبء على القضاء

واحتراما لإرادة الخصوم يمكن اللجوء للتحكيم بدل القضاء، ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 234.

4- رفيقة قصوري، مرجع سابق، ص 227.

5 - جابر جاد نصار، "التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مجلد 20، العدد 02، 2002، ص 71.

النزاعات التي تثور في المجال الإقتصادي، كان لا بد من اللجوء إلى التحكيم، نظرا لتجربته الناجحة في عقود التجارة الدولية، وللاستفادة من السرعة والسرية التي تحتاجها السلطة العامة في تحقيق النفع العام، وهذا ما تجلى من خلال أفراد كثير من الدول لتشريعات خاصة بالتحكيم<sup>1</sup>، كما تأثر المشرع الجزائري بدوره بالتطور الحاصل حيال ذلك، ونتج عنه تكريس إمكانية لجوء الأشخاص القانون العام للتحكيم في تعاقدها الداخلية والخارجية وذلك من خلال المواد من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

إن التحكيم لا يطرح إشكالا في عقود القانون الخاص، ولكن تباينت الآراء بخصوص فعاليته في العقود الإدارية وذلك لوجود الإدارة ذات السلطة العامة طرفا في العقد، وإن لجوءها للتحكيم بعيدا عن القضاء الإداري قد يؤثر على خصوصية العقد الإداري.

وعليه قبل دراسة فاعلية التحكيم في العقود الإدارية لابد من بيان الأسس العامة للتحكيم في العقود الإدارية (مبحث أول)، ثم ننقل لدراسة سير الخصومة التحكيمية ودور القاضي الإداري فيها (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: الأسس العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعتبر التحكيم إجراء اختياريًا، يقوم على أساس إرادة الأطراف في اللجوء إليه، فهم الذي يختارون عدد المحكمين، ويجددون مكان التحكيم والنظام الإجرائي المطبق أمامهم، ولكن إرادة الأطراف لا تكفي فلا بد من إجازة المشرع على ذلك بموجب نص صريح<sup>2</sup>، وتختلف مسميات التحكيم حسب طبيعة المنازعة التي يراد حسمها بواسطته، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي التحكيم تجاريا، وإذا كانت المنازعة مدنية سمي التحكيم مدنيا، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي التحكيم إداريا<sup>3</sup>، حيث يتصف التحكيم بالصفة الإدارية، إذا كان أحد أطراف المنازعة إدارة بصفتها ذات سلطة عامة، وتسعى من التعاقد تسيير المرفق

1- ومن القوانين التي اخذت به القانون الفرنسي لعام 1975 المعدل، والقانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994، أنظر في ذلك: عمار طارق عبد العزيز، دور التحكيم في منازعات العقد الإداري، ص 04.

2- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مجلد 20، العدد 2002، ص 71.

3- زياد القره غولي، أثر التحكيم على النظام القانوني لنظرية العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 61.

العام. ولتوضيح أكثر في ذلك سنقوم بدراسة مفهوم التحكيم في العقود الإدارية (مطلب أول)، ثم نوضح مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإداري

يعرف التحكيم في الإصطلاح على أنه اتفاق أطراف النزاع، اتفاقا بموجب القانون على اختيار أشخاص توكل لهم مهمة الفصل في النزاع، بعيدا عن القضاء<sup>1</sup>، وسنقوم من خلال هذا المطلب تحديد تعريف التحكيم وبيان عناصره (الفرع الأول)، وبيان أنواعه (ثانيا).

### الفرع الأول: تعريف التحكيم وبيان عناصره

للتحكيم معنيان أحدهما واسع وهو المعنى اللغوي، فالتحكيم لغة هو طلب الفصل في المنازعة، سواء عن طريق القضاء أم عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها، فيقال حكموا القضاء في منازعتهم، أي رفعوا أمرهم إلى جهة قضائية مختصة، حكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكموه بينهم أمره أن يحكم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا<sup>2</sup>. ونظرا لحدثة تطبيق التحكيم على العقود الإدارية، فإن التشريعات لم تورد تعريفات للتحكيم الإداري، وعليه سنستعرض أهم التعريفات، ثم نستنتج من ذلك تعريف التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ثم نوضح عناصره.

### أولا: تعريف التحكيم:

#### 1- التعريف الفقهي للتحكيم

لقد تعددت التعاريف الفقهية ولكنها لا تختلف كثيرا في مضمونها ومن أهمها نورد الآتي:  
التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين، أو عدة أشخاص ليفصلوا فيه دون اللجوء للمحاكم<sup>3</sup>

كما ذهب آخرون إلى اعتباره أسلوبا ملزما لأطرافه لفض المنازعات، ويقوم على اختيار الخصوم بإرادتهم لأفرادا عاديين، للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع<sup>4</sup>.

1- حسان نوفي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للنشر، 2016، ص 61.

2- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج 12، دار صادر، بيروت، ص 140.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية (دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة)، مطابع الولاء الحديثة، 2006، ص 12.

4- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 71.

كما ذهب جانب آخر إلى اعتبار التحكيم عملية مركبة تبتدئ باختيار المتنازعين لطرف ثالث محايد للفصل في نزاعهم، ويتواصل بقبول المهمة وتحريره لوقائع النزاع، ولقواعد القانون والعدالة الواجبة التطبيق عليه، وتنتهي بحكم منه يجسد القانون بشأنه، مثله في ذلك مثل الحكم القضائي<sup>1</sup>. وهو أيضا نظام خاص متميز للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلا عن الطريق القضائي العام<sup>2</sup>.

كما عرف في الفقه الغربي على أنه "منظمة العدالة الخاصة بفضلها سلب المنازعات من سلطان القانون، لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين لهم مهمة قضائية"<sup>3</sup> وذهب أيضا في ذلك إلى أنه "التحكيم هو أسلوب يهدف إلى الحصول على حل لمسألة تتعلق بالعلاقة بين شخصين أو أكثر من قبل شخص واحد أو أكثر من المحكم أو المحكمين الذين يستمدون صلاحياتهم من اتفاق خاص ويحكمون على أساس هذه الاتفاقية دون تكليفهم من الدولة بهذه المهمة"<sup>4</sup>

من خلال التعاريف السابقة نخلص إلى تعريف للتحكيم وهو طريق بديل لتسوية المنازعات عن طريق أشخاص محايدين يدعون المحكمين، يفصلون في النزاع بناء على اختيارهم من الأطراف، للوصول إلى حكم ملزم للأطراف قابل للطعن أمام القضاء.

ومن خلال ذلك فإن التحكيم الإداري هو الوسيلة القانونية في حل المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها .

## 2-التعريف القضائي للتحكيم:

1-خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، (في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، 2002، ص75.

2 -محمود سيد التحيري، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص37.

3 "institution d'une justice privée grâce à laquelle litiges sont soustraits aux juridictions droit comun, pour être résolus par des individus 3

revenus pour la circonstance, de la mission de les juger" Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6ème

édition, dalloz, paris, p07.

« l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressent les rapports entre deux ou plusieurs personnes 4

par une ou plusieurs autres personnes l'arbitre ou les arbitres les quelle tiennent leurs pouvoirs d'une convention privé et statent sur la

base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état", DAVID René, Arbitrage dans le commerce international

, Economica, France, 1982, p.09.

بالنسبة للتعريف القضائي فنجد في هذا الجانب القضاء المصري بمختلف هيئاته القضائية فعلا في هذا الجانب حيث عرفته محكمة النقض المصرية على أنه الإتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم"<sup>1</sup>، كما ذهبت في قرار آخر إلى القول بأن التحكيم هو "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وماتكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تتصرف إليه إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم"<sup>2</sup>.

كما ذهبت المحكمة العليا المصرية إلى القول أن اللجوء للتحكيم لا يعني النزول عن حق الإلتجاء إلى القضاء، وذلك لأن حق التقاضي من النظام، ولا يعدو أن يكون إحلالا للمحكم محل المحكمة في نظر النزاع"<sup>3</sup>.

كما عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم على أنه "يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"<sup>4</sup>

### 3- التعريف التشريعي للتحكيم:

إن التشريعات غالبا ما لا تتطرق للتعريفات الصريحة، وعليه سنحاول تسليط الضوء على موقف التشريعات المقارنة من ذلك، فقد عرفه المشرع الفرنسي التحكيم في قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم الصادر في 14 ماي 1980، وذلك من خلال تناوله لمفهوم شرط و مشاركة التحكيم فقد تناول في المادة 1442 شرط التحكيم على أنه "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد به طرفا العقد تقديم أي نزاعات قد تنشأ فيما يتعلق بهذا العقد للتحكيم"<sup>5</sup>

1- حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 935 لسنة 44 ق، جلسة 1980/06/10، نقلا عن حسان نوفل، مرجع سابق، ص 68.

2- حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 375 لسنة 36 ق، جلسة 1971/02/16، نقلا عن خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 86.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 886 لسنة 30 ق، جلسة 1994/01/18، نقلا عن حسان نوفل، مرجع سابق، ص 69.

4- "l'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers, et il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre", C

E21 avril 1943, société des ateliers de construction du nord de la France Rec. leeb. p107.

5- "la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges

qui pourraient naître relativement à ce contrat", nouveau code de procédure civile livre quatrième l'arbitrage – titre premier les convention

d'arbitrage, chapitre premier la claus compromissoire art – 1442.

كما عرفت المادة 1447 مشاركة التحكيم على أنها" هي اتفاقية يخضع بموجبها أطراف نزاع قائم إلى شخص أو عدة أشخاص للفصل فيه"<sup>1</sup>. كما أصدر المشرع المصري قانونا خاصا للتحكيم رقم 27 لسنة 1997 والذي عرف بموجب مادته العاشرة التحكيم على أنه"اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية"، كما أشارت نفس المادة إلى أن الإتفاق على التحكيم قد يكون قبليا أو بعديا، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين كما يجوز أن يتفق على التحكيم حتى خلال قيام منازعة قضائية بشأن النزاع<sup>2</sup>.

ولكن لم يورد المشرع الجزائري في القوانين التي تناولت التحكيم والتي سبقت<sup>3</sup> قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تعريفا للتحكيم بل اكتفى بالإشارة إلى شروط التحكيم ومجالاته، ولم يحدد إلا تعريف شرط التحكيم في المادة 1007 من القانون 09/08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها"**هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم**"<sup>4</sup>، كما حددت المادة 1006 الحقوق التي يجوز فيها التحكيم وهي كل الحقوق التي يملك كل شخص مطلق حرية التصرف فيها.

كما عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 على أنه"إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، كما أنه يمكن للأطراف الإتفاق على التحكيم، حتى بعد رفع دعوى قضائية في النزاع<sup>5</sup>.

من خلال ذلك يمكن لنا أن نستنتج مفهوم التحكيم من منظور المشرع الجزائري وهو كالتالي: التحكيم هو إتفاق الأطراف على عرض نزاعاتهم القائمة أو المحتملة، والتي تثار حول حقوق لهم مطلق التصرف فيها، على المحكمين للفصل فيها.

1" le compromis est convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui ci à l'arbitrage d'une ou de plusieurs personnes"

2- "...بمقتضاه يعهد إلى الشخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي بعد منازعة العقدية أو غير العقدية، وهذا الإتفاق قد يكون سابقا أو تاليا للنزاع ويكون قرار التحكيم ملزما

لهما"، أو أنه "إحالة النزاع إلى الشخص أو هيئة للفصل فيه بقرار ملزم لطرفي النزاع"، أنظر القانون رقم 27 لسنة 1994، جريدة رسمية عدد 16 الصادرة في 21 أبريل 1994.

3- الأمر رقم 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 8 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-9 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

4 المادة 1007 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

5- أنظر المادة 1013 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

## ثانيا: عناصر التحكيم

إن التعاريف السابقة للتحكيم بغض النظر عن مصدرها، فهي تشترك في أنها تحتوى على عناصر تشكل مقتضيات لا بد منها لإعمال نظام التحكيم، وهذه الشروط تحددها القوانين الوضعية للدول<sup>1</sup>، ويمكن إجمال هذه العناصر الأساسية لنظام التحكيم فيما يلي:

### 1- إرادة الأطراف:

لا بد أن يتفق الخصوم على الإلتجاء للتحكيم للفصل في منازعاتهم، فهو مكنة اختيارية تترك للأطراف حرية ممارستها<sup>2</sup>، ولا يصح التحكيم إلا لمن له الأهلية القانونية للتصرف في الحق المتنازع عليه<sup>3</sup>. وذلك بعيدا عن القضاء صاحب الإختصاص الأصيل لفض المنازعات في الدولة، كما أن اختيار اللجوء للتحكيم لا يسلب الإختصاص منه بل هو طريق بديل مواز للطريق القضائي وفي حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم عاد اختصاص الفصل في المنازعة إلى القضاء الإداري<sup>4</sup>. وينصب التحكيم على المنازعات المتفق على عرضها على المحكمين، وقد يتفق أطراف النزاع على اللجوء للتحكيم قبل نشوء النزاع، وذلك من خلال إدراجة كبنء في العقد الأصلي ويسمى شرط التحكيم (أ)، كما يمكن الإلتفاق على اللجوء للتحكيم بعد قيام النزاع ويسمى مشاركة التحكيم (ب).

### أ- شرط التحكيم:

سنحاول إعطاء مفهوم لشرط التحكيم، وبيان جزاء مخالفته.

### أ- 1 مفهوم شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم ذلك الإلتفاق الذي يرد كبنء من بنوء عقد ما سواء أكان عقدا إداريا، أو مدنيا، أو تجاريا، فيتفق أطراف هذا العقد بموجب هذا الشرط على عرض المنازعات المحتمل

1- محمود سيد التحيوي، مرجع سابق، ص 36.

2- محمود سيد التحيوي، شروط التحكيم، ص 06.

3- حيث نصت المادة 1/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها..." بالإضافة إلى ذلك فإن اتفاق التحكيم هو عقد تسري عليه القواعد العامة التي تنظم جميع العقود الواردة في القانون المدني، وعليه ينبغي لصحة التحكيم توفر شرط الرضا، وأن يكون الرضا صحيحا خاليا من أي غلط أو إكراه أو تدليس، أنظر في ذلك المواد التي نظمت الرضا في القانون المدني من 59 إلى 90، المتكور سالفا.

4- متجد راعب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 235.

وقوعها مستقبلا، جراء هذا العقد على المحكمين للفصل فيها، بعيد عن المحكمة القضائية المختصة<sup>1</sup>، على شرط أن يكون موضوع النزاع من المواضيع التي أجاز المشرع اللجوء فيها إلى التحكيم، لأن التشريع هو من يحدد نطاق التحكيم، والمسائل التي يجوز فيها التحكيم، وتلك التي تعتبر محظورة لا يمكن تطبيق التحكيم عليها، كما يبين طرق تنفيذ أحكام المحكمين وإجراءات الطعن فيها.<sup>2</sup> كما أنه يمكن أن يكون شرط التحكيم مستقلا عن العقد مصدر الرابطة القانونية، فلا يؤثر بذلك في وصفه بأن شرط للتحكيم، مادام أن الإتفاق عليه قد تم قبل نشوب النزاع بالفعل بين الأطراف المحكمين<sup>3</sup>. قد تتعلق المنازعات المحتمل وقوعها بين أطراف العقد لتفسير العقد أو تنفيذه، وبالنسبة للمشرع الجزائي فقد أجاز الإتفاق على شرط التحكيم في المنازعات التي تثور حول حقوق متاحة للأطراف يعني لهم مطلق التصرف فيها، وعليه فإن أي حقوق لا يمكن التصرف فيها يعتبر إدراج بند للجوء للتحكيم بخصوصها باطلا.

كما يشترط في شرط التحكيم أن يكون مكتوبا في العقد أو الإتفاقية الأصلية التي قد يثور النزاع حولها، كما يجب أن يتفق الأطراف على تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم، في شرط التحكيم في العقد الأصلي، وإن إغفال الكتابة وعدم تعيين المحكمين يؤدي شرط التحكيم إلى البطلان<sup>4</sup>.

يعتبر شرط التحكيم مجرد وعد باللجوء إلى التحكيم، لأنه حتى وإن التزم أطراف العقد الأصلي باللجوء إلى التحكيم استنادا على شرط التحكيم، فإن هذا التحكيم لا ينعقد إلا بإبرام مشاركة التحكيم، التي يحددها أطراف النزاع القائم فعلا، إذ لا يعقل أن يلجأ الأطراف إلى التحكيم في نزاع لم يقع بعد<sup>5</sup>.

1- محمود السيد التحيوي، "إتفاق التحكيم وقواعده (في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994)"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1994، ص 23.

2- تعتبر إجازة المشرع على اللجوء للتحكيم أساس التحكيم، وذلك لأن التحكيم استثناء على الأصل وهو اللجوء للقضاء صاحب الإختصاص الأصلي في جميع المنازعات العقدية وغير العقدية، وإعمالا لمبدأ القائل بأنه لا استثناء إلا بنص، فلا بد من وجود نص صريح يبيح اللجوء للتحكيم لأن القانون هو الأساس وما إرادة الخصوم إلا شرط استلزمه القانون لصحة التحكيم.

3 محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية للتحكيم، ص 29.

4- أنظر المادة 1008 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

5- محمود السيد التحيوي، "إتفاق التحكيم وقواعده (في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994)"، مرجع سابق، ص 85.

## أ- 2- جزء الإخلال يشترط التحكيم:

إن شرط التحكيم حتى وإن كان مجرد وعد باللجوء إلى التحكيم، فهو يضع التزاما على أطراف العقد الذي يتضمنه إبرام مشاركة التحكيم في حال وقوع النزاع فعلا، وعليه فقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشاركة التحكيم<sup>1</sup>، وبعد ذلك أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما، أصبح مبدأ يقر بأنه إذا رفض أحد الأطراف في شرط التحكيم، على إبرام مشاركة التحكيم عند قيام النزاع، لا يؤدي ذلك إلى إخراج النزاع من ولاية المحكمين، ولا يمكن عرض النزاع محل شرط التحكيم على المحكمة القضائية، وعليه يحق لكل ذي مصلحة أن يلجأ للقضاء لتعيين المحكم أو المحكمين، للفصل في المنازعة محل شرط التحكيم<sup>2</sup>، وهو نفس المبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري والذي أقر بأنه إذا لم يتم تشكيل محكمة التحكيم، لسبب يعود إلى رفض الأطراف اللجوء للتحكيم أو لصعوبة تعيين المحكمين، فإن رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاص محل إبرام العقد الأصلي أو محل تنفيذه، هو من يعهد إليه مهمة تعيين المحكم أو المحكمين للفصل في النزاع محل شرط التحكيم<sup>3</sup>.

## ب- مشاركة التحكيم:

مشاركة التحكيم هي الإتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد نشوء النزاع فعلا بين الأطراف، بعرض نزاعهم على التحكيم، كما يعرف بوثيقة التحكيم الخاصة<sup>4</sup>. وقد أجازته المادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن شروط صحة مشاركة التحكيم أن يكون النزاع حقيقيا واقعا فعلا، بمعنى لا يكفي لنشأة النزاع مجرد الاعتراض أو الاختلاف، وإنما يتطلب اختلافا يتجلى من خلال ادعاءات محددة يوكل للمحكم مهمة حسمها بما يكسبه صفة القاضي<sup>5</sup>، يشترط في الإتفاق على التحكيم أن يكون كتابيا، وأن يتضمن جميع البيانات

<sup>1</sup> la cour de Marseille commerciale, 2 février, 1927, cité par Jean Robert, op, cit, p37. - Paris 10 juillet, 1928, s, 1930, 2, 5

<sup>2</sup> وهكذا أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم، طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه، الأمر الذي لا يصح معه القول بأن الوعد بالتحكيم، هو مجرد التزام بعمل، لا يتخلف عن الإخلال به سوى التعويض، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العيني، وهو تنفيذ يفرض قرار القاضي على الخصم المماثل فرضا، مادام لم يتم بتنفيذه اختياريا، محمود السيد التحيوي، "إتفاق التحكيم وقواعده (في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994"، مرجع سابق، ص 87.

<sup>3</sup> -أنظر المادة 1009، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفًا.

<sup>4</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية (دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة)، مرجع سابق ص 26.

<sup>5</sup> - فتحي والي، مرجع سابق ص 103.

الخاصة بموضوع النزاع، وتحديد أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وفي حالة تخلف هذه البيانات يكون اتفاق التحكيم باطلا بموجب القانون<sup>1</sup>.

تصح مشاركة التحكيم حتى لو كان النزاع قد رفع بصدده دعوى قضائية<sup>2</sup>، ولكن لا يجوز الإتفاق على مشاركة التحكيم بعد صدور حكم قضائي بات في الدعوى، وذلك لأن حجية الأمر المقضي به من النظام العام، وعليه تصح مشاركة التحكيم قبل صدور حكم نهائي بات في الدعوى القضائية<sup>3</sup>.

## 2- خضوع التحكيم لإجراءات التقاضي:

تنص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجل والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

يتضح لنا من خلال المادة المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري يعتبر الدعوى التحكيمية، كنظيرتها القضائية، وذلك من خلال خضوعها لجميع الإجراءات والمبادئ الواجب احترامها أمام الهيئات القضائية بأنواعها، من ذلك خضوع الدعوى التحكيمية لأجل رفع الدعوى القضائية الواردة في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إستفادة الخصوم من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم، الإلتزام بمبدأ المواجهة<sup>4</sup>، أن تكون الإجراءات أمام الهيئة التحكيمية مكتوبة، أن تكون الأحكام التحكيمية مسببة. إن خضوع الخصومة التحكيمية لإجراءات التقاضي لا ينفي انفراد التحكيم بخصوصية تجعله يختلف عن الدعوى القضائية فمثلا فالأصل في جلسات المحاكمات القضائية تكون علنية، ولكن جلسات التحكيم تكون سرية، وذلك لأن المستثمرين يسعون دوما إلى كتم الأسرار التجارية، والتي لا تتوافق مع العلنية التي تمتاز بها جلسات القضاء العادي، لأن ذلك قد يؤدي إلى إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة تمس الدولة خاصة في العقود الإدارية، فتعد السرية

1-أنظر المادة 1012 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2-نفس المادة فقرة ثالثة.

3-فتحي والي، مرجع سابق، ص 103.

4-أنظر المواد 03 و 07 و 09 على التوالي من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إحدى الضمانات الهامة للشركات في معاملاتها، للحفاظ على السمعة التجارية، والتي قد تنتهك من خلال إعلان الأحكام القضائية<sup>1</sup>.

### 3- الطابع التنفيذي لأحكام التحكيم

إن القرار الصادر عن المحكمين، يعبر عنه بالحكم التحكيمي وذلك لأنه جاء نتاج تبادل طلبات ومذكرات واتباع إجراءات مماثلة، كالتالي تتبع أمام القضاء، وعليه فإن الحكم التحكيمي هو حكم بات ملزم للأطراف، سواء كان شاملا لكل النزاع أو لجزء منه<sup>2</sup>. يكتسب الحكم التحكيمي لحجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ويترتب على ذلك عدم إمكانية رفع دعوى في النزاع مرة أخرى أمام القضاء. كما أن الأحكام التحكيمية قابلة للطعن أمام القضاء، وذلك لبسط رقابة قضاء الدولة على الأحكام التحكيمية، خاصة بالنسبة للتحكيم الدولي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع التحكيم:

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع على حسب المعيار الذي يعتمد عليه كأساس للتفرقة، إما من حيث الهيئة التي تباشره (أولا)، أو من الإرادة (ثانيا)، أو من حيث الالتزام بالقانون (ثالثا)، أو من حيث الإرادة (رابعا)، أو من حيث المحلية والوطنية. ومع التطور التكنولوجي ظهر نوع جديد من التحكيم (خامسا).

### أولا: من حيث الإرادة:

قد يلجأ الأطراف إلى التحكيم بإرادتهم وهو ما يسمى بالتحكيم الإختياري (1)، كما أنه قد يفرضه القانون في حالات معينة فيصبح التحكيم إجباريا (2).

### 1- التحكيم الإختياري:

يكون التحكيم اختياريًا، إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوي الشأن ويستند إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الإتفاق، والذي يخضع للقواعد العامة للعقد بصفة عامة، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في القوانين الإجرائية، كقانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر، أو قانون التحكيم في فرنسا ومصر، فالأطراف يفضلون اللجوء للتحكيم

1- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 85.

2- نائلة محمد إبراهيم البسيوني، مرجع سابق، ص 366.

3- بريارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 546.

بملى إرادتهم، عن اللجوء للقضاء الرسمي للدولة، فبالنظر للصفة الإستثنائية للتحكيم فإن الأنظمة القانونية الوضعية المختلفة، قد تركت للأفراد، والهيئات حرية الإلتجاء للتحكيم، للفصل في منازعاتهم إذا لم يكن ما يمنع ذلك<sup>1</sup>.

## 2- التحكيم الإلجباري:

إذا كان الأصل في التحكيم هو إرادة الأطراف الذين يختارون نظام التحكيم، عوض اللجوء للقضاء، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون التحكيم أحياناً إجبارياً، حيث يرغب الأفراد على اللجوء للتحكيم بدل اللجوء للقضاء، ولهذا فكثيراً ما يحدث الخلط بين التحكيم الإلجباري وقضاء الدولة عندما يصدر من هيئات قضائية استثنائية، وعليه لا بد من الإشارة إلى مواطن التفرقة بينهما، فهئية القضاء تتكون من أشخاص دائمين، ولا تشكل للفصل في نزاع معين، وعلى العكس فهئية التحكيم تشكل بصدد الفصل في نزاع محدد بذاته، كما أن أعضاء الهئية القضائية هم أعضاء دائمون، وأعضاء هئية التحكيم مختارون من قبل الأطراف<sup>2</sup>. لما كان الأصل في التحكيم هو حرية الإختيار، فإن إقرار التحكيم الإلجباري يكون عادة في تنظيم خاص، ينص على هئية لها ولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون، وقد شاع هذا النوع في الدول التي تنتهج النظام الإشتراكي، منها فرنسا سابقاً في مجال المنازعات التي تقع بين الشركاء بسبب شركة تجارية، من خلال ما يعرف بالمجموعة التجارية<sup>3</sup>.

كما كان المشرع الجزائري يتبع نظام التحكيم الإلجباري سابقاً أثناء تبني الدولة الجزائرية للنظام الإشتراكي وذلك بموجب الأمر رقم 15-44 المتعلق بالتحكيم الإلجباري لبعض الهيئات، والتي كانت تمنع من اللجوء للقضاء، وتلجأ مجبرة إلى التحكيم الذي تمارسه اللجنة الوطنية للتحكيم، التي تختص بالفصل في جميع النزاعات التي تقوم بين الهيئات التي يقع

1- محمود السيد التحيوي، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص307.

2- فتحي والي، مرجع سابق، ص36.

3- كان يخضع لهذا التحكيم الإلجباري للمنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الشركاء، أو المساهمين في الشركات التجارية، سواء تعلقت بالعقد ذاته، أو بتنفيذه أو بنزاع يقتضي مباشرة دعوى

الشركة قبل الشركاء، أو دعوى الشركاء ضد الشركة، أو بطلان جمعيتها العامة، أو المتعلقة بمسؤولية المديرين، وأعضاء مجلس الإدارة، أو بمطالبة الشركاء، أو المساهمين بإداء الحصص

التي تعهدوا بتقديمها للشركة، أو برد ما حصلوا عليه من أرباح صورية، أنظر في ذلك، محمود السيد التحيوي، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع

سابق، ص213 وما بعدها.

يتعدى نشاطها حدود ولاية واحدة، وذا كان النشاط يقتصر على ولاية واحدة تخضع للجنة التحكيم الولائية، كما أن قرارات هذه اللجان غير قابل للطعن بالإستئناف<sup>1</sup>.

### ثانيا: من حيث الهيئة الممارسة للتحكيم

قد يخضع الأطراف إلى هيئة دائمة تختص بالتحكيم ويعرف بالتحكيم المؤسسي(1)، أو يكون الأطراف أحرارا في اختيار هيئة التحكيم(2).

#### 1- التحكيم المؤسسي:

هو التحكيم الذي يجري عبر هيئات، أو مراكز دائمة للتحكيم سواءا كانت وطنية أو دولية في ظل نظام قائم، وقد يقوم المركز بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الأطراف، أو يقوم بمراجعة حكم تحكيم حسب ماتتص عليه لائحة المركز، وقد زاد في السنوات الأخيرة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يقدمه مركز التحكيم من مكان مناسب وتسهيلات إدارية وفنية، وتزداد أهمية المركز التحكيمي نظرا لتاريخه وكفاءته المهنية<sup>2</sup>، وكذلك تيسير اختيار المحكمين المتخصصين من بين قوائم معدة سلفا، أيضا اتباع إجراءات التحكيم الخاصة بكل مركز ويمكن إعفاء الأطراف منها في حالة الإتفاق المسبق. أهم هذه المراكز المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة (CRCICA)، محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس I.C.C، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، جمعية التحكيم الأمريكية A.A.A.<sup>3</sup>.

#### 2- التحكيم الحر:

هو التحكيم الذي يتولاه محكم أو محكمون يختارون لنزاع معين، يلتزمون بما يتفق عليه الأطراف من قواعد إجرائية أو موضوعية، فهو يتم تحت إشراف وإدارة الأفراد ومدوبيهم، وذلك

1- تنص المادة الأولى من الأمر 44-75 على "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال التي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية

أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال العامة أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الإشتراكية والوحدات المسيرة ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدامى المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الإقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم"، أنظر الأمر رقم

44-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، جريدة رسمية عدد 53، المؤرخة في 04 يوليو 1975.

2- نائلة محمد إبراهيم البسيوني، مرجع سابق، ص 346.

3- حسان نوفل، مرجع سابق، ص 71.

دون التقيد بنظام قائم ووفقا لما يخوله القانون فهو تحكيم طليق ومتحرر من أي قالب تحكيمي جاهز مسبقا، فهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرها<sup>1</sup>.

### 3- التحكيم الإلكتروني:

إن ازدياد العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، في جميع المجالات مدنية أو تجارية أو إدارية أو حتى عقود البيع، والإطراد في حجم النزاعات الناشئة عن هذه التعاقدات، أخذت تطفوا إلى السطح مراكز تحكيم تعمل عن بعد، فشكلت بما يعرف بالتحكيم الإلكتروني، والذي لا يختلف عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي عبر مراكز التحكيم المنشئة لهذا الغرض<sup>2</sup>. تتمثل إجراءات اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في إرسال الطلب إلى المركز الإلكتروني لأجل طلب إجراء التحكيم في قضية ما، ويتم ذلك عن طريق تعبئة نموذج التحكيم الموجود على الموقع الخاص بالتحكيم، والذي يتطلب كل البيانات الخاصة بأطراف النزاع، وأسماء المحكمين، موضوع النزاع، وكل البيانات المطلوبة في التحكيم التقليدي، كما يكون الأطراف ملزمين بإرفاق نسخة من اتفاق التحكيم مع طلب التحكيم، وأداء الرسوم المطلوبة، وباستلام المركز للطلب يبدأ النظر في النزاع، تتم جلسات التحكيم الافتراضية في سرية، وبعد انتهاء المهلة المحددة يتم إصدار القرار التحكيمي، وذلك وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف سابقا<sup>3</sup>.

**ثالثا: من حيث سلطة المحكم:** عندما تتقيد سلطة المحكم بحدود تشريعية، وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف نكون أمام التحكيم بالقانون (1)، كما أنه يمكن للمحكم أن يتحرر

1- أصدرت الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم الدولي سنة 1958 والذي يعد مرجعا أساسيا لقياس تشريعات التحكيم المناسبة، تطبقه حاليا أكثر من 40 دولة، أنظر في ذلك موقع

أمانة اليونسفال: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)/نور الدين بو الصلصال، "التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونسفال (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 10، 2015، ص 81 وما بعدها.

2- عرف التحكيم الإلكتروني انتشارا واسعا في العالم الحديث، ويتجلى ذلك من خلال كثرة المراكز التحكيمية التي تعمل عن بعد ومن أبرزها: مركز Square trade أو ما يعرف بنظام المفاوضات المباشرة وعنوانه الإلكتروني [www.Squaretrade.com/organization/user-agreement.jsp](http://www.Squaretrade.com/organization/user-agreement.jsp)/مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي وموقعه

الإلكتروني [www.kuna.net.kw/NewsAgenciesPublicSite/ArticleDetails.aspx](http://www.kuna.net.kw/NewsAgenciesPublicSite/ArticleDetails.aspx) برنامج القاضي الافتراضي الأمريكي ولمزيد من التفاصيل أنظر الرابط

التالي: <http://vmag.law.vill.edu:8080/> مركز الإتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني [http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res\\_a&id=233](http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=233) وغيرها من المراكز

التحكيمية الإلكترونية، أنظر في ذلك: سيف الدين إلياس حمدتو، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية، عدد 03، 2011، ص 54 وما بعدها.

3- تومي هجيرة، "التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم"، تومي هجيرة، "التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم"، مجلة صوت القانون، العدد السابع، الجزء

الثاني، 2017، ص 82 83.

من القانون ويفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف وهو ما يعرف بالتحكيم الحر أو التحكيم بالصلح(2).

### 1- التحكيم بالقانون:

والأصل في ممارسة المحكم لسلطته هي التحكيم العادي أو ما يسمى بالتحكيم بالقضاء وهو الذي تلتزم هيئة التحكيم بموجبه بتلك القواعد والإجراءات المطبقة أمام المحاكم<sup>1</sup>، قد يكون القانون الذي يلتزم به المحكم في هذه الحالة إما القانون المتفق عليه بين الأطراف أو القانون الذي يراه المحكمون أكثر ملاءمة للنزاع<sup>2</sup>، ويقصد بالقانون هنا بمفهومه الواسع وسواء كان مكتوبا أو غير مكتوب كالمبادئ القانونية العامة والعرف. فالمحكم في هذه الحالة يطبق القانون الموضوعي والإجرائي، سواء من اختيار الأطراف أو من القوانين التي يراها ملائمة لموضوع النزاع، كما أنه لا يوجد نص يجبره على اختيار،

قانون على حساب الآخر، كما أن سلطة المحكم تكون أوسع من سلطة القاضي، لأن هذا الأخير لا يستطيع اختيار القانون بل هو مجبر على تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها<sup>3</sup>، أما المحكم له حرية اختيار تطبيق التحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح متى ما رأى أن قواعد العدالة والإنصاف هي الأنسب لحل النزاع بالرغم من أن تطبيق القانون هو ضمانه للخصوم وضمانه أيضا لضبط سلوك المحكمين بالتزامهم بالقوانين، والتي تؤدي بعدم التزامها بقابلية حكم التحكيم للطعن<sup>4</sup>.

### 2- التحكيم بالصلح:

يطلق على هذا النوع من التحكيم الخاص بتسوية منازعات عقود التجارة الدولية عبارة التحكيم مع التقيؤض بالصلح، أو التحكيم وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف ،ومعنى ذلك أن يفصل المحكم في النزاع المعروف عليه وفق ما يمليه عليه إحساسه بما تقتضيه العدالة<sup>5</sup>، ولو أدى ذلك إلى استبعاد العمل بالقوانين الموضوعية الواجبة التطبيق سواء كانت مدنية أو

1 - جميلة إبراهيم المجريسي، مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 07، ماليزيا 2019، ص 87.

2 - نائلة محمد إبراهيم البيسوني، مرجع سابق، ص 356.

3 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 237.

4 - وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 20.

5 - ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية

والإنسانية، بابل، كانون الأول 2018، ص 1109.

تجارية أو إدارية، والأصل هو الأخذ بالتحكيم وفقا للقانون والاستثناء هو التحكيم بالصلح، مما يستدعي وجود نص مكتوب يدل صراحة على اللجوء للتحكيم بالصلح<sup>1</sup>، ولا يفهم من ذلك أن يكون عمل المحكم المفوض بالصلح هو العمل فقط على الصلح بين الطرفين بل يقضي لكل طرف جزءا من إدعاءاته، كما يجب الاتفاق على اختيار المحكمين المفوضين بالصلح وتعيينهم بأسمائهم في مشاركة التحكيم، كما أن المحكمة لا يمكن لها في أي حال تعيين محكم مفوض بالصلح دون إرادة الأطراف<sup>2</sup>، إن التحكيم بالصلح لا يعني الاستبعاد التام للقانون فيحق للمحكم أن يرجع إلى قواعد قانونية يرى بأنها تحقق العدالة والإنصاف في النزاع المعروض أمامه، كما أن عدم الخضوع للقوانين لا يعني الانفلات التام عن إجراءات التقاضي وأهمها حقوق الدفاع وضمنان مبدأ الوجاهية، واحترام اجال الطعن أمام القضاء الإداري.

إن التحكيم بالصلح يعطي حرية أكثر للمحكم لكن هذه الحرية لا تكون مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات مهمة لضبط عمل المحكم وعدم المساس بثوابت الدولة أو حقوق الأطراف وأهم هذه القيود والتي حرص عليها أغلب القوانين الدولية والمحلية هي إحترام النظام العام. وقد حرصت الاتفاقيات الدولية على جعل النظام العام بمنأى عن أي مساس من طرف قرارات المحكمين والتي تواجه بوقف التنفيذ والرفض مثال على ذلك المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي أكدت على أن مخالفة المحكم للنظام العام يؤدي إلى رفض الحكم<sup>3</sup>، كما أن المشرع الفرنسي<sup>4</sup> قد اعتبر أن مخالفة النظام العام الدولي يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، وهذا ما أكده كذلك المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أكد على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام<sup>5</sup>.

1-وائل عز الدين يوسف، مرجع سابق، ص21

2-- نائلة محمد ابراهيم البسيوني، مرجع سابق، ص357.

3 عبد الرسول الأسدي، "الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، 2020، ص157.

4: article (1520/05) du code de procédure civile francais « le recours en annulation n est ouvert que si :

--la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire a l'ordre public international »

5-تنص المادة2/1006 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "...لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص

وأهليتهم....".

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبني نظام التحكيم بالصلح في قانون الإجراءات المدنية الملغى في المادة 451 منه، غير أنه عدل عن ذلك فبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبني التحكيم بالقانون وذلك في نص المادة 1023 "من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" حيث جاء فيها أنه "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون"، وحسنا فعل مشرعنا حين استغنى عن فكرة تجريد المحكم من تطبيق القانون لأن المحكم بالصلح يملك سلطة حسم النزاع بجل حر باسم العدالة والإنصاف، بحيث يقوم بالتخفيض والحد من مفاعيل واثار الشروط التعاقدية المبالغية والصارمة وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس في قرارها الصادر في 20 مارس 1985، حيث أقرت بأن المحكم له المكنة أن يستبعد من التطبيق الصارم، ليس فقط قواعد القانون، ولكن له أيضا بعض الشروط العقدية،.. وكذلك بسلطة تعديل هذه الشروط والتلطيف من حدة نتائجها لاعتبارات العدالة"<sup>1</sup>، كما أن الموقف ذاته أكد عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي وذلك في عدة قرارات متتالية<sup>2</sup>، وهذا ما يعد مساسا بالعقود الإدارية التي لا تكون قابلة للتعديل حتى من قبل القاضي الإداري، وذلك لإعتبارات المصلحة العامة.

#### رابعاً: من حيث المحلية والدولية

إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة شخصا من أشخاص القانون الخاص المحليين سمي التحكيم داخليا، وأما إن كان الطرف الآخر أجنبيا كان التحكيم دوليا، وبالرجوع إلى الفقه والتشريعات فإن معايير تحديد وطنية التحكيم أو دوليته من خلال ثلاث معايير إما على أساس المعيار الجغرافي<sup>3</sup> أو المعيار القانوني<sup>4</sup> أو الاقتصادي<sup>1</sup>.

1 قرار محكمة الاستئناف بباريس، نقلا عن ميثاق طالب حمادي/بني عيسى، مرجع سابق، ص 1117.

2 أنظر القرار الصادر في قضية QUITETTE في 28 مايو 1991 والذي أشار إلى تطبيق عملي بتعديل العقد وتطويع أحكامه فيما يخص تحديد الأسعار، نقلا عن نفس المرجع، ص 1118.

3 يتعلق الأمر بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم، فإذا كان الأطراف المحتكمون من جنسية دولة ما، ويجرى التحكيم على إقليم نفس الدولة عد التحكيم وطنيا، وعلى النقيض فإذا كان التحكيم يشتمل على عنصر أجنبي من ناحية الجنسية، والموطن فإن التحكيم يكون دوليا، وقد اعتمد هذا المعيار المشرع المصري الذي يعتبر التحكيم دوليا إذا صدر فيه حكم التحكيم خارج مصر، أنظر في ذلك: علي محمد، "ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2017، ص 135، حسان

نوفل، مرجع سابق، ص 18، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية (دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة)، مرجع سابق، ص 30.

4 يذهب جانب من الفقه إلى الإعراف بوطنية التحكيم أو دوليته، اعتمادا على أساس القانون الذي يخضع له التحكيم فإذا كان يخضع للقانون الوطني فهو تحكيم داخلي، وإذا كان يخضع للقانون الدولي فهو تحكيم دولي، ويكتسب التحكيم الدولية من طبيعة العقد محل النزاع، فإذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية يؤدي ذلك إلى اعتبارها من العلاقات الدولية، أنظر في ذلك: وائل عز الدين، مرجع سابق، ص 36.

### المطلب الثاني: خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم

يتمثل الأثر الإيجابي في الإتفاق على التحكيم في التزام طرفيه بعرض موضوع افتتاق على هيئة تحكيمية، للفصل في النزاع بموجب حكم ملزم في مواجهة الطرف المحكّمين إليه، إلا أن الإتفاق على التحكيم ينتج أثرا سلبيا يتمثل في منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام في الدولة، ومنعه من الفصل فيه، فالمحكمة التحكيمية هي من تفصل في النزاع عوض القضاء الرسمي في الدولة<sup>2</sup>، إن هذا الأثر السلبى لا يحدث إشكالا في العقود المدنية والتجارية، ولكنه يحدث خطورة في العقود الإدارية، وذلك لأن التحكيم قد يضع الدولة أو أجهزتها في مساواة مع أشخاص القانون الخاص، وهذا ما يؤدي بالمساس بخصوصية المنازعة الإدارية التي تتعلق بالمصلحة والنظام العامين، وعليه فلم تخلو مسألة التحكيم في العقود الإدارية من الجدل حول إمكانية اللجوء إليه (فرع أول)، ولم يأتي التأكيد التشريعي الجزائري إلا في أعقاب هذا الجدل (ثانيا).

#### الفرع الأول: حظر الأشخاص العامة من اللجوء للتحكيم:

لقد عرف التحكيم في العقود الإدارية في الجزائر عدم استقرار بين جوازية ورفض، وذلك لأسباب تاريخية، تعود إلى مرحلة ما بعد الإستقلال، حيث أحالت الدولة الفرنسية الإختصاص

1 ظهر معيار آخر وهو الأكثر شيوعا في الأنظمة التشريعية المختلفة، وهو المعيار الإقتصادي حيث يعتبر التحكيم دوليا إذا كان النزاع محل عقد من عقود التجارة الدولية، والعكس إذا كان العقد المتنازع فيه بعيدا عن مصالح التجارة الدولية عد التحكيم وطنيا، وقد أخذ بهذا المعيار المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية والذي ينص على أنه "يكون التحكيم دوليا إذا تضمن مصالح متعلقة بالتجارة الدولية"، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتمد معيارا واحدا يجمع بين المعيار الإقتصادي والمعيار القانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1039 والتي جاء فيها "يعد التحكيم دوليا يفهم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"، أنظر في ذلك: علي محمد، مرجع سابق، ص 135.

Décret n2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Art 1504 du code de procédure civile français: "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international". Décret n2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Art 1504 du code de procédure civile français: "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international"

حسان نوفل، مرجع سابق، ص 78-

2- محمود السيد التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 193.

في المنازعات المتعلقة بالمحروقات<sup>1</sup> التي كان يفصل فيها مجلس الدولة الفرنسي أثناء فترة الإستعمار، إلى التحكيم الدولي، بالرغم من وجود محكمة عليا بالجزائر، وهذا لتحافظ فرنسا على مصالحها الإقتصادية في الجزائر. وبعد ذلك توقفت الجزائر على العمل بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وصدر قانون الإجراءات المدنية الجزائري، وعليه سنحاول تسليط الضوء على أسباب حظر أشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم.

### أولاً: الأسباب التاريخية

انطلاقاً من الأسباب المذكور أعلاه، فإن المشرع الجزائري وبإصداره لقانون الإجراءات المدنية قد أبرز موقفاً مناهضاً للتحكيم خاصة إذا كانت الدولة أحد أطراف النزاع، وذلك لأسباب سيادية، والتي ستتأثر إذا كانت الدولة طرفاً في النزاع، وخاصة إذا خضعت في التحكيم لقانون أجنبي.

بالإضافة إلى السبب التاريخي، فإن المشرع الجزائري لطالما كان متأثر بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والذي لم يكن على وفاق مع التحكيم في منازعات العقود الإدارية آنذاك<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المادة 03/442 منه والتي جاء فيها "لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"، إن رفض المشرع الجزائري القاطع للتحكيم في المنازعات التي يدخل فيها أشخاص القانون العام، لم تدم طويلاً بل طرأت عليها اعتبارات اقتصادية وسياسية إلى تعديل هذه المادة، والتي اتضح منها التخفيف من الحظر التام للأشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم.

### ثانياً: الأسباب الإقتصادية

أدت الظروف الإقتصادية الحديثة والمتمثلة في كون الدولة الجزائرية هي المحرك الأساسي للتطور، وما أدى بها إلى تبني النظام الإشتراكي بعد الإستقلال للنهوض بالقطاع الإقتصادي، من خلال احتكار التجارة الدولية، وهو ما أدى إلى بروز العامل الإقتصادي الذي اضطر من خلاله المشرع الجزائري، بأن يسمح للأشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم في

<sup>1</sup> يعتبر قطاع المحروقات المجال الذي تتضارب فيه المصالح الإقتصادية الجزائري الفرنسي، وتجلى ذلك من خلال اتفاقية ايفيان التي كرست مبدأ الحقوق المكتسبة، وذلك لعدم توفر

امكانية لدى الجزائر لتسيير قطاع المحروقات نظراً لضعفها وخروجها من فترة استعمارية طويلة، أنظر في ذلك: لعجال بيسمينة، دوفان ليديا، أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع

للتحكيم فرضيات وإشكالات التطبيق، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 2، جامعة غرداية، 2016، ص 249، 248.

لعجال بيسمينة، دوفان ليديا، مرجع سابق، ص 250.

العلاقات التجارية، بغية استقطاب استثمارات أجنبية. إن التخفيف من حدة الحظر المفروض على الأشخاص العانة تبين من خلال إضافة فقرة رابعة<sup>1</sup> إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والتي أصبحت تنص على أنه "بالنسبة لعلاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها فإنه يجوز أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريد أو الأشغال أو الخدمات"

لكن بعد صدور الأمر رقم 75-44 المتعلقة بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات ألغى الفقرة الرابعة من المادة 442، وجعل التحكيم حلا وجوبيا ووحيدا للمنازعات الناتجة عن عقود التوريد والأشغال والخدمات الناشئة بين المؤسسة التي تدخل في نطاق هذا القانون<sup>2</sup>.

بعد تكريس المشرع الجزائري للنظام الليبرالي بموجب دستور 1989، بالإضافة إلى دخول الجزائر في اتفاقيات دولية متعلقة بالتحكيم، المتمثلة في اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز تسوية الخلافات في مادة الإستثمار المصادق عليها بتاريخ 18/03/1965 بواشنطن، واتفاقية نيويورك المتعلقة بإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، وتنفيذها المصادق عليها بتاريخ 10/06/1988<sup>3</sup>.

في سنة 1993 صدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 والذي تم من خلال تعديل الأمر 166-54، حيث جاء في مادته الأولى مايلي:

"تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام التالية:

-يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها،

-ولا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

-ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية"

1 جاء هذا التعديل بموجب الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، الصادر في ج.ر لسنة 1972، عدد 02.

2- أنظر القانون 75-44، المتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، المذكور سافا.

3 -سمية عبد الصدوق، "إجراءات التحكيم في العقود لإدارية"، الملقى العلمي الثالث، الإتحاد العربي للقضاء الإداري، القاهرة، د.س.ن، ص 124.

4- المرسوم التشريعي 93-09، المتضمن تعديل الأمر 66-154، المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج.ر، عدد 27، وهو ما أكده المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر

1993، المتضمن ترقية الإستثمار، ج.ر، عدد 21.

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لازال على موقفه في رفض لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وذلك نظرا لاعتبارات السيادة والحصانة القضائية التي تتهدد خاصة في الخضوع للتحكيم الدولي، والذي يفرض على الدولة الخضوع لقانون دولة ما قد لا تعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية.

### الفرع الثاني: جوازية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم

تميز القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإرساءه لمبدأ جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وذلك في نص المادة 975 منه والتي نصت على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، يتضح لنا من خلال المادة أن المشرع الجزائري أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم وقيد ذلك بمجالين المجال الدولي (أولا)، وعقود الصفقات العمومية (ثانيا).

### أولا: التحكيم في العقود الدولية

ويعتبر تحديد صفة دولية التحكيم من النقاط المعقدة، في فقه التحكيم، لما تحتويه من أهمية تتجلى في مرحلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كما أن فكرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية واجهت هجوما شرسا من الفقه، نظرا لما يمثله خضوع الدولة في التحكيم لقانون أجنبي، وقضاء خاص بعيد عن القضاء الإداري، باعتبار عدم وجود قضاء إداري دولي، مما يعرض سيادة الدولة وحصانتها القضائية للمساس<sup>1</sup>. بالرغم من هذه الأهمية الكبيرة فبالرجوع للمواد التي تنظم التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأن المادة 975 أجاز التحكيم في الإتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الجزائر ومن جهة أخرى في نص المادة 1039 نجد المشرع يعرف الدولية على أنها "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

نلاحظ من خلال المادتين السابقتين تضارب في المصطلحات، وهذا ما يفسح المجال للتفسيرات والتأويلات، حول المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري في دولية العقد الإداري

1 احسان نوفل، مرجع سابق، ص 165.

محل التحكيم<sup>1</sup>، وعليه سنقوم بالبحث في مجال العقود الإدارية الدولية(1)، ثم نتطرق حول تنظيمها(2)

### 1- مجال العقود الإدارية الدولية:

إن القانون الجزائري في المادة أعلاه نص صراحة على جوازية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، عندما تبرم عقودا في هذا الشأن مع أجنب، و بالتالي يكون اللجوء إلى التحكيم تنفيذا للإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و ليس تنفيذا لعقود إتفاقية بين الأشخاص العامة و الأجنب. لقد نوعت الجزائر في تنظيمها الاتفاقي، من الثنائي إلى المتعدد الأطراف ومن أمثلة ذلك اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية، لسنة<sup>2</sup> 1958 وكذا اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى<sup>3</sup>، وبالإضافة إلى اتفاقية بين الجزائر وحكومة جمهورية صربيا الموقعة في الجزائر في 13 فبراير 2012<sup>4</sup>، وغيرها من الإتفاقيات المختلفة وإزالة هذا الغموض لابد من العودة إلى النص الأصلي باللغة الفرنسية والتي استعمل فيها المشرع عبارة<sup>5</sup> (ainsi qu'en matière de marchés publics) والتي لا تعني عند

إباللغة العربية إضافة عقود الصفقات العمومية كأسلوب تعاقد تمارسها الدولة منفصلا تماما عن الحالات الواردة في الإتفاقية الدولية، بل تعني تنظيم الحالات الواردة في الإتفاقية الدولية تحت إطار مادة الصفقات العمومية، وبمعنى آخر أن الدولة في علاقاتها التعاقدية تتصرف وفقا للإجراءات المنصوص عليها في مادة الصفقات العمومية، و كل إجراء تحكيمي مخالف لذلك فهو باطل تطبيقا لنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>6</sup>.

1قويدر منقور، مرجع سابق، ص 29.

2- المرسوم رقم 88-233، المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المؤرخ في 5 نوفمبر 1958، جريدة رسمية عدد 48، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

3 المرسوم الرئاسي رقم 95/346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في 18 مارس 1965، ج.ر. عدد 66.

4 المرسوم الرئاسي رقم 334 مؤرخ في 30 سبتمبر 2013 يتضمن التصديق على حكومة الجمهورية الجزائرية د ش وحكومة صربيا المتعلق بالترقية والحماية المتبادلتين للإستثمارات الموقع في الجزائر في 13 فبراير 2012.

5- Art 975 du la loi N 08-09, op.cit, p 77.

6دوفان ليدبا، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مراح ورقلة، 2018، ص 162.

نفس الأحكام جاءت بها المادة 1006 في النص الأصلي من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد تبنا المشرع نفس المبدأ فيما يتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية التي يميزها عن مادة الصفقات العمومية، كما ورد في النص باللغة العربية، بـ «... بل أكد على ضبطها في إطار الصفقات العمومية، بهذا التعبير :

Art. 1006 : « .... Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés public »<sup>1</sup>

و عليه فإن تأويل إرادة المشرع في النصين لأهلية الدولة في الخضوع للتحكيم، يكون في العقود الإدارية الدولية المبرمة وفقا لإجراءات الصفقات العمومية، مما يفرض أن كل عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية هي عقود صفقات عمومية خاصة بعد التعديل الجديد لقانون الصفقات العمومية و الذي اضاف إليه عقود تفويضات المرفق العام، وخاصة عقود الإمتياز والتي تعتبر أهم العقود التي تتعامل فيها الدولة مع الأجانب.

## 2-تنظيمها

إن أهلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر، تتعلق باستقطاب الجزائر للاستثمار الأجنبي، ولا تعد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلا نتيجة لإنضمامها المثل هذا للإتفاقيات الدولية، غير أن تأكيدها على أساس أنها عقود إدارية دولية، لا يمتد إلا بالعودة إلى الطبيعة تنظيمها الداخلي من قبل المشرع، خاصة وأنه في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في هذا الحالت المتعلقة بمادة الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

بالنسبة للمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع الجزائري قد بين مجال التحكيم الدولي، والذي يشمل النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، ومعنى ذلك أن أي علاقة تتضمن انتقال الأموال أو السلع أو الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول<sup>3</sup>، وقد سبقه في هذا الإتجاه المشرع الفرنسي<sup>1</sup> والقانون النموذجي لليونيسترال<sup>2</sup>.

1-Art 1006, code 08/09.opc.

2 دوفان ليديا، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 165.

3-سن عامر بواب، هناك ملكة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة حوليات الجزائر، الجزء الثالث، العدد 31، ص 88.

إن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتجاوز المعيار الاقتصادي (مصالح التجارة الدولية)، والمعيار القانوني (تعدد الأماكن والجنسيات) إلى معيار واحد يجمع بين الإثنين في أن واحد معتغلبا المعيار الاقتصادي على القانوني، وبهذا وسعا المشرع الجزائري كذلك فكرة المصالح التجارية إلى مفهوم أوسع وهو المصالح الاقتصادية<sup>3</sup>، ليشمل على ما يبدو مجالات تخرج عن النشاط التجاري بمفهومه التقليدي مثل النشاط المهني كالشركات المدنية والمحامين والموثقين والمهندسين<sup>4</sup>.

### ثانيا: التحكيم في الصفقات العمومية:

جاء النص صريحا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية خضوع منازعات عقود الصفقات العمومية للتحكيم، وذلك كضمانة لحسن تنفيذ الصفقات العمومية باللجوء إلى حل ودي سريع، كالتحكيم، ومن جهة أخرى يعتبر التحكيم حافزا لاستقطاب الإستثمارات الأجنبية خاصة بعد تبني الجزائر النظام الليبرالي الحر، وتدخل إدارات الدولة في تعاقدات مع الخواص، وعليه سنتطرق إلى نطاق تطبيق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية (1)، ثم ندرس مجال التحكيم في الصفقات العمومية (2).

#### 1- نطاق تطبيق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

بالنظر إلى المادة 975 التي تنظم التحكيم في المنازعات الإدارية، نجد أنها تنص على أن التحكيم حكر على الأشخاص العامة الواردة في نص المادة 800، وأما بالنسبة لأحكام المرسوم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نجد أن أهلية المصلحة المتعاقدة و التي تتمثل حسب المادة 6 منه في الدولة، و الجماعات الإقليمية، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية مموله كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو

1- نصت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، على أنه يكون التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، كما أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية، والتي اعتبرت العقد دوليا حين يتجاوز الإطار الاقتصادي الداخلي للدولة الواحدة، أي حين يتضمن انتقالا عبر حدود الدول للأموال والسلع والخدمات.

2ورد هذا المعيار في القانون النموذجي لليونسفال، فقد جاء النص على أنه "إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة" يتضح من خلال هذه المادة إدراج اتفاق الأطراف في صحة المعيار الاقتصادي.

3 يفهم بالعلاقات الاقتصادية الإطار الذي ينظم كل تعامل بين طرفين أو أكثر يكون الهدف منه تركيز الثروة وإنماء الإقتصاد، سواء أخذ شكل الإستثمار من خلال توظيف المال في المشروعات العامة أو بالمشاركة في رأسمال إحدى المشروعات، أو في شكل توظيف المهارة والخبرة، أو إبداء المشورة أو إنجاز الدراسة، التحكيم ماجيستير ص 37.

4-رحموني وليد، مقومات الإتفاق على التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2018، ص 46.

نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، في اللجوء للتحكيم وفقا لأحكام المادة 153 من هذا المرسوم<sup>1</sup>، مما يتضح لنا بأن المؤسسات العمومية التجارية، لا يمكنها الخضوع للتحكيم لأن المشرع لم يوردها مع أشخاص القانون العام الواردة في نص المادة 800. إن هذا الإختلاف بين المادتين يوحي لنا بعدم تحكيم المشرع الجزائري بمعيار تحديد الإختصاص القضائي الإداري، لأن منازعات الصفقات العمومية تتميز بالطابع الفني بما يستوجب تنظيمها بطريقة تتلاءم وطبيعتها الفنية<sup>2</sup>، لكن من جهة أخرى فيمكن للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع، حتى وإن لم يتم ذكرها في المادة 800، فيمكنها اللجوء للتحكيم الدولي بناء على نص المادة 3/1006، لأن هذه المادة جاءت عامة، وتشمل كل الأشخاص المعنوية العامة والتي يمكنها أن تجري تحكيميا، في إطار الصفقات العمومية، وعلاقتها الاقتصادية الدولية، ولا تشمل فقط أشخاص القانون العام المذكورة في المادة 800<sup>3</sup> وهذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى وأمام هيئة دولية، بناء على اقتراح من الوزير المعنى<sup>4</sup>، تطبيقا لسياسات التنمية العمومية بواسطة الإلتزام بالشراكة الإستثمارية<sup>5</sup>.

إن عدم اشتراط المشرع الجزائري لموافقة من السلطة المختصة على لجوء الإدارة العامة للتحكيم، يعد نقصا كبيرا في التنظيم القانوني للتحكيم الإداري، لأن التحكيم في العقود الإدارية الدولية، قد يؤدي إلى إهدار مصالح الدولة، وذلك بخضوع منازعاتها لمحكمين أجنبى، وهذا ما يشكل خطورة كبيرة خاصة عندما يتعلق التحكيم بعقود استغلال الثروات الطبيعية التي تمتد لسنين طويلة، والتي تنصرف اثارها إلى أجيال قادمة<sup>6</sup>، ونظرا لذلك فإن التشريعات المقارنة في اعتمادها لنظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد ضبطته بشرط الموافقة من

1 -أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور سالفاً.

2-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج2، مرجع سابق، ص171.

3 -موساوي مليكة، "التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، عدد09، سبتمبر 2015.

4-أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

5-أنظر المادة 84، نفس المرسوم.

6-جاد جابر نصار، التحكيم والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص247.

السلطة المختصة، وشرط عدم التفويض في ذلك<sup>1</sup>، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الإجراء الذي يمكن أن تتخذه السلطات العامة في الدولة، إذا اتفقت الإدارة على اللجوء للتحكيم دون أخذ الموافقة من السلطات الوصية<sup>2</sup>. كما أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حل المشكلة المتعلقة بعقود الإمتياز التي تبرمها البلدية و الولاية و التي لا تعتبر من عقود الصفقات العمومية، فيمكن التحكيم فيها بعدما أدخل المشرع عقود تفويضات المرفق العام في تنظيم الصفقات العمومية<sup>3</sup>.

## 2- مجال التحكيم في الصفقات العمومية:

تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن التحكيم لا يجوز إلا في الحقوق المتصرف فيها، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالأهلية والنظام العام، وعليه تستثني منازعات معينة من إجراء التحكيم لعدم توفر هذا الشرط فيها وهي:

### 1- منازعات إلغاء القرارات المنفصلة:

تعتبر دعوى الإلغاء من الدعاوى الموضوعية، التي تهدف إلى حماية المراكز القانونية العامة في القرار الإداري، وحماية مبدأ المشروعية، ولذلك فإن الطعن في مشروعية القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة العمومية، يكون أمام قاضي الإلغاء دون سواه، ولا يمكن إخراج دعاوى الإلغاء من رقابة القاضي الإداري إلى رقابة المحكمين، لأن اختصاص القاضي

1- نص القانون المصري للتحكيم في تعديله بالقانون رقم 1997 لسنة 1997 على "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى

اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك" ومن بين ما نشر في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون، هو بيان سبب إدراج هذا الشرط والمتمثل في محاولة ضبط استعمال التحكيم بما يتلاءم مع دواي النظام العام، وتحقيق المصلحة العامة، بحسن نوايا، مرجع سابق، ص 132.

2- لم يحدد المشرع المصري جزاء الإتفاق على التحكيم دون موافقة السلطة المختصة، ولكن ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن إقدام الإدارة على اللجوء للتحكيم دون ترخيص من سلطة أعلى يعرض الإدارة للمسؤولية على أساس إرتكابها لخطأ مرفقي، ويترتب عليه ضرورة تعويض المتعاقد معها، لما لحقه من أضرار، غير أن هذا التعويض لا يقدم حلاً كافياً بالنسبة للعقود الإدارية الدولية إذ لا يمكن للإدارة التوصل من اتفاق التحكيم بحجة عدم حصولها على موافقة مسبقة، لما يتعارض وقواعد النظام العام الدولي، والذي يفوق مجاله مصالح المجتمع، بل يتعدى ذلك إلى حماية التضامن الدولي، والذي يفرض على دولة العمل على تنشيط العلاقات الجيدة الخاصة بين الدول، وأهم مجال لتوطيد العلاقات الدولية هو التجارة الدولية والتي ينبغي لاستمرار نوع من التضحية حتى وإن كانت تداعية هذا الأمر سلبية على الدولة، كما عدم جواز تنكر الدول لاتفاق التحكيم، حتى ولو كان بموجب نص تشريعي داخلي، فهو مبدأ دولي. غير أنه في الجانب العملي فإن التوصل من اتفاق التحكيم الدولي أمر غير وارد، لأن انضمام الدول لاتفاقيات تحتوي على شرط التحكيم، في حد ذاته هو إشارة وترخيص مسبق من السلطات المختصة في الدولة على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، أنظر في هذا الشأن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في العقود افدارية والعقود الدولية، مرجع سابق ص 105 وما بعدها، فحني والي، مرجع سابق، ص 120،. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها.

3- ليديا دوقا، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 164،.

الإداري من النظام العام ولا يجوز مخالفته، كما ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الصدد إلى اعتبار القضاء الإداري هو صاحب الإختصاص الأصيل في الفصل في منازعات إلغاء القرارات الإدارية<sup>1</sup>، كما أن الخصائص المذكورة لدعوى الإلغاء تتعارض والطبيعة الإتفاقية للتحكيم، الذي يقوم أساسا على إتفاق الأطراف في اللجوء إليه واختيار المحكمين ومكان قيام المحكمة التحكيمية<sup>2</sup>. كما أن إمكانية اللجوء للتحكيم في قرار إداري، يعطي مجالا للإتفاق حول قرار غير مشروع، فالحلول الودية تركز، على تقديم تنازلات من الأطراف، في الإدعاءات والحقوق، للوصول إلى حل، والتنازل على مبدأ المشروعية يعد خرقا صارخا لأهم مبدأ من مبادئ النظام العام.

ب- يخرج كذلك من نطاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، النزاعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ ولا تتعلق بالتزامات مالية بين أطراف الصفقة العمومية<sup>3</sup>.

في الأخير يمكننا القول بأن المشرع الجزائري في كل النصوص القانونية المنظمة للإجراء التحكيم في العقود الإدارية سواء في مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحتى المادة 153 من قانون الصفقات العمومية، قد ركزا بشكل تام على ضبط التحكيم في العقود المبرمة مع المتعاقدين الأجانب، وهذا إجراء مستحسن وكما قلنا سابقا، فالتحكيم حتى وإن تميز بإيجابيات في السرعة والسرية التي تحتاجها الإدارة العامة، إلا أن ذلك لا ينفي خطورته على السيادة الوطنية والقضائية. إن إغفال التحكيم الداخلي في النصوص القانونية أدى إلى قلة أو إنعدام إتفاق اللجوء إليه في الصفقات العمومية، وذلك لتفضيل الحل القضائي من جهة<sup>4</sup>، ومن جهة أخرى فإن عدم ضبط معيار لتحديد أشخاص القانون العام في قانون الصفقات بما يتلاءم والقانون 09/08، وعدم الإعلان عن قائمة المحكمين أدى إلى غياب

Mareau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Délvove, Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, tome 2, 20e édition, op, p588.

أنظر كذلك: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

S2- عامرة حسان، "المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم" مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

3- موساوي مليكة، مرجع سابق، ص 187.

4- مليكة موساوي، مرجع سابق، ص 190.

تطبيق التحكيم الداخلي على الصفقات العمومية، في حين يلعب التحكيم الدولي الدور الأبرز<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: سير الخصومة التحكيمية ودور القاضي الإداري فيها

لا تختلف الإجراءات التحكيمية في منازعات العقود الإدارية عن التحكيم في المجالات الأخرى، إلا في بعض الجوانب التي تراعى فيها خصوصية العقد الإداري<sup>2</sup>، والقاعدة العامة في هذا الشأن هي ان اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الاجراءات واجبة التطبيق في هذه المنازعات ، فحينها الى تطبيق الاجراءات المقررة في القوانين، وفي ظل غياب تنظيم إجرائي خاص بالتحكيم في الجزائر لا بد من العودة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي لم يخص العقود الإدارية بإجراءات مميزة عن تلك الواردة بخصوص التحكيم التجاري ما يستدعي منا محاولة الإحاطة بإجراءات الخصومة التحكيمية، والوقوف على الإشكالات التي تثيرها خصوصية العقود الإدارية خلال ذلك، مع الإشارة إلى دور القاضي الإداري في كل مراحل التحكيم<sup>3</sup>، وحتى يتمكن نظام التحكيم من تحقيق الفعالية المطلوبة كوسيلة لحسم منازعات العقود الإدارية ، يستلزم تبني مجموعة من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول الى عملية تحكيم منظمة وفعالة<sup>4</sup>، وهي مبادئ تجد تطبيقها عموما في ثلاث مراحل تنطلق من إتفاق التحكيم (مطلب أول)، مروراً بالخصومة التحكيمية (مطلب ثاني)، وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي (ثالثا).

1- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ج2، مرجع سابق، ص182.

2- يقوم نظام التحكيم على مبدأ الإتفاقية، والذي يجد عقود القانون الخاص مجالا خصبا لإعماله دون أية إشكالات، باعتبار أن العقود التجارية والمدنية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة بشكل كامل حيث يتساوى فيها الأطراف، في حين يكون الأمر مختلفا في العقود الإدارية، حيث تكون المراكز القانونية للأطراف غير متساوية، نظرا لاعتبارات المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها، لذلك فهي تحظى بامتيازات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، كسلطة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهذا مالا يتلاءم وقواعد التحكيم الدولي، فإذا اتفق الأطراف على اللجوء لقانون دولة يعترف بقواعد القانون الإداري، هنا لا يثير التحكيم أية إشكالات على الطبيعة الذاتية للعقد الإدارية، أما إذا اتفق الأطراف على اللجوء لقانون لا يعترف للإدارة بامتيازات قانونية في مواجهة المتعاقد معها، مما يؤدي إلى تجريد الإدارة من امتيازاتها والتأثير على المصلحة العامة، وذلك لارتباط العقود الإدارية بسيادة الدولة بصورة مباشرة خاصة في العقود طويلة الأمد التي تتعلق بالثروات الطبيعية، أنظر في ذلك: مازن ليلو راضي، "مشروعية اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص538-539، صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص753.

3- بن سرية سعاد، "الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2018، ص261..

4- ريفقة قصوري، مرجع سابق، ص248.

### المطلب الأول: خصوصية إتفاق التحكيم في العقود الإدارية

ينشأ العقد الإداري بتوافق إرادة الإدارة والمتعاقد معها، ولا تخضع الإدارة في ذلك إلا للقانون واعتبارات الصالح العام، فلها الحق في تضمين العقد الإداري ما تراه ملائماً لتحقيق أهدافها الأساسية، وذلك في نطاق السلطات والصلاحيات المخولة لها، بمقتضى القوانين التي تستمد منها هذه الأشخاص وجودها، وصلاحياتها الأساسية، فقدره الدولة وهيئاتها تعتمد في الأساس على القوانين التي أنشأتها والتي مدتها بصلاحيات معينة<sup>1</sup>، ولذلك فإن إتفاق أشخاص القانون العام على اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات عقودها، لا يكون بناءً على حريتها المطلقة، ولكنها تكون مقيدة في ذلك بجملة من الشروط لصحة إتفاق التحكيم (فرع أول)، و في حال تخلفه يكون إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان (ثانياً)، كما يتضمن إتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق.

### الفرع الأول: القواعد الشكلية لإتفاق التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم عقداً كغيره من العقود تسري عليه الضوابط والشروط الواردة في القانون المدني، وبغض النظر عن المنازعة المتعلقة به سواء أكانت تجارية أو إدارية، كما أن إتفاق التحكيم لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية وذلك لكونه أبرم قبل انعقاد الخصومة، فلا يعد عملاً إجرائياً، كما يترتب عن ذلك ألا يخضع لقواعد البطلان التي ينظمها القانون الإجرائي وإنما لقواعد البطلان التي ينظمها القانون المدني<sup>2</sup>، وعليه يسري على إتفاق التحكيم الشروط العامة التي تسري على كل العقود المدنية والتجارية والإدارية<sup>3</sup>. كما أحاط المشرع الجزائري إتفاق التحكيم بقواعد شكلية لا بد من توفرها لصحتها والتي تتجلى في شرط الكتابة (أولاً)، وتحديد موضوع النزاع (ثانياً)، وتعيين المحكمين (ثالثاً) ..

1- محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة، طنطا، 1993، ص 164.

2- فتحي والي، مرجع سابق، ص ص 87-88.

3- فتتمثل الشروط العامة في شرط السبب من إتفاق التحكيم وهو الوصول لحل ودي حول النزاع المثار على عقد من العقود الإدارية الداخلية أو الدولية، كما يتوجب توفر شرط رضا

أطراف العلاقة التعاقدية في اللجوء إلى نظام التحكيم بدل اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة، وهو القضاء الإداري، ومحل إتفاق التحكيم وهو المنازعة الإدارية والتي يكون أحد

أطرافها إدارة عامة باعتبارها ذات امتيازات .

أولاً: الكتابة:

إن إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم ، لا تفترض بل يجب أن يعبر عنها صراحة، فإذا كان الرضا ركن من أركان اتفاق التحكيم ، فهذا الرضا لا يفترض بل لابد من وجود دليل عليه، لأن الإتفاق على التحكيم شرطاً أو مشاركة يشكل خروجاً عن الأصل العام وهو الخضوع للقضاء في منازعات العقود الإدارية، والدلالة على الرضا باتفاق التحكيم لا تكون إلا بأسلوب الكتابة<sup>1</sup>.

يخضع إثبات التصرفات القانونية بطرق معينة يحددها المشرع ، ويتقيد بها الخصوم والقاضي أو المحكم، وتعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات ومن مزاياها أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق، دون الإنتظار لوقت المنازعة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد<sup>2</sup>، ولذلك فقد اهتمت مختلف التشريعات في إدراج الكتابة كشرط لصحة تفاق التحكيم، كما تعتبر وسيلة لإثباته، فقد أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي من الكتابة المطلوبة لاتفاق التحكيم ، فقد كانت المادة 1443 / 11 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قبل تعديل 2011 تنص على أن شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوباً و إلا كان باطلاً و هذا عكس مشاركة التحكيم التي كانت الكتابة فيها شرطاً للإثبات<sup>3</sup>، وبعد ذلك وبموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2001، فقد برزت أهمية الكتابة حيث يكون اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشاركة ، باطلاً في حال تخلف شرط الكتابة<sup>4</sup>.

بالنسبة لمشرعنا الجزائري فقد جاء بشرط الكتابة في المادة 1008 حيث جاء فيها أنه "يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند عليها.. يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفاءات تعيينهم".

1-محمود السيد التحيوي، الرضا بالتحكيم ص 128.

2-محمود السيد التحيوي، اطروحة 425.

3Article 1443 : « la clause compromissoire droit. A peine de nullité , être stipulée par écrit dans la convention principal ou dans un document ... quel celle-ci se référé »

-le compromis est constaté par écrit il peut l'être dans un procès : « Article 1449 2verbal signé par l'arbitre et les parties

4Article 1443/1 : «A peine de nullité , la convention d'arbitrage est écrite».

يتضح لنا من خلال هذه المادة صرامة المشرع في ضرورة إثبات شرط التحكيم كتابة، وفي حالة مخالفة ذلك سيواجه اتفاق التحكيم بالبطلان، والأمر كذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم<sup>1</sup>. إن المشرع الجزائري أكد على عنصر الكتابة كوسيلة لإثبات شرط التحكيم، وعدم ذكره لوسائل أخرى كاليمين والإقرار والبيينة، يؤكد على أن المشرع يعتمد عليها كوسيلة للإثبات الوحيدة لاتفاقيات التحكيم، وبالنسبة لمشاركة التحكيم اعتبر الكتابة شرطاً شكلياً لصحة اتفاق التحكيم ولم يبين جزاء تخلفه<sup>2</sup>. هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد ترك المجال واسعاً للأطراف في استعمال أي وسيلة أخرى لإبرام اتفاقية التحكيم<sup>3</sup>. قد يتفق على التحكيم إما بالكتابة التقليدية، أو بالطرق الحديثة.

### 1- الكتابة التقليدية:

تتحقق هذه الصورة التقليدية لاتفاق التحكيم عندما يرد في العقد الأصلي بند يتضمن النص على خضوع النزاع الذي قد ينشأ للتحكيم، و هي الصورة التي لا يمكن تصورها في مشاركة التحكيم حيث ترد بعد قيام النزاع، و من ثمة يستحيل أن يرد بند في العقد الأصلي أو الاتفاقية الأصلية، كما يرد الإثبات في الكتابة إذا كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي محل النزاع<sup>4</sup>.

يشترط في الكتابة أن تكون ملزمة بالعناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم يشترط في الكتابة أن تكون ملزمة بالعناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم وكل شرط من شروطه وأن يحدد فيه الأطراف النزاع المراد تسويته عن طريق التحكيم، وتحديد لأسماء المحكم أ المحكمين المخول لهم سلطة الفصل في النزاع، وبيان طريقة تعيينهما، وأهم شئ هو التأكد من إرادة الأطراف إلى اختيار التحكيم دون غيره من الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية<sup>5</sup>، لذلك فإن التشريعات لم تكن صارمة في اشتراط صياغة معينة في تحريرهم لاتفاق التحكيم، فلا يلتزمون بألفاظ أو عبارات معينة، المهم أن تكون هناك دلالة قاطعة على إرادة الأطراف في اللجوء

1- أنظر المادة 1012 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المذكور سالفاً.

2- رحوموني وليد، مقومات صحة الإتفاق على التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2018، ص 163.

3- أنظر المادة 2/1040 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المذكور سالفاً.

4- رحوموني وليد، مرجع سابق، ص 157.

5- محمود السيد التحويي التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 78.

إلى التحكيم، كما لا يشترط في الكتابة اللازمة لإثبات اتفاق التحكيم أن تكون كتابة رسمية، عن طريق توثيق مشاركة التحكيم، وذلك بتحريرها بمعرفة موثق، أو التصديق على توقيعات الأطراف المحتكمين في العقد العرفي أمام المحكم، بل يجوز تحريرها في عقد عرفي<sup>1</sup>.

## 2- الكتابة الحديثة:

نظرا للسرعة التي تتسم بها المعاملات فقد أفرز لنا شكلا جديدا من التجارة فرض نفسه و يطلق عليه " التجارة الالكترونية" نسبة للوسائل الالكترونية التي يعبر بها، والمعلوم أن التجارة الالكترونية تتم في وقتنا هذا في شكل الكتابة المتطورة على دعائم إلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة و التي أطلق عليها الكتابة الالكترونية<sup>2</sup>، وبناء على ذلك تمتد لتشمل الصورة الجديدة التي تستحدثها وسائل الاتصال الحديثة، وقد أقر أغلبية التشريعات الوطنية حجية الكتابة الالكترونية، إذ نصت على سبيل المثال المادة 323 مكرر 12 من القانون المدني الجزائري يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها<sup>3</sup>.

واستجابة من المشرع الجزائري للتطورات الحاصلة في العالم حديثا، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية، وتسهيلا منه لاستقطاب الإستثمارات الأجنبية، فقد تم إصدار قانون 15-04 الذي يتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، وقد عرف المقصود بالتوقيع الإلكتروني بموجب المادة 2 من هذا القانون على أنه "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"<sup>4</sup> كما عرف نفس القانون الموقع على أنه الشخص الطبيعي الذي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني و يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، وذلك بموجب نص المادة الثالثة منه.

1- محمود السيد التحوي، التحكيم في العقود المدنية والتجارية وجوارحه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 74.

2- رحومني وليد، مرجع سابق، ص 161.

3- مادة مستحدثة بالقانون 05 - 10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، السالف الذكر.

4- المادة 02 من القانون 04-05، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 01 فيفري 2015، جريدة رسمية عدد 06، المؤرخة في 10 فيفري

## ثانيا: الشروط الموضوعية:

لا يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا إلا إذا صدر عن أشخاص مؤهلين لذلك، وعليه يشترط أن تكون الهيئة الإدارية المتعاقدة K المقابلة على إجراء التحكيم اللجوء للتحكيم أن تكون مؤهلة لذلك، وكذلك الشخص الطبيعي المتعاقد معها، بالنسبة لأهلية الشخص الطبيعي فهي منظمة بموجب أحكام القانون المدني<sup>1</sup>، وبالنسبة للشخص الاعتباري كذلك<sup>2</sup>.

تعتبر الأهلية المكنة القانونية التي تخول الشخص أداء الواجبات واكتساب الحقوق، وأهلية الشخص المعنوي أضيق من أهلية الشخص الطبيعي، فهي لا تتعدى إلى ما كان لصيقا بصفة الإنسان كحقوق الأسرة، فللشخص الاعتباري أهلية التعاقد، والملكية وحق التقاضي، وغيرها من السلطات التي تخوله إياها القوانين والأنظمة، والتي يجد أساسها في سند إنشائه<sup>3</sup>، وعليه فإن أهلية الشخص المعنوي العام مقيدة بضوابط تضعها القوانين، لأن الأشخاص المعنوية العامة تقاسم الدولة سلطتها العامة، فلا بد أن تخضع لرقابة أدق مما تخضع له أشخاص القانون الخاص، حتى لا يكون ذلك تهديدا للسلطة المركزية<sup>4</sup>، بالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم تجد أساسها في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ....."، مما يعني ضرورة توفر شرط الأهلية في طرفي الاتفاق لى التحكيم، والأهلية المطلوبة في هذا المقام هي أهلية التصرف في الحقوق، وليست أهلية التقاضي أو الإختصاص، وعليه فلا يقبل أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم الشخص الذي لا تكون له أهلية التصرف حتى ولو كانت له أهلية التقاضي<sup>5</sup>.

تنقسم الأشخاص المعنوية الإدارية إلى أشخاص إقليمية إقليمية تمارس نشاطها على المستوى الإقليمي، كالولاية والبلدية، وأشخاص إدارية متخصصة بإدارة مرافق عمومية على أساس التخصص في إطار محدود وهي المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، فالأشخاص

1-أنظر المواد من 40 إلى 45 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني المذكور سابقا.

2-أنظر المادة 50، نفس القانون.

3. محمد الصغير بيلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري)، دار العلوم للنشر، 2002، ص 31.

4-طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970 القاهرة، ص 78.

5. محمود السيد التحيوي، التحكيم وجوازه في العقود الإدارية، ص 79.

المعنوية العامة تنقسم على أساس الإختصاص الإقليمي والجغرافي، أو على أساس الإختصاص الفني<sup>1</sup>، وانطلاقاً من ذلك فإن تحديد أهلية الشخص المعنوي لإبرام اتفاق التحكيم على معيار التخصص، بحيث تصبح جميع الأعمال والتصرفات التي تصدر عنها، في حدود اختصاصها تصرفات سليمة ونافذة دون الحاجة إلى التصديق من سلطة أخرى على العمل القانوني ليدخل حيز التنفيذ فأهلية التصرف في القانون الخاص تقابلها في القانون الإداري مبدأ التخصص أو الإختصاص<sup>2</sup>.

يؤكد المشرع الجزائري من خلال المادة 976<sup>3</sup> على أن الشخص المعنوي العام لا يملك أهلية التصرف، إلا في حدود إختصاصه الإقليمي أو الفني كما سبق وأشرنا، فلا يكون الوالي مؤهلاً لأن يبرم اتفاق تحكيم حول عقد متعلق بتسيير مرفق تابع للبلدية، أو العكس، ولكن فإن هذه المادة تثير ملاحظتنا من خلال كلمة "بمبادرة" والتي توحى بأن الشخص العام هو فقط من يملك أحقية طرح أو اقتراح اللجوء للتحكيم على الطرف الأخر، وهذا ما يتعارض مع الطبيعة الإتفاقية للتحكيم والتي تبنى على أساس إنصراف إرادة الطرفين، دون إكراه أو أي عارض يشوب ركن الرضا في اتفاق التحكيم، فإذا أراد المتعاقد مع الإدارة اللجوء للتحكيم، هل يبادر في اقتراحه على الإدارة أو لا يمكنه ذلك قانوناً، فينتظر المبادرة من الإدارة العامة.

### الفرع الثاني: فحص مشروعية الإتفاق على التحكيم

تطبق على بطلان اتفاق التحكيم أحكام البطلان المقررة في القواعد العامة بالنسبة للعقود المقررة في القانون المدني، كما استلزم المشرع إلى جانب هذه الأسباب ضرورة توفر شروط معينة أهمها الكتابة وتضمنين اتفاقية التحكيم كل المعلومات حول الأطراف وموضوع النزاع والمحكمين وكل ما يخص التحكيم، ففي حال تخلف شرط من هذه الشروط فماهي الجهة المخولة لفحص مشروعية اتفاقية التحكيم في حال تقدم أحد الأطراف بالدفع بذلك هل يلجأ إلى هيئة التحكيم (أولاً)، أو إلى المحكمة المختصة (ثانياً).

1 - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، د.س.ن، ص 50.

2 - صبرينة جيايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أم البواقي، 2017، ص 166.

3 وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري في 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها أنه تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات

القضائية. عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين .

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من السلطة الوصية التي يتبعها..

أولاً: اختصاص هيئة التحكيم:

يرتب الإتفاق على التحكيم أثارا قانونية عديدة وأهمها الأثر الإيجابي وهو التزام طرفيه بعرض النزاع على هيئة تحكيمية، تتشكل من أفراد عاديين، للفصل في النزاع بحكم تحكيمي ملزم للأطراف، بعيد عن المحكمة الإدارية المختصة، كما يترتب أثرا سلبيا يتمثل في سحب الإختصاص من القضاء العام للدولة، ومنع هذا القضاء من الفصل في النزاع<sup>1</sup>، فبالرغم من اختلاف الفقهاء حول إمكانية فصل هيئة التحكيم في مدى صحة اتفاق التحكيم، وذلك على أساس أن هيئة التحكيم تنظر في ما إذا كانت مختصة للفصل في النزاع، وهذا المبدأ الذي أرسته محكمة النقض بحكم شهير لها جاء به أنه "كأي جهة قضائية، ولو كانت استثنائية، يدخل في سلطة المحكمين وواجبهم التحقق مما إذا كانوا -طبقا لنصوص اتفاق التحكيم الذي يتمسك به ذوو المصلحة- مختصين بالنظر في النزاع المطروح عليهم"<sup>2</sup>، ويكون لهيئة التحكيم هذا الإختصاص، ولو دفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو ببطلانه، وقد ذهبت في ذلك بعض أحكام النقض الفرنسية القديمة إلى أنه إذا كانت المسألة لا تتعلق بحدود اختصاص المحكمين وإنما بانعدام ولاية المحكمين أصلا، فإن الأمر يتعدى مسألة الإختصاص إلى مسألة الولاية، إذ يتطرق إلى البحث حول وجود اتفاق تحكيم وليس حول نطاقه، وعندئذ ينعقد الإختصاص للمحاكم وليس لهيئة التحكيم<sup>3</sup>، وكذا ما يتعلق بمدى تضمين اتفاق التحكيم على المسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم، وعلى هذا تختص هيئة التحكيم بنظر النزاع استنادا إلى بطلان الإتفاق على التحكيم أو قابليته للإبطال، فإن هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسألة اختصاصها، وعليه يمتنع على قضاء الدولة نظر النزاع الذي يرد في شأنه اتفاق تحكيم بين طرفيه لعدم اختصاصه، وذلك إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك، ومن ثم يحيل القضاء الأطراف المتنازعين إلى هيئة التحكيم<sup>4</sup>.

ومن الناحية التشريعية نجد ذلك في المادة 23 من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام 2010 على صلاحية هيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات

1- محمود السيد التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم، ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 195.

2- فتحي والي، مرجع سابق، ص 145.

3- وليد رحموني، مرجع سابق، ص 306.

4- حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنش 2019، مصر، ص 79.

تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، كما نصت عليه المادة 6-2 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه، إذا أثار أحد الأطراف دفعا حول صحة اتفاق التحكيم، يمكن للهيئة التحكيمية الفصل في اختصاصها مع التأكد من صحة اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم التأكد تدع الهيئة التحكيمية بعدم اختصاصها، ويحق للأطراف اللجوء للقضاء بعد ذلك<sup>1</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة 1/1044: **تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع**، وهو ما يعني أن هيئة التحكيم تبدي رأيها في اتفاق التحكيم وفي مدى اختصاصها بموضوعه قبل البدء في سير الخصومة التحكيمية، أي أن المشرع حدد النطاق الزمني للإختصاص هيئة التحكيم في الفصل في مشروعية اتفاق التحكيم، من خلال الإطلاع عليه ودراسة موضوع النزاع لمعرفة مدى دخول المنازعة المطروحة في اختصاص الهيئة المذكورة، وذلك قبل السير في إجراءات الخصومة التحكيمية وصدور الحكم التحكيمي، والذي يخرج من رقابة هيئة التحكيم، ويدخل في رقابة القاضي الإداري.

#### ثانيا: اختصاص هيئات القضاء الإداري

إن الحديث عن الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم، قد يبدو غريبا باعتبار أن التحكيم هو قضاء خاص موازي للقضاء العام في الدولة، إلا أن الأثر السلبي للتحكيم لا يؤدي إلى استبعاد القضاء الإداري تماما، عن التحكيم، فمنح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها المبنية على عدم صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، ومعنى ذلك أن قرار التحكيم المشوب بعيب، يكون عرضة لرقابة القضاء عند بطلانه، في حالة إذا رفع إلى هيئة التحكيم دعوى مبنية على اتفاق باطل، واستمرت بنظر تلك الدعوى<sup>2</sup>، وبالرجوع إلى المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه..."، وفي حين تنص المادة 1056 على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1 وليد رحموني، مرجع سابق، ص 305 307.

2 حيدر منلول بدر عبد الله، مرجع سابق، ص 94.

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية،.....".

يتضح من خلال هذه المادة أن الاختصاص يبقى لمحاكم الدولة بالفصل في النزاع طبقا للقواعد العامة المتبعة أمام هيئات القضاء الإداري والمقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواء كان الاتفاق في صورة شرط أو مشاركة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: البدء في إجراءات التحكيم

عندما يتفق الطرفان على حل نزاعها عن طريق التحكيم، وبعد التأكد من سلامة اتفاقية التحكيم، وحين يدفع المحكمون باختصاصهم، في النزاع المعروض عليهم، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى قيام الخصومة التحكيمية، وتبدأ هذه الإجراءات بإخطار يؤديه المدعي إلى المدعى عليه، يشير فيه إلى العقد الذي نشأ النزاع بمناسبة، شرط التحكيم الوارد فيه، ويبين موضوع النزاع وطلباته ومقترحاته بشأن المحكمين إذا لم يكن هناك اتفاق سابق حول الأمر<sup>2</sup>، وتطلق الخصومة التحكيمية بتشكيل هيئة التحكيم (فرع أول)، (الفرع الثاني)، سير الخصومة التحكيمية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تشكيل الهيئة التحكيمية

تتشكل هيئة التحكيم من عدد وتري أي فردي من المحكمين، وذلك لأن حكم التحكيم يصدر بأغلبية الأصوات، ولا يمكن الحصول على الأغلبية بالعدد الفردي<sup>3</sup>، ويتم اختيار المحكمين وفقا لإرادة الأطراف، وقد اشترط المشرع الجزائري كذلك على فردية عدد المحكمين وذلك بموجب المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>. كما لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكمون بالمهمة المسندة إليهم<sup>5</sup>، وباعتبار أن المحكم هو قاض من نوع خاص فقد أحاط المشرع هذه المهمة بشروط معينة لا بد من توفرها في شخص

1 رحموني وليد، مرجع سابق، ص 309.

2-مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 401.

3 -بربارة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 542.

4 حيث جاءت صيغة المادة على النحو التالي: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

5أنظر المادة 1015، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

المحكم (أولاً)، كما خول للقاضي الإداري التدخل في تشكيل هيئة التحكيم (ثانياً)، بعد ذلك نحاول تسليط الضوء على أهم سلطات المحكم في منازعات العقود الإدارية (ثالثاً).

### أولاً: شروط المحكم

يحرص الأطراف عند لجوءهم إلى التحكيم على عرض نزاعهم على محكمين ذوي خبرة فنية، أو من أشخاص محل ثقة، فالمحكم هو شخص يتمتع بالثقة والقبول لدى الخصوم، قد عهدو إليه الفصل في منازعة قائمة بينهم، أو سوف تنشأ مستقبلاً<sup>1</sup>، وعليه فإن المحكم لا يختار عشوائياً فلا بد من تمتعه بمميزات خاصة، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يعالج المشرع هذه الشروط كما فعل مع الوسيط القضائي، ولكن أجمع الفقه على شروط معينة .

عادة ما ينص المشرع على الصفات والشروط الواجب توفرها في أي شخص لتولي مهمة من نوع خاص، كالمحكم كما هو الحال بالنسبة للوسيط القضائي، إلا أن المشرع الجزائري لم يعالج هذه الشروط ولكن الفقه أجمع على ضرورة توفر شروط معينة كأصل عام مع إمكانية اشتراط الأطراف بعض الصفات وأهمها:

### 1- أهلية المحكم:

إن الشرط الوحيد الذي اتفقت عليه كل التشريعات المقارنة، في تحديد شروط تعيين المحكمين، هي شرط الأهلية المدنية الكاملة لدى المحكم أو المحكمين المختارين للفصل في المنازعة، أو المنازعات المراد عرضها على التحكيم، بدلاً من عرضها على قضاء الدولة، ومن ثمة لا يجوز أن يكون محكماً إذا كان عديم الأهلية، أو ناقص أهلية، بأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه لأي سبب، لجنون أو عته أو سفه، أو كان محكوماً عليه بعقوبة جنائية، أو كان ممنوعاً من مباشرة هذه الحقوق بنفسه، كما لو كان مفلساً، أو اجتمعت فيه عاهتان من ثلاث (الصم والبكم والعمى)<sup>2</sup>، كما انتقد فريق من الفقهاء في فرنسا حرمان القاصر من تولي مهمة التحكيم، متذرعين بحجة أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة، يجوز تعيينه محكماً<sup>3</sup>، وهناك من يرى بأن المحروم من حقوقه المدنية، والممنوع من

1 محمود السيد التحيوي، إتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق، ص 616.

2 نفس المرجع 630.

القيام بالوظائف العامة من أن يكون محكما، على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة، وعلى اعتبار أنه لا يباشر أمرا سياسيا، ويتم اختياره كمحكم من باب التكليف لا التشريف<sup>1</sup>. وقد اشترط المشرع الجزائري شرط تمتع المحكم بحقوقه المدنية في حالة إذا اختار الأطراف المحكمين من الأشخاص الطبيعيين<sup>2</sup>.

## 2- الحياد:

يجب أن يكون المحكم محايدا، أي لا يميل إلى طرف دون الآخر، وتطبيقا لذلك لا يجوز أن يكون للدائن أو الضامن أو المدين أن يكون محكما في النزاع الواقع بين المدين أو المضمون أو الغير، وذلك لأن الدائن أو الضامن له مصلحة دائما في تركيز مركز الدين<sup>3</sup>، كما لا يجوز للمساهم أو الشريك في شركة أن يكون محكما في النزاع بين الشركة والغير، لتعارض مصلحته مع ما قد تسفر عنه نتيجة التحكيم<sup>4</sup>.

كما تشترط استقلالية المحكم عن الأطراف وعن النزاع تكون مطلوبة ليس فحسب في مواجهة أطراف التحكيم بل تكون أيضا في مواجهة موضوع النزاع المطروح على التحكيم، إذ من الممكن أن يكون المحكم قد سبق له الإفتاء أو المرافعة في النزاع و هذا سبق يدل على ميل إلى جانب خصم معين الذي حصل الإفتاء أو المرافعة لصالحه. بل تكون أيضا في مواجهة موضوع النزاع المطروح على التحكيم، إذ من الممكن أن يكون المحكم قد سبق له الإفتاء أو المرافعة في النزاع و هذا سبق يدل على ميل إلى جانب خصم معين الذي حصل الإفتاء أو المرافعة لصالحه<sup>5</sup>.

ولدرئ مثل هذه الحالات فقد مكن المشرع من إجراء رد المحكم بموجب المادة 3/1016 والتيتنص

عندما تتبيننا الظرف وشبهه مشروعة فاستقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.....".

1JEAN ROBERT ; L'ARBITRAGE en Droit Interne et Droit International Privé ; 6= édition Dalloz 1993; page : 231.

2أنظر المادة-01/1014، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

3محمود السيد التحيوي، إتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق، ص 631 .

4نفس المرجع 632.

5-نفس المرجع، ص 126.

هذه الشروط كانت بالنسبة للمنازعات بصفة عامة والتي أشار إليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن هناك شروط قد يتفق عليها الأطراف مسبقا، وهي التي تهتمنا خاصة في منازعات العقود الإدارية، باعتبار الإدارة العامة طرفا في النزاع، فلا بد من توفر خصائص معينة في المحكم بما لا يتعارض وتحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على ذاتية العقود الإدارية.

### 3-الجنسية:

لم يضع المشرع الجزائري شرط الجنسية كمعيار لاختيار المحكم و طالما كان الأمر على هذه الصفة فيمكن القول بإمكانية اختيار أي محكم و لو لم يكن وطنيا، ومن أي جنسية كانت وهذا تماشيا مع ما تنص عليه الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم<sup>1</sup>، إن اختيار المحكمين من جنسية معينة دون الأخرى لا يشكل أي اثر على تسوية منازعات التجارة الدولية، ولكن يشكل خطورة بالنسبة للعقود الإدارية والتي إذا فصل فيها محكمون من جنسية لا تعترف بالقانون الإداري بالتالي تساوي بين أطراف النزاع، حيث ان اغفال اشتراط حسم المنازعة بالاستناد نظام القانون العام او الاداري وعدم تضمين العقد شروط تنطوي على ما تتمتع به الادارة من امتيازات السلطة العامة، يضيفي برائنا على عقود الادارة طبيعة عقود القانون الخاص، حيث تفقد هذه العقود الشرط المتعلق باتباع اسلوب السلطة العامة المقرر للإدارة في عقودها الادارية والذي تتمتع به في عقودها الادارية بحكم كونها سلطة عامة قائمة من أجل حسن سير المرافق العامة<sup>2</sup>. والتي تخولها استعمال امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها كسلطة فرض الجزاءات وفسخ العقود بإرادتها المنفردة، وطرق الإبرام إلى غير ذلك من السلطات التي تساعد الإدارة في تحقيق النفع العام من خلال ضمان حسين سير المرفق العام<sup>3</sup>، فالخضوع لمحكم يطبق قانون دولة لا تعترف للإدارة العام بامتيازاتها خاصة في

1 حيث تنص المادة 2/38 من اتفاقية الاستثمار على أنه "...لا يجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقا لأحكام هذه المادة، رعايا الدول المتعاقدة الطرف في النزاع، أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع/وجاء في المادة 39 التي تليها التأكيد على عدم قابلية اشتراط جنسية معينة في المحكمين بنصها على أن "المحكمون الذين يؤلفون الأغلبية يجب أن يكونوا من رعايا دولة أخرى خلاف الدول المتعاقدة، الطرف في النزاع أو الدولة المتعاقدة التي أحد رعاياها طرف في النزاع. مع ملاحظة أن هذا لا ينطبق في حالة ما يقوم بالأطراف باتفاق بتعيين المحكم الوحيد أو كل من المحكمين أعضاء المحكمة"، أنظر الإتفاقية على الرابط الرسمي للمركز الدولي لفض منازعات الإستثمار:

<http://www.lcica.org/ar/download> 11/12/2020 20:23

2 مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 540.

3 زياد الفرة غولي، مرجع سابق، ص 135.

التحكيم الدولي، يؤثر على حصانة وسيادة الدولة، خاصة في عقود استغلال الثروات الطبيعية والمحروقات<sup>1</sup>، وعليه حتى وإن كان من غير الممكن اشتراط جنسية معينة في المحكمين، فعلى الأقل تكون الأغلبية من الدول التي تنتهج النظام القضائي المزدوج.

#### 4- الخبرة:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم إلزامية أن يكون المحكم خبيراً بالنزاع المعروض عليه، وذلك لأن الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، هو الثقة في شخص المحكم، وفي حسن تدبيره وفضه للنزاع، فقد يثق الأطراف في شخص ويرون أنه الشخص الملائم لحل النزاع، بغض النظر عن خلفيته وخبرته<sup>2</sup> وعلى النقيض ذهب آخرون إلى القول بضرورة توفر الخبرة الفنية لدى المحكمين والتي تغنيه عن الإستعانة بالخبراء، وهو ما يؤكد مصلحة مؤكدة للمحكّمين<sup>3</sup>. حسب رأينا فإن الخبرة شرط ضروري لنجاح التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، ولا بد أن يكون ملماً بكل جوانب القانون الإداري المتشعبة، إضافة إلى أن قاضي المنازعة الإدارية يستند كثيراً على الإجتهد في إيجاد الحلول، واستنباط احكام متعلقة بموضوع النزاع المعروض عليه، وهذا ما يقدم عدالة إدارية ناجعة، بما يطمح له الأطراف، وما يحقق المصلحة العامة.

#### ثانياً: دور القاضي الإداري في تشكيل هيئة التحكيم

يرتكز نظام التحكيم على مبدأ الإتفاقية بين الأطراف، ومن مظاهر هذا المبدأ أن تتصرف إرادة الأطراف إلى اختيار المحكمين الذين توكل لهم مهمة الفصل في نزاعهم، وباعتبار تعيين المحكمين محلاً شخصياً لإتفاق التحكيم، ونظراً لكون المحكم هو الركيزة الأساسية في نظام التحكيم، والذي لا يصدر حكم بدون، فقد ظهر رأي ينادي بأنه ففي حالة خلو إتفاق التحكيم من أسماء المحكمين في الإتفاقية ذاتها أو في وثيقة مستقلة، يكون إتفاق التحكيم باطلاً، وذلك

<sup>1</sup> تعتبر سيادة الدولة صفة لصيقة بها وخاصة جوهريّة، تعطي الدولة من خلالها السلطة العليا الأمرة للمزيد أنظر في ذلك: رشا خليل عيد، "التحكيم في المنازعات ومدى تأثره بسيادة

الدولة" مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد الأول، ص 77.

<sup>2</sup> محمود السيد التحويي، التحكيم وجوازه في منازعات العقود الإدارية، ص 156.

<sup>3</sup> طبق هذا الإتجاه المشرع السعودي حيث تنص المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي على أنه "يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك"، كما نص في ذلك

على إعداد قائمة بأسماء المحكمين تخطر بها المحاكم، والهيئات القضائية، والغرف التجارية والصناعية، ويكون لذوي الشأن إختيار المحكمين منها/بالإضافة إلى ذلك فقد ذهبت بعض

الأنظمة الأخرى إلى إعداد جداول بالمحكّمين في مختلف الفروع والتخصصات، واستوجبت إختيار المحكمين منها. أنظر نفس المرجح ص 157.

يؤدي إلى تجهيل محل التحكيم تجهيلاً يؤدي إلى بطلان متعلق بالنظام العام<sup>1</sup>، ولكن كاستثناء يمكن للقاضي الإداري أن يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم، ويتجلى تدخل القاضي في تشكيل الهيئة التحكيمية في موضعين تعيين المحكمين (1)، ورد المحكمين (2).

### 1- تدخل القاضي الإداري في تعيين المحكمين:

إذا لم يتفق الأطراف على اختيار المحكمين، أو كل المشرع للقاضي التدخل وتعيين المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة لأن هذا يستقيم مع فكرة الرضائية المستمدة من إرادة الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، فقد يتفق الأطراف على تعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم، أو يكتفیان بتحديد طريقة اختيار المحكمين، أما القيد الثاني هو أن يقدم أحد الطرفين طلباً إلى رئيس المحكمة المختصة لتعيين المحكم، وحينها يعطي المحكم مهلة للطرف الآخر الواجب عليه التعيين ومنحه فرصة تعيين المحكم تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار المحكمين<sup>2</sup>.

إن تعيين المحكمين من طرف القاضي الإداري لا يعد تدخلاً في شؤون التحكيم، أو تأثيراً على إرادة الأطراف بل هو يقدم مساعدة قضائية، بما يسهل استكمال إجراءات التحكيم في ظروف سلسلة، بما يحقق نتائج أفضل وأسرع، وقد اصطلح القانون الفرنسي على تسمية القاضي المساعد في العملية التحكيمية باسم *le juge d'appui*، وذلك بموجب المرسوم 2001/01/13 المتضمن تعديل قانون التحكيم الفرنسي، وذلك بناءً على توصيات اللجنة الفرنسية للتحكيم والتي ذهبت إلى إطلاق ذات المصطلح على رئيس محكمة باريس في كل مرة يمنح له اختصاص التدخل فزالة عوائق تشكيل هيئة التحكيم<sup>3</sup>.

بالنسبة للمحكمة المختصة بتقديم المساعدة في تشكيل الهيئة التحكيمية، فإن المشرع قد نص على ذلك في المواد المخصصة لتنظيم التحكيم الدولي، في المادة 1041 أن أمر تعيين المحكمين يرفع إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم داخلياً، ونفس الشيء بالنسبة للتحكيم الدولي ولكن في حالة ما إذا اختار الأطراف تطبيق

1نبيل صقر، مرجع سابق، ص 567 568.

2تنص المادة 1009 من القانون 09/08 على أنه: "...إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين

المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذ...".

3نفس المرجع ص 256.

القانون الجزائري<sup>1</sup>، وعلية وكإسقاط على منازعات العقود الإدارية فإنه إذا كانت الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع، فإن المحكمة الإدارية هي المختصة لتقديم المساعدة القضائية، وإذا كانت أحد الهيئات المركزية طرفا في النزاع فيكون قاضي مجلس الدول هو المخول بتقديم المساعدة القضائية للأطراف.

كما ذهبت المادة 1042 إلى أنه "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

بالنسبة للعقود الإدارية مهما كانت طبيعتها فإن الهيئات القضائية التي تفصل في منازعاتها أصلا تحدد اعتمادا على مكان إبرام العقد أو تنفيذه<sup>2</sup>، وعلية فإنه حتى إذا اتفق الأطراف في منازعات العقود الإدارية على اللجوء للتحكيم الدولي وفقا لقوانين أجنبية، وكان مكان التحكيم هو الجزائر فإن الجهة القضائية المنوط بها تقديم المساعدة القضائية، تكون وفقا للإختصاص الإقليمي لهيئات القضاء الإداري.

## 2- دور القاضي الإداري في رد المحكمين:

سبق وأشرنا أنه من شروط اختيار المحكمين شرط الأهلية القانونية، والتي تخول له مباشرة سلطاته في حل النزاع التحكيمي، غير أنه قد تطرأ على هذه الأهلية عوارض تحول دون أداء المحكم لمهمته ومن بين هذه العوارض الرد، ويقصد به تعبير أحد الأطراف عن إرادته في منع المحكم من الإستمرار بنظر الدعوى موضوع التحكيم، لسبب من الأسباب التي تثير الشكوك في حياده واستقلاله في خصومة معينة، وبمدى قدرته على القيام بمهامه التحكيمية على أكمل وجه، قد نص المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على الحالات التي يكون فيها المحكم عرضة للرد من قبل الأطراف بمساعدة الهيئة القضائية<sup>3</sup>.

1 أنظر المادة 1041 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 أنظر المادة 3/803 بنفس القانون.

3 جاء في صلب المادة 1016 مايلي: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط....."

إن تمكين المشرع الجزائري للأطراف الذين اختارو المحكمين أو الأمر، بأن يعدلوا عن اختيارهم بتقديم طلب إلى القاضي لإستبعاد المحكم الذي تتوفر فيه موجبات الرد، هو تأكيد على مبدأ الرضائية في التحكيم، غير أن توفر هذه الأسباب لا يكفي لوحده فلا بد من التأكيد على علم الأطراف بسبب الرد بعد التعيين، فمن غير المعقول أن يختار الطرف محكما مشكوكا فيه، فهو بذلك يخدعه نفسه ومصالحته، وهذا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة 1016.... لايجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين...".

بالنسبة للإجراءات رد المحكمين فإن المشرع الجزائري لم يفصل في ذلك بل اكتفى بالقول أنه... في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل... هذا الأمر غير قابل لأي طعن"، والسبب في ذلك هو إعطاء المشرع الحرية التامة للأطراف في الإتفاق على إجراءات رد المحكم، فإنه يتعين على الطرف الذي يريد رد المحكم، أن يقدم طلبه كتابة إلى المحكم المنوط به إجراء الرد، كما يلتزم بتبليغ هيئة التحكيم والخصم بسبب الرد، وفي حالة قبول طلب الرد من المحكم يتم استبعاده، وإذا لم يقبل تتم إحالة النزاع من طرف مقدم طلب الرد أو من طرف الهيئة التحكيمية إلى الجهة القضائية المختصة، التي تصدر أمرا بذلك مع تحصينه ضد أي طعن<sup>1</sup>.

### ثالثا: سلطات المحكم في منازعات العقود الإدارية

يعد القضاء الإداري هو صاحب الإختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية، ولكن في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم واستبعدوا اللجوء للخصومة القضائية، فإلى أي مدى تمتد سلطات المحكم في ذلك، هل يتمتع بنفس سلطات القاضي الإداري؟، خاصة وأن المحكم في عمل يتقيد بضوابط قانونية، وأخرى تشريعية وللإجابة على ذلك سنقوم بدراسة سلطات المحكم في منازعات تنفيذ العقود الإدارية<sup>2</sup>(1)، و سلطات المحكم في اتخاذ تدابير استعجالية<sup>(2)</sup>.

1-سمية عبد الصدوق، إجراءات التحكيم في العقود الإدارية، ص131.

2ترتكز سلطات المحكم في فصله في منازعات تنفيذ العقد الإداري، وذلك لأن منازعات القرارات التمهيدية لإبرام العقد الإداري لا تدخل في نطاق اختصاصه، بل تدخل في ولاية قاضي

الإلغاء الذي يختص بإلغاء القرارات القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية كما سبق ووضحنا سابقا.

## 1-سلطات المحكم في منازعات التنفيذ:

إن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والتي تميزها عن عقود القانون الخاص، وذلك من خلال تضمينها لشروط استثنائية، تشكل مظهرا من مظاهر امتيازات السلطة العامة، وعليه فإن المحكم في ادائه لمهمة الفصل في النزاع المتعلق بعقد إداري، يتوجب عليه أن يراعي هذه الخصوصية، فيعترف للإدارة بامتيازاتها، ولكن ألا ينتعارض هذه السلطات مع الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة، وذلك لتحقيقا لمبدأ العدالة التي يسعى التحكيم لتحقيقها، وعليه فإن سلطات المحكم تركز في الحفاظ على مركز الإدارة (أ)، والحفاظ على الحقوق المالية للمتعاقد (ب).

### أ-الحفاظ على مركز الإدارة المتعاقدة:

تنطوي منازعات تنفيذ العقود الإدارية على حقوق مالية، وعليه ينبغي على المحكم في إطار تسويته للنزاع المتعلق بتنفيذ العقد الإداري، أن يلجأ إلى قواعد التفسير التي يلجأ إليها القاضي الإداري، والتي مفادها أن الإدارة في سبيل تحقيقها للمصلحة العامة، فلا مانع بأن تقوم بإجراءات بإرادتها المنفردة مثلاتملاكإدارةالعامةسلطةتعديلبنودالعقدالإداريإرادتهاالمنفردة، وذلكمراعاةلمقتضياتالمصلحةالعاممة، فعلىالمحكمفيهذهالحالةأنيعترفالإدارةقبهذهالسلطةطالماأنهذهالتعديلاتتتصلبالمصلحةالعاممة، ولا تؤثر على المركز المالي للمتعاقد، وإلا اعتبر تعسفا فياستعمالالسلطة<sup>1</sup>.

كما أن المحكم بصدد تسويته للنزاع المثار حول العقد الإداري، فإنه يضمن للإدارة قاعدة عدم جواز المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، غير أن هذه القاعدة ترتبط بمدى استطاعة المتعاقد مواصلة

التزاماته. بالنسبة لسلطة الإدارة فبإنيها عقودها بإرادتها المنفردة لدواعي المنفعة العامة، وذلك بدون خطأ من الملتزم، ولكن هذه السلطة كذلك مقيدة على نحو يحقق التوازن بين مصلحة الإدارة والمتعاقد معها، كما لإسترداد مثلها يعقد الإمتياز، هنا يمكن للمحكم أن يباشر بنفسه سلطات القاضي الإداري، فيسلم للإدارة بحقها فبإنيها العقد الإداري

ي

1 عامر حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة

،سواء هذا الشرط موجود كبنود في عقد الإمتياز، أم لم يتم النص عليه مسبقاً<sup>1</sup> .

### ب- المحافظة على حقوق المتعاقد مع الإدارة:

على المحكم أثناء فصله في منازعات العقد الإداري احترام مبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري، ومؤدى هذا الإعتبار أن المتعاقد لا تعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن هذا التنفيذ، مما يتيح له إمكانية التنازل عن العقد في حالات معينة أو التعاقد بشأنه من الباطن، شريطة أن توافق الإدارة المتعاقدة، وفي حالة الرفض قد يلحق بالمتعاقد عقوبات تصل إلى حد فسخ العقد على ميؤولية المتعاقد الأصلي، كما لا يحتج في مواجهة الإدارة بهذا التنازل أو التعاقد من الباطن الذي تم بدون موافقتها، وإذا كان ماتقدم يمثل إحدى خصائص العقد الإداري وبالذات فسخ العقد لخطأ الإدارة أو التزامها بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به<sup>2</sup> .

للمتعاقد مع الإدارة حق في المحافظة على التوازن المالي للعقد فإذا كان من حق الإدارة أن تعدل من شروط العقود أو من المبالغ التي يتقاضاها المتعاقد معها في مقابل ما يؤديه من خدمات، فإن هذا الحق قد يؤدي بطريق غير مباشر إلى المساس بالحقوق المالية للمتعاقد وتؤدي إلى اختلال التوازن بين هذه الحقوق وتلك الالتزامات التي عدلتها الإدارة، وهو ما لم يتم التعاقد من أجله، كما تزيد التزاماته نتيجة تغير الظروف الاقتصادية العامة، أو وجود صعوبات مادية غير متوقعة، وإعمالاً لنظريات التوازن المالي للعقد الإداري، فإن المحكم يقر بدفع الإارة لتعويضات على مالحق المتعاقد من أضرار، وإعادة العقد إلى الحالة التي كان عليها عند الإبرام<sup>3</sup>، وذلك إما تعويضاً كلياً أو جزئياً، ولكن رغم أن المشرع لم ينص صراحة على السلطات المخولة للمحكم، ويمكنه فصل النزاع بالسلطات المخولة للقاضي الإداري، إلا أنه في حالة تقدير التعويضات التي تحتاج إلى ضوابط ومعايير معينة، تعتمد على السلطة التقديرية للقاضي الإداري، فالمحكم سيواجه صعوبة في ذلك باعتباره أقل خبرة وحنكة من القاضي الإداري، وهذا ما سيثير شكوكاً حول قدرته في تسيير الأمور.

### 2- سلطة المحكم في اتخاذ تدابير استعجالية:

1 نفس المرجع ص153.

2 صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص77.

3 بكر حسين، مرجع سابق، ص 99 100.

تتضمن التدابير الإستعجالية إجراءات وقتية وأخرى تحفظية، أما الإجراءات الوقتية فيكون القرار الصادر بشأنها قراراً مؤقتاً، وهو قرار ذو حجة مؤقتة لا يلزم لا القاضي ولا المحكم عند تعرضه للفصل في النزاع نفسه، أما الإجراءات التحفظية فإن موضوع القرار فيها ينصب على المحافظة على المراكز القانونية<sup>1</sup>.

الأصل العام هو أن القضاء المستعجل، هو الجهة المختصة بالنظر في الإجراءات المستعجلة، وباعتبار أن اتفاق التحكيم يخلف أثراً سلبياً وهو سلب الإختصاص من قضاء الدولة فهل يمكن للأطراف أن يتفقوا على تخويل المحكم هذه السلطة؟.

إن سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مستعجلة تعتبر من المواضيع التي عرفت اختلافاً كبيراً بين الفقهاء، حيث ذهب فريق إلى القول بعدم إمكانية المحكم لاتخاذ أي تدابير مستعجلة في وجود القضاء المستعجل، وهو المنوط بهذا الإختصاص، كما أن افتقار المحكم لسلطة الإيجابار في مواجهة الأطراف، أو الغير تحول دونه ودون ذلك، فإذا منح المحكم هذه السلطة فإنه يحتاج مساعدة من قضاء الدولة لتنفيذ التدابير الإستعجالية، لذا فالإتجاه إلى القاضي الإستعجالي أولى لعدم إضاعة الوقت<sup>2</sup>، كما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن التحكيم يعتمد على إرادة الأطراف، فإذا قرروا منح المحكم اختصاص التدابير الإستعجالية فلا يمكن للقضاء سلبهم هذا الإختصاص، وظهر طرف ثالث يقر بأنه يمكن للمحكم والقضاء أن يشتركا في اتخاذ التدابير الإستعجالية، فقبل تشكيل هيئة التحكيم يختص القضاء المستعجل باتخاذ التدابير الإستعجالية، ولكن بعد تشكيل الهيئة التحكيمية فإن المحكمين فقط من يعهد لهم بهذا الإختصاص، ولكن بشرط أن تكون التدابير لا تمس بالنظام العام كما لا تحتاج لتنفيذها تدخلاً من السلطة العامة<sup>3</sup>، من وجهة نظرنا فإن اتفاق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم لسلطات اتخاذ تدبير استعجالية، بما يخدم حل النزاع بشكل أسرع، لا يعد سلباً لاختصاص القضاء المستعجل بل يعتبر نوعاً من التعاون الإيجابي بين الهيئة التحكيمية والقضائية، واللذان تشتركان في تحقيق هدف وهو تحقيق العدالة الناجعة، وإمطاة الأذى عن

1 محمد جمال زغين، مدى سلطة المحكم باتخاذ الإجراءات المستعجلة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الأول، المجلد الرابع، المسيلة ص36.

2-نادية محمد مصطفى قرماز، سلطة المحكم بإصدار أحكام مستعجلة (دراسة مقارنة)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد الرابع، عدد 2017، ص49، ص244 وما بعدها.

3 عبد المنعم زمزم، الإجراءات التحفظية والوقتية (قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص60 وما بعدها.

الطرف المتضرر، وهذا بالفعل ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة<sup>1</sup>، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأن المشرع الجزائري،

قد ذهب في نفس السياق بموجب المادة 1046 والتي تنص على أنه "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

يفهم من خلال المادة السابقة أن المحكم يمكنه اتخاذ التدابير الإستعجالية بعد تشكيل الهيئة التحكيمية، وذلك من خلال استعمال المشرع لمصطلح " محكمة التحكيم"، والذي يدل على أنها هيئة تحكيمية مكتملة الأعضاء وهو نفس موقف المشرع الفرنسي<sup>2</sup>، والتي يمكن لها أن تصدر أمراً بناء على طلب أحدهما بتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الأطراف، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد أمين، أو في أحد المخازن العامة، أو بالتحفظ على دفاتر، أو مستندات يحوزها أحد الطرفين، وتسليمها لخبير تجلبه الهيئة التحكيمية .

1 ففي قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وتحديد في التعديل بقانون 48 لسنة 2011 بتاريخ يناير 2011، وتحديداً في المادة 1467 منه، حولت هذه الهيئة سلطة إجراء التحقيقات التي تراها ضرورية للفصل في النزاع، وسلطة استدعاء الشهود والاستماع إليهم. إلى جانب ذلك، منحت الفقرة الثالثة من هذه المادة هيئة التحكيم سلطة إلزام أحد الأطراف ممن يحوز مستند إثبات مغيد في الدعوى بتقديم هذا المستند، مع تخويلها عند الضرورة الحق في فرض غرامة تهديدية *astreinte* ضده. هذه الفقرة المضافة بموجب المرسوم الجديد جاءت لتعتمد قضاء مستقراً في فرنسا اعتبر أن تخويل هيئة التحكيم هذه الصلاحية يأتي (امتداداً وضرورة للحكم في المنازعة، يقتضيه تأمين فاعلية وجودة الوظيفة التحكيمية، ولا يشكل من ثم أي تجاوز لمهمة المحكم، جدر الإشارة إلى أن أول سابقة قضائية أقرت لقضاء التحكيم سلطة فرض غرامة تهديدية على أحد أطراف التحكيم تمثلت في القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 1990/6/8 (Paris, 8 juin 1990, Rev. Arb. P. 917). أنظر كذلك حكم النقض الفرنسية: Cass. Civ. 30/03/2000, Rev. Arb. 2000, p.622. كذلك

المشرع المصري انون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 يبدو أكثر تطوراً في هذا الشأن، حيث حول في المادة 1/24 منه أطراف التحكيم الاتفاق على أن يكون (الهيئة التحكيم أن تأمر، بناء على طلب أحدهما، باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به). وفي حالة تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال لحقه في أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الأمر بتنفيذه.

2 المادة 1449 إجراءات مدنية بنصها على أنه : ( طالما لم تشكل محكمة التحكيم، لا يحول وجود اتفاق التحكيم دون قيام أحد الأطراف بمطالبة القضاء الرسمي بالقيام بالتحقيقات واتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية).

في دراستنا لنطاق سلطة المحكم في منازعات العقود الإدارية، اتضح لنا بأنه لا مانع من استعمال المحكم لذات السلطات التي يستخدمها القاضي الإداري، وذلك بالحفاظ على المركز المميز للإدارة مراعاة لتحقيقها للمصلحة العامة، والحفاظ على حقوق الطرف المتعاقد وتقرير التعويض المناسب له، مع إمكانية مساعدة القاضي الإداري في ذلك من خلال اجبار الأطراف على تنفيذ التدابير المستعجلة، وذلك باستخدام وسائل الدولة في ذلك.

### الفرع الثالث: سير الخصومة التحكيمية

لم يحدد المشرع ميعاد بدأ إجراءات التحكيم، وترك ذلك لإرادة الأطراف فتبدأ غالباً من يوم تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، فتبدأ الخصومة التحكيمية بحضور الأطراف أمام المحكم، ويكون الإعلان بالحضور بأي وسيلة كانت إما بالهاتف، أو البريد، أو أي وسيلة أخرى، على أن يكون الإعلان كافياً، ولا يلزم توقيع أحد الأطراف على ورقة الدعوة للحضور أمام المحكم<sup>1</sup>.

### أولاً: القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية

تعتبر مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من المسائل الفارقة في الخصومة التحكيمية، وتزداد أهمية إذا كانت الدولة أو أحد هيئاتها الإدارية طرفاً في النزاع، وذلك بالنظر إلى الآثار التي تعود على العقد الإداري من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه، ومن حيث تحديد حقوق المتعاقد المتضرر من إجراءات الإدارة<sup>2</sup>، فإن المعمول به دولياً في التحكيم بصفة عامة هو أن الأطراف هم من يختارون القانون الذي يحكم الخصومة التحكيمية (1)، غير أنه في حالة عدم الإتفاق على ذلك توكل المهمة للهيئة التحكيمية (2).

### 1- إختيار الأطراف للقانون:

تكون الأولوية في تطبيق المحكم للقانون الذي يختاره الأطراف، في اتفاقية التحكيم، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن لأطراف العقد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، فقد يختار الأطراف المتعاقدون نظاماً قانونياً صادراً في دولة أحد الأطراف أو حتى نظام يتبع لدولة لا علاقة لها بالعقد<sup>3</sup>، وذلك لأن الأطراف هم الأجدر على اختيار وتنظيم سير

1 نبيل صقر، مرجع سابق، ص 580.

2 صبرينة جبابلي، مرجع سابق، ص 230.

3 صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 200.

العملية التحكيمية، بما يحقق مصالحهم فلهم الخروج عن النصوص الأمرة إذا كانت تنظم أمورا مقصود بها مصالح الأطراف، ولا تحد حرية الأطراف في ذلك إلا قواعد النظام العام<sup>1</sup>، قد يختار الأطراف الخضوع إلى إجراءات معمول به لدى هيئات أو مراكز تحكيمية داخل دولة أحد الأطراف أو خارجها.

عمدت أغلب التشريعات لتطبيق هذا المبدأ في قوانينها، نجد ذلك في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1461<sup>2</sup>. كما أتبعه المشرع المصري في ذلك بالقول بأن طرفي التحكيم يمكن لهم الإتفاق على إخضاع الإجراءات التحكيمية للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها<sup>3</sup>. كما يحق للأطراف اختيار أكثر من قانون لحكم موضوع النزاع كما حصل في التحكيم بين السعودية، وشركة أرامكو الأمريكية للزيوت على إخضاع بعض المسائل لقانون الدولة، الطرف في النزاع والبعض الآخر للقانون الذي ترى المحكمة أنه ملائم في تطبيقه<sup>4</sup>. أما المشرع الجزائري فتميز بين موقفي ففي التحكيم الداخلي نص في المادة 1019 على أنه "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجل والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

نستج من خلال هذه المادة على أن المشرع الجزائري يحرص على تطبيق القواعد القضائية المطبقة أمام الجهات القضائية (إدارية أو عادية)، ويعني ذلك خضوع أطراف التحكيم أصلا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقدم هذا الطراح على إرادة الأطراف، باعتبار أن إبرام العقد وتنفيذه في الجزائر، فالدولة تحرص دائما على استبعاد العمل بالقوانين الأجنبية وتحاول بسط سيطرة القوانين المحلية، بما يقلل من خطورة ذلك خاصة على العقود الإدارية والتي تختلف عن العقود الخاصة، بينما في المواد التي تنظم التحكيم التجاري الدولي نجد الأمر مختلفا فإن إرادة الأطراف هي من تختار الإجراءات المتبعة في الخصومة التحكيمية، وقد

1- عمامرة حسان، التحكيم مرجع سابق، ص 210.

2ART 1464 DU CODE de procedure civile francais: "A moins que les parties n en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans etre tenu de suivre les regles établies pour les tribunaux etatiques".

3حسان نوفل، مرجع سابق، ص 194.

4 مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، مرجع سابق، ص 86.

تحيل ذلك إلى نظام تحكيمي اخر كنظام غرفة التجارة الدولية، أو إلى قانون دولة أجنبية معينة<sup>1</sup>.

## 2- تعيين القانون واجب التطبيق من المحكمين:

إذا عبر الأطراف صراحة في اتفاقية التحكيم عن القانون الواجب التطبيق فإن الأمر يكون سهلاً على الهيئة التحكيمية وتبدأ في تطبيق الإجراءات، لكن في بعض الأحيان قد لا تكون إرادة الأطراف واضحة مما يستدعي بحث هيئة التحكيم عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف في تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، ويستعين المحكم في ذلك إلى قرائن ومؤشرات تعينه للكشف عن القانون الذي انصرفت إليه إرادتهما إليه، كمكان تنفيذ العقد، أو استعمال الأطراف لعقد معمول به في بلد ما<sup>2</sup>، أما في حالة استحالة معرفة الإرادة الضمنية للأطراف فإن المحكمين لهم أن يحددوا القواعد التي يرونها مناسبة لحكم إجراءات سير المنازعة، ويبدو واضحاً من ذلك أن المحكم بهذا الخصوص له سلطات أوسع من القاضي الذي دائماً ما يتقيد بقانون دولته، وعليه يختار المحكمون القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، أو حسب منهج التنازع، فبالنسبة للبحث عن القانون الواجب التطبيق وفقاً لمنهج التنازع حيث يتم في اختيار القانون الذي يرى المحكم أنه على صلة بالعقد، ولكن المشكلة تظهر في كيفية الوصول لقاعدة التنازع، وعليه ظهرت عدة آراء منهم من قال أن المحكم يطبق قواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم على أساس القبول الضمني لقواعد التنازع لقانون هذا البلد، إلا أن هذا الرأي لصعوبة التنفيذ، ويرى البعض تطبيق قانون دولة القاضي الذي استبعد بسبب التحكيم، إلا أنه منتقد كذلك لأنه لا بد من معرفة المحكمة المختصة لولا وجود اتفاق التحكيم، وهذا من الصعوبة تحديده في مجال العقود الدولية، وهناك من يرى تطبيق قواعد التنازع في بلد تنفيذ الحكم على أساس اعتبارات عملية تكمن في تنفيذ الحكم، ومع ذلك قد يحصل أن يتصل التنفيذ بأكثر من دولة، ويذهب رأي اخر لضرورة إعمال قواعد التنازع في قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لطرفي

1أنظر المادة 1043 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2وائل عز الدين يوسف، مرجع سابق، ص100.

النزاع لكن هذا الرأي أيضا منتقد، لأن احتمال أن يكون طرفا النزاع من جنسيتين مختلفتين أو موطن غير مشترك<sup>1</sup>.

نظرا للانتقادات الموجهة لإعمال المحكمين قواعد التنازع في اختيار القواعد الإجرائية المطبقة على التحكيم، فإن المعمول به والمستقر في مختلف التشريعات والإنفاقيات الدولية، هو اختيار القانون الذي يراه المحكمون الأنسب لموضوع النزاع وذلك اعتمادا على السلطة التقديرية للهيئة التحكيمية، ولقد اتبع هذا الإتجاه في عدة قرارات تحكيمية أشهرها التحكيم الذي جرى بين الشركة العربية الأمريكية للزيوت والمعروفة باسم "أرامكو"، والعربية السعودية، إذ نص في المادة الرابعة من اتفاق التحكيم على أن محكمة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تتبعها، ومثل شرط التحكيم الخاص باتفاقية طهران البترولية الموقعة في أكتوبر 1954 والتي تعطي للمحكم الثالث أو المحكم الواحد تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في حالة عدم اتفاق الأطراف أو اختلافهم حول مكان وإجراءات التحكيم<sup>2</sup>.

يمكن كذلك للمحكمين وضع إجراءات معينة تحكم النزاع، وقد تكون مستقاة من قواعد مركز تحكيم معين، أو قانون لدولة ما<sup>3</sup>، كما يستطيع المحكم ألا يطبق أي قانون وضعي أو إجرائي ويفصل في النزاع حسب مقتضيات العدالة والإنصاف، وهذا في حالة إذا ما كان التحكيم بالصلح، ولكن لا يعني أن يكون المحكم حرا بل يتقيد بقواعد النظام العام الداخلية والدولية.

في هذا النطاق نشير إلى قرار تحكيمي صادر عن قضاء التحكيم الدولي بين مجهز سفينة من الجزائر، وشركة ملاحه فرنسية حيث إتفق الطرفان بموجب المادة 25 من العقد الأصلي أن القانون الواجب التطبيق، يكون من اختيار المحكمين والذين اختاروا تطبيق القانون الجزائري، كما أن تطبيق قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص الجزائري، تستدعي تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>.

أيا كانت الإجراءات التي تضعها هيئة التحكيم، فإنه يجب أن يحاط الأطراف علما باختيار محكمة التحكيم، ويتم ذلك ببيان هذه الإجراءات في محضر جلسة يحضر في بداية

1-مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، 2013، ص 87.

2القرارات التحكيمية أشار إليها أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د.د.ن، 1981، القاهرة، ص 101 102.

3فتحي والي، مرجع سابق، ص 298.

4نقلا عن صبرينة جيايلي، مرجع سابق، ص 237.

التحكيم، ويوقع المحضر من المحكمين ومن الطرفين أو ممثليهم في التحكيم، أو بإبلاغ الطرفين بمجرد صدور قرار المحكمين، ويمكن أن تحدد الهيئة الإجراءات في حكم تمهيدي، كما لو تعلق بإجراء من إجراءات الإثبات كالإحالة إلى الخبرة، كما يمكن أن يصدر في شكل أمر ويجب أن يعلن الأمر أو الحكم إلى الخصوم<sup>1</sup>، كما أذمت التشريعات الحديثة هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية في التقاضي<sup>2</sup>، إلا أنها أعفت المحكمين من اتباع قوانين الإجراءات المدنية والإدارية أو قوانين المرافعات، وتركت لهم حرية تحديد الإجراءات والأشكال التي يرونها مناسبة لظروف كل نزاع، وذلك بشرط احترام هذه الضمانات، وعلى رأسها حق الدفاع، مبدأ المواجهة بين الخصوم في إجراءات الخصومة التحكيمية، وعليه لا بد أن يوازن المحكم بين ما يختاره من إجراءات، وبين احترام حق الخصوم في الدفاع<sup>3</sup>.

من خلال ماسبق يتضح لنا بأنه في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم إجراءات النزاع التحكيمي، فإن الإختصاص في ذلك يؤول للهيئة التحكيمية، والتي تمتلك سلطات واسعة وسلطة تقديرية، تمكنها من اختيار القانون الذي تراه مناسباً لموضوع النزاع، قد يكون ذلك أمراً عادياً بالنسبة لعقود التجارة الدولية نظراً لتساوي المراكز القانونية لأطراف النزاع فيها، والتي تخضع لقواعد القانون الخاص، بينما تشكل تهديداً لمنازعات عقود الإدارة العامة والتي تسعى من خلالها لتحقيق المصلحة العامة، فيمكن للمحكمين اختيار قانون لا يعترف بالقانون الإداري، أو يمكن للمحكم أن يفصل وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، وعليه لا بد من الدولة أن تحرص على اختيار قانون الدولة وقانون دولة أخرى تنتهج نظاماً قضائياً مزدوجاً، في اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة.

### ثانياً: إجراءات التحكيم

تبدأ إجراءات التحكيم من يوم إخطار المدعي المدعي عليه بطلب إجراء التحكيم، خلال الميعاد المحدد قانوناً أو اتفاقاً لذلك، بعد ذلك تبدأ جلسات التحكيم والتي تطبق فيها الهيئة التحكيمية القواعد الإجرائية التي اختارتها، أو اتفق عليها الأطراف، وتستغرق هذه الإجراءات

<sup>1</sup>فتحي والي، مرجع سابق، ص 299.

<sup>2</sup>أنظر المادة 00 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup>محمود السيد التحيوي، التحكيم في العقود المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

إلى غاية صدور حكم تحكيمي، وعليه سنوضح القواعد العامة التي تحكم جلسات التحكيم(1)، ثم نوضح سير إجراءات التحكيم(2).

### 1- القواعد العامة التي تحكم جلسات التحكيم

قبل البدء في كيفية سير إجراءات الجلسات التحكيمية لا بد من التعرف على قواعد أساسية وهي:

#### أ- مكان التحكيم:

ويعتبر تحديد مكان التحكيم أمرا في غاية الأهمية نظرا لكونه المكان الذي يشهد إجراءات الفصل في النزاع، ويجب أن يكون المكان يسهل فيه حضور الأطراف والخبراء والشهود، ما يوفر وقتا وجهدا في التحكيم الخاص، لم تجبر مختلف التشريعات الأطراف والمحكمين على التواجد في مكان معين، فبالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد ذلك ولكن بالنسبة للتحكيم الداخلي فيكون مكان التحكيم هو الدولة الجزائرية، لأنه مجال تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، وبالنسبة للتحكيم الدولي فإن سلطان إرادة هو المعمول به، غالبا ما يتم تحديده بواسطة الأطراف، ويراعى في ذلك عدة اعتبارات مثلا المكان الذي توجد فيه البضائع، والوثائق أو مكان إقامة المحكمين وبالنسبة للمشروعات الدولية، فمكان وجودها يمكن أن يؤخذ كمكان للتحكيم<sup>2</sup>. حسنا فعلت التشريعات المختلفة في عدم فرضها على الأطراف والمحكمين الإجتماع في مكان معين وبشروط محددة لإجراء التحكيم، خاصة في الوقت الراهن ومع التطور التكنولوجي الذي تمخض عنه نشوء التحكيم الإلكتروني، والذي تكون جلساته افتراضية لا تعترف بالحدود الجغرافية<sup>3</sup>. إذالم يتفق الأطراف على تعيين مكان التحكيم يمكن لهيئة التحكيم تعيين مكان تراه مناسبا، مع مراعاة ظروف التحكيم، على أن تمنح إخطارا كافيا لتمكين الأطراف من الحضور، ويجوز استشارتهم في المكان ومعاينته، المهم أن يصدر الحكم في مكان التحكيم<sup>4</sup>.

#### ب- لغة التحكيم:

1 يفهم ذلك من المادة 1019 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 محمد قاضي، مرجع سابق، ص 220.

3 مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، مرجع سابق، ص 80.

4 سيف الدين إلياس حمدنو، مرجع سابق، ص 78.

لا تقل لغة التحكيم أهمية عن أهمية مكان التحكيم فتعتبر اللغة التي يتفاهم بها الأطراف والمحكمون، ويتبادلون المستندات والطلبات، والأهم من ذلك فتكون هي اللغة التي يحرر بها حكم التحكيم وتنفيذه. تكون للأطراف الأولوية في اختيار اللغة أو يعود ذلك لهيئة المحكمين، قد جاء في المادة 16 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية أنه ما من تتفق الأطراف على غير ذلك يعود للمحكمة التحكيمية تحديد لغة أو لغات الإجراءات التحكيمية وتأخذ بعين الاعتبار كافة الظروف الهامة بما فيها لغة العقد.

### ج-أجال التحكيم:

يلتزم المحكمون بإتمام مهامهم في ظرف أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أن هذه المدة تتسم بالمرونة حيث يمكن تمديدها إذا اتفق الأطراف على ذلك، أو يمدد وفقا لنظام التحكيم أو من رئيس المحكمة المختصة<sup>1</sup>. إلا أنه على الأطراف أن يقدموا دفوعهم ومستنداتهم قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل<sup>2</sup>، وهذا تنبيه من المشرع إلى أن حتى وإن كان لمبدأ سلطان الإرادة تأثير على ميعاد إجراء التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني التماطل من الأطراف، وإهدار الوقت مما يجرى التحكيم من خصوصية سرعة إصدار الأحكام، بالنسبة لتاريخ بدء إجراءات التحكيم قد تكون من يوم تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى عليه، أو قد تكون ابتداء من تاريخ تعيين المحكمين، أو من تاريخ صدور قرار القاضاء الذي يأمر بتعيين المحكمين.

### 2-بدأ جلسات التحكيم:

لا تتقيد هيئة التحكيم بالشكليات التي تحكم نظام الجلسات أمام القضاة، ومن ثم فإن لهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أي ساعة أو في أي يوم ولو كان ذلك في أيام العطلات الرسمية غير أنه يحق للأطراف تحديد أوقات معينة لعقد جلسات التحكيم<sup>3</sup>، لا يمكن لهيئة التحكيم أن ترفض عقد جلسات للتحكيم والإكتفاء بدراسة الوثائق والمستندات التي قدمها الأطراف، فإذا طلب أحد الأطراف عقد جلسة للترافع أمام الهيئة لا بد من الإستجابة له، وهذا

1 أنظر المادة 1018، من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المذكور سابقا.

2 أنظر المادة 1022، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 محمد قاضي، مرجع سابق، ص 219.

حفاظا على مبدأ حق الدفاع، كما يجب أن تخطر هيئة التحكيم الأطراف على موعد عقد الجلسات لتحضير دفاعاتهم، أو استكمال ماسبق تقديمه من وثائق<sup>1</sup>، لا تكون الهيئة التحكيمية ملزمة بتبنيه الأطراف على تقديم الوثائق أو المستندات التي تساعد في عمل الهيئة، ولكنها ملزمة بإخبار الأطراف بكل المستندات التي تحصلت عليها مباشرة عن طريق أشخاص غير الخصوم، كما لو انتدبت خبيرا، فقدم لها تقريراً بشأن ما طلب منه، أو اطلعت على معلومات من أشخاص مرتبطين بأطراف النزاع كطلبها تقاريراً أو سندات معينة<sup>2</sup>، يمكن لهيئة التحكيم في إطار تسييرها لإجراءات التحكيم الإستعانة بالقضاء لمساعدتها في البحث عن الأدلة المطلوبة، وهذا من باب التكامل والتعاون الإيجابي بين القضاء الرسمي والتحكيمي<sup>3</sup>. إحتراماً لمبدأ المساواة بين الخصوم في عرض دعواهم، فيجب على كل طرف تقديم طلباته الأصلية أو العارضة المتمثلة في طلب مقابل من جانب المدعى عليه<sup>4</sup>.

### ثالثاً عوارض سير الخصومة التحكيمية

إن هيئة التحكيم في خلال أدائها لمهامها، قد تطرأ حالات تعرقل السير الحسن للخصومة التحكيمية، وبما أن الخصومة التحكيمية تنطبق عليها القواعد التي تطبق على الخصومة القضائية، فإن الخصومة التحكيمية قد تتعرض لإنقطاع (1)، أو وقف (2)، أو انتهاء (3).

#### 1- وقف الخصومة التحكيمية:

حدد المشرع الجزائري مواقف معينة إذا ظهرت أثناء سير إجراءات الخصومة التحكيم، فإن هيئة التحكيم تأمر وقف إجراءات التحكيم إلى غاية زوال العارض المؤدي لوقف الإجراءات، وذلك إما إذا وقع طعن لاتزوير في أحد الوثائق التي قدمها أحد الأطراف، أو إذا حصل عارض جنائي كمتابعة أحد الأطراف جنائياً، زعليه فإن المحكمين يحولون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، وتتمثل آثار الوقف في إستكمال إجراءات التحكيم من تاريخ صدور حكم القضاء في المسألة العارضة<sup>5</sup>.

1- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 185.

2- نفس المرجع، ص 185.

3 أنظر المادة 1048 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفاً، كما يمكن لهيئة التحكيم إذا ثبت طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها، أو إذا حصل

عارض جنائي، أن تحيل الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، وذلك حسب نص المادة 1022.

4 أنظر المادة 1022، نفس القانون.

5 أنظر المادة 1021 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المذكور السالف.

أما بالنسبة للمواد التي ضبطت قواعد اللجوء للتحكيم الدولي، لم تنص على ذلك مما يعني أن لا مجال لتطبيق قاعدة الجزاء يعرقل الحقوق في التحكيم الدولي، إلا إذا وجدت المحكمة التحكيمية إرتباطا وثيقا بين العارض والنتيجة التي ستتوصل إليها<sup>1</sup>، بالإضافة إلى العوارض القانونية المذكورة سالفا، يمكن للأطراف أن يتفقوا على وقف إجراءات التحكيم، بشرط أن يكون الإتفاق صادرا من الطرفين، فلا يملك أحدهما أن يطلب الوقف، دون رغبة الآخر، ولا يترتب على الوقف الإتفاقي لإجراءات التحكيم وقف سريان ميعاد إصدار حكم التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على تعديل الميعاد. كما أن لهيئة التحكيم إستئناف السير في الإجراءات حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها إذا طلب منها ذلك أحد الأطراف أو كلاهما، لأن المشرع أقر بأن أجل التحكيم يمكن تجاوزه حب رغبة الأطراف والمحكمين<sup>2</sup>.

## 2- انقطاع خصومة التحكيم:

اعتماد على مبدأ سريان احكام الخصومة القضائية على أحكام الخصومة التحكيمية، فإنه تنقطع الخصومة التحكيمية بتحقق أحد العوارض المذكورة في المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>، والتي جاءت على سبيل الحصر، ويترتب على حدوث أي عارض من هاته العوارض المذكورة، إنقطاع الخصومة بقوة القانون، إلا إذا طلب أحد الأطراف أجلا لإعلان من قام مقام الخصم، الذي تسبب في الإنقطاع، وعليه يتعين على هيئة التحكيم أن تمنحه أجلا للقيام بذلك، فإذا فات الميعاد دون إتمام الإعلان، ودون مبرر، فعلى المحكمين الحكم بانقطاع الخصومة، والذي يعود تاريخه إلى تاريخ سبب الإنقطاع<sup>4</sup>. يمنع على هيئة التحكيم طوال فترة الإنقطاع إتخاذ أي إجراء، وإلا عد باطلا، كما يترتب على انقطاع الخصومة وقف سريان جميع المواعيد المحددة إتفاقا، أو قانونا، كمواعيد تقديم

1- عمارة حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 220.

2- أنظر المادة 1018 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

3- والتي تنص على مايلي: "تنقطع اجال الطعن في الحالات الآتية:

1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة،

2- طلب المساعدة القضائية،

3- وفاة المدعي أو تغيير أهليته،

4- القوة القاهرة أو الحادث الجائئ".

4- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 232.

المذكرات ،أو بيان الدعوى ،أو الرد عليها،أو ميعاد إصدار حكم التحكيم،لايترتب على وفاة وكيل أحد الأطراف المحكّمين انقطاع الخصومة ،أو تنحيه ،أو عزله ،إذا استكملت هيئة التحكيم كل عناصر الدعوى التحكيمية وقد م الطرف طلباتهم الختامية ،وقدموا مالديهم من مستندات وأبدوا أوجه دفاعهم ،ويبدو ذلك بشكل واضح إذا كانت هيئة التحكيم قد أعلنت قفل باب المرافعة،وحددت تاريخ النطق بالحكم.إن توفر أحد إنقطاع الخصومة لايعد من النظام العام،لأن البطلان المترتب عنه هو بطلان نسبي،فإذا صدر حكم التحكيم بالرغم من لك فالطرف الخصم الذي قام به سبب الإنقطاع،هو من يملك طلب بطلان التحكيم،ولا يملك الطرف الاخر التمسك بتوفر أحد الأسباب الإنقطاع لدى خصمه،للتوصل إلى بطلان التحكيم.عند إصدار هيئة التحكيم قرارها بانقطاع الخصومة فإنها تستأنف الإجراءات،بناء على قيام الخصم بإعلان من قام مقام الطرف الذي قام به سبب الإنقطاع،ويكفي حضور صاحب الصفة الجديد الجلسة المحددة لايتئناف سير إجراءات التحكيم<sup>1</sup>.

### 3-إنهاء إجراءات التحكيم:

تنتهي إجراءات التحكيم بتوفر أحد الأسباب الواردة في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية وادارية والتي جاءت على الشكل الآتي:"ينتهي التحكيم :

1-ب وفاة أحد المحكّمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له،مالم يوجد شرط مخالف ،أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكّمين الباقين،وفي حالة غياب الإتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه،

2-بانتهاء المدة المقررة للتحكيم،فإذا لم تشتط المدة ،فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر،

3-بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه،

4-ب وفاة أحد أطراف العقد."

حددت المادة السالفة الذكر حالات إذا توفرت فلايد من انتهاء إجراءات التحكيم وابتدأت ذلك بالعوارض المتعلقة بالمحكم ،وهو أمر معقول لأن المحكم هو أساس الخصومة التحكيمية ،ومن دونه لن تكون هناك دعوى تحكيمية ،ولا يصل الأطراف إلى أي نتيجة من مواصلتهم في التحكيم ،من دون القاضي الذي سينظر في نزاعهم.

1 محمود السيد التحويي،التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية،مرجع سابق،ص185.

وعليه فإنه إذا توفي أحد المحكمين ،أو فقد أهليته ،أو تم عزله ،سواء عن طريق اتفاق الخصوم بممارسة حقهم في طلب رد المحكم ،أو بتتحيه بنفسه عن توليه لهذه المهمة،وذلك لأن صحة التحكيم تقوم على قبول المحكم بالمهمة المسندة إليه<sup>1</sup>، أو إذا تم ثبوت حرمانه من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية،أو تم إشهار إفلاسه دون رد اعتبار له.يفهم كذلك من المادة السابقة أنه في حالة توفر أسباب السالفة الذكر في المحكمين،فإنه بالرجوع إلى اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة،إذا كان فيه بند يتناول هذه الحالة ويؤكد على استبدال المحكمين ،فيستبدل الأطراف المحكم بأنفسهم أو بمساعدة القاضي.أما إذا كان المحكم شخصا واحدا فإن وفاته أو تنحيه أو عزله يعني بأن التحكيم سينتهي معه لأن الخصوم اختاروه هو على وجه التحديد دون غيره<sup>2</sup>.يجوز للأطراف الإتفاق على ترك خصومة التحكيم ووضع حد لها ،ويجب أن يتم هذا الإتفاق بين جميع الأطراف ،وتترك خصومة التحكيم معناه نزول المدعي عن الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه،ويتم التعبير عن ذلك كتابيا أو بتصريح يثبت بمحضر رسمي،وتسري على التنازل عن الخصومة التحكيمية الأحكام المتبعة في التنازل عن الخصومة القضائية<sup>3</sup>،كما يمكن أن تنتهي إجراءات التحكيم بانتهاء أجل الأربعة أشهر دون الفصل في خصومة التحكيم،فينتهي النزاع ويعتبر كأن لم يكن ويحق للأطراف اللجوء للقضاء في حل نزاعهم.

### المطلب الثالث: حكم التحكيم ورقابة القضاء عليه

بعد انتهاء إجراءات التحكيم ،واكتفاء هيئة التحكيم من تبادل المستندات والمقالات ،تعلق هيئة التحكيم باب المرافعة ،وتشرع في عملية المداولة ؛والتي يقوم فيها المحكمون بالنقاش والتشاور فيما بينهم حول ماتقدم إليهم من طلبات ودفع،ويكلل ذلك بصدور حكم تحكيمي<sup>4</sup>منه للخصومة ،وذلك وفقا لشروط وقواعد محدد (الفرع الأول)،بعد ذلك تأتي المرحلة

1وهذا ما جاء في نص المادة 1015 "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

2نبيل صقر،مرجع سابق،ص584.

3أنظر في ذلك المواد من 231 إلى 2360من القانون 09/08،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنكور سالفًا.

4في الأصل تنهي إجراءات التحكيم بحكم نهائي يفصل في النزاع،إلا أنه قد يصدر حكم قبل الفصل في النزاع والذي يسمى بتفسير حكم التحكيم وذلك بإزالة الغموض عن حكم التحكيم

بناءا على طلب أحد الأطراف .

الأهم في التحكيم وهي قواعد تنفيذ الحكم للمحكمن (الفرع الثاني)، كما أن حكم التحكيم يمكن أن يطعن فيه أمام القضاء (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: قواعد إصدار حكم التحكيم

اختلفت التسميات حول نهاية إجراءات التحكيم، والتي تكللت بالفصل البات في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، حيث أطلق عليه مصطلح الحكم التحكيمي وهذه دلالة على قضائية التحكيم، ومنه من ارتأى سميته بقرار التحكيم وذلك لكون القرار أكثر شمولاً لأن القرار القطعي هو الحكم الذي تنتهي به الدعوى<sup>1</sup>، ولقد عرفت اتفاقية نيويورك في المادة الأولى منها الحكم التحكيمي على أنه ليس هو الحكم الصادر من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً يشمل الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف، كما عرفته محكمة استئناف باريس على أنه "أعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو جزء من النزاع المعروض عليهم سواء في أساس النزاع أو في الإختصاص أو في إجراءات تحكيمية وتفضي إلى وضع حد نهائي للدعوى".

وعليه فإن الحكم التحكيمي هو الحكم النهائي، الذي يصدر عن محكمة التحكيم في موضوع نزاع ما، سواء أكان الحكم كلياً أو جزئياً، كما أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم يشبه الحكم الصادر عن الهيئات القضائية، وعليه فلا بد من توفره على شروط شكلية (أولاً)، وأخرى موضوعية (ثانياً) لصحته.

### أولاً: الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم

تتمثل الشروط الشكلية في تلك الشروط التي تحكم الشكل النهائي لحكم التحكيم والتي تتمثل في:

#### 1- ذكر البيانات:

يتضمن حكم التحكيم بيانات جاءت على سبيل الحصر في المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نوضحها كمايلي:

#### أ- أسماء المحكمين والخصوم:

<sup>1</sup> منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص512.

يرتكز التحكيم أصلا على أطراف العقد محل النزاع، والذي ارتأوا اللجوء للتحكيم، دوناً عن غيره من طرق فض المنازعات الأصلية أو البديلة، وذلك باختيار محكم أو محكمين يولون لهم مهمة الفصل في النزاع، انطلاقاً من هذا المفهوم فإنه من المنطقي أن يكون أول البيانات الموجودة في حكم التحكيم هي أسماء وصفات الخصوم، والمحكمين، وعناوينهم وجنسياتهم ومحلات إقامتهم، و تواريخ ميلادهم وكل ما يثبت هوياتهم، خاصة للتأكد من أهلية المحكمين والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة ... وعدها من أهم شروط تولي مهمة المحكم<sup>1</sup>.

#### ب- تاريخ ومكان صدور الحكم:

يشكل تاريخ صدور حكم التحكيم أهمية كبيرة وذلك في معرفة مدى التزام الهيئة في إصدار حكمها في المهلة المحددة لذلك إما في مهلة أربعة أشهر المحددة في المادة 1000 أو حسب إتفاق الأطراف، المهم أن يكون الحكم قد صدر قبا انتهاء إجراءات التحكيم، بالنسبة لتوقيع المحكمين على الوثيقة التي تتضمن حكم التحكيم قد يختلف المحكمون في تاريخ التوقيع عليها عند تعددهم، ولكن الأهم أن يوقع الأغلبية في الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً لإصدار الحكم<sup>2</sup>، هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي أما بالنسبة للتحكيم الدولي فترك المشرع الأمر للسلطة التقديرية للمحكمين فلم يقيدهم لا بتوقيع الأغلبية، ولا بالإجماع، أما بالنسبة لمكان صدور الحكم فيلعب دوراً في قواعد التنفيذ في التحكيم الدولي والتي تتوقف على الدولة التي صدر فيها الحكم.

ج- كما يتضمن حكم التحكيم كل من كان له دور أساسي أو ثانوي في الفصل في النزاع، إما محاميين أو وكلاء عن الأطراف، أو شهود،..... إلخ.

تجدر بنا الإشارة إلى أن البيانات السالفة الذكر، جاءت ضمن المواد المنظمة للتحكيم الداخلي، بينما التحكيم الدولي لم يتطرق المشرع فيه لذلك، بل ترك الأمر لسلطان إرادة الأطراف، وبالرغم من ذلك لا يعقل أن يصدر حكم التحكيم الدولي خالياً من البيانات السالفة الذكر.

1 منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 250.

2 تنص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الصدد على أنه "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين".

## 2- الكتابة:

تعتبر الكتابة أمراً أساسياً في حكم التحكيم، لما لها من دور في الرقابة اللاحقة على حكم التحكيم من أجل مراقبة مدى دراسة الهيئة التحكيمية للنزاع بشكل مستفيض ودقيق، وعرفة طلبات وادعاءات الأطراف، ومدى ممارستهم لحقهم في الدفاع، واعتماد مبدأ المساواة بين الأطراف في التعبير عن وجهات النظر وتقديم المطالب<sup>1</sup>، وعليه فلا يجوز أن يكون حكم التحكيم شفويًا، بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على وجوبية صور الحكم التحكيمي مكتوبًا، عكس ما كان عليه الحال في قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup> -الملغى-، ولكن بالرجوع إلى نصوص المواد 1027، 1028، 1029، والتي تنص على إلزامية عرض التحكيم لإدعاءات الأطراف و كذلك البيانات التي أوردناها سابقًا، إضافة إلى تطرق المشرع إلى مسألة توقيع المحكمين على حكم التحكيم، كل ذلك يؤكد على ضرورة صدور حكم التحكيم كتابة. رغم عدم نص المشرع صراحة على الكتابة كشرط من شروط صحة الحكم التحكيم، إلا أن التشريعات المختلفة، والإتفاقيات الدولية حرصت على ذلك نصًا<sup>3</sup>.

## 3- صورة من اتفاق التحكيم:

يجب أن يشمل حكم التحكيم صورة من اتفاق التحكيم، سواء أكان شرطًا أو مشاركة، وذلك لأن ولاية هيئة التحكيم تتحدد وفقا لهذا الإتفاق الذي يستمد منه المحكمون سلطاتهم بناء على مبدأ سلطان إرادة الخصوم، بالرغم من ذلك فإن المشرع لم ينص صراحة على أن وجوبية إرفاق إتفاق التحكيم بحكم التحكيم، كما هو الحال في قانون التحكيم المصري والذي نص في المادة 49 منه على ضرورة تضمين الإتفاق في صلب الحكم ذاته باعتباره شرطًا شكليًا<sup>4</sup>.

1- بشير سليم، "إصدار الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد" مجلة الإحياء، العدد الرابع عشر، ص 686.

2- تنص المادة 458 مكرر 3/13 من قانون الإجراءات المدنية الملغى على أنه "يكون القرار التحكيمي مكتوبًا، مسببًا معين المكان، مؤرخًا وموقعًا".

3- أوجب قانون التحكيم المصري الكتابة كشرط لصحة حكم التحكيم، بموجب المادة 43 منه، وعدم كتابة الحكم يؤدي إلى اعتباره منعدماً، وإذا كان للأطراف الحرية في الإتفاق على

الإجراءات، فإن هذا الإتفاق لا يشمل عدم صدور الحكم غير مكتوب، أنظر في ذلك: نفحي والي، مرجع سابق، ص 434/4 كما جاء في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المصادق عليها

بمقتضى المرسوم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، تحديداً في نص المادة الرابعة الفقرة الأولى منه "على طالب التحكيم للحصول على الإقرار والتنفيذ للحكم التحكيمي

الصادر في بلد أجنبي أن يقدم الأصل مصادق عليه حسب الأصول أو نسخة منه..."/ كما جاء في المادة 1/31 من القانون النموذجي للتحكيم التي وضعتها لجنة قانون التحكيم الدولي

c.n.u.d.c.i والتي جاء فيها أن "الحكم التحكيمي يجب أن يصدر كتابة".

4- إن القضاء المصري اعتمد على اتفاق التحكيم كشرط لصحة حكم التحكيم وذلك في حكمها ببطان حكم التحكيم على أساس عدم تضمنه لاتفاق التحكي، اعتماداً منها على المادة

507 من قانون المرافعات التي تنص على أن المحكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاق التحكيم، ويترتب على إغفاله عدم تحقيق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم مما

#### 4-تسبب حكم التحكيم:

يقصد بهذا الشرط أن تبين هيئة التحكيم في حكمها الفاصل في النزاع ،الحجج وأدلة القانونية والواقعية ،التي اعتمدت عليها في إصدارها لحكمها،وذلك لمعرفة مدى التزام المحكمين أثناء انهم لمهامهم ،

بالقواعد القانونية والإتفاقية،وقد نص المشرع الجزائري على أن أحكام التحكيم تكون مسببة وذلك في نص المادة 2/1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،إن القاعدة في تسبب الأحكام التحكيمية تختلف عن تلك التي تسري على الأحكام القضائية،لأن التسبب في الحكم التحكيمي يكون شرطا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك،أو إذا كان القانون المطبق على إراءات التحكيم لا يفرض التسبب<sup>1</sup>.

#### ثانيا: الشروط الموضوعية لحكم التحكيم

بعد استقاء الشروط التي تتعلق بشكل حكم التحكيم،لابد من اسيفاء الشروط التي تتعلق بموضوعه و التي نوجزها في كل من:

#### 1-منطوق الحكم:

يقصد بمنطوق الحكم النتيجة النهائية التي خلصت إليها هيئة التحكيم،على أن يكون منطوق الحكم مرتبطا بموضوع النزاع ولا يخرج عنه ليكون بمنأى عن البطلان،قد يكون منطوق الحكم جزئيا إذا تعددت المسائل المتنازع عليها،أو يكون شاملا يشمل كل جزئيات الحكم في حكم واحد.

#### 2-طلبات الخصوم ومستنداتهم:

أزم المشرع الجزائري هيئة التحكيم بأن تضمن أحكامها بعرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم<sup>2</sup>،وهذا مايعني ضرورة اشتمال حكم التحكيم على ذلك،ومعنى ذلك أن يسرد المحكمون طبيعة تطور أحداث النزاع ،ومكان حدوث هذه التطورات وزمانها،وكذا عرض أوجه دفاع الخصوم وردودهم وإبراز ملخص للمواقف التي تمسك بها كل طرف وحججه

يؤدي على البطلان ،والذي أكدت عليه المادة 512 من قانون المرافعات التي تنص على بطلان حكم التحكيم إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم ،قرار محكمة

النقض في القضية التحكيمية رقم 147 لسنة 1999،نقلا عن فتحي والي ،مرجع سابق،أنظر كذلك،محمد قاضي ،مرجع سابق،ص242.

1-محمد قاضي مرجع سابق،ص243.

2أنظر المادة 1/1027 من القانون 09/08،من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

القانونية، وذلك بهدف معرفة نظام هيئة التحكيم وإمكانية إعمال الرقابة القضائية على عملها والتأكد من حسن استيعابها للوقائع ودفاع الخصوم، والوقوف على أسباب إصدار الحكم ومدى إعمال مبدأ المساواة في ذلك وحماية مصالح الخصوم<sup>1</sup>.

### 3- أن يكون حائزاً على حجية الشيء المقضي فيه:

إن القرار التحكيمي بمجرد صدوره يترتب عليه عدة آثار التي تترتب على الأحكام القضائية كحجية الشيء المقضي فيه، وهي مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي يلحق لقرار من تاريخ النطق به الذي يستلزم الأطراف بالتقيد بمنطوق الحكم ولو كان قابلاً للطعن فيه، بأي طريق من طرق الطعن المعروفة في القانون، تعتبر حجية الشيء المقضي فيه المقررة لأحكام القضاء الإداري متعلقة بالنظام العام، وحجية أحكام المحكمين تتعلق بالمصلحة الخاصة وذلك لأن القانون يمنح هذه الحجية لحكم التحكيم لحماية حقوق خاصة<sup>2</sup>، ولكننا نرى بأنه إذا كان النزاع المعروض على التحكيم يتعلق بمنازعة عقدية أحد أطرافها الإدارة العامة باعتبارها ذات سلطة عامة، والتي تستهدف من وراء تعاقداتها تحقيق المصلحة العامة، عليه فإن حجية الأمر المقضي به الذي تحوزه أحكام التحكيم الإداري تعتبر من النظام العام شأنها في ذلك شأن الأحكام التي تصدر عن هيئات القضاء الإداري. يجوز حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره حيث لا يجوز التعرض لموضوع الدعوى التي فصل فيها الحكم سواء من قبل المحكمة أو من قبل الخصوم، حتى وإن لم يصدر أمر قضائي بتنفيذه<sup>3</sup>، فلا يجوز إعادة بحث الأمور التي حسمت بحكم أصبح نهائياً وغير قابل للمراجعة، ويحتج بحجية الأحكام التي سبق وأن فصلت فيها هيئة التحكيم بحكم قاطع، في أي خصومة سواء كانت أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم فلا مجال للعودة إلى النقاش حولها مرة أخرى<sup>4</sup>. وهذا ما ذهب إليه اتفاقية نيويورك 1958 في المادة الثالثة منها حيث جاء فيها أنه "تتعترف كل الدول المتعاقدة بحجية التحكيم، وتؤمر بتنفيذه طبقاً لقواعد

1 بشير سليم، مرجع سابق، ص 687.

2 قنحي والي مرجع سابق، ص 460.

3 مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 413.

4 رقيقة قصوري، مرجع سابق، ص 269.

المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ"، كما أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم

إن المعيار الأساسي في الحكم على مدى نجاح التحكيم، والتسليم بأفضليته في تسوية منازعات العقود الإدارية، دوناً عن طرق التسوية القضائية والبديلة التي تناولناها في مواضع سابقة في هذه الدراسة، هو تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات، لأن تنفيذ حكم المحكم يعتبر تجسيدا لمزايا التحكيم على أرض الواقع، فتظهر بذلك قيمة وأثر كل ماتم اتخاذه من بداية الإتفاق على التحكيم مروراً بجميع المراحل الإجرائية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، والذي قلنا سابقاً بأنه يحوز على حجية الأمر المقضي به، ولكن يتوقف تنفيذه على مدى استجابة الخصوم لهذا الحكم، ومن منطلق أن التحكيم تحكمه الودية لا الندية، باعتباره أسلوباً متطوراً إتفاقياً لحل النزاع<sup>2</sup>، فإن الغالب هو تنفيذ الأحكام تلقائياً بمجرد صدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة، ولكن فيما يخص بالعقود الإدارية فإن الإدارة العامة دائماً ما تتعنت وترفض التنفيذ اختيارياً، مما يستدعي تدخل القاضي الإداري بإلزام الطرف المتماطل بالتنفيذ الجبري، وهذا ما يطرح إشكالا حول مدى قابلية أحكام التحكيم للتنفيذ الجبري ضد الإدارة العامة، وسنحاول الإجابة على ذلك من خلال التطرق لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية ضد الإدارة (أولاً)، ثم إلى تنفيذ أحكام التحكيم الدولي ضد الإدارة (ثانياً).

### أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي ضد الإدارة

يعتبر المحكم قاضياً من نوع خاص، حيث يفصل في موضوع النزاع ويصدر حكماً فيه، ويستمد سلطاته من سلطان إرادة الأطراف، إلا أنه لا يملك سلطة الأمر والإجبار التي يمتلكها القاضي الإداري، والذي يستمدّها من السلطة العامة للدولة، وعليه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بغير شموله بأمر التنفيذ، فإذا قدم حكم تحكيم بتنفيذ بغير صدور أمر بتنفيذه من القاضي العام في الدولة، فإن على المحضر القضائي الإمتناع عن تنفيذه<sup>3</sup>، بالنسبة للتحكيم الداخلي لا يحتاج لإصدار أمر التنفيذ للإعتراف باعتباره صادراً في نفس الدولة، وذلك بإيداع

1- جاءت صيغة المادة 1031 على النحو التالي: تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفضول فيه".

2 حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لدراسة مقارنة، المركز العربي للنشر، القاهرة 2017، ص 217.

3 محمود السيد التحوي، تنفيذ حكم المحكمين، ملقى الفكر، الإسكندرية، 2000، ص 22.

أصل الحكم لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة من الطرف الذي يهمله التعجيل<sup>1</sup>، بعد ذلك يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف<sup>2</sup>، في حالة عدم التنفيذ التلقائي للأحكام التحكيم يلجأ القاضي إلى التنفيذ الجبري وذلك من خلال توجيه أوامر للإدارة (أ) و فرض غرامة تهديدية (ب) أ- توجيه أوامر للإدارة:

بعد صدور الأمر القاضي بإمهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، فيصبح حكم التحكيم بذلك سندا تنفيذيا يجوز تدخل القاضي الإداري لتنفيذه جبريا<sup>3</sup>، وعليه فإن أحكام التحكيم تسري عليها أحكام التنفيذ الجبري التي أقرها المشرع الجزائري، ضد الإدارة العامة والتي تتمثل في إمكانية القاضي لتوجيه أوامر للإدارة وذلك بموجب نص المادة 978 والتي جاء فيها أنه "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك. في نفس الحكم القضائي. بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الإقتضاء".

يتضح لنا من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم الهيئات الإدارية العامة والتي تخضع منازعاتها لإختصاص القضاء الإداري، معنى ذلك الأشخاص الواردة في المادة 800 والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باتخاذ تدابير تنفيذ أثناء سير الخصومة، وذلك بموجب نفس الحكم القضائي الفاصل في الدعوى إذا تمت المطالبة بها أثناء سير الخصومة أو بموجب عريضة افتتاح الدعوى.

كما أورد المشرع حالة أخرى والتي تكون عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لإختصاص الجهات القضائية الإدارية، باتخاذ تدابير معينة لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك بإصدار قرار إداري جديد في أجل

1أنظر المادة 1035 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سابقا.

2أنظر المادة 1036 من نفس القانون.

3قتص المادة 600 على أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي... والسندات التنفيذية هي:

.....9- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط،....."

محدد<sup>1</sup>. يأتي هذا الأمر بناء على طلب صاحب المصلحة بعد الفصل في دعواه ويشترط في قبوله من الناحية الشكلية أن لا يكون قد سبق التقدم به إلى الجهة القضائية، وهي بصدد نظر الخصومة، وعندما تقوم الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها الأمر باتخاذ تدابير تنفيذ معينة بإصدار قرار إداري جديد يعد سندا تنفيذيا، بالإضافة إلى توجيه هذه الأوامر فإن المشرع الجزائري عمد إلى أسلوب آخر وهو فرض غرامة تهديدية، والتي تكون مستقلة عن تعويض الضرر الذي قد لحق بالمتعاقد مع الإدارة<sup>2</sup>، كما أضح المشرع الجزائري شروط تقديم طلب الأمر باتخاذ التدابير الضرورية للتنفيذ وهي أن يتعلق الأمر بتنفيذ حكم نهائي صادر عن محكمة إدارية، ثبوت رفض الجهة المحكوم ضدها للتنفيذ، إنقضاء أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم<sup>3</sup>.

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية الصادرة ضدها، يعتبر مساسا بحق المحكوم له ويمثل إهدارا لقوة الأحكام القضائية، ويشكل تعديا على هيئة السلطة القضائية واستقلالها<sup>4</sup>، كما يعد خطأ جسيما وخاصة إذا ما علمنا أن الإدارة تهدف إلى المحافظة على النظام العام والمصلحة العامة، ولا شك بأن خير وسيلة لحفظ النظام العام والمحافظة على المصلحة العامة تتمثل في التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية الصادرة ضدها<sup>5</sup>. ولكن الواقع العملي يثبت بأن الإدارة هي التي تقوم بالمساس بالمصلحة العامة من خلال امتناعها عن تنفيذ الأحكام والوفاء بتعويض المتعاقد المتضرر معها، وما ينتج عنه من عدم قدرته استكمال تنفيذ العقود الإدارية، بما يؤثر على سير المرافق العامة، ولهذا فبالإضافة إلى الوسائل التي حددها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام، فقد مكن من متابعة الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام جزائيا، وذلك بموجب المادة 138 من قانون العقوبات<sup>6</sup>.

1 أنظر المادة 979 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

2 أنظر المادة 982 من نفس القانون.

3 أنظر في ذلك المواد من 987 إلى 989 من نفس القانون.

4-حسنية شرون، "المسؤولية بسبب امتناع الإدارة عند تنفيذ القرارات الإدارية والجزاء المترتبة عنها"، مجلة المفكر، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2006، ص 191.

5حسين فريجة، "تنفيذ قرارات القضاء الإداري بين الواقع والقانون"، مجلة المفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 08.

6جاءت صيغة المادة على النحو التالي: كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفية لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالسجن من ستة أشهر

إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 5000 دج إلى 50.000 دج، من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 بضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، عدد 94، سنة 1994.

## ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

تبدو مشكلة تنفيذ الأحكام الصادرة في إطار النظام القانوني للدولة أقل وطئا، من تنفيذ قرارات التحكيم الصادر خارج إقليم الدولة والتي يراد التنفيذ على أرضها، أو تلك التي تتعلق بالتجارة الدولية، خاصة في ظل غياب قواعد تنفيذية موحدة بين الدول المختلفة تعالج تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية<sup>1</sup>، فقد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم، عند صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها، بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه، إن رفض الإدارة العامة لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصادرة ضدها تنفي فاعلية التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية، وعليه يثور تساؤلنا حول مدى تمسك الإدارة، العامة بحصانتها في مواجهة أحكام التحكيم الدولي؟، للإجابة على ذلك سنتطرق إلى دراسة حصانة الإدارة العامة ضد أحكام التحكيم الدولي(1)، ثم نتطرق إلى إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي (2).

### 1- حصانة الإدارة العامة ضد أحكام التحكيم الدولي:

يشكل عدم تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، تأثيرا سلبيا على فعالية التحكيم، كما يؤدي إلى فتور العلاقات بين الدول، وذلك إذا امتنعت الدولة عن تنفيذ حكم التحكيم متذرعة في ذلك بحصانتها ضد التنفيذ، فإن التنفيذ الجبري في هذه الحالة يشكل تهديدا لسيادة الدول، عكس التنفيذ الجبري المتخذ على المستوى الداخلي، لذلك فقد تضطر الدول إلى إعمال وسائل أخرى في هذه الحالة تكون أقل خطورة من التنفيذ الجبري، وأهمها التفاوض عن طريق البعثات الدبلوماسية<sup>2</sup> والتي تمثل الدولة في جميع المجالات وقد يكون لها دور في المطالبة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر بحق أحد رعايا الدولة التي تمثلها، غير أن هذا الأسلوب غير فعال في حل حصانة الدولة ضد تنفيذ أحكام التحكيم، ويعتبر تمسك الدولة بحصانتها ضد إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم، إشكالا كبيرا أدى إلى انقسام كبير بين الفقهاء حول مدى أحقية الدولة

1 نيبيل مالكية، "إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر"، العدد 07، 2017، ص126.

2 تتعدد أوجه المهام المنوطة بالبعثات الدبلوماسية وذلك نظرا لامتداد العلاقات الدولية إلى كافة أوجه النشاط المختلفة، لمساهمة الدول واشتراكها في الإتفاقيات الإقليمية ونظم الأمن المختلفة، والتي تتمثل في وظيفة التمثيل، المراقبة، المفاوضة، الحماية الدبلوماسية وهذه الأخيرة التي يشرف من خلالها الدبلوماسي على حماية مصادر الدولة بالخارج عن طريق المفاوضات، والاتصالات مع وزارات خارجية الدول المستقبلية، كما يطالب نيابة عن الرعايا بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم، بشرط أن يكونوا قد استفدوا كل طرق الطعن، وعليه يمكن للدبلوماسي أن يتفاوض بشأن تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

بذلك فذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة تمتد آثاره لتشمل تنفيذ حكم التحكيم، بمعنى أن وجود هذا الإتفاق في حد ذاته يعد تنازلاً منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات وتحقيقاً لفاعلية التحكيم، إذ أن قبول الدولة اللجوء للتحكيم بالرغم من حصانتها سيفرغ التحكيم من محتواه، وذلك بعدم تجسيده على أرض الواقع<sup>1</sup>.

كما ذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك، مبررين موقفهم بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التنازل عن حصانتها في مواجهة تنفيذ أحكام التحكيم، لأن ذلك لا يكون على سبيل الإفتراض بل لا بد من أن تعلن الدولة عن موقفها صراحة، وبين هذا الموقف وذاك ظهر رأي آخر الذي حاول التلطيف من حدة المفهوم المطلق لحصانة الدولة ضد التنفيذ وجعلها حصانة نسبية، وذلك باقتراح تبني معيار مستمد من طبيعة المال المطلوب التنفيذ عليه، حيث يتوجب التفرقة بين أموال الدولة المخصصة للمنفعة العامة وتلك المخصصة لأغراض تجارية خاصة، وعليه إذا كان المال عاماً يستهدف تحقيق الصالح العام فإنه يستبعد من إجراءات التنفيذ، أما إذا كان المال خاصاً فإن إجراءات التنفيذ يمكن أن تباشر ضده<sup>2</sup>، في خضم هذه الآراء والإنقسامات والتي تتبع من خطورة عدم تنفيذ قرارات التحكيم على تحقيق العدالة، بادر القضاء الفرنسي وكعادته إلى إيجاد حلول لهذه المعضلة في عدة قرارات أهمها قرارين صادرين سنة 1970 و1971، بناءً على الطلبات التي قدمتها دول أجنبية لسحب الأوامر بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بحقها، حيث أعلنت المحكمة في هذين القرارين على أنه "أن الإتفاق على التحكيم من قبل دولة أجنبية يعادل قبولها الإختصاص القضائي وحتى إجراءات التنفيذ من الضروري أن تكتسب قوتها الكاملة"<sup>3</sup>، كما تبنت محكمة الإستئناف بباريس نفس المبدأ، لتبرير استبعاد حصانة التنفيذ بقولها "لايشكل الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم عملاً تنفيذياً ولكن هو قرار اتخذ قبل التنفيذ"<sup>4</sup>، وفي القرارات الحديثة للقضاء الفرنسي نجد القرار الصادر عن مجلس شورى الدولة الفرنسية في

1 رشا خليل عيد، مرجع سابق، ص 94

2 صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 224.

3 Pierre Bourel, Aspects récents de l'immunité d'exécution des États et services publics étrangers, In: Droit international privé :

travaux du Comité français de droit international privé, 5e année, 1982-1984. p. 136.

4 arrêt rendu en 1981 dans l'affaire Gvt du Congo/ c/ Sociétés Benvenuti-Bonfant, op, p137.

2011، والذي يدور حول فصل سفارة دولة الكويت لعاملات فرنسيات من عملهن، واللائي قمن برفع دعوى امام مجلس العمل التحكيمي، ومحكمة باريس الإستئنافية يطلبن فيها من سفارة الكويت دفع تعويضات لهن، وقد جاء في نهاية الحكم أنه من جهة أولى لا يتضح لا من القاعدة العرفية في القانون العام الدولي المتعلقة بالحصانة من التنفيذ التي تتمتع بها الدول الأجنبية، ولا من أي نص تشريعي وجوب استثناء الدولة من التعويض عن الأضرار المتمسك بها الناجمة عن تطبيق هذه القاعدة<sup>1</sup>، ومما سبق نجد بأن الدول لا يمكنها التذرع بحصانتها ضد تنفيذ أحكام التحكيم بصفة مطلقة، بل يمكن أن يلجأ الطرف الذي صدر الحكم لصالحه للقضاء لإستصدار أمر بالتنفيذ، وتدخل القضاء في ذلك حتى ولو كان أجنبيا ودون المساس بسيادة الدولة المحكوم ضدها.

## 2- إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

يقصد بإجراءات التنفيذ تلك الأليات القانونية المحددة لإصباغ حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، وهذه الإجراءات هناك ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (أ)، وأخرى واردة بموجب اتفاقيات دولية (ب).

### أ- إجراءات التحكيم الدولي بموجب القانون الجزائري:

قبل البدء في إجراءات التنفيذ لا بد من الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي إجراء جوهريا في تنفيذ أحكام التحكيم، والمغزى من ذلك هو أن الحكم التحكيمي صدر بشكل ملزم وصحيح، فهو بذلك يمثل إجراء دفاعيا يستغل عند طرح النزاع من جديد على القضاء بعد الحكم فيه من قبل محكمة التحكيم، أما التنفيذ فهو أن يطلب الخصم المحكوم له من القضاء إلزام المحكوم عليه بتنفيذ ما جاء بالحكم التحكيمي جبرا عنه، وذلك وفقا لإجراءات التنفيذ<sup>2</sup>، وعليه فإن الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي لا يعني قطعا الأمر بتنفيذه، بل هو إقرار بصحته لاغير، ويعتبر إجراء الإعتراف بحكم التحكيم الدولي منفصلة عن إجراءات تنفيذه وهذا مستدل عليه من المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها أنه "يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر

1-القرار الصادر في 14 أكتوبر 2011، نقلا عن عمارة حسان، التحكيم دراسة مقارنة، ص365 وما بعدها.

2سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011، ص236.

وبنفس الشروط ،بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

#### أ-1-إيداع أصل الحكم التحكيمي:

يتولى الطرف المعني بتعجيل تنفيذ الحكم التحكيمي بإيداع أصل الحكم إلى رئيس الجهة القضائية بالمحكمة المختصة التي صدر في دائرة اختصاصها ،على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم<sup>1</sup> .

#### أ-2-إصدار الأمر بالتنفيذ:

بعد الإطلاع على حكم التحكي والتأكد من صحته يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ بالجزائر ،وذلك بإصدار نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم ،والتي يسلمها أمناء الضبط لمن يطبها من الأطراف<sup>2</sup>.

#### ب-إجراءات التنفيذ وفقا للإتفاقيات الدولية

نخص بالذكر في هذا الشأن الإجراءات التي جاءت بها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي صادقت عليها الجزائر،والتي تعتبر من أهم الإتفاقيات التي تختص بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية،وأساس التفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي وفقا لهذه الإتفاقية هو مكان صدور القرار،حيث اعتبرت القرار أجنبيا بالنظر إلى الدولة المطلوب منها الإعتراف بالقرار وتنفيذه،كما في حالة صدوره في دولة أجنبية متعاقدة أو غير متعاقدة ليتم تنفيذه في دولة متعاقدة أخرى تسري عليها أحكام هذه الإتفاقية<sup>3</sup>.تهدف هذه الإتفاقية أساسا إلى تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية،إلا أنها لم تحدد أن يكون النزاع الخاضع للتحكيم بموجبها مقصورا على قضية تجارية،مما يعني سريان أحكامها على كل العقود ومنها العقود الإدارية الدولية.

بالنسبة لموضوع الإعتراف بأحكام التحكيم فقد تناولته الإتفاقية في المادة الثالثة ،حيث أوضحت على أنه يجب على كل دولة متعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمّر

1أنظر المادة 1035 ممن القانون 09/08،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سافا.

2أنظر المادة 1036 من نفس القانون.

3عبد العزيز عبد المنعم خليفة،التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية،مرجع سابق،ص144.

بتنفيذه،وفقا لقواعد المرافعات السارية،مما يعني عدم تمييز قرارات التحكيم الأجنبية عن قرارات التحكيم الداخلية من ناحية إجراءات الإعراف والتنفيذ<sup>1</sup>،رغم عدم تحديد اتفاقية نيويورك للإجراءات الواجبة الإلتباع لتنفيذ الأحكام التحكيمية،إلا أنها حددت في المادة الخامسة منها شروط عدم تنفيذ أحكام التحكيم وذلك استثناءا في حالات معينة أهمها انعدام أهلية الأطراف،عدم صحة اتفاق التحكيم،أم عدم إخطار المعني عليه بتعيين هيئة التحكيم،خلو اتفاق التحكيم من الخلاف محل قرار التحكيم،عدم مشروعية تعيين هيئة التحكيم،عدم صدور أمر بتنفيذ حكم التحكيم لسبب ما<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: الرقابة القضائية على حكم التحكيم

يمكن الطعن في أحكامالتحكيم وفق آليات الطعن المحددة قانونا،ويبقى حكم التحكيم قائما مولدا لجميع اثاره الإجرائية والموضوعية،وحائزا على كل الصفات القانونية التي أحاطه القانون بها،كحجية الشيء المقضي به ،وصيغته التنفيذية الملزمة للأطراف،إلى غاية صدور حكم بعدم مشروعيته أو بطلانه<sup>3</sup>،وذلك بموجب طعن يرفع على مستوى هيئات القضاء الإداري المختص بالرقابة على أحكام التحكيم الصادرة عن منازعات العقود الإدارية ،والتي تخول للمتضرر من حكم التحكيم التقدم بطلب استئناف(ألا)،أو إبطال(ثانيا)أو اعتراض عن طريق الغير(ثالثا) في الحكم التحكيمي.

### أولا: الإستئناف

يعتبر الطعن بالإستئناف من مبادئ التدرج القضائي الذي يسعى إلى تدارك أخطاء القضاء<sup>4</sup>،والتشريعات لا تحدد للإستئناف أسبابا معينة ،فالمستأنف له حرية تأسيس طعنه على مايراه من أسباب ،موضوعية كانت أو إجرائية،وسواء بني على خطأ في القانون أو في الوقائع كما أن له الحرية في اللجوء إليه أو تركه<sup>5</sup>،إن الطعن بالإستئناف في أحكام القضاء

1بشير سليم،الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه،مرجع سابق ،ص240.

2أنظر نص المادة الخامسة من المرسوم رقم 88-233،متضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها،المؤرخ في 5 نوفمبر 1958،جريدة رسمية عدد48،المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

3حيدر مدلول بدر عيد الله،مرجع سابق،ص173.

4ترجع الأسباب التاريخية لاستحداث الإستئناف كطريقة للطعن في الأحكام،على أساس إصلاح الخطأ في التقدير الذي يقع فيه قاضي الدرجة الأولى ،إلا أن ذلك لا يكفي بل هناك

سبب آخر وهو تعددية القضاة لأن حكما واحد للنزاع لا يكفي،أنظر في ذلك: حسان نوفل ،مرجع سابق،ص198.

5 فرعون محمد،الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية،أطروحة دكتوراه،قانون المنازعات،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة سيدي بلعباس،2017/2018،ص223.

العادية لا تشكل أي خلاف في أحقية اللجوء إليه، بل مبدأ متفق عليه في كل التشريعات مع اختلاف إجراءات الممارسة من دولة إلى أخرى، ولكن المثير للخلاف هو إمكانية إخضاع أحكام التحكيم إلى الإستئناف، فالتشريعات التي تغلب الطابع القضائي لحكم التحكيم، على أصله الإتفاقي، تجيز الطعن فيه بالإستئناف بالإضافة إلى طرق الطعن الأخرى، أما التشريعات التي توازن بين الطابع القضائي لحكم التحكيم وأصله الإتفاقي فإنها لاتجيز الطعن فيه بالإستئناف، لأن هذا الأخير لا يرد إلا على الأحكام التي تصدر عن القضاء الرسمي في الدولة، كما أن الأطراف قد اختاروا التحكيم بإرادتهم ليفصل المحكم في نزاعهم بحكم نهائي وبات، فلا يعقل أن يوجهوا حكمهم لرقابة القضاء الذي رفضوا الخضوع إليه من البداية<sup>1</sup>. أجاز المشرع الجزائري إمكانية الطعن بالإستئناف في أحكام التحكيم، وذلك اقتداءا بالمشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها أنه "يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بالحكم، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم مالم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم"

إن المشرع الجزائري أجاز الطعن بالإستئناف في أحكام التحكيم الوطني دون أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر، حيث لم تشر أي مادة لذلك اقتداءا بالمشرع الفرنسي، وذلك مرده تحديد طريق واحد ووحيد لمراجعة القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، وهو استئناف الأمر القضائي الذي يمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي. كما كرس المشرع في المادة 3/1035 إمكانية إستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي، ولعل تحديد المشرع لمدة الإستئناف ب15 يوما يرجع إلى رغبته في حماية حكم التحكيم، لأنها هي نفس المدة التي تدفع صاحب الحكم إلى مواصلة إجراءات التنفيذ حتى آخر مرحلة<sup>2</sup>، كما أن حساب أجل الإستئناف يبدأ من يوم الرفض لا من يوم التبليغ، وهي نفس المدة المتبعة في الأوامر الواردة على العرائض<sup>3</sup>. والملاحظ على

1 ماهر مصطفى محمود، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، المجلد التاسع، العدد الثاني، دمنهور، مصر، 2017، ص 265.

2 بشير سليم، الحكم التحكيمي، مرجع سابق، ص 305.

3قتص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "...وفي حالة عدم الإستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للإستئناف أمام رئيس المجلس القضائي...". يرفع

الإستئناف خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض...."

المادتين السالفتي الذكر أن المشرع لم يذكر هيئات القضاء الإداري، واقتصر في ذلك على المجلس القضائي، فهل يعقل ألا يكون حكم التحكيم الإداري قابلاً للإستئناف؟ أم هي هفوة من المشرع لا بد من تداركها مستقبلاً.

بالنسبة لأثر رفع الإستئناف على حكم التحكيم فيترتب عليه إيقاف تنفيذ حكم المحكمين، وإذا كان حكم التحكيم مشمولاً بالنفذ المعجل، فإن الإستئناف لا يوقف هذا الحكم، إلا في حالة إذا كان الإيقاف بمقتضى القانون، وهذا مانص عليه القانون الجزائري<sup>1</sup>، كما أن وقف التنفيذ المعجل من طرف قاضي الإستئناف، لا يعتبر طعناً في الحكم لأن المحكمة حين تنتظر طلب وقف التنفيذ، فإنها لا تبحث مسألة خطأ المحكمة أو صحته من الناحية القانونية، وعليه فإنها لا تنتقد، بما قضت به، لأنه من قبيل القضاء الوقي<sup>2</sup>.

بالرغم من أن دواعي اللجوء إلى الإستئناف في حكم التحكيم كثيرة ومنطقية، فالمحكم كالقاضي يمكن أن يشوب حكمه أخطاء، أو يخالفه فيه مبدأ المشروعية، سواء في الإجراءات أو في تطبيق المادة القانونية، وعليه فإن الإستئناف كما قلنا سابقاً وسيلة لتدارك مثل هذه الأخطاء، كما أن المحكمين حتى ولو عينوا على أساس اتفاق بين الأطراف فهذا التكليف والثقة، لا يمنع من ضرورة مراجعة أحكام التحكيم لأن غير ذلك قد يبعث الريبة والشك لدى الأطراف، إلا أن سلبيات هذا الطعن أكثر من إيجابياته بحكم أنه يؤثر على الطابع المميز للتحكيم وهو السرعة في إصدار الأحكام، فكما أشرنا سالفاً فإن العدالة الإدارية تغشاها البطء الشديد في الإجراءات، وكثرة التأجيلات مما يستغرق صدور الأحكام فيها مدداً طويلاً تصل إلى سنين، فهل يعقل أن نضيف للقاضي الإداري أحكاماً التحكيم ليفضل فيها ويطول انتظار المحتكمين، ويتأثر بذلك الهدف الأسمى للتحكيم وهو العدالة الفعالة، ولهذه الأسباب فإن المشرع الفرنسي السباق إلى تطبيق الإستئناف على أحكام التحكيم تخلى عنه<sup>3</sup>.

1- تنص المادة 1037 من ق.إ.م.إ على أن "تطبيق القواعد المتعلقة بالنفذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفذ"

2- فرعون محمد، مرجع سابق، ص 231.

3- وذلك بصور المرسوم رقم 48-2011 في 13 جانفي 2011، حيث قام بتحديث قانون التحكيم الفرنسي خاصة المواد 1442-1527 من قانون الإجراءات المدنية، حيث كان

اللجوء إلى الإستئناف هو الأصل بشرط إتفاق طرفي التحكيم على ذلك، في حين نصت المادة 1489 من القانون الجديد على أن حكم التحكيم غير قابل للإستئناف، ما لم يتفق الأطراف

على خلاف ذلك، أنظر في ذلك: حسان نوفل، مرجع سابق، ص 200.

وفقا للتشريع الجزائري تكون قرارات الإستئناف الفاصلة في أحكام التحكيم، قابلة للطعن بالنقض<sup>1</sup>، وهذا الأخير هو طعن غير عادي مواز للطعن بالتماس إعادة النظر، والهدف منه هو تصحيح ما شاب الحكم من خطأ في تطبيق القانون، وذلك في الأحكام الصادرة من قضاة الإستئناف<sup>2</sup>، والطعن بالنقض الإداري لا يهدف إلى مراجعة الحكم ولا تعديله ولا إلى تصحيحه، ولا إلى إعادة النظر فيما قضى به، لأن قاضي النقض لا يعالج الخصومة في عمومها لا من حيث الوقائع ولا من حيث القانون، ولكن يقتصر دوره على مراقبة مدى تطبيق قاضي الموضوع للقانون من عدمه، كما يتميز الطعن بالنقض عن غير من طرق الطعن بمكانته المنصوص عليها في الدستور، ومن حيث نظامه القانوني ومن حيث قواعد ممارسته، وكذا من حيث جهة الإختصاص به<sup>3</sup>، يعود الإختصاص بالفصل في الطعون بالنقض إلى مجلس الدولة باعتبارها أعلى هيئة في هرم القضاء الإداري<sup>4</sup>. إن إمكانية إخضاع أحكام التحكيم للطعن بالنقض قد يعرقل الوصول إلى العدالة، وذلك لأن مجلس الدولة الجزائري قد أرقق من الإختصاصات المتعددة التي خوله إياها المشرع، حيث أنه يعتبر قاضي أول وثاني درجة بالنسبة لمنازعات السلطات الإدارية المركزية والمنظمات المهنية والسلطات الإدارية المستقلة، كما يعتبر جهة الإستئناف الوحيد للفصل في قرارات المحاكم الإدارية، في ظل غياب محاكم إستئنافية في الهيكل القضائي الإداري الجزائري، بالإضافة إلى اعتباره هيئة نقض للفصل في الطعون المرفوعة إليه من الأشخاص المذكورة سابقا، إضافة إلى الإحالات بموجب نصوص خاصة، فهل يعقل مع كل هذا أن يضيف له المشرع الإختصاص بالنقض في أحكام التحكيم، وهذا الأخير الذي يعتبر قضاء من نوع خاص، فما دور المحكمين إذا في حالة مرور أحكامهم على رقابة القضاء الإداري العادية وغير العادية؟.

1 أنظر المادة 1034 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سالفا.

2 أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسليبي لإتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 398.

3 عادل بوعمران، "دور مجلس الدولة كقاضي نقض قراءة تحليلية نقدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، عدد

تجريبي، مارس 2013، ص 180.

4 يختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض بموجب المادة 903 من ق.إ.م.إ.، وكذلك بموجب المادة 11 من القانون العضوي المتضمن تنظيم مجلس الدولة وعمله المذكور

سالفا.

## ثانيا: الطعن بالبطلان

إن غالبية التشريعات الوضعية، والمعاهدات الدولية رسمت طريقا واحدا للطعن في أحكام التحكيم الدولية أمام القضاء وهو الطعن بالبطلان<sup>1</sup>، وذلك لأن الغاية من اللجوء للتحكيم هي الإبتعاد عن رقابة القضاء الإداري وتعقيده، وهي دعوى مبتدأة إجرائية، تهدف في الأصل إلى التأكد من سلامة عملية التحكيم ذاتها، والتي تقوم على أساس اتجاه إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، وأن المستفاد من هذه الإرادة التسليم والرضا بالحكم الذي سيصدر في النزاع، عن طريق اختيار محكم أو أكثر وتقديم الأطراف لدفاعهم وفق صحيح القانون<sup>2</sup>.

أجاز المشرع الجزائري الطعن في أحكام التحكيم عن طريق البطلان، فقط في أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر، أما الأحكام الدولية الصادرة خارج الجزائر فلا تخضع للبطلان، ولا للإستئناف، ويقتصر استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ وذلك في الحالات التي يمكن فيها طلب بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر<sup>3</sup>، ويرجع الإختلاف في تعامل المشرع الجزائري مع أحكام التحكيم من ناحية إمكانية اللجوء للإبطال إلى أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يصبح جزءا من النظام القانوني الجزائري، مما يستدعي إمكانية إبطاله، أما الحكم الصادر في الخارج فيكفي منع تنفيذه وذلك بمنع الإعتراف به أو تنفيذه، كما أن اتفاقية نيويورك ترفض تنفيذ أحكام التحكيم التي قد تم إبطالها في الدول التي صدر منها، وذلك لأن هذه الإتفاقية تعترف بقيمة دولية للإختلافات القائمة في الأنظمة المحلية للدول<sup>4</sup>.

وقد قيد المشرع إمكانية رفع دعوى البطلان بتوفر شروط معينة وهي:

- في حال فصل محكمة التحكيم بدوت اتفاقية تحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الإتفاقية.

1 نصت المادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن الطعن بالبطلان هو السبيل الوحيد للطعن في أحكام التحكيم وجاء نصها كالتالي:

Article 1518 (cpc) "La sentence rendue en France en matière darbitrage international ne peut faire l objet que dun recours en

annulation/كما نصت المادة 1/52 من قانون التحكيم المصري على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون المطعون فيها بأي طريق من طرق الطعن

الممنوع عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، أنظر في ذلك: عليا في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، أنظر في ذلك: فتحي والي، مرجع سابق، ص520.

2 أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص414.

3 أنظر المادة 1055 من ق.إ.م.إ.

4 فرعون محمد، مرجع سابق، ص289.

- في حالة صدور حكم التحكيم عن محكمين معينين خلافا للقانون.
- إذا فصلت محكمة التحكيم خلافا للمهمة المسندة إليها.
- إذا أغفل مبدأ من مبادئ التقاضي كالجاهية.
- في حالة انعدام التسبيب أو التناقض في أسباب الحكم.
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام الدولي العام<sup>1</sup>.

من خلال تحديد المشرع لأسباب الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم، يتبين لنا اختلاف ذلك عن الطعن بالبطلان في الحكم القضائي والذي لا يكون إلا إذا شاب الحكم عيب جسيم تنعدم من خلاله صفته كعمل قضائي، كما لو صدر الحكم عن شخص زالت عنه ولاية القضاء، أو صادر عن تشكيلة مخالفة للقانون في عددها، أو في حالة صدور حكم ضد شخص متوفى<sup>2</sup>.

### ثالثا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

يعتبر هذا الطعن نوعا من طرق الطعن غير العادية؛ وبمقتضاه يمكن الرجوع عن الحكم أو تعديله لمصلحة شخص ثالث أضره الحكم، ولم يكن طرفا في الدعوى<sup>3</sup>، وعليه يتم الفصل من جديد في القضية من حيث الوقائع والقانون<sup>4</sup>. أجاز المشرع الجزائري بإمكانية الطعن في أحكام التحكيم الوطنية، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة<sup>5</sup>، والذي تسري عليه أحكام الطعن أمام هيئات القضاء الإداري<sup>6</sup>. وهذا مالا يتناسب مع ذاتية نظام التحكيم، التي لا تتطلب التنوع في طرق الطعن خاصة الطرق غير العادية، وهذا ما سيفرغ التحكيم من محتواه لأن التحكيم لابد أن يكون مستقلا نوعا ما عن القضاء، لأن كثرة الطعون القضائية تتسبب في هدف من التحكيم وتعرقل نفاذ أحكامه، كما أن الإفراط في الرقابة القضائية على

1 أنظر المادة 1056 من ق.إ.م.إ.

2082 عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات (دراسة فقهية عملية)، دائرة القضاء، الإمارات، 2013، ص 207.

3 بوعمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية (دراسة تحليلية نقدية ومقارنة)، مرجع سابق، ص 258.

4 أنظر المادة 960 من ق.إ.م.إ.، المذكور سافلا.

5 كتنص المادة 1032 من القانون 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ. على أنه أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة. يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام

المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

6 تنص المادة 961 من نفس القانون على أنه تطبق الأحكام المتعلقة باعترض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد من 381 إلى 389 من هذا القانون. أمام

الجهات القضائية الإدارية.

التحكيم قد تؤدي إلى فقدان الثقة في هذه الأحكام، خاصة في حالة إطالة أمد صدور الأحكام، وتتأثر هذه الثقة أكثر في مجال العقود الإدارية الدولية التي يلعب عامل الزمن فيها دورا مهما، وعليه فإن الإستفادة من مزايا التحكيم الكثيرة، تستدعي التقليل من الرقابة القضائية على أحكامه لتكون أحكاما نهائيا ذات ثقة<sup>1</sup>.

إن انتقادنا للرقابة القضائية على أحكام التحكيم لا تعني نفينا لدور القاضي الإداري المهم في التأكد من عدم إخلال المحكمين بالنظام العام، خاصة مع ارتباط العقود الإدارية بالمصلحة العامة، وضرورة التأكيد على حفظ امتيازات السلطة العامة للإدارة وعد معاملتها على قدر السواء مع أشخاص القانون الخاص، ولكن نحن نعني ضرورة التخفيف حدة الرقابة القضائية على عمل المحكمين، بما يسمح بالحفاظ على خصائص التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى تخفيف الضغط على القاضي الإداري خاصة قاضي مجلس الدولة، وجعله يتفرغ للفصل في الدعاوى القضائية المتعلقة بالعقود الإدارية.

### خاتمة الباب الثاني

تطرقنا من خلال الباب الثاني من دراستنا إلى الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، والتي استحدثت بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحديدًا في الباب الخامس منه تحت مسمى الطرق البديلة لحل النزاعات، ويكرس القانون نية المشرع لأول مرة بالسماح لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم، كما نظم لأول مرة إجراءات الوساطة القضائية، والتي رأينا أن سكوت المشرع عن النص صراحة على إمكانية تطبيق الوساطة القضائية على المنازعات الإدارية، كما فعل مع الصلح والتحكيم، شكل انقسامًا بين مؤيد ومعارض لتطبيق الوساطة على منازعات الإدارة، تذرعا بإمكانية مساس الوسيط بالنظام العام وعدم الاعتراف للإدارة العامة بامتيازاتها وسلطاتها.

1ماهر مصطفى محمود، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

بالرغم من ذلك فقد رأينا أن دور القاضي الإداري الفعال في كل إجراءات الوساطة ابتداء من عرضها، واختيار الوسيط إلى غاية المصادقة على محضر الوساطة، يعتبر دورا وقائيا يحول دون مساس قرار الوسيط وحكمه بالنظام العام، فإذا تبين للقاضي انتهاك المحضر للنظام العام رفض المصادقة عليه.

نفس الأمر بالنسبة للتحكيم الدولي خاصة لأن التحكيم الداخلي لا يشكل أي خطورة على خصوصية المنازعة الإدارية، نظرا لإجرائه وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن الإدارة العامة يمكنها الاتفاق على اختيار محكم واحد على الأقل من الدول التي تنتهج النظام القضائي المزدوج، وذلك للحفاظ على امتيازاتها وسيادتها. لاحظنا كذلك أن مبالغة المشرع الجزائري في إخضاع حكم التحكيم إلى مختلف طرق الطعن القضائية وهي البطلان والإستئناف، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، يفرغ التحكيم من محتواه وهو الإتفاقية البحتة، والبعد عن أروقة القضاء وإجراءاتها المعقدة، كما يؤدي ذلك إلى فقدان صفة السرعة والسرية.

## الخاتمة

كرس المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الآليات القانونية التي يمكن من خلالها تسوية منازعات العقود الإدارية، والتي يمكن اللجوء إليها من قبل المتعاقدين المتضررين من تعسف الإدارة المتعاقدة في استعمال امتيازاتها في مواجهتهم، وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج نوردها في شكل نقاط كالتالي:

1. اعتمد القضاء الإداري الفرنسي بعد زمن من الرفض، إمكانية الطعن في العقود الإدارية بالإلغاء، وذلك من خلال القرارات القابلة للإنفصال منذ بداية القرن العشرين، وتزخر اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، غير أن الأمر مختلف بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، والذي يلاحظ عليه ندرة اجتهاداته المتعلقة بالقرارات القابلة للإنفصال، وهو الأمر الذي انعكس على دراستنا لهذه النظرية، إذ لم نتحصل على أحكام تبين لنا نشأتها في القضاء الإداري الجزائري.
2. أقر القضاء الإداري الفرنسي والمصري بعض الاستثناءات خروجاً على القاعدة العامة بعدم جواز الطعن في القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، إذ أجاز للمتعاقد مع الإدارة والغير الطعن بالإلغاء في بعض هذه القرارات ولم يسايرهما القضاء الإداري الجزائري في ذلك، على الرغم من إتاحتها للغير بالطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد الإداري، مما يعني حرمان الغير من الطعن في مشروعية العقد الإداري في مرحلة التنفيذ.
3. كرس المشرع الجزائري بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإستعجال قبل التعاقدي في العقود الإدارية لأول مرة، حيث يقوم على سد منافذ الفساد، وتكريس مبدأ الشفافية في إبرام العقود والصفقات العمومية لحماية قواعد العلانية والمنافسة.
4. يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى بطلان ضد العقد الإداري، متى ثبت عدم مشروعيته؛ وذلك إذا ثبت تخلف ركن من أركان العقد الإداري الخارجي وهي ركن الرضا والذي يتعلق في العقود الإدارية بأهلية الشخص المعنوي العام في إبرام العقود، وعيوب المشروعية الداخلية والتي تتعلق بجوهر العملية التعاقدية وتعني الإخلال بركني المحل والسبب، والتي قد تعرض العقد الإداري للبطلان الكلي أو الجزئي.

5. يمكن للمتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية الإدارة دون خطأ، وذلك إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، ونظريات اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، وإذا لم تكون قيمة التعويض محددة مسبقا في شروط العقد فيرجع الأمر في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري.
6. يعتبر الصلح والوساطة الإجتماعية نظامين متجذرين في المجتمع الجزائري، إلا ان تطبيقهما على منازعات العقود الإدارية لم يلقى إقبالا واسعا مما اد الى فشلها.
7. أقر المشرع الجزائري بعد امتناع طويل على إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وذلك في إطار الصفقات العمومية والإتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الدولة، وهذا مالا يتعارض مع الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، حيث أن الأمر لا يشكل أي إشكال في التحكيم الداخلي باعتبار أن القانون الجزائري هو السائد، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فعلى الإدارة العامة اختيار على الأقل محكما واحدا من الدول التي تنتهج نظام القضاء المزدوج، وتتعترف بامتيازات السلطة العامة للإدارة المتعاقدة لتضمن عدم المساس بخصوصية المنازعة الإدارية.
8. إن الأهمية التي تكتسيها الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية ليست بمنأى عن بعض النقائص والسلبيات التي نوردتها كالآتي:
9. إن القضايا التي تنتهي بالصلح قليلة جدا مقارنة بكمية القضايا المطروحة على مستوى هيئات القضائي وذلك لعدة أسباب أهمها عدم قبول الإدارة التصالح مع خصمها، وتسجيل غياب ممثل الإدارة عن جلسات الصلح مما يعيق فعالية هذا الإجراء.
10. تعتبر القضايا التي يتم اللجوء فيها للوساطة القضائية في المنازعات التجارية والعقارية قليلة جدا، وبالنسبة لها في المجال الإداري فإن كل المؤشرات تدل على عدم اللجوء إلى الوساطة القضائية في منازعات العقود الإدارية أصلا، وذلك لأن الإطار القانوني للوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعترف بشكل صريح على إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى الوساطة، كما هو الحال بالنسبة للصلح والتحكيم مما جعل الباب مفتوحا للتأويلات والتفسيرات المتضاربة، وهو ما جعل أغلبية القضاة لا يعرضون إجراء الوساطة على الخصوم لعدم اقتناعهم بجوازها في المنازعات الإدارية، عدم تجهيز الوسطاء من ناحية التكوين المتخصص في المنازعات الإدارية، بالإضافة إلى عزوف المتقاضين عن اللجوء لهذه الوسيلة البديلة، مما يحكم على هذه التجربة بالفشل.

11. بالرغم من اللجوء للوساطة طرق اختياري إلا أن المشرع خول فقط للقاضي المبادرة بعرض الوساطة على الخصوم، ولم يمكن الأطراف من هذا الحق وهذا مايتنافى مع الطابع الإختياري والإتفاقي لهذا الإجراء، كما أن عدم تطرق المشرع إلى أتعاب الوسيط وعدم إدراجها مع المصاريف القضائية ،
12. يؤثر على مردودية الوطاء.
13. يعتبر التحكيم في عقود الإدارة خاصة الدولية منها مهما نظرا لعلاقات العقود الإدارية بخزينة الدولة ،إلا أننا لا حظنا أن المشرع تناول التحكيم فيها بشكل مقتضب جدا،حيث أنه يشهد الكثير من الإحالات على القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ،وهي الإحالات التي أحدثت الكثير من الفجوات ومواطن الغموض خاصة فيما يتعلق بالرقابة القضائية على أحكام التحكيم ،حيث أن المشرع حدد هيئة الإختصاص وهي المجالس القضائية ،دون الإشارة إلى هيئات القضاء الإداري.
14. إن المشرع الجزائري وعلى خلاف التشريعات الأخرى قد سمح بالطعن في أحكام التحكيم عن طريق الإستئناف أو الطعن بالبطلان، أو باعتراض الغير الخارج عن الخصومة،وهذا ما يزيد من الأعباء الملقاة على القاضي الإداري ،مما يؤدي إلى عرقلة سير الخصومات أمام هيئات القضاء الإداري،ويفرغ الطرق البديلة من محتواه والتي تسعى أساسا إلى اختصار الوقت ،مما يحد من فعالية الطرق البديلة ،ويزيد من مشاكل طرق التسوية القضائية.

#### الإقتراحات

1. في الأخير بعد هذه النتائج التي توصلنا إليها فقد ارتأينا وضع جملة من الإقتراحات محاولة منا المساهمة في حل المشاكل التي يعاني منها القضاء الإداري، وعدم فعالية الطرق البديلة:-
  - أ. الناحية الهيكلية: بالإسراع في تنصيب المحاكم الإدارية الإستئنافية في جميع ولايات الوطن.
  - ب. الناحية الإجرائية: إصدار قانون مستقل للإجراءات الإدارية.
2. لا حظنا في كثير من قرارات مجلس الدولة رفضهم للإستئناف بناء على أخطاء قضاة الدرجة الأولى في الأحكام، وهذا نابغ من عدم تمكن أغلب القضاة ونقص خبرتهم، مما يجب على الدولة إخضاع القضاة الإداريين لتكوين خاص يركز على أحكام القانون الإداري ،والتقنيات المساعدة في الإجتهد واعمال السلطة التقديرية التي يجب أن تكون لدى كل قاضي إداري.

3. ضرورة الإهتمام بالموقع الإلكتروني لمجلس الدولة وجعله يحتوي على كل الإجتهاادات القضائية في المجال الإداري، كما هو الحال في موقع "ليجيفرونس" الفرنسي الذي يعتبر مرجعا لكل الباحثين ،لتدعيم الدراسات بالقرارات الحديثة ،ولفت انتباه المشرع إلى كل الثغرات التي يتضمنها القانون للإسراع بتعديله.
4. إعادة النظر في النظام القانوني للوساطة القضائية، وذلك بوضع نصوص قانونية صريحة تتيح امكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى الوساطة القضائية.
5. النص على أتعاب الوسطاء القضائيين وإدراجها ضمن المصاريف القضائية، لزيادة المردودية عند الوسطاء، لأن حماية حقوقهم تساعد على العمل أكثر.
6. إخضاع الوسطاء القضائيين إلى تكوينات متخصصة في المنازعات الإدارية، وكل مايتعلق بنظريات القانون الإداري ،في الداخل تحت إشراف قضاة إداريين،أو في الخارج في إحدى الدول الرائدة في هذا المجال على غرار الأردن التي أصدرت قانونا خاصا بالوساطة وتعتبر تجربتها ناجحة إلى حد كبير.
7. الإستعانة برجال القانون الإداري المتقاعدين خاصة القضاة منهم والمحامين المتمرسين في الشق الإداري، وتوظيفهم كوسطاء قضائيين كما هو الحال في قانون الوساطة الأردني.
8. اقتصار الطعن في أحكام التحكيم بالطعن بالبطلان دون الطعون الأخرى،لتخفيف العبء على القاضي الإداري، وإعطاء مساحة من الثقة للمحكمن وعدم التدخل في اختصاصاتهم، وعدم المساس بمبدأ السرعة الذي يقوم عليه نظام التحكيم.
9. في الأخير فإنه بخلاف التحكيم الدولي، فإن الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية تشهد فعالية محدودة، نظرا للنقائص والسلبيات التي ذكرناها سابقا، إضافة إلى أن المواطن الجزائري مرتبط ارتباطا وثيقا بالقضاء الرسمي في الدولة مما يفسر إجماع أغلبية المتقاضين عن قبول اللجوء للطرق البديلة، مما يعني ضرورة إعادة نظر الدولة في النظام القضائي الإداري ككل إن كان من الناحية الهيكلية، أو من ناحية المنظومة القانونية والإجرائية ،ومعالجة النقائص التي تحد من فعالية العدالة الإدارية القضائية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية

أولاً: النصوص القانونية

1- الدساتير:

-المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتضمن تعديل الدستور،المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996،جريدة رسمية عدد 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996،المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002،المتضمن تعديل الدستور جريدة رسمية عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002،المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،جريدة رسمية عدد 22 المؤرخة في 03 أبريل 2008،المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016،جريدة رسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016،المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي المرسومالرئاسيرقم 20-442،المتضمنإصدارالتعديلالدستوري،المصادقعليهفياستفتاءأولنوفمبرسنة 2020،المؤرخفي 30 ديسمبر 2020،ج.ر. عدد82،المؤرخةفي 30 ديسمبر 2020.

2- الإتفاقيات والمعاهدات:

1. مصادقة  
حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة صربيا المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلتين للإستثمارات الموقعيا الجزائر في 13 فبراير 2012، المرسومالرئاسي رقم 334 مؤرخفي 30 سبتمبر 2013.
2. اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بينالدولورعاياالدولالأخرفي 18 مارس 1965، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، جريدة رسمية عدد66.

3. الإتفاقية التيصادقعليهامؤتمراالأمامالمتحدة فينيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتمادالقراراتالتحكيميةالأجنبيةوتنفيذها، المؤرخفي 5 نوفمبر 1958، بموجب المرسوم الرئاسي 88-233، جريدة رسمية عدد48،المؤرخةفي 23 نوفمبر 1988.

3- النصوص التشريعية:

أ-القوانين العضوية:

1. القانون رقم 21-01 المؤرخ في 10 مارس 2021، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، جريدة رسمية عدد 17 المؤرخة في 10 مارس 2021.
2. القانون رقم 98-01، المتعلقة باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخفي 30 ماي 1998، جريدة رسمية، عدد37،المؤرخةفي 1 يونيو 1998،المعدلوالمتممبالقانونالعضوي 11-13 المؤرخفي

- 26 يوليو 2011، ج.ر، عدد43، المؤرخةفي 03 أوت 2011، المعدلواوالمتممبالقانونالعضوي 18-02، المؤرخفي 04 مارس 2018، ج.ر، عدد15، المؤرخةفي 07 مارس 2018.
3. القانونرقم 98-02، المتعلقةبالمحاكمالإدارية، المؤرخفي 30 ماي 1998، ج.ر، عدد37، المؤرخةفي 1 يونيو 1998.
4. القانونرقم 09/08، المتضمنقانونالإجراءاتالمدنيةوالإدارية، المؤرخفي 05/02/2008، ج.ر، عدد21، المؤرخةفي 23/04/2008.

#### ب القوانين العادية:

1. القانونرقم 07/12، المتضمنقانونالولاية، الصادرفي 21 فيفري 2012، ج.ر، عدد12، المؤرخةفي 29 فيفري 2012.
2. القانون رقم 11-10، المتضمن قانونالبلدية، المؤرخفي، 22-06-2011، ج.ر، عدد37.
3. القانونرقم 03/200، المتعلقةبالبريدوالمواصلاتالسلكيةواللاسلكيةالمؤرخفي 06/08/2000، ج.ر عدد48.
4. القانون رقم 01/02، المتعلقةبالكهرباءوتوزيعالغازبواسطةالقنوات، المؤرخفي 05/02/2002، ج.ر عدد08، المؤرخةفي 06/02/2002.
5. القانون رقم 90-02 المتعلقةبالوقايةمنالنزاعاتالجماعيةفيالعملوتسويتهاوممارسةحقالإضراب، الصادرفي 06/02/1990، المعدلواوالمتممبالقانون 97-91 المؤرخفي 21/12/1991.
6. القانونرقم 37 لسنة 2003، المتضمنقانونالوساطة(الأردني)لتسويةالنزاعاتالمدنية، المعدلواوالمتممبالقانونرقم 12 لسنة 2006، المعدلواوالمتممبالقانونرقم 25 لسنة 2017، الجريدةالرسميةرقم 4622.
7. القانون رقم 82-04 المؤرخفي 13 فيفري 1982، المعدلواوالمتمملامرقم 66-156 المؤرخفي 8 جوان 1966، المتضمن قانونالعقوبات، جرالعدد07، المؤرخةفي 16 فيفري 1982، المعدل والمتمم بالقانون رقم 27 لسنة 1994، جريدةرسمية عدد 16 الصادرفي 21 افريل 1994.
8. القانون رقم 05-04، الذيحددالقواعدالعامةالمتعلقةبالتوقيعوالتصديقالإلكترونيين، المؤرخفي 01 فيفري 2015، جريدةرسمية عدد 06، المؤرخةفي 10 فيفري 2015.
9. القانونرقم 07-05، المتعلقةبالمحروقات، المعدلواوالمتممبالقانونرقم 13-01، المؤرخفي 20 فيفري 2013، ج.ر عدد 11، الصادرفي 24 فيفري 2013.
10. القانون رقم 88-01، المتضمنالقانونالتوجيهيللمؤسساتالعموميةالإقتصادية، المؤرخفي 12 يناير 1988، ج.ر، عدد02، المؤرخةفي 13 يناير 1988، المعدلواوالمتمم.

ج-الأوامر:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 20/06/2005، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، جريدة رسمية عدد 31.
2. الأمر رقم 66-154، المتضمن قانوناً لإجراء اتالمدنيةالمؤرخفي 8 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالمرسومالتشريعيرقم 93-9 المؤرخفي 25 أبريل 1993.
3. الأمر رقم 75-48 المؤرخفي 17 يونيو 1975، المتعلقة بتنفيذ أحكامالقضاء وقراراتالتحكيم، جريدة رسمية عدد 53 الصادرفي 04 يوليو 1975.
4. الأمر رقم 71-80 المؤرخفي 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم لأمر رقم 66-154، الصادر فيج.رلسنة 1972، عدد 02.

4-النصوص التنظيمية:

أ-المراسيم الرئاسية:

1. المرسومالرئاسي 15/247 المتضمنتنظيمالصفقاتالعموميةوتفويضاتالمرفقالعام، الصادرفي 16 سبتمبر 2015، ج.ر، عدد 50، الصادرفي 20 سبتمبر 2015.
2. أنظرالمرسوم 94/رقم 132 المحددلأجهزةالهيكلالداخليةلرئاسةالجمهورية، المؤرخفي 29/05/1994، ج.ر عدد 39، المؤرخةفي 17/06/1994.

ب-المراسيم التنفيذية:

1. المرسومالتنفيذيرقم 04-0-373، الذيحددشروطمنحالإمتيازمنأجلإنشاءمؤسسةلتربيةالمائياتوكيفياتذلك، المؤرخفي 21 نوفمبر 2004، ج.ر عدد 75، الصادربتاريخ 24 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم بالمرسومالتنفيذيرقم 07-408، المؤرخفي 25 ديسمبر 2007، ج.ر عدد 81، الصادرفي 30 ديسمبر 2007.
2. المرسومالتنفيذي رقم 04-417، الصادرفي 20 ديسمبر 2004، الذيحددالشروطالمتعلقةبامتيازإنجازالمنشآتالقاعديةلاستقبالومعاملةالمسافرين.
3. المرسومالتنفيذي رقم 98-143، المؤرخفي 10-ماي-1998، المتضمنتأهيلالموظفينلتمثيلإدارةالبريدوالمواصلاتأمامالعدالة، ج.ر، عدد 29.
4. المرسومالتنفيذي رقم 98-356 المؤرخفي 14 نوفمبر 1998، المعدل والمتمم بالمرسومالتنفيذي 11-195 المؤرخفي 22 ماي 2011، ج.ر عدد 29 والذيحددكيفيةتطبيقأحكامالقانونرقم 98-02 والمتعلقبالمحاكمالإداريةالمؤرخفي 30 ماي 1998.
5. المرسومالتنفيذي رقم 90/96، المتعلقبتدابيرالوقايةمنفيروسكوروناومكافحته، الصادرفي 21 مارس 2020.

6. المرسوم التنفيذي رقم 09-100، الذي حدد كليات تعيين الوسيط القضائي، الصادر في 10 مارس 2009، جريدة رسمية عدد 16.
  7. المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتضمن ترقية الإستثمار، جر، عدد 21.
  8. قرار وزير مشترك مؤرخ في 18 نوفمبر 1998، يحدد فتر الشروط النموذجية لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب، جر، عدد 21، الصادر في 29 مارس 1999.
  9. القرار الوزاري الصادر في 28 مارس 2011، الذي حدد البيانات التي تتضمنها الإغذار واجال نشره، ج.ر، عدد 21.
  10. القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على فتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جر، عدد 06، الصادر في 19 يناير 1965.
- 5- الكتب :
1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1 د.د.ن، القاهرة، 1981.
  2. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لتفاقات التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
  3. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986.
  4. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
  5. أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
  6. بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادية، 2009.
  7. برهان رزيق، مبادئ قواعد إجراءات القضاء الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2011.
  8. برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2002.
  9. بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، ط1، دار هومة، 2006.
  10. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
  11. جابر جاد نصار التحكيم في العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
  12. جابر جاد نصار، التوفيق في بعض منازعات الدولة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
  13. جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

14. جابر جادنصار، الوجيز في القانون الإداري (مقدمة في تعريفه-التنظيم الإداري)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
15. جابر جادنصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث للعقد الإلتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية للعقد الإلتزام)، ط1، دار النهضة العربية، 2002.
16. جابر جادنصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
17. جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الإمتياز (دراسة نظرية مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر، لمنصورة، مصر، 2015.
18. حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للنشر، الجزائر، 2016.
19. حسين فريجة، شرح القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
20. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
21. حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
22. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
23. حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2011.
24. حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر، مصر، 2019.
25. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، (في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشار خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، مصر، 2002.
26. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية (عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة)، ط1، دار المكتبي، دمشق، 1999.
27. زياد رائد القرعة غولي، أثر التحكيم على النظام القانوني لنظرية العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعهاج ديدة، القاهرة، 2019.
28. زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة لحل النزاعات، ط1، المديرية العامة للصحافة والطباعة والنشر، أربيل، 2012.
29. سامي الوافي، الوسيط في دعوى الإلغاء (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، ط1، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2018.

30. سامي جما لالدين، أصول القانون الإداري (نظرية العمال الإداري المركب)، دوندار نشر، الإسكندرية، 1993.
31. سامي جما لالدين، الوسيط في عو بالغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
32. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج2، منشورات تكليد، الجزائر، 2018.
33. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج2، منشورات تكليد، الجزائر، 2018.
34. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج5، منشورات تكليد، الجزائر، 2018.
35. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط3، ج1، منشورات تكليد، الجزائر، 2013.
36. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط1، ج2، منشورات تكليد، الجزائر، 2013.
37. سايس جمال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ط2، ج6، منشورات تكليد، الجزائر، 2018.
38. سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
39. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للقواعد الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.
40. سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، ط1، ج2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
41. سليمان
- محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
42. شريف أحمد بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر، مصر، 2016.
43. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية (التقليدية والمتطورة وشكالية منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2017.
44. صلاح الدين جما لالدين، التحكم وتنظيم نشاطات الإدارة العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
45. طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم نشاطات الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970.

46. عادل بن عمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية تشريعية وقضائية)، ط1، دار الهدى، عين مليلة، 2014.
47. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
48. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
49. عبد السند حسن يمامة، نظام البوت وفقا لأحكام التشريع المصري، ط1، د.د.ن، 2000.
50. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ط1،
51. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
52. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، مطبعة الولاة الحديثة، القاهرة، 2005.
53. عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
54. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية علماً عما لا لإدارة، ط2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2009.
55. عبد المنعم مزرم، الإجراءات التحفظية والوقتية (قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
56. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي لحقوقية، لبنان، 2015.
57. علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
58. عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات (دراسة فقهية عملية)، دائرة القضاء، الإمارات، 2013.
59. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ديوانا المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
60. عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، ط1، دار ومكتبة الفضيل للنشر، ليبيا، 2013.
61. فؤاد محمد النادي، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة المصري، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، د.س.ن.

62. فؤاد محمد النادي، المبادئ العامة للإجراءات القضائية والإختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة المصري، ط1، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988.
63. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
64. كمال عليوش قريوع، التحكيم التجاري الدولي، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
65. لحسن بن الشيخ آثم لوي، المنتقى قضاء مجلس الدولة، ج1، ط1، دار هومه، الجزائر، 2003.
66. لحسن بن الشيخ آثم لوي، دروس في المسؤولية الإدارية، الجزء الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
67. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
68. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
69. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
70. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2011.
71. مازن ليلوراضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
72. مجدي الشامي، القرارات القابلة للاستئناف (بين عقود الادارة ورقابة القضاء)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، لاسكندرية، 2019.
73. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، ط1، دار العلوم للنشر، 2004.
74. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري)، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2002.
75. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، ط1، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2009.
76. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، ط1، مكتبة السعادة، طنطا، 1993.
77. محمد بن سعيد بن محمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتها لانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة ارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
78. محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد للنشر، الرياض، 2012.
79. محمد رفعت عبد الباسط، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
80. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض وأصول الإجراءات)، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
81. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

82. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
83. محمد عبدالعالسناري، مبادئ أحكام العقود الإدارية فيمجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية للدراسات والبحوث، القاهرة، د.س.ن. القاهرة..
84. محمد عبدالعالسناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة (دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري فيفرنسا ومصر)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
85. محمد عبدالعالسناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الإسراء، القاهرة، د.س.ن.
86. محمد عبدالعالسناري، مبادئ نظريات القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
87. محمد عبدالعالسناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية علناً عما للإدارة في جمهورية مصر العربية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
88. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري (المقومات والإجراءات)، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
89. محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (شروط قبول دعوى الإلغاء)، ج1، المنشورات الحقوقية، لبنان، 1998.
90. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
91. محمود السيد التحيوي، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم لإختيار في العقود الإدارية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
92. محمود السيد التحيوي، التحكيم في العقود المدنية والتجارية وجواز هفيمناز عاتالعقود الإدارية، ط1، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
93. محمود السيد التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض ولا بد من وجود الدليل عليه، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
94. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
95. محمود السيد التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم، ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
96. محمود السيد التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر عن هيئة التحكيم، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

97. محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين (وفق القانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية)، ملتقى الفكر، الإسكندرية، 2000.
98. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 1998.
99. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
100. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
101. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، ج2، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
102. المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
103. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الإلغاء)، ط1، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
104. مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكمات التجارية الدولي (دراسة مقارنة)، ط1، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية، 2013.
105. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، العقود الإدارية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
106. منصور محمد أحمد منصور، مفهوم العقد الإداري قواعد إبرامه (طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحتها التنفيذية)، ط2، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998.
107. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي (في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم)، ج2، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
108. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
109. ميم محمد عز تليش رباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
110. نائلة محمد إبراهيم البسيوني، الطرق غير القضائية لحل النزاعات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2020.
111. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2008.
112. نصر يمينصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2010.

113. وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

114. يوسف بن مصعب بن سعيد الشكيلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019.

المقالات:

1. أحمد بوعشيق، "دور قاضي العقد ومنازعات فسخ العقد الإداري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 133، المغرب، 2017.
2. أروى اسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الامير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مجلة دراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 23 الاردن، 2019.
3. أغليس بوزيد، "عن تأثير خصوصية المنازعة الإدارية بفكرة النظام العام في تسويتها بطريق الوساطة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020.
4. بشير سليم، "إصدار الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد"، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، مجلد 12، العدد 1، 2014.
5. بقاش فراس، "الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
6. بن سرية سعاد، "الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، العدد الأول، 2018.
7. بن عامر بواب، هنان مليكة، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري"، مجلة حوليات الجزائر، المجلد 31، العدد 03، 2017.
8. بن عبد المالك بوفلجة، "النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية (قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام: رقم 247/15)"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2017.
9. بودريعات محمد، "الطبيعة القانونية لدور القاضي الإداري في الصلح"، حوليات جامعة الجزائر، العدد الأول، المجلد 25، 2014.
10. بودوح ماجدة شهيناز، "قواعد اختصاص القضاء الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09"، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة بجامعة محمد خيضر - بسكرة -، العدد السادس، 2009.
11. بوعكاز نسرين، "القرارات القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العمومية - صفقة الأشغال العمومية -"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، مجلد 10، العدد الأول، 2017.

12. بولقواس سناء، "خصوصية إلغاء القرارات الادارية المشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة"، مجلة المفكر، بسكرة. مجلد 11. العدد 1، 2016.
13. جابر جاد نصار، "التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مجلد 20، العدد الثاني، 2002.
14. جميلة إبراهيم المجريسي، مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 07، ماليزيا 2019.
15. حدة زعموم، "المصالح غير المركزية للدولة صفة التقاضي والتمثيل أمام القضاء"، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، العدد الأول، جامعة سطيف، 2017.
16. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الاداري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، سنة 2018.
17. حسون محمد علي، نجاه حملاوي، "الوسيط القضائي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة. مجلد 9، العدد 15، 2017
18. حسين فريجة، "تنفيذ قرارات القضاء الإداري بين الواقع والقانون"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد 2، العدد الأول، 2007.
19. حسينة شرون، "المسؤولية بسبب امتناع الإدارة عند تنفيذ القرارات الإدارية والجزاء المترتبة عنها"، مجلة المفكر، عدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006.
20. حمدادو محمد الأمين، "مكانة الوسيط القضائي في تفعيل الوساطة لتسوية النزاع الإداري"، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المجلد 5، العدد 09، 2015.
21. حمى مرمرية، "نظام الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 130، العدد الثالث، 2019.
22. خضري حمزة، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد الأول، العدد 13، 2016.
23. خلاف فاتح، شوقي يعيش تمام، "الإطار القانوني للوساطة في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد الثاني، 2017.
24. رحمة الجلولي، "حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري"، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 11، صادرة عن جمعية الحقوقيين، تونس، 2015.
25. رشا خليل عيد، "التحكيم في المنازعات ومدى تأثيره بسيادة الدولة"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد الأول، 2014.

26. سلمان بن صالح الدخيل، "الوساطة وأثرها في حل المنازعات"، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضاء، العدد السادس، 2016.
27. سليمان سهام، "تقويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية المجلد 03، العدد الثاني، 2017.
28. سيف الدين إلياس حمدتو، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2011.
29. شاشوا نور الدين، "أثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 4، العدد الأول، 2018.
30. شروق عباس فاضل، سيف رشيد لطيف، "الطبيعة الخاصة لمهام الوسيط بين العمل القضائي والعمل الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2019.
31. شريفة ولد الشيخ، الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 2، جامعة تيزي وزو، 2012.
32. صفاء محمود السويلمين، الإختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد الأول، 2015.
33. عادل بو عمران، "دور مجلس الدولة كقاضي نقض: قراءة تحليلية نقدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08"، مقال منشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البراق، العدد التجريبي، مارس 2013.
34. عبد الحميد بن عيشة، إشكالات الإختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. جامعة الجزائر، المجلد 55. العدد الأول، 2018.
35. عبد الرسول الأسدي، "الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2020.
36. عبد الصديق الشيخ، الصلح كآلية للتسوية الودية للمنازعات الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 20، المجلد الرابع، 2020.
37. عبد الله عبد الرحمان الجناحي الخطيب، "مبدأ السرية في إجراءات التسوية الودية للمنازعات"، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية تصدرها أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، المجلد 23، 2015.

38. عطوي حنان، "اشكالات الإختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة أفق العلمية، العدد الثاني، 2009 .
39. علوقة نصر الدين، مغني دليلة، "دور القاضي الجزائري في إنفاذ الوساطة القضائية"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 09، العدد، 28، 2019.
40. علي محمد، "ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد الثاني، المركز الجامعي تيندوف، 2017.
41. علياء غازي موسى، "حالات الطعن بالالغاء والتمييز في اطار القانون الاداري"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد الثاني، 2009.
42. عمار بوضياف، "المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة مجلس الدولة، العدد، 10، 2012.
43. عامرة حسان، "المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم"، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 9، العدد 2، 2017.
44. عمر عبد الرحمان البوريني، "القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها"، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد 37، العدد الأول، الكويت، 2013.
45. عواد حسين ياسين العبيدي، "الصلح في الدعوى المدنية إجراءاته القضائية واثاره العامة دراسة تحليلية وتطبيقية"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 2، عدد 5، 2013 .
46. فهيمة مرزوقي، "خصوصية اتفاق التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، المجلد 10، العدد 01، جامعة تبسة، 2017.
47. قويدر منقور، "العوائق الإجرائية أمام أعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية"، مجلة القانون، العدد 05، ديسمبر 2015.
48. لحاق عيسى، سليمان النحوي، "الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية"، مجلة افق علمية، جامعة تامنغست، المجلد 11، العدد الأول، 2019.
49. لعجال يسمينة، دوفان ليديا "أهلية الأشخاص المعنوية العامة للخضوع للتحكيم فرضيات وإشكالات التطبيق"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 2، جامعة غرداية، 2016.
50. لعلام محمد مهدي، "الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 1، العدد 2، جامعة تلمسان، 2016.
51. لؤي عبد الكريم، "الأسس القانونية للزمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في اداء السلطة العامة لواجباتها"، مجلة ديالي، العدد الثالث والثلاثون، 2019.

52. مازن ليلو راضي، "مشروعية اللجوء الى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد التاسع، مصر، يونيو 2017.
53. مانع سلمى، "الطرق البديلة المستحدثة لحل المنازعات الادارية"، مجلة العلوم الانسانية، جامعة بسكرة، العدد، 26، 2012.
54. ماهر علاوي، "أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، ملحق، 2018.
55. ماهر مصطفى محمود، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، المجلد التاسع، العدد الثاني، دمنهور، مصر، 2017.
56. مجدي عبد الحميد شعيب، "مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني (دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمدني في فرنسا ومصر)، مجلة الأمن والقانون، صادرة عن أكاديمية شرطة دبي، المجلد الثالث والعشرون، العدد الأول، 2015.
57. محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 09، العدد الثاني، 2018.
58. محمد جمال زغين، مدى سلطة المحكم بإتخاذ الإجراءات المستعجلة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 1، العدد الأول، المسيلة، 2016.
59. محمد سمير محمد جمعة، "مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد، 49، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2011.
60. مريم بن عباس، "العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الاداري"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد 07، العدد الاول، 2020.
61. منال بوروح، "مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد الثاني، جامعة الاغواط، 2017.
62. مهند مختار نوح، "الصلح كوسيلة لحل المنازعات الادارية (الذاتية المستقلة)"، المجلة الدولية للقانون، العدد 03، قطر، 2017.
63. موساوي مليكة، "التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، عدد 09، سبتمبر 2015.

64. ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، بابل، كانون الاول 2018.
65. نادية محمد مصطفى قرماز، سلطة المحكم بإصدار أحكام مستعجلة (دراسة مقارنة)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد الرابع، عدد، 49، 2017.
66. نبيل لعبيدي، "نظام الوساطة والمصالحة والتحكيم"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد الأول، 2017.
67. نبيل مالكية، "إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 4، العدد الأول، 2017.
68. نصر الدين مصطفى محمد الكاسح، "ولاية القضاء الإداري على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في التشريع والقضاء الليبي"، مجلة أبحاث قانونية، كلية القانون، جامعة التحدي، ليبيا، المجلد الرابع، العدد السادس 2019.
69. نور الدين بو الصلصال، "التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونسترال (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد العاشر، 2015.
70. هارون نورة، "ضرورة تفعيل دور الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 15، العدد الأول، 2017.

#### الملتقيات والمؤتمرات:

1. احمد علي محمد الصالح، الملتقى الدولي حول "ممارسة الوساطة"، شروط و إجراءات تعيين الوسيط القضائي وفقا للقانون الجزائري، الجزائر يومي 15 و 16 جوان 2009، أنظر الموقع، [www.crjj.mjustice.dz](http://www.crjj.mjustice.dz)، تاريخ الإطلاع 2019/12/03.
2. بن صاولة، "الوساطة والنزاع الإداري"، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة، 2009.
3. الزهرة برة، عمار زعبي، القضاء الإداري كألية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي الثامن، الموسوم بـ "التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون" جامعة الوادي، مارس 2018.
4. سمية عبد الصدوق، "إجراءات التحكيم في العقود لإدارية"، الملتقى العلمي الثالث، الإتحاد العربي للقضاء الإداري، القاهرة، د.س.ن.
5. عادل عبد العزيز علي "المفاوضات والتوفيق والوساطة كنظم ودية لحل المنازعات"، الورشة التكوينية حول التحكيم ومهارات المحكم، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرباط، 2010.

الرسائل:

1. أكلي نعيمة، عقد الإمتياز الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/2018.
2. أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2012.
3. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2019.
4. بن صالح علي، مدى فعالية الوساطة كحل بديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2019، 2018.
5. حميش محمد، سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2017/2018،
6. خلاف فاتح، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة -، 2015.
7. دوفان ليديا، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018.
8. رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، إدارة ومالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2017.
9. رحموني وليد، مقومات الإتفاق على التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2018.
10. رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الدول النامية، لطروحة دكتوراه، قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010-2011،.
11. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1975.
12. زيد الخيل توفيق، أحكام القاضي الإداري: بين امتناع الإدارة عن التنفيذ واحترام حجية الشيء المقضي فيه، أطروحة دكتوراه، قانون الجماعات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2018/2019.
13. سالمى نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون مدني، جامعة وهران، 2015/2016.
14. سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011.

15. سولم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014/2013.
16. صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أم البواقي، 2017.
17. علاوة هوام، الوساطة كحل بديل لحل النزاع وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013.
18. علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012.
19. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009/2008.
20. فاطمة بن سعيد خميس، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة السلطان قابوس، 2012.
21. فرعون محمد، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، أطروحة دكتوراه، قانون المنازعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2018/2017.
22. قدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
23. كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018/2017.
24. كنتاوي عبد الله، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونية الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2017.
25. ليازيد مختارية، "طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، النعامة، 2019..
26. مباركي ابراهيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2017.
27. محمود السيد التحيوي، "إتفاق التحكيم وقواعده (في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994)"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1994.

المجلات القضائية:

1. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2004.

2. مجلة مجلس الدولة العدد 12،
3. مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003.
4. مجلة مجلس الدولة، العدد 2012، 10.
5. مجلة مجلس الدولة، العدد الاول، 2002.
6. مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002.
7. مجلة مجلس الدولة، عدد، 13، 2015.
8. مجلة مجلس الدولة، عدد، 03، 2003.

**web sites:**

- www.legifrance.gouv.fr
- [www.marche-public.fr](http://www.marche-public.fr)
- www.conseildetat.dz
- www.conseil-detat.fr
- www.crjj.mjustice.dz
- www.uncitral.org

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

**A-Ouvrages**

1. André. De Laubadère, traité de droit administratif, tome 1, 8éd, Igdj, 1980.
2. Auby (JM), la theorie de linexistence des actes administratif, these, paris,1951.
3. Auby et Drago, contentieux administratif, edition, tome1,1975.
4. Cabanes Christophe, Neveu Benoit, droit de la concurrence dans les contrats public.Édition : Le Moniteur (27 août 2008).
5. Carre et chauvaeau, reporore de droit commercial, arbitrage commercial ; t i 1968.
6. David René, Arbitrage dans le commerce international, Economica, France,1982.
7. Frederic Julien, Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics, édition du PUIITS FLEURI, France, 2011.

8. Grilles Darcy, Michel Paillet ,contentieux  
،administratif,Dalloz,paris,2000.
9. GUILLAUME–HOFNUNG Michèle, La médiation, Que sais –je ?, 5ème  
éd., PUF, Paris, 2009.
10. Jean marie auby et roland dragon, traité de contentieux  
administratif,Édition Librairie générale de droit et de jurisprudence impr.  
R. Vançon (1 janvier 1962).
11. JEAN ROBERT ; L'ARBITRAGE en Droit Interne et Droit  
International Privé ; 6= édition Dalloz 1993.
12. Jese(g), les contrats administratifs de l etat, des departments des  
etablissement publics T ,11,1932.
13. Jeze(G), les principes généraux du droit administratif, paris,  
tome11,1936.
14. M(LONG),P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS)  
les grands arrêts de la jurisprudence administrative, tome1,20eme  
edition, Dalloz,2015.
15. PALMIER Sébastien, les Mapa passation et exécution des  
marchés à procédure adaptée, édition le MONITEUR, Paris, 2013.
16. R. chapus, cours de contentieux administratif, les cours du  
droit,1979.
17. R. Chapus, le droit administratif général, Tome 1, 15 e  
Montchrestien, Paris, 1996.
18. Regladem (m) de l application aux marchés de fourniture de  
séparation des autorités judiciaire et administratives, R.D.P 1924.
19. René Chapus, droit des contentieux administratif, edition  
montchrestien2008.
20. Robert, larbitrage, droit interne, droit international privée,6eme  
edition, dalloz, paris,1993.
21. Schultz Patrick, Elément du droit des marchés publics, 2 ème  
édition, L G D J, France, 2002.

22. Velley (S), droit administratif, 4eme edition, paris, dalloz, 2003.

**B- ARTICLES**

1. Damien guillou, la distinction entre les actes détachables et le contrat, revue juridique de l ouest, 03, 2014.
2. Gilbert Cousteaux, Silvine Poillot Perru Zetto, "la médiation», revue international de droit comparé, vol 66, num 2, 2014.
3. Michèle guillaume, la médiation langage universel de reglement des conflits, revue internationale de droit comparé, vol 65, N01, 2013,.

**C-THESES :**

1. Aurélie cepko, l'exemption de recours parallèle en contentieux administratif français, thèse de doctorat, droit publique, toulon, 2014.
2. Friedrich Clemmy, histoire doctrinale d'une mise en discours des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960) these de doctorat l'universite de Toulouse 2016.
3. Ginette latulipe, la médiation judiciaire, mémoire présenté a la faculté des études supérieures de l'université aval dans le cadre du programme de maîtrise en droit, facultés de droit, université québec, 2010.
4. Hanine Mohamed abd el mouhcine, La procédure de passation des marchés publics, étude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics et des directives européennes et des directives de la banque mondiale, Mémoire de recherche pour obtenir un diplôme du master en administration publique, ENA, république Française, session 2007/2008.
5. M. Krassilchik, la notion d'acte détachable en droit administratif français, these pour le doctorat, paris, 1964.
6. M. Termeyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse doctorat, paris, economica, 1989,

7. Prosper weil, les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, thèse pour le doctorat, Paris, 1952.
8. Muriel Vrignaud, les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs, thèse de doctorat, universités de Nantes, 2016.
9. Piquinot, théorie générale du contrat administratif, thèse doctorat, Montpellier, 1954.

شكر وعرهان

إهداء

قائمة المختصرات

1	..... مقدمة:
9	..... الفصل التمهيدي: الإطار النظري لمنازعات العقود الإدارية
9	..... المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري
10	..... المطلب الأول: معايير تمييز العقد الإداري
11	..... فرع أول: أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد
12	..... الفرع الثاني: اتصال العقد بتسيير مرفق عام
14	..... أولا: نظرية الهدف المباشر
14	..... ثانيا: نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام
15	..... ثالثا: نظرية المرافق الإدارية بطبيعتها
15	..... الفرع الثالث: معيار الشرط الاستثنائي غير المؤلف
17	..... أولا: الشروط الاستثنائية المعبرة عن امتيازات السلطة العامة
18	..... ثانيا: الشروط الاستثنائية غير المؤلف في عقود القانون الخاص
19	..... المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية
20	..... الفرع الأول: عقود الصفقات العمومية
20	..... أولا: عقد الأشغال العامة
24	..... ثانيا عقد التوريد
25	..... الفرع الثاني: عقود تفويض المرفق العام
26	..... أولا: عقد الامتياز
31	..... ثانيا: عقد إيجار المرفق العام
32	..... ثالثا: الوكالة المحفزة
34	..... رابعا: عقد التسيير
35	..... المبحث الثاني: معايير تحديد المنازعة الإدارية

- 35.....المطلب الأول: المعيار العضوي
- 36.....الفرع الأول: تعريف المنازعة الإدارية
- 36.....أولا: التعريف الفقهي للمنازعة الإدارية
- 37.....ثانيا: التعريف القضائي للمنازعة الإدارية
- 38.....ثالثا التعريف التشريعي للمنازعة الإدارية
- 39.....الفرع الثاني: المعيار العضوي
- 39.....أولا-الدولة:
- 40.....ثانيا-الولاية:
- 44.....ثالثا البلدية
- 45.....رابعا: المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية:
- 47.....المطلب الثاني: المعيار المادي
- 47.....الفرع الأول: إشكالات تبني المعيار المادي
- 48.....أولا: اعتبار عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عقودا تجارية:
- 50.....ثانيا: اعتبار عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عقودا إدارية:
- 54.....الفرع ثاني: تطبيقات قضائية للمعيار المادي:
- 57.....الباب الأول:التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية.
- 58.....الفصل الأول:خضوع منازعات العقود الإدارية لقضاء الإلغاء
- 59.....المبحث الأول الأسس العامة لإلغاء العقود الإدارية
- 59.....المطلب الأول مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري
- 60.....الفرع الأول نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال
- 60.....أولا تعريف القرارات القابلة للانفصال
- 66.....ثانيا: تحديد القرارات القابلة للانفصال
- 69.....الفرع الثاني أنواع القرارات القابلة للانفصال
- 69.....أولا: القرارات الصادرة في مرحلة الإبرام
- 74.....ثانيا: القرارات المنفصلة في مرحلة التنفيذ
- 77.....ثالثا-القرارات المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز:
- 81.....المطلب الثاني قواعد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية

- 81..... الفرع الأول: الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية
- 82..... أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية
- 84..... ثانياً: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية
- 88..... الفرع الثاني: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة
- 88..... أولاً اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة
- 94..... ثانياً: اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف
- 98..... ثالثاً: اختصاص مجلس الدولة كقاضي نقض
- 101..... المبحث الثاني: شروط الطعن بالإلغاء وأثره على العقد الإداري
- 101..... المطلب الأول شروط رفع دعوى إلغاء العقود الإدارية
- 103..... الفرع الأول الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء
- 103..... أولاً شرط القرار الإداري المنفصل محل الإلغاء
- 106..... ثانياً: التظلم الإداري المسبق
- 111..... ثالثاً: ميعاد دعوى الإلغاء
- 114..... رابعاً: المصلحة وصفة التقاضي
- 117..... خامساً: انتفاء الدعوى الموازية
- 118..... الفرع الثاني الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء
- 119..... أولاً حالات عدم المشروعية الخارجية
- 123..... ثانياً: حالات عدم المشروعية الداخلية
- 128..... المطلب الثاني أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري
- 128..... الفرع الأول: موقف القضاء الإداري
- 129..... أولاً: موقف القضاء الإداري المقارن
- 132..... ثانياً موقف القضاء الجزائري
- 132..... الفرع الثاني الاستعجال قبل التعاقد
- 132..... أولاً: تعريف الاستعجال التعاقد
- 133..... ثانياً: شروط الاستعجال التعاقد
- 139..... ثالثاً سلطات القاضي الاستعجالي
- 144..... الفصل الثاني: إختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية

145.....	المبحث الأول: منازعات بطلان العقود الإدارية وفسخها
146.....	المطلب الأول منازعات بطلان العقد الإداري
147.....	الفرع الأول: العيوب الخارجية للعقد الإداري
147.....	أولاً: سلامة ركن الرضا
151.....	ثانياً: سلامة الشكل والإجراءات
153.....	الفرع الثاني: العيوب الداخلية للعقد الإدارية
153.....	أولاً: محل العقد الإداري
155.....	ثانياً: سبب العقد الإداري
157.....	الفرع الثالث: أقسام البطلان ودور القاضي الإداري فيها
157.....	أولاً: أقسام البطلان في العقود الإدارية
159.....	ثانياً: رقابة القاضي الإداري على بطلان العقود الإدارية
162.....	المطلب الثاني: دور القاضي الإداري فسخ العقد الإداري
163.....	الفرع الأول: دور القاضي الإداري في مراقبة سلطة الإدارة في الفسخ الانفرادي
164.....	أولاً: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري
167.....	ثانياً: الرقابة القضائية على قرار الفسخ دون خطأ
170.....	الفرع الثاني: الفسخ القضائي للعقد الإداري
171.....	أولاً: القوة القاهرة
172.....	ثانياً: الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية
173.....	ثالثاً: الفسخ لإخلال الإدارة بسلطة التعديل
175.....	المبحث الثاني: منازعات التعويض
175.....	المطلب الأول: التعويض على أساس خطأ الإدارة
176.....	الفرع الأول: مفهوم دعوى التعويض
176.....	أولاً: خصائص دعوى التعويض
178.....	ثانياً: الشروط الشكلية لرفع دعوى التعويض
179.....	ثالثاً: أساس التعويض وتقديره
182.....	الفرع الثاني: إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن أخطائها
182.....	أولاً: إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

186	..... ثانيا: إساءة استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية
195	..... المطلب الثاني: مسؤولية الإدارة العقدية دون خطأ
195	..... الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب
195	..... أولا: التعويض عن الأعمال الإضافية
196	..... ثانيا: التعويض عن الأعمال غير المطابقة
197	..... الفرع الثاني: التعويض حفاظا على التوازن المالي للعقد الإداري
198	..... أولا: نظرية فعل الأمير
201	..... ثانيا: نظرية الظروف الطارئة
204	..... ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
207	..... خلاصة الباب الأول
208	..... الباب الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية
210	..... الفصل الأول: دور الصلح والوساطة في تسوية منازعات العقود الإدارية
211	..... المبحث الأول: الأحكام العامة للصلح القضائي
211	..... المطلب الأول: ماهية الصلح القضائي
212	..... الفرع الأول: مفهوم الصلح
212	..... أولا تعريف الصلح
213	..... ثانيا: الفرق بين الصلح والطرق البديلة المشابهة له
217	..... الفرع الثاني: أركان الصلح
217	..... أولا: الأركان العامة للصلح
219	..... ثانيا: الأركان الخاصة للصلح القضائي
221	..... ثالثا: صور الصلح
223	..... المطلب الثاني: إجراءات الصلح ومدى فعاليته
223	..... الفرع الأول: إجراءات الصلح
223	..... أولا: المبادرة نحو الصلح
225	..... ثانيا: انعقاد الصلح
226	..... ثالثا: إعداد محضر الصلح
227	..... الفرع الثاني: ثار الصلح على المنازعة الإدارية

- 227.....أولاً: حسم النزاع
- 228.....ثانياً: انقضاء الخصومة
- 229.....ثالثاً: الأثر الكاشف للحقوق
- 230.....الفرع الثالث: مدى فعالية الصلح
- 230.....أولاً: تمسك الإدارة بموقفها
- 231.....ثانياً: عوائق إجرائية
- 232.....المبحث الثاني:الوساطة القضائية في حل منازعات العقود الإدارية
- 234.....المطلب الأول: مفهوم الوساطة
- 234.....الفرع الأول: مفهوم الوساطة القضائية
- 234.....أولاً: تعريف الوساطة
- 238.....ثانياً: الفرق بين الوساطة والأنظمة المشابهة لها
- 244.....المطلب الثاني: إمكانية تطبيق الوساطة على المنازعات الإدارية
- 245.....الفرع الأول: أهمية الوساطة بالنسبة للهيئات القضائية الإدارية
- 245.....أولاً: أهمية الوساطة بالنسبة للهيئات القضائية الإدارية
- 248.....ثانياً: أهمية الوساطة لأطراف النزاع
- 253.....الفرع الثاني: إمكانية تطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية
- 254.....أولاً: الإتجاه المعارض لإمكانية خضوع منازعات العقود الإدارية للوساطة:
- 257.....ثانياً: الإتجاه المؤيد لتطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية:
- 260.....المطلب الثالث: تطبيق الوساطة على منازعات العقود الإدارية
- 260.....الفرع الأول: تعيين الوسيط
- 260.....أولاً: أليات اختيار الوسيط
- 263.....ثانياً: الشروط الواجب توفرها في الوسيط
- 267.....ثالثاً: حقوق وواجبات الوسيط:
- 269.....الفرع الثاني: إجراءات الوساطة ودور القاضي الإداري فيها
- 269.....أولاً:المرحلة التمهيدية للوساطة:
- 271.....ثانياً:مرحلة جلسات الوساطة
- 272.....ثالثاً:الإطار المكاني والزمني للوساطة

275.....	رابعا:مرحلة الإتفاق على محضر الوساطة
279.....	الفرع الثالث:فعالية الوساطة في حل منازعات العقود الإدارية
279.....	أولا :اعتبارات قانونية
280.....	ثانيا: اعتبارات تنظيمية:
280.....	ثالثا: العوامل الإجتماعية:
281.....	الفصل الثاني: التحكيم في العقود الإدارية
282.....	المبحث الأول: الأسس العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية
283.....	المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإداري
283.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم وبيان عناصره
283.....	أولا: تعريف التحكيم:
287.....	ثانيا: عناصر التحكيم
291.....	الفرع الثاني: أنواع التحكيم:
291.....	أولا: من حيث الإرادة:
293.....	ثانيا: من حيث الهيئة الممارسة للتحكيم
294.....	ثالثا: من حيث سلطة المحكم:
297.....	رابعا: من حيث المحلية والدولية
298.....	المطلب الثاني: خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم
298.....	الفرع الأول: حظر الأشخاص العامة من اللجوء للتحكيم:
299.....	أولا: الأسباب التاريخية
299.....	ثانيا: الأسباب الإقتصادية
301.....	الفرع الثاني: جوازية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم
301.....	أولا: التحكيم في العقود الدولية
304.....	ثانيا: التحكيم في الصفقات العمومية:
308.....	المبحث الثاني: سير الخصومة التحكيمية ودور القاضي الإداري فيها
309.....	المطلب الأول: خصوصية إتفاق التحكيم في العقود الإدارية
309.....	الفرع الأول: القواعد الشكلية لاتفاق التحكيم
310.....	أولا: الكتابة:

313.....	ثانيا: الشروط الموضوعية:
314.....	الفرع الثاني: فحص مشروعية الإتفاق على التحكيم
315.....	أولا: اختصاص هيئة التحكيم:
316.....	ثانيا: اختصاص هيئات القضاء الإداري
317.....	المطلب الثاني: البدء في إجراءات التحكيم
317.....	الفرع الأول:تشكيل الهيئة التحكيمية
318.....	أولا: شروط المحكم
321.....	ثانيا: دور القاضي الإداري في تشكيل هيئة التحكيم
324.....	ثالثا: سلطات المحكم في منازعات العقود الإدارية
329.....	الفرع الثالث: سير الخصومة التحكيمية
329.....	أولا: القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية
333.....	ثانيا: إجراءات التحكيم
339.....	المطلب الثالث: حكم التحكيم ورقابة القضاء عليه
340.....	الفرع الأول: قواعد إصدار حكم التحكيم
340.....	أولا: الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم
343.....	ثانيا: الشروط الموضوعية لحكم التحكيم
345.....	الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم
345.....	أولا: تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي ضد الإدارة
348.....	ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي
352.....	الفرع الثالث: الرقابة القضائية على حكم التحكيم
352.....	أولا: الإستئناف
356.....	ثانيا: الطعن بالبطلان
357.....	ثالثا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة
358.....	خلاصة الباب الثاني
360.....	الخاتمة
364.....	قائمة المراجع

## ملخص

تعتبر العقود الإدارية أداة لتنفيذ مخططات السياسة العامة للدولة، ويتجلى ذلك من خال الإستعانة بها في إنجاز المشاريع التنموية الكبرى في جميع المجالات، وهو ما يدفع بالدولة إلى ضخ رؤوس أموال ضخمة في سبيل تنفيذ هاته العقود، ما يجعل هذه الأخيرة أرضا خصبة لتقشي الفساد المالي والإداري، وذلك ما يزيد من أهمية البحث في اليات حل منازعات العقود الإدارية، لمنع الإدارة العامة من التعسف في استعمال امتيازاتها من جهة، وحماية الطرف المتضرر من جهة أخرى.

كأصل عام تخضع منازعات العقود الإدارية لرقابة القضاء الإداري، وبالإضافة إلى هذا الطريق الأصيل أجاز المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية للإدارة العامة إمكانية اللجوء للطرق البديلة لحل النزاعات، والمتمثلة في الصلح والوساطة القضائيين، ونظام التحكيم.

**الكلمات المفتاحية:** العقود الإدارية- التحكيم -الوساطة - المتعاقد.

## Abstract

Administrative contracts are considered a tool for implementing the state's public policy plans, and this is evidenced by its use in the implementation of major development projects in all fields. This increases the importance of researching mechanisms for resolving administrative contract disputes, to prevent the public administration from abuse of its privileges on the one hand, and to protect the aggrieved party on the other hand.

As a general asset, administrative contract disputes are subject to the control of the administrative judiciary, and in addition to this original way, the Algerian legislator has permitted under the Civil and Administrative Procedures Law for the Public Administration the possibility of resorting to alternative methods of dispute resolution, represented in judicial conciliation and mediation, and the arbitration system.

**Keywords:** administrative contracts, arbitration, mediation, contractor.