

جامعة منتوري قسنطينة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الدراسات العليا

عنوان البحث

التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
في القانون الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في المؤسسات الإدارية والسياسية

تحت إشراف

الأستاذة الدكتورة/ موسى زهية

من إعداد الطالبة /

نويوة هدى

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور/ بوبندير عبد الرزاق، أستاذ التعليم العالي، جامعة قسنطينة..... رئيسا
الأستاذة الدكتورة / موسى زهية، أستاذة التعليم العالي، جامعة قسنطينة.. مشرفة ومقررة
الدكتور/ بوعنافة السعيد، أستاذ محاضر – أ – جامعة قسنطينة..... عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2011 – 2012

شكر و تقدير

أشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل
كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذتي المشرفة على قبولها الإشراف
على هذه الرسالة ومتابعتها لي طيلة فترة إنجازي لها كما أتقدم
بالشكر الخالص لأعضاء لجنة المناقشة على تشريفهم لنا وقبولهم
مناقشة هذه الرسالة، كما أتقدم بالشكر والتقدير لكل من قدم لي
يد المساعدة ولو بكلمة طيبة.

إهداء
إلى
والدي الفاضل رحمه الله...
والدتي أطال الله في عمرها،
زوجي،
ابنتاي أسماء ومريم،
كل طالب علم.

مقابلة

مقدمة

تباشر الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة عملها إما بالإرادة المنفردة عن طريق إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات بمقتضى القوانين واللوائح، وإما بتوافق إرادتين لإحداث أثر قانوني دائما، وذلك لا يتأتى إلا عن طريق إبرامها لعقود إدارية.

وتتقسم العقود الإدارية إلى عقود داخلية تتوافر بشأنها جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف بها، ذلك أن الفقه والقضاء يكاد يجمع على إسباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

إلى جانب هذه الطائفة الأولى من العقود، هناك عقود أخرى إدارية تبرمها الإدارة وتهدف من ورائها إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة تسمى بالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مع صعوبة تكييفها بأنها عقودا إدارية بحتة وذلك نظرا لتخلف بعض المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود.

ومع النهضة الاقتصادية التي تشهدها الدول النامية بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة وما تشهده من تطور مستمر في علاقاتها الاقتصادية الدولية في ظل اعتمادها سياسة الاقتصاد الحر ووضع برامج للإصلاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي بها تزايدت حاجة الدولة إلى إبرام هذه العقود لاسيما العقود ذات الطابع الدولي، وذلك بغية تحقيق المصلحة العامة من جهة والنهوض باقتصادها وتطويره بما يساير التحديات الراهنة والمستقبلية من جهة أخرى. غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير بغية تحقيق هذه الأهداف، نجدها أحيانا تخضع لقواعد القانون الخاص، وأحيانا أخرى تخضع لتشريع متميز ومستقل وله طبيعة خاصة وهو قانون الصفقات العمومية.

هذا الأخير الذي عرف سلسلة من التعديلات تزامنت والظروف التي شهدتها كل فترة استجابة للتطور الذي عرفته البلاد والتوجه الاقتصادي للدولة منذ الاستقلال إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10 – 236 الصادر في 2010/10/07 والذي جاء بأحكام جديدة مختلفة عن المراسيم السابقة، لا سيما في ضوء ما عرفته العديد من المشاريع السابقة من تعطيل، بل وتجاوزات أحيانا في إبرام وتنفيذ هذه الصفقات بما كلف الخزينة العمومية أموالا كبيرة دون تحقيق النتائج المرجوة، كما تميز هذا القانون بوضعه لقواعد أكثر تفتحا على المتعاملين الأجانب بغية جلب الاستثمار الأجنبي

ومساهمة المستثمر الأجنبي في انجاز العديد من المشاريع لا سيما المشاريع الكبرى بالشراكة مع المؤسسات الجزائرية.

هذا التوجه في إطار قانون الصفقات العمومية صاحبه قبل ذلك تغيير على مستوى تشريعات متعددة لا سيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في 25/02/2008 والذي وعلى غير العادة وخلافا لتشريعات دولية أخرى، أجاز فيه المشرع صراحة بأن تعرض منازعات الصفقات العمومية الداخلية أو الدولية على نظام مختلف تماما في الكثير من المسائل على نظام قضاء الدولة وهو ما يعرف بنظام التحكيم.

وإذا كان الأصل في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر هو أن تعرض على القضاء الإداري على اعتبار أن هذه الصفقات يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو غيرها من الهيئات و المؤسسات العمومية الأخرى، للفصل فيها سواء فيما يتعلق بمسألة إيرامها أو تنفيذها فإن المشرع وبموجب القواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره قد استحدث أحكاما جديدة للفصل فيما ينشأ بشأنها من منازعات، سواء في كيفية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو في إجراءات وتنفيذ حكم التحكيم، تتميز عن ما هو معتاد في المنازعات التي تعرض على القضاء الإداري.

وإذا كان التحكيم في حقيقة الأمر هو من صميم نظام القانون الخاص، أي يطبق على العلاقات الخاصة بين الأفراد ولا يطبق في العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية باعتبارها عقودا إدارية، فإنه أمر لم يكن مقبولا إلى وقت ليس ببعيد في القانون الجزائري بل وكانت الجزائر ترفض لجوء الأشخاص المعنوية العامة إليه لأسباب متعددة برغبة الدولة والجهات الإدارية بعدم عرض نزاعاتها على غير الجهاز القضائي الإداري.

وعليه فبإجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية يكون بذلك قد فرض على الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها أن تكون على قدم المساواة مع المتعامل المتعاقد وطنيا كان أم أجنبيا في تطبيق نظام التحكيم وإجراءاته عند القبول في الأخذ به، مع العلم أن التجاء الأطراف إلى هذا النظام وقبولهم طواعية لما ستصدره هيئة التحكيم من أحكام تحكيمية، سيسلب الجهات الإدارية ما كانت تتمتع به من سلطات وامتيازات في ظل نظام القانون والقضاء الإداري، هذا فضلا على أن التحكيم سيمس حتما بالطبيعة المميزة للصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا لا سيما في الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاقد الأجنبي.

من هذا المنطلق تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع، لأن فتح المشرع الباب على مصراعيه للأطراف وبكل حرية في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يعرض المصلحة العامة للخطر خاصة إذا كنا نعلم أن الصفقات العمومية تركز أساسا على أموال الخزينة العمومية وأنه سيؤدي إلى عرض منازعات خاصة بالدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية وبما تمثله من تمثيل وحماية

للمصلحة العامة على أشخاص أو هيئات مستقلة عن الجهاز الإداري والعادي، بل حتى أن تطبيق هذا النظام يؤدي إلى عرض نزاعات تتعلق بالدولة على أشخاص وهيئات أجنبية لا علاقة لها على الإطلاق بالنظام والقضاء الجزائري. الأمر الذي حدا بنا إلى التعمق والبحث في الأحكام والقواعد التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بشأن التحكيم كآلية لحل المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، ومدى ملائمتها وفعاليتها لتسوية ما يثور بشأن هذه الأخيرة. وعليه فإذا كان التحكيم باعتباره وسيلة من الوسائل البديلة استحدثها المشرع في القانون السالف ذكره وأقرها صراحة لحل النزاعات التي تنشأ عن إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، فإن الإشكالية التي نطرحها في هذا البحث تتمثل في ما مدى فعالية هذا النظام لحل المنازعات الناجمة عن الصفقات العمومية داخلية كانت أم دولية، وما مدى تقبل المؤسسات الإدارية لهذا النظام سيما على المستوى الداخلي؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية يقتضي منا الأمر اتباع المنهج الوصفي التحليلي مع الإعتماد في بعض المسائل على المنهج المقارن بين القانون الجزائري و بعض التشريعات الأخرى لاسيما الفرنسي منها فضلا عن بعض أحكام الاتفاقيات الدولية. وقد قمنا إجابة على الإشكالية المطروحة بتقسيم هذا البحث إلى فصلين اثنين، نخصص أولهما للنظام القانوني الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية، حيث نتناول في مبحث أول بالدراسة والتحليل خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية، وذلك من خلال التعريف بالتحكيم باعتباره آلية من الآليات البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية، و بيان ميزاته و عيوبه مع بيان لمختلف التقسيمات التي طرحت بشأنه من الناحية القانونية والفقهية.

وبإقرار المشرع للتحكيم صراحة في الصفقات العمومية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 إرتأينا وحتى يكون إمامنا بالموضوع شاملا معرفة تطور موقف المشرع إزاء التحكيم في الصفقات العمومية، وذلك من خلال الرجوع إلى المبدأ أو القاعدة التي كانت تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، ثم معرفة الإستثناءات الواردة على هذه القاعدة والمتعلقة بجوازية اللجوء إلى التحكيم في مراحل متعددة إلى غاية مرحلة قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وبما أن نظام التحكيم وفق ما ورد بقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو من الوسائل البديلة لحل المنازعات بصفة عامة والصفقات العمومية، فإننا سنتناول هذه الوسائل من خلال إبراز مكانة التحكيم من بين هذه الوسائل.

بينما نتناول في المبحث الثاني بالدراسة والتحليل الإتفاق على التحكيم من خلال بيان كيفية إدراج شرط التحكيم في عقد الصفقة العمومية بإعتباره إحدى الصور التي يظهر بها التحكيم والتي تكون قبل نشوء النزاع، فضلا عن دراسة الاتفاق الذي يأتي بعد نشوء النزاع وهو ما يسمى

بمشاركة التحكيم، أو إتفاق التحكيم باعتباره المصطلح الذي استخدمه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، هاتان الصورتان التي يظهر بهما التحكيم إن اتفق عليهما بين الأطراف نتج عنهما أثر أساسي وهو إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أي عن الصنفقة العمومية. بينما نتناول في الفصل الثاني كيفية تفعيل إتفاق التحكيم من خلال دراسة النظام الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية، حيث نقسم هذا الفصل هو الآخر إلى مبحثين، نخصص الأول لدراسة إجراءات عملية التحكيم منذ بداية تقديم طلب التحكيم إلى غاية صدور حكم التحكيم عن محكمة التحكيم أو المحكم إذا كان فردا واحدا، بحيث نتناول فيه بدء إجراءات التحكيم ثم محكمة التحكيم وأخيرا سير الإجراءات، بينما نخص المبحث الثاني لدراسة حكم التحكيم من بداية صدوره إلى غاية تنفيذه وكل الإشكاليات التي تطرح بشأنه إن في القانون الجزائري أو الفرنسي في بعض الحالات أو من خلال لوائح مراكز التحكيم والإتفاقيات الدولية. على أن نختم هذه الدراسة بخاتمة نبرز فيها أوجه النقص والعيوب الموجودة في القانون الجزائري مع تقديم إقتراحات نراها في خاتمة بحثنا مفيدة من أجل تطوير هذا النظام وتفعيله بشكل حقيقي في الجزائر لا سيما في مجال الصفقات العمومية.

الفصل الأول

النظام القانوني الموضوعي للتحكيم

في الصفقات العمومية

الفصل الأول: النظام القانوني الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية

مما لا شك فيه أن اللجوء إلى التحكيم في أي عقد من العقود هو مسألة اختيارية أو بالأحرى مسألة اتفاقية، ولم يحد المشرع الجزائري في وضعه للقواعد المتعلقة بالتحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة عن هذه القاعدة. إذ منح للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم سواء عند إبرام الصفقة وقبل نشوء أي نزاع ولكنه يوضع في باب فض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل، أو عند تنفيذ الصفقة للفصل في نزاع تم نشوؤه بالفعل. وعليه فالإتفاق على التحكيم قد يكون قبل أو بعد نشوء النزاع كما قد يكون عند إبرام الصفقة أو عند تنفيذها، ونظرا لكون هذا النظام يتميز بطابع خاص يجعله قائما بذاته مستقلا في أحكامه عن غيره من الأنظمة أو الوسائل البديلة لحل النزاعات، فإننا سنتناول بالدراسة في المبحث الأول خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية، وفي المبحث الثاني الإتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية

إن التحكيم كآلية بديلة لحل المنازعات هو نظام مميز سواء من حيث مفهومه أو من حيث خصائصه أو إجراءاته، الأمر الذي جعله الوسيلة المفضلة والمرغوب فيها في وقتنا الحاضر من طرف المتعاملين لا سيما الأجانب منهم، لأن التحكيم يمكنهم من تجنب عرض خلافاتهم على القضاء الوطني. وإذا كان لهذا النظام ميزات وخصائص يتمتع بها كالسرعة في الإجراءات والمرونة والسرية فضلا عن الحرية الكبيرة التي يتمتع بها أطرافه في الإتفاق على القواعد القانونية التي تحكمه استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، إلا أنه ينطوي أيضا على مخاطر جمة جعلت الأنظمة القانونية في العديد من البلدان تتردد – ولفترة زمنية طويلة – في القبول به والسماح باللجوء إليه لا سيما بالنسبة للأشخاص العامة وما تبرمه من صفقات عمومية كما هو الشأن بالنسبة للجزائر (المطلب الثاني)، التي وإن فتحت الباب أخيرا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اللجوء إليه في مجالات محددة، فإنها أدرجته في إطار الوسائل البديلة لحل المنازعات ويتعلق الأمر بالوساطة والصلح وليس بصفته نظام مستقل بقانونه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم كوسيلة لحل منازعات الصفقات العمومية

إن دراستنا لنظام التحكيم يقتضي منا الأمر تعريف التحكيم وبيان أساسه في فرع أول، ثم بعد ذلك بيان محاسنه وعيوبه في فرع ثان، ثم نتناول بالدراسة والتحليل تقسيمات أو أنواع التحكيم في فرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه

لم نتناول معظم التشريعات الوطنية والدولية النص على تعريف التحكيم، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يجتهدان في تعريفه وبيان أساسه، وسنبين في فقرة أولى تعريف التحكيم وفي الفقرة الثانية بيان أساسه.

أولاً: تعريف التحكيم

في حقيقة الأمر لا يختلف مفهوم التحكيم في الصفقات العمومية عن التعريفات التي قدمت للتحكيم بصفة عامة، فقد عرف التحكيم بأنه " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به " (1)، كما عرف أيضاً بأنه : " تقنية معينة تهدف إلى إعطاء حل لمسألة معينة تهتم بالعلاقات بين الطرفين أو أكثر بواسطة شخص أو عدة أشخاص آخرين – محكم أو محكمين – يأخذون سلطتهم من اتفاق خاص ويستندون عليه دون أن يولي الأطراف تلك المهمة للدولة " (2).

كما عرف كذلك بأنه " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز " (3).

ويمكن القول من خلال ما سبق بأن التحكيم هو " قيام الأطراف المتنازعة في مسألة معينة بالاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث يختارونه لحسم هذا النزاع بقرار ملزم لهم"، أو بعبارة أخرى هو " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة ".

¹ – أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 15.

² - David (R) : Arbitrage dans le commerce international, Paris, 1981, p5.

³ – بودليو سليم، منظمة التجارة العالمية ونظام تسوية النزاعات، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية جامعة منتوري قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009، المجلد ب، الجزائر، ص 174.

والمشروع الجزائري لم يأت بقانون مستقل ينظم التحكيم خلافا لبعض الدول التي سنت قوانين مستقلة خاصة بالتحكيم⁽¹⁾، وإنما جاء النص على التحكيم في أحكام قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 في المواد من 442 إلى 458 مكرر(28)، غير أن هذه الأحكام تم إلغاؤها بالقانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008⁽²⁾، الذي نص على نظام التحكيم لحل المنازعات في الباب الثاني من الكتاب الخامس الخاص بالطرق البديلة لحل النزاعات في المواد من 1006 إلى 1061، وجاءت نصوصه متأثرة بالقانون الفرنسي والقانون السويسري⁽³⁾، ومشملة على أحكام تتعلق بالتحكيم الداخلي وأخرى تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

أما فيما يتعلق بالتحكيم في الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، فإن المشروع لم يضع له أحكاما خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند النص على الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية في الكتاب الرابع منه، مكتفيا فقط في المواد 975 و 976 و 977 على النص على جوازية التحكيم وبيان من له صلاحية تقرير اللجوء إلى التحكيم وكيفية الطعن في أحكام التحكيم وتنفيذها والتي أحال بشأنها إلى الأحكام والقواعد المتعلقة بتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية.

فالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو عملية إرادية يتفق أطراف المنازعة على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم كغيره من المنازعات في باقي العقود والعلاقات، أو هو نظام قضائي⁽⁴⁾ لحل المنازعات يختار فيه أطراف المنازعة شخصا ثالثا محايدا يسمى المحكم و يعهدون إليه الفصل في النزاع بمقتضى الشرط الخاص المكتوب في الصيغة الأصلية باعتباره بندا من بنودها، أو بمقتضى مشاركة نتيجة نشوء نزاع فعلي بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية.

ثانيا: أساس اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود الأخرى يقوم على أساسين رئيسيين وهما إجازة المشروع و إرادة الخصوم.

¹ - فمن الدول التي سنت قوانين مستقلة للتحكيم نذكر: جمهورية مصر العربية التي أصدرت القانون رقم 27 لسنة 1994 ويخص التحكيم الداخلي والدولي، وسلطنة عمان في سنة 1997 والذي أخذ بالقانون المصري ودولة البحرين التي أصدرت قانون التحكيم سنة 1994 وجمهورية اليمن في سنة 1992 والجمهورية التونسية سنة 1993.

² - قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25/02/2008 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

³ - ISSAD (M): La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 2008, n°3, p420.

⁴ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص40.

1 – أن التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في الصفقات العمومية لا يمكن أن يلجأ إليه حتى ولو إتجهت إرادة الأطراف إليه، إذ لا بد من النص على حق الأطراف في اللجوء إليه لا سيما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، لأن التحكيم في وقتنا الحاضر ومع وجود جهاز قضائي إداري قائم بذاته للفصل في العقود التي تكون إحدى الأشخاص المحددة بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفاً فيه، يبقى كإستثناء من الأصل العام، لذلك لا بد من إجازة المشرع بمقتضى نص قانوني حتى يتم اللجوء إليه.

ولعل القانون الذي يجيز التحكيم، هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو إتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرط إستلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلاً من محاكم الدولة. ومع سيطرة الإتجاه إلى العولمة وزيادة حجم التعاملات الإقتصادية بين مختلف دول العالم، إتجهت معظم التشريعات إلى إجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها كما فعل المشرع على النحو الذي سنبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

2 – إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف أي أن يتفق الأطراف على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلاً بالفصل في النزاع ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري مكفول لكافة الأشخاص ولا يجوز حرمان أي شخص منه أو إجباره على اللجوء إلى التحكيم مالم يوافق على ذلك و بكل حرية، لأن التحكيم في الأصل لا يقوم إلا عن رضا وإختيار من طرف الخصوم تقديراً منهم أنه أكثر تحقيقاً لمصالحهم.

والتحكيم يتصل أساساً بالفصل في المنازعات التعاقدية، لأن العقد هو وسيلة التبادل الإقتصادي بين الأشخاص في الدولة ذاتها أو بين دول مختلفة، وينصب التحكيم على عرض النزاعات المتفق عليها على المحكمين، فإذا تم الاتفاق في عقد من العقود على عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على محكمين، شمل التحكيم جميع المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره، سواء وقعت وقت تنفيذ العقد أو بعد إنتهائه⁽¹⁾. ما تجب الإشارة إليه أن أي من طرفي الخصومة التحكيمية وبإختياره اللجوء إلى التحكيم لا يعني أنه تنازل عن حقه الدستوري في اللجوء إلى قضاء الدولة، لأن حق اللجوء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وإنما تقتصر إرادة المحكم على مجرد إحلال المحكم (المحكمة التحكيمية) محل المحكمة المختصة بالفصل في النزاع أصلاً.

¹ – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص163.

فإذا لم ينفذ إتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب يعود حينها الإختصاص الأصلي للقضاء للفصل في النزاع، لأن الإتفاق على التحكيم لاينزع الإختصاص من المحكمة، و إنما يمنعها من النظر في الدعوى المنفق على التحكيم بشأنها طالما بقي شرط التحكيم قائما منتجا لآثاره القانونية ولم يحصل أي إتفاق مخالف له أو أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زواله أو إنتهائه أو إستحالة تنفيذه.

وإذا كان التحكيم وفقا لهذين الأساسين يؤدي إلى منع المحاكم الإدارية المختصة من الفصل في النزاع طالما أن إتفاق التحكيم لا يزال قائما، لأنه في حقيقة الأمر يجعله مفضلا عن نظام القضاء لا سيما بالنسبة للمتعاقدين أو المتعاملين الأجانب الذين لا يرغبون في عرض نزاعاتهم على قضاء الدولة لما يتميز به من ميزات ومحاسن، إلا أن اللجوء إليه لا يخلو أيضا من المخاطر التي هي في ذاتها عيوباً تؤخذ عليه، وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية من خلال عرض محاسن وعيوب نظام التحكيم.

الفرع الثاني: مزايا نظام التحكيم وعيوبه

التحكيم كأبي نظام من الأنظمة له ميزات ومحاسن قد تجعله يتطور ويزدهر، وفي المقابل هناك عيوب ومثالب تؤخذ عليه قد لا تجعله لدى البعض الوسيلة المرغوب فيها.

أولاً: محاسن (مميزات) نظام التحكيم

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية كغيره من فروع التحكيم بعدة ميزات نذكر منها:

1 – سرية الفصل في المنازعة:

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية شأنه شأن فروع التحكيم الأخرى بالسرية، حيث أصبحت مطلب المتعاقدين لحل الخلافات الناشئة بينهم، فهذه السرية لا توفرها لهم المحاكم الوطنية (القضاء الإداري) في مختلف الدول، نظرا لعدم وجودها سواء في الإجراءات أو عند صدور الحكم.

فأحكام القضاء طبقا للقانون يجب أن تكون علنية، أما أحكام التحكيم فلا يتم نشرها إلا بموافقة أطراف النزاع، ثم أن جلسات المحاكم التحكيمية تتم بسرية تامة، لا يحضر جلساتها إلا الأطراف ومحاميهم، وحتى أن الأطراف في بعض الأحيان لا يحضرون ويكتفوا بتمثيلهم عن طريق محاميهم ولا يسمح بحضور هذه الجلسات أي طرف خارج أطراف الخصومة، إلا إذا اتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك، كما أن استعانة المحكمة التحكيمية (هيئة التحكيم) بكاتب الجلسة يكون بناء على موافقة أو إتفاق الأطراف.

هذه السرية تضمن للأطراف عدم إفشاء الأسرار المهنية وكذا الكشف عن المعلومات الخاصة بنشاطهم والتي قد تشمل أموال ضخمة قد يؤدي الكشف عنها إلى نتائج كارثية بالنسبة لأحد الأطراف، نتيجة معرفة منافسيه لوضعه المالي والاقتصادي. زيادة على أن السرية تضمن عدم

اهتزاز مركزهم المالي وسمعتهم التجارية والإقتصادية والمالية، ضف إلى ذلك أن حكم التحكيم الذي يفصل في المنازعة لا تحكمه اعتبارات الخصومة ورغبة كل طرف في الإلتصار لنفسه كما هو شأن الخصوم أمام القاضي، بما يضمن اتصال العلاقة واستمرارها بين الطرفين طالما أن أساسه هو الاتفاق والرضا.

2 – سرعة الفصل في النزاع:

إن السرعة في حل المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية هي مطلب كل أطراف العلاقة التعاقدية، وهي ميزة لا نجدها أمام القضاء وخاصة في الدول التي تكون لديها الكثير من المنازعات، حيث يصعب معها البث في النزاع بالسرعة المطلوبة مما يؤدي إلى طول أمد النزاع الذي قد يصل إلى سنوات، ما ينتج عنه عدم الاستفادة من الأموال المتنازع عليها وفقدانها، ولهذا وجد المتعاملون وحتى الأشخاص العامة في التحكيم نظاما يضمن حل منازعاتهم في شهور قليلة بسبب مرونة نظام التحكيم، وما يتبعه من مرونة في الإجراءات التحكيمية والإطلاع فقط على المستندات والوثائق أو إقتصار التحكيم على جلسات شفوية تكون قليلة العدد لا ينقيد المحكمون فيها بالإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة التي يتم بها العمل أمام المحاكم الوطنية.

3 – التنفيذ الاختياري لأحكامه:

إن تنفيذ أحكام التحكيم يكون في الغالب بناء على رغبة الأطراف المتنازعة، لأن أساس التحكيم في بداية الأمر هو إتفاق، لذلك ينفذ بسهولة ويسر ومرونة. يضاف إلى ذلك أن مسألة الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم كانت محل إهتمام دولي وذلك بإبرام المعاهدة الدولية للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بنيويورك الأمريكية سنة 1958.

4 – الفصل في النزاع من طرف محكمين مختصين:

يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية لا سيما تلك التي يتعدد الأطراف المتدخلون في تنفيذها من طرف مختصين و محكمين ذوي خبرة واختصاص في مجال ذلك النزاع، الأمر الذي يجعل الأطراف يتجنبون اللجوء إلى تعيين خبراء في الكثير من المسائل وما يتطلبه من نفقات وضياع الوقت وكثرة الإجراءات، ذلك أن الفصل في النزاع من طرف محكم مؤهل ومختص وله خبرة في ميدان الصفقات العمومية وتنفيذها يجنب الأطراف الوقوع في العراقيل والصعوبات المختلفة التي تترتب عن تعيين خبراء وغيرها من الإجراءات.

5 – التحكيم يضمن الحرية للأطراف في كل مسائله:

إن نظام التحكيم يضمن للأطراف حرية في تحديد وقت إجراء التحكيم وعدد المحكمين وكيفية اختيارهم واختيار مكان إجراء التحكيم، واللغة المقرر استخدامها في الفصل في النزاع وكذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

لكن ومع ذلك إذا كانت هذه المزايا وغيرها تضمن انتشار أوسع لنظام التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود والعلاقات، فإنه ثمة عيوب تعرقل أداء مهمته.

ثانياً: عيوب نظام التحكيم

إن أهم العيوب التي تؤخذ على نظام التحكيم هو أن قواعده والهيئات التي تفصل فيه وغيرها التصق وجودها بالدول الرأسمالية، ولا أدل على ذلك بتمركز مراكز التحكيم وبصفة واضحة في لندن ونيويورك وباريس. الأمر الذي يؤثر سلباً على الدول الأخرى وبالأخص الدول النامية من عدة جوانب:

- 1 – إذ يولد الشعور بفقدان العدالة وممارسة التمييز ضد رعايا وأشخاص الدول النامية.
 - 2 – أنه مع عدم توفر الأشخاص المؤهلين من أبناء الدول النامية للعمل كمستشارين أو محكمين في تلك المؤسسات، يجعل المحكمين يتكبدون نفقات إضافية مابين السفر والإقامة ورسوم وأتعاب المحكمين التي قد تبلغ في مجملها نسبة كبيرة من أصل الدين المطالب به.
 - 3 – قد لا تتوفر للمحكمين من الدول النامية الفرصة الملائمة لعرض دفاعهم بالصورة الكاملة لعدة عوامل تحول بينهم وبين بلوغ هذه الغاية، مثل عدم إتقان اللغة التي يتم بها التحكيم أو عدم الإلمام بنظام التحكيم وإجراءاته... الخ.
 - 4 – ظهور اتجاه عام في قرارات التحكيم الدولي بصفة عامة نحو استبعاد القوانين الوطنية للدول النامية أطراف العلاقة التعاقدية مع الشركات الأجنبية، بدعوى تعارضها مع النظام العام الدولي أو المبادئ العامة للدول المتحضرة.
- لكن رغم كل هذه العيوب والتي يجب العمل على التقليل منها، من خلال تكوين إطارات من الدول النامية والعمل على إنشاء مراكز للتحكيم ذات كفاءة عالية وإمكانيات ملائمة في إطار من التكتل على الأقل على المستوى العربي، فإن نظام التحكيم في المنازعات يبقى هو الرائد والمفضل من طرف المتعاملين في التجارة والعلاقات الاقتصادية الدولية. إذا مما سبق يتبين أن التحكيم قد يكون في ظل مؤسسات ومراكز تحكيمية أو قد يكون حراً.

الفرع الثالث: أنواع التحكيم ومراكزه

يقسم التحكيم إلى عدة تقسيمات، غير أن التقسيم الغالب أو المتداول هو التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، هذا الأخير يجرى في إطار مراكز عالمية وإقليمية معروفة ولها الريادة في هذا المجال.

والتحكيم أنواع إذ يقسم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم مع التفويض بالصلح⁽¹⁾، فالأول هو ذلك الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي الذي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف (المحتكمين) أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف عن ذلك، أما التحكيم مع التفويض بالصلح فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يفصل فيه المحكم في النزاع الذي نشأ أو الذي يمكن أن ينشأ في المستقبل وفقا لمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد أي قانون موضوعي، وإن كان الأصل العام في معظم – إن لم يكن في كل – القوانين المقارنة هو التحكيم بالقانون⁽²⁾، لاسيما في التحكيم الداخلي.

كما يقسم التحكيم أيضا إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، فالتحكيم الوطني يخضع لتنظيم قانوني مختلف عن التحكيم الدولي، مصدره قواعد موضوعية وإجرائية داخلية يضطلع بوضعها المشرع الوطني في كل دولة، أما التحكيم الدولي فهو وإن كان يخضع في تنظيمه لقواعد قانونية خاصة من وضع المشرع الوطني كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري⁽³⁾، إلا أنه ثمة العديد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن هذا النوع من التحكيم والتي قد تصادق عليها الدول مباشرة أو تستمد أحكام قانونها الداخلي منها لتحكم هذا النوع من التحكيم.

ويقسم أيضا إلى تحكيم مؤسسي (Institutionnel) وتحكيم حر (Ad Hoc)⁽⁴⁾، فالتحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة النزاعات التي تنشأ أو التي نشأت بينهم بالفعل إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة والشهيرة بالعالم كغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)⁽⁵⁾، أو المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار الدولية أو محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي وغيرها، فهذه المؤسسات هي التي تتولى إدارة عملية التحكيم

¹ – أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، بحث منشور في مجلة الأيمن والقانون، السنة السادسة عشر، العدد الأول، يناير 2008، ص 43 وما بعدها.

² – ينص المشرع في المادة 1050 من ق إ م وإد على أن " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة."

³ – نظم المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه في المواد من 1006 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ – راجع في ذلك: سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986، ص 16 – محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2007 ص 40. – عصام الدين القصبى، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 20. – ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 185.

⁵ - The International Chamber of Commerce.

وتنظيمها منذ تقديم طلب التحكيم من أحد الأطراف إلى غاية الوصول إلى إصدار الحكم الفاصل في النزاع من خلال أجهزتها الإدارية ولائحة تحكيمها واختيار محكمين من ضمن لائحته. في حين أن التحكيم الحر هو ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق فيه أطراف النزاع من خلال الاتفاق المكتوب بينهما على إدارة وتنظيم عملية التحكيم بأنفسهم بعيدا عن مؤسسات ومراكز التحكيم، ذلك أن أساس التحكيم الحر يكمن في إرادة الأطراف التي تتجسد من خلال تعيين المحكمين والإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومكانه ولغته...الخ⁽¹⁾. ما تجب الإشارة إليه أن إجراء التحكيم (انعقاد جلسات التحكيم) في مقر إحدى مراكز التحكيم لا يعني أنه تحكيم مؤسسي، على اعتبار أن المركز في هذه الحالة تقتصر مهمته على توفير الإمكانيات المادية من قاعات والأجهزة المساعدة على عقد الجلسات وطباعة كل وثيقة تطلبها هيئة التحكيم وغيرها من الخدمات التي يقدمها المركز ولا يتدخل إطلاقا في عملية التحكيم، على هذا الأساس فإن التحكيم المؤسسي يتطلب لاعتباره كذلك توفر عنصرين:

العنصر الأول: وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية والتنظيمية من قائمة بالمحكمين ولائحة تحكيم.

العنصر الثاني: يتطلب وجود أجهزة إدارية وسكرتارية لتنظيم وإدارة عملية التحكيم والإشراف عليها منذ تلقي الطلب بالتحكيم وحتى صدور حكم في ذلك.

و يتميز التحكيم المؤسسي عن التحكيم الحر من عدة جوانب⁽²⁾:

- 1 – أن التحكيم المؤسسي هو الوسيلة الأكفأ في إدارة عملية التحكيم، وخاصة عندما يكون التحكيم في منازعات ذات قيمة كبيرة وصفقات متداخلة تشتمل على أكثر من نوع واحد، كأن تشمل صفقة أشغال على صفقة دراسات فضلا عن صفقة توريد أيضا.
- 2 – أن ما يميز هذه المراكز هو أنها تضم في قوائمها أشخاصا متخصصين وذوي كفاءات عالية كالمحامين أو أساتذة جامعات أو تقنيين أو مهندسين استشاريين في الهيئات الاستشارية الدولية...الخ، هذا التخصص يجعل الفصل في نزاع الصفقات أكثر مصداقية خاصة وأن هذه المنازعات تتميز بطابع خصوصي خلافا لبقية المنازعات كون أحد أطرافها هو شخص من الأشخاص المعنوية العامة.
- 3 – أن هذه المراكز التحكيمية لها لوائح للتحكيم تتضمن إجراءات سير خصومة التحكيم، بحيث تكون مضبوطة ومنظمة على أساس أن وضعها في بداية الأمر يكون من طرف خبراء مختصين

¹ - Yves GUYON, L'ARBITRAGE, Ed. ECONOMICA, Paris, 1995, p11.

² – محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بمشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2003، ص 372.

في هذا المجال، كما أن هذه الإجراءات تكون معلومة للأطراف مسبقاً، إذ يمكن لهم حتى قبل نشوء النزاع وعند الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دراسة هذه الإجراءات.

4 – أن مراكز التحكيم المؤسسي توفر للمحتكمن خدمات مميزة لا تتوفر في التحكيم الحر، من ذلك وجود إدارة لتسيير الملف وحفظه وطباعة وترجمة أية وثيقة وتوفير أي قانون يطلبه الأطراف أو هيئة التحكيم من سكرتارية المركز.

5 – من مميزات التحكيم المؤسسي هو معرفة مكان انعقاد هيئة التحكيم بصفة مسبقة، ومن ثم جعل الأطراف يقدرّون مصاريف التنقل والإقامة ومختلف التكاليف، زيادة على أن المعرفة المسبقة بمكان هذا المركز تمكن الأطراف من الإطلاع على قانون البلد الذي يتواجد فيه المركز في حالة وجود أي عارض في سير الخصومة من حيث معرفة جهة الاختصاص والقواعد الإجرائية المطبقة وغيرها من المسائل.

6 – أن الأحكام الصادرة عن هذه المراكز تنشر في كثير من الأحيان ملخصات عنها في دوريات أو على مواقع الإنترنت، وهو ما يمكن الغير من الإطلاع على المبادئ التي قررتها هيئات التحكيم، ويمكن الأطراف من معرفة السوابق التحكيمية التي يتبين من خلالها مدى نزاهة أو تخصص المحكمين، فضلاً عن توقعهم المسبق لمسار القضية المعروضة، أي مآل القضية بناءً على السوابق التحكيمية السابقة، زيادة على التمكين من إعداد تقارير ودراسات حول نجاعة نظام تحكيمي معين.

7 – كما أن لهذه المراكز دور في نشر ثقافة التحكيم وتوسيع فهم لوائرها عن طريق المؤتمرات أو الندوات وإصدار دوريات وإقامة دورات تكوينية للعاملين في هذا المجال من محامين ورجال قانون ومهندسين ومستشارين.

ومع ذلك ورغم كل هذه المميزات التي تجعل من هذه المراكز الوجهة المفضلة لبعض المتخاصمين في عرض نزاعاتهم عليها، إلا أن ثمة سلبيات تجعل البعض الآخر يفضلون اللجوء إلى التحكيم الحر بدلاً عن التحكيم المؤسسي وتتمثل في:

1 – أن أغلب مراكز التحكيم المسيطرة على القضايا التحكيمية في العالم متواجدة في الدول المتقدمة الرأسمالية (لندن، نيويورك، باريس) ومما لا شك فيه أن إنشائها ووضع لوائرها من شأنه أن يخدم مصالح هذه الدول.

2 – أنه في حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي فإننا نجد معظم مراكز التحكيم تفرض على المحتكمن الاختيار أو تعيين محكمين من ضمن القوائم المعتمدة لديها. ولذلك فإن المحتكم لا يعرف مسبقاً المحكم بشكل يجعله يطمئن ويثق في عمله وحياده، وهو الأمر يجعل التحكيم يفقد طابعه الشخصي، بخلاف التحكيم الحر الذي يقوم فيه الأطراف باختيار محكميهم ووضع ما يرونه مناسباً من قواعد وإجراءات وقوانين واجبة التطبيق.

3 – أن التحكيم في هذه المراكز يتطلب مبالغ مالية باهضة نظير إدارتها لعملية التحكيم (كأتعاب المحكمين، مصاريف الخدمات المقدمة وغيرها)، خلافاً للتحكيم الحر الذي يقتصر فيه الطرفين على الاتفاق على تعيين محكم واحد ومكان إجراء التحكيم، ومن ثم فإن أتعاب المحكم تكون أقل بكثير من أتعاب المحكمين في مراكز التحكيم، وهو ما يوفر على المحتكمين الكثير من التكاليف والمصاريف.

4 – أيضاً ما يؤخذ على مراكز التحكيم المؤسسي الببطء في فصل النزاع بسبب كثرة الملفات المعروضة عليها، فقد يستغرق التحكيم مدة طويلة لم يرغب فيها الأطراف، على خلاف التحكيم الحر الذي يفصل فيه المحكم سواء أكان فرداً أو هيئة في النزاع في المدة المتفق عليها ودون تعقيدات.

5 – أن التحكيم المؤسسي لا يتسم بالمرونة في إجراءاته، لأن هذه المراكز لها لوائح تحدد ذلك ولا يكون للأطراف بعد اللجوء إليها أن يعدلوا أو يتخلوا عن البعض منها، بخلاف التحكيم الحر الذي يتسم بالمرونة فيما يخص إجراءاته، إذ يمكن لطرفي الخصومة أن يستغنيا على أي إجراء في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، أو تعديله بشكل ملائم لكليهما.

المطلب الثاني: تطور موقف المشرع من التحكيم في الصفقات العمومية

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفاً سياسياً وايدولوجياً معارضاً للتحكيم – بصفة عامة – تبريراً بأولوية السيادة الوطنية جاعلة الأولوية للقانون و القضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم، و يتجلى ذلك في المبدأ العام الذي أرسته المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966⁽¹⁾ والذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم. غير أن هذا الموقف بدأ ينفرج تدريجياً بسبب تطور الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالداخل والمعطيات الدولية الجديدة بالخارج، وحتى نبين هذا التوجه نتطرق بالتحليل إلى مساره من خلال معرفة موقف المشرع إزاء التحكيم في الصفقات العمومية وذلك ما سنحاول إبرازه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : قاعدة منع لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم

كانت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 (الملغاة) تنص صراحة في فقرتها الثالثة على مايلي: " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

¹ – أمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 1966.

وكانت المادة السابعة 07 من نفس القانون تحدد الأشخاص الاعتباريين وتعتبر العقود التي تبرمها عقوداً إدارية تخضع للقانون والقضاء الداخليين، والمشرع في هذا القانون تبنى ذات القاعدة التي أقرها المشرع الفرنسي بموجب المادتين 83 و1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسية القديم والتي تحظر التحكيم في العقود الإدارية⁽¹⁾ والتي استقر فيها القضاء الفرنسي⁽²⁾ في رأيه بخصوص قضية والت ديزني (CE, Avis, 6 mars 1986, relatif à Eurodisney) على أن هذا المنع يعتبر من المبادئ القانونية العامة في القانون العام للأشخاص المعنوية لا تستطيع الإفلات من القواعد التي تحدد اختصاص جهات القضاء الوطني عن طريق الإلتجاء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها، على أساس أن هذا المنع ينبثق من الإنشغال الذي يرمي إلى تجنب مخاطرة عدم حماية أو توفير حماية أقل لمصالح الأشخاص المعنوية من طرف المحكمين على خلاف تلك التي توفرها الجهات القضائية للدولة.

وقد أخذ المشرع بهذا المبدأ في أول قانون ينظم الصفقات العمومية، والذي صدر بموجب الأمر رقم 67 – 90⁽³⁾ حين أشارت المادة 152 منه إلى طرق تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية إلى أن مبدأ التسوية الودية للنزاع هو الأصل قبل عرض الأمر على القضاء، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على تمسك المشرع بموقفه المعارض لإزاء التحكيم وضرورة إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها وكذا المؤسسات العمومية التابعة للدولة⁽⁴⁾ للقانون والقضاء الوطني استناداً إلى المادة 3/442 من ق إ م.

لقد عرف قانون الصفقات العمومية تعديلات عديدة لاحقة، فحتى مع الرخاء الاقتصادي الذي شهدته الجزائر في فترة السبعينات بفضل عائدات البترول، والذي صدر على إثره أمر رقم 74/

¹ – للتفصيل في ذلك انظر:

– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 213 وما بعدها.

– أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 2008، ص 222 وما بعدها.

² - Bergeal (Catherine) Lenica (Frédéric), *Contentieux des Marchés Publics*, Imprimerie nationale, Edition, Paris, 2004, p275.

³ – أمر رقم 67 – 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967.

⁴ – عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، دون سنة النشر، ص 16.

90 لسنة 1974⁽¹⁾ والمتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية لعام 1967، أين أصبحت المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي بموجب هذا التعديل تخضع للقانون الإداري بعدما كانت تخضع للقانون الخاص بموجب أمر 90/67، إلا أن المشرع ظل على موقفه المعارض للجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم وإعطاء الاختصاص للقانون والقضاء الجزائي.

وقد استمرت التعديلات لهذا القانون حتى مع صدور المرسوم رقم 145/82 الصادر سنة 1982⁽²⁾ والمتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث بموجبه أصبحت كل المؤسسات العمومية خاضعة للقانون الإداري وهذا من أجل تدعيم الرقابة على هذه المؤسسات سواء تعلق الأمر بالشركات الأجنبية أو بالمتعامل الجزائي. غير أنه وأمام هذا التعديل الذي جاء به المرسوم السالف ذكره نتساءل عن مكانة التحكيم فيه، وهل يمكن اللجوء إلى هذا الأخير لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية؟.

لقد حددت المادة الخامسة من المرسوم معنى المتعامل العمومي بعبارتها " يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

- جميع الإدارات العمومية.
 - جميع المؤسسات والهيئات العمومية.
 - جميع المؤسسات الاشتراكية.
 - أي وحدة تابعة لمؤسسة إشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.
 - تطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون رأسمالها عموميا".
- كما أضافت المادة 22 من ذات المرسوم المقصود بالمتعامل الأجنبي الذي وصفته بأنه المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولها أو التي تضمن نفسها بنفسها.
- فالعقود التي تبرمها هذه الأشخاص والمحددة قانونا تدخل في إطار الصفقات العمومية، ما يعني أن تسوية الخلافات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها طبقا للمادة 104 فقرة أولى من هذا المرسوم تكون وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية الساري العمل بها عند تاريخ صدوره، ما يعني أن القانون الإجرائي للفصل في المنازعات هو قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 أي تطبيق نص المادة 442 من القانون التي تمنع لجوء هؤلاء الأشخاص صراحة إلى التحكيم، بمعنى أن منازعات الصفقات العمومية في هذه الفترة بصريح نص المادة 442 والتي أحالت إلى تطبيقها المادة 1/104 من المرسوم لا يمكن أن تعرض على التحكيم بل على القضاء الوطني.

¹ — أمر رقم 74 — 09 المؤرخ في 30/01/74 المتضمن مراجعة الأمر 67 — 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1974.

² — المرسوم رقم 82 — 145 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1982.

وحتى مع صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988⁽¹⁾ والمتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية والذي أدخل أحكاما جديدة على هذه المؤسسات كإخضاعها للقانون التجاري وإعطائها الإستقلالية المالية والإدارية وكذا حق التقاضي، إلا أنها بقيت مرتبطة بالنظام الإشتراكي وهذا حسب نص المادة 02 منه والتي جاء فيها " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي مؤسسات اشتراكية"، ما يعني أن المشرع وإن أعطاها هذه الاستقلالية والحرية في تسوية النزاعات التي تنشأ أثناء التعامل مع الأجنبي إلا أنه ظل محظورا عليها اللجوء إلى التحكيم.⁽²⁾

إذا من خلال ماسبق وبمقتضى النصوص القانونية السابق الإشارة إليها والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، نخلص إلى أن المشرع تبنى قاعدة عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص العامة على المستويين الداخلي والدولي.

الفرع الثاني: جوازية اللجوء إلى التحكيم

على الرغم من سلسلة التعديلات التي عرفها قانون الصفقات العمومية والتي أشرنا إليها سالفًا إلا أنه بقي العمل بنص المادة 3/442 من قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966 التي تمنع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر سنة 1993⁽³⁾

أولا - جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 09: إن المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والذي جاء بأحكام تتعلق بالتحكيم يعتبر بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم في الجزائر والذي ألغى المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية، حيث نصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على مايلي: " ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية"، هذا النص جاء متماشيا مع موقف المشرع الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي في بيانه لدولية التحكيم بنص المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل لسنة 1981 والتي جاء فيها:

¹ - قانون رقم 88 - 01 المؤرخ في 12/1/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بالجريدة الرسمية رقم 02 بتاريخ 13/1/1988.

² - Trari-Tani (Mostafa), Droit Algerien de l'arbitrage, 1 edition Berty.Edition, Metidja impression, Alger, p 62 et Ss.

³ - المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.

"Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce internationale"⁽¹⁾

والتي تعني " يعد تحكيما دوليا التحكيم الذي يخص مصالح التجارة الدولية". كما تنص المادة 458/ مكرر على أنه " يعتبر دوليا - بمفهوم هذا الفصل - التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

إن الميزة الأساسية التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي، هي فتحه المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة لإمكانية اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق النزاع بعلاقة تجارية دولية، أي بمفهوم المخالفة أن التحكيم فيما يخص العلاقات التجارية وغيرها من العلاقات غير الدولية يبقى الحظر ساريا فيها على الأشخاص المعنوية العامة فيما يخص خضوع نزاعاتهم للتحكيم، وعلى ذلك فإن النزاعات ذات الطابع الداخلي أو المحلي أي الصفقات التي لا يكون أحد عناصرها عنصرا أجنبيا، لا يجوز فيها التحكيم بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية تطبيقا في ذلك للإحالة الواردة بنص المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434⁽²⁾ الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها " تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ".

هذا المنع رفع فيما يخص المنازعات التي تكون في العلاقات التجارية الدولية بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، لكن المشرع في بيانه لطبيعة المنازعات القائمة والتي يمكن التحكيم فيها فقد حددها بمعيارين معيار قانوني ومعيار إقتصادي.

فالمعيار القانوني للعقد الدولي يقوم على العنصر الأجنبي، إذ يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة، مما يجعله المعيار القانوني أكثر ملائمة وإنتشارا في العقود التجارية الدولية من غيره، لكن ورغم ذلك فإن مجرد توافر عنصر أجنبي في العقد لا يكفي في ذاته لإضفاء الصفة الدولية على العلاقة، إذ ينبغي حصر كل العناصر الأجنبية التي بها يعتبر العقد دوليا والبحث في العنصر المؤثر في العلاقة دون الاكتفاء بالعنصر الضعيف أو المحايد.

¹ - Holleaux Dominique , foyer Jacques, Prodelle Gérard de Geouffre, Droit international privé, Paris, 1981, p 488 et Ss .

² - المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434 المؤرخ في 1991/11/09 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والصادر بالجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 1991.

وما تجب ملاحظته أن التشريعات المقارنة تفرض ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون المطبق في التحكيم التجاري، حيث يرجع الكشف عن مدى هذا الترابط إلى القاضي لتفادي الإشكالات التي قد تنجم عن الأخذ بالمعيار القانوني⁽¹⁾.

بعبارة أخرى أن المعيار القانوني يتمثل في القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء على الإجراءات أو على الموضوع، خاصة إذا كانت قواعد قانونية أعدت خصيصاً لحكم العلاقات الدولية⁽²⁾، ويعد القانون الواجب التطبيق على النزاع أو إجراءات التحكيم والمختار من قبل الخصوم أو المؤسسة التحكيمية، أو على إعتبره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم أحد العوامل الرئيسية في ترجيح دولية التحكيم.

أما بالنسبة للمعيار الإقتصادي فإنه لا يأخذ بعين الإعتبار لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق، وإنما يركز على طبيعة المنازعة في حد ذاتها، فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، كان دولياً، أما إذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، فإنه في هذه الحالة يكون داخلياً⁽³⁾.

والملاحظ عملياً أن الفكر القانوني يميل إلى ترجيح هذا المعيار على بقية المعايير⁽⁴⁾ ويبدو ذلك واضحاً من نصوص المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم مثل الإتفاقية الأوروبية الموقعة في أبريل 1961 في جنيف، حيث نصت المادة الأولى منها على أن " مجال تطبيقها يقتصر على إتفاقيات التحكيم التي تتم لتسوية المنازعات التي تتولد عن عمليات التجارة الدولية بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، الذين يقيمون وقت إبرام إتفاق التحكيم في دول مختلفة من دون اطراف الإتفاقية"⁽⁵⁾.

كذلك تبدو طبيعة المنازعة كمؤشر أساسي لدولية التحكيم من خلال نص المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية السارية المفعول من جوان 1975، حيث تقصر هذه المادة

¹ — محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر 2008، ص4.

² — عبد القادر نريمان، إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 49.

³ — عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1981، ص 12.

⁴ — عبد القادر نريمان، المرجع السابق، ص 49.

⁵ — عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص 43.

إختصاص محكمة التحكيم لدى الغرفة على المنازعات ذات الطابع الدولي، والتي تنشأ في مجال الأعمال⁽¹⁾.

وعليه فإن إعتبار المنازعة المطروحة على التحكيم من منازعات التجارة الدولية هو مؤشر قوي وحاسم في تحديد دولية التحكيم، ومنازعات التجارة الدولية هي تلك المنازعات ذات الطابع القانوني والمتعلقة بمعاملة تجارية تتم على الصعيد الدولي سواء بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من جنسيات مختلفة، أو بين الأشخاص العامة كالدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو هيئاتها من جهة وبين أشخاص خاصة أجنبية طبيعية كانت أو معنوية. ومن أمثلة هذه المنازعات، نذكر المنازعات التي تتم بين الدول وشركات البترول أو بين الدول وشركات خاصة بنقل التكنولوجيا ذات الطابع التجاري، وكذلك المنازعات المتعلقة بعقود التوريدات البترولية والقروض الدولية ومقاولات بناء المصانع والموانئ في بلاد أخرى، وكذلك البيوع الدولية للمنقولات الدولية وما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتصل بالنشاط التجاري. كذلك تعتبر منازعة دولية تلك المنازعة التي تنشأ بين إحدى المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي والتابعة لإحدى الدول وتتعلق بالعقود التجارية الدولية. ويتبين مما سبق أن معيار الدولية يختلف من قانون إلى آخر، لكننا نشير مرة أخرى إلى أن المعيار الإقتصادي الذي جاء به القانون الفرنسي ولم يحد عنه القانون الجزائري هو السائد حالياً، وهذا المعيار يتفق مع واقع المتعامل الدولي الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم الدولية.

ما يمكن أن يستنتج مما سبق أن القانون الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 09-93 السابق الإشارة إليه أنه أجاز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية عندما يكون التحكيم دولياً ويكون كذلك عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيماً أو له موطن خارج الجزائر على الأقل طبقاً لما تنص عليه المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية. أما في حالة عدم توفر هاتين الحالتين معا فإنه لا يعد تحكيمياً دولياً وبالتالي يكون غير جائزاً للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتها.

ثانياً – جوازية التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد:

لقد فتح القانون للأشخاص المعنوية العامة المجال من أجل اللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم مع أشخاص آخرين طبيعيين أو معنويين من جنسية جزائرية أو أجنبية مقيمين في الجزائر أو خارجها ويتجلى ذلك من خلال التفصيل الآتي بيانه:

¹ – أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص

1 – بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والإقتصادي:

– المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

إن هذا النوع من المؤسسات يطرح الإشكالية فيما مدى خضوعها لنظام الصفقات العمومية من عدمه، لأن الأمر يتعلق في حقيقة الأمر ببيان طبيعة العقود التي تبرمها، هل هي عقود إدارية يحكمها القانون الإداري، أم غير إدارية تخضع لأحكام القانون الخاص، ولعل بيان ذلك يتجلى لنا من خلال تحديد طبيعة الصفقة التي تبرمها هذه المؤسسات اعتمادا على المعيارين المادي والعضوي. فبالنسبة للمعيار المادي، فإنه وبغض النظر عن الأطراف طالما أن العقد يحتوي على بنود استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ويتعلق موضوعه بإحدى العمليات التي نص عليها المرسوم الرئاسي والتي تتمثل في القيام بأشغال عامة أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات أو انجاز دراسات...، فإنه يعتبر صفقة عمومية وبالتالي يخضع لقانون الصفقات العمومية⁽¹⁾. ويرى البعض⁽²⁾ " أنه بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية، فإن الصفقات التي

تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لإنجاز سكنات تمول من طرف الخزينة العامة تخضع لقانون الصفقات العمومية، والتي تسري عليها أحكام المادتين 55 و56 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية لتحديد القانون المطبق والقاضي المختص (القانون الإداري والقاضي الإداري)"، فحسبهم كلما تعلق الأمر بعقد يكون موضوعه تسيير مرفق عام ويحتوي على بنود غير مألوفة في القانون الخاص، فإنه عقد إداري، يكون الاختصاص في الفصل في المنازعات التي قد تثور بشأنه من اختصاص القاضي الإداري.

هذا وقد سائر القضاء فترة طويلة من الزمن هذا الرأي، فأصدر مجموعة هامة من الأحكام والقرارات نذكر منها أول قرار لمحكمة التنازع الذي جاء فيه: " حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للاختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية على أساس:

- أن أحد الطرفين المتخاصمين هو بلدية رابيس حميدو تطبيقا لمقتضيات المادة 07 من ق إ م.
- وأن موضوع النزاع و بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ صفقة عمومية وفقا لمقتضيات المرسوم رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991⁽³⁾.

¹ – عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 544.

² – ليلي زروقي وحلمي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 32.

³ – محكمة التنازع، قرار رقم 01 مؤرخ في 08 ماي 200، مجلة مجلس الدولة، عدد 01 سنة 2002، ص 156.

إن هذا الموقف الذي عبرت عنه محكمة التنازع في أول قرار لها جدير بالمناقشة، ذلك أنه يؤسس لمعيار جديد في تحديد الاختصاص القضائي لم يعرفه القانون الجزائري من قبل على اعتبار أن القاضي الإداري يصبح مختصا لوحده كلما تعلق الأمر بالنظر في منازعة تتعلق بتنفيذ صفقة عمومية وبغض النظر عن أطرافها.

وكرس مجلس الدولة نفس الاتجاه في تاريخ سابق، في قرار جاء فيه: "حيث أن المسألة تتعلق بنزاع حول صفقة عمومية، وبهذا فإنه وطبقا للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 25/02/1984 فإن القضاء الإداري هو وحده المختص"⁽¹⁾.

ما يستخلص من الآراء السابق بيانها أنها تعتبر الصفقة العمومية عقدا إداريا بغض النظر عن الأطراف المتعاقدة، وكل نزاع يتعلق بتنفيذها من اختصاص القاضي الإداري.

أما بالنسبة للمعيار العضوي فإن المقصود بالعقد الإداري حسب هذا المعيار، هو ذلك العقد الذي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام، مع أشخاص قانونية أخرى، بغض النظر عن موضوع العقد ذاته، فقد يكون صفقة عمومية حسب التعريف الوارد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي أو أي عقد آخر، تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفا فيه، فالعبرة إذن بأطراف العقد وليس بموضوعه أو مبلغ الالتزامات التي يحتويها.

بالرجوع إلى أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع كرس هذا المعيار، كمعيار أساسي ووحيد، فإذا طرح على القضاء الإداري نزاع يتعلق بعقد لا يكون أحد أطرافه شخصا عاما، فعليه أن يصرح بعدم اختصاصه في النظر في مثل هذا النزاع. وهذا التوجه يؤيده البعض في إطار مناقشتهم لنص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية السابق، والمتمثل في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والذي أكد على أن هذه القاعدة من النظام العام ولا يمكن مخالفتها، ذلك أن المحاكم الإدارية لا تكون مختصة إلا إذا كان هناك شخص معنوي عام⁽²⁾، ومن ثم فإن القضاء العادي هو المختص في نظر هذا النوع من النزاعات، على اعتبار أن أحد طرفي النزاع هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وأنه منذ 1982 فقد مالت الصفقات العمومية في الجزائر نحو عقود القانون الخاص.

¹ - قرار صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 23 نوفمبر 1998، تحت رقم 122.893، غير منشور. أورده القاضي حمدي باشا عمر في مؤلفه مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة الجزائر 2002، ص 22.

² - محمد قطان، محاضرة حول قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية 22-23-24 ديسمبر 1990، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 167.

هذا الاتجاه قد كرسه قضاء مجلس الدولة عندما قضى أن " القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام صفقة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري" (1) كما اتخذ نفس الموقف عندما صرح في قضية أخرى أن " الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية" (2).

— المؤسسات العمومية الاقتصادية:

إن ما يصدق على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي يصدق على هذه الأخيرة، وحتى يتجنب المشرع ظهور هذا النوع من الاختلاف في الرأي بين الفقه والتطبيق القضائي فقد نص صراحة على خضوع عقود المؤسسات الصناعية والتجارية وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية لكنه اشترط في كليهما أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وفقاً لما جاء في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي.

بالرجوع إلى احكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 1006 منه نجدها وضعت في فقرتها الأولى حكماً عاماً وهو جوازية التحكيم بالنسبة لجميع الأشخاص في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها، فإن هذه المؤسسات و إنطلاقاً من هذا المبدأ يجوز لها التحكيم في كل منازعاتها ذات الطابع المحلي أو الداخلي.

أما فيما يخص منازعاتها ذات الطابع الدولي، فإنه لا يمكنها أن تلجأ إلى التحكيم فيها إلا إذا اعتبرت هذه المنازعات تدخل في إطار العلاقات الاقتصادية المشار إليها في المادة 1006 والمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على اعتبار أن هذه المؤسسات عامة أي أن الدولة هي المساهم الوحيد في رأس مال هذه المؤسسات وكذلك بوصفها مؤسسات أشخاصاً معنوية عامة (شخص معنوي عام لكنها ذات طابع صناعي أو تجاري أو إقتصادي).

وفيما يخص المنازعات التي تتعلق بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والإقتصادي وسواء كانت صفقات داخلية (وطنية) أو دولية فتسري عليها الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في

¹ — مجلس الدولة قضية ز.ش ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق — قسنطينة، ملف رقم 003889 الصادر في 05 نوفمبر 2002، مجلة مجلس الدولة رقم 3، لسنة 2003.

² — مجلس الدولة قضية الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ضد أ.ح، ملف رقم 004841 الصادر في 15 أبريل 2003، مجلة مجلس الدولة رقم 4، لسنة 2003.

إطار الصفقات العمومية". وبالتالي فمتى كيفت عقودها بأنها صفقات عمومية تطبيقاً لنص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 10 – 236 محل الدراسة ، والتي جاء فيها بيان متى تعتبر عقود هذه المؤسسات صفقات عمومية بعبارتها " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل صفقات: ... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الإقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة." فإن نزاعاتها يمكن اللجوء فيها للتحكيم.

2 – مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية:

هذه المراكز هي الأخرى وتطبيقاً لنص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 10 – 236 تخضع لقانون الصفقات العمومية شريطة أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

وفيما يخص مدى جوازية خضوع عقودها للتحكيم، فإن ما يصدق على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والإقتصادي يصدق على هذه الأخيرة أيضاً، وبالتالي فإن عقودها وما يترتب عنها من منازعات يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم.

3 – بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإدارية:

بداية وبمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فإنه يجب التفريق بين هذه الأشخاص بشأن طبيعة المنازعات التي تنشأ بينها وبين باقي الأشخاص سواء كانوا جزائريين أو أجانب، أشخاصاً معنوية كانت أم طبيعية.

فبالنسبة للمنازعات العامة أي التي لا تتعلق بالصفقات العمومية فإنه يجب مراعاة ما إذا كانت المنازعة ناشئة عن علاقة داخلية أو ذات طابع دولي أي تتضمن عنصراً أجنبياً:

فإذا كانت المنازعة ذات طبيعة داخلية من حيث كل عناصرها فإن هذا النزاع يعود الإختصاص فيه وبدون منازع للقضاء الإداري ولا يجوز التحكيم فيه على الإطلاق، وهو ما يستنتج من نص المادة 975 و المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ نجد نص المادة 795 تنص صراحة على عدم جواز التحكيم في هذا النوع من المنازعات بعبارتها " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تلجأ إلى التحكيم إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية ".

أما إذا كانت المنازعة ذات طبيعة دولية أي تحتوي على عنصر أجنبي بمعنى نزاع ناشئ عن عقد ذي طبيعة دولية سواء كان مالياً أو تجارياً أو إقتصادياً فإنه في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: جوازية التحكيم تطبيقاً لإتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر:

إن التحكيم في هذه المنازعات في حقيقة الأمر ليس ناشئاً عن إرادة الأشخاص أطراف العلاقة التعاقدية وإنما ناشئ عن نص إتفاقي صادقت عليه الدولة، وهو ما يعبر عنه البعض في التطور الذي عرفه التحكيم الدولي بالتحكيم الإلزامي، هذا الأخير تحكيم بدون عقد يستند فيه الإختصاص إلى الإتفاقيات الدولية المعقودة بين الدول لحماية وتشجيع الإستثمارات، والتي تحيل كلها للتحكيم، وثمة فرق شاسع بين إحالة الإتفاقيات الدولية المعقودة بين الدول للخلافات على التحكيم وبين العقود التحكيمية التي تحيل النزاعات إلى التحكيم في الحالات العادية المختلفة تطبيقاً لسلطان إرادة الأطراف.

فالدولة حين تبرم مع دولة أخرى إتفاقيات لحماية الإستثمار وتشجيعه، وتحيل إلى التحكيم تلتزم بأن تضمن عقود الإستثمار التي تبرمها بندا تحكيمياً، ومن هذا البند التحكيمي ينشأ التحكيم. فإذا تغاضت الدول على تضمين عقود الإستثمار التي تبرمها بندا تحكيمياً، إذ ذاك تكون الدولة قد أخلت بالتزام دولي تتحمل مسؤولته طبقاً لقواعد المسؤولية الدولية عن الإخلال بالتزام إتفاقي دولي. وعندها لا يمكن الحديث عن التحكيم في هذه الحالة طالما أنه لا يوجد عقد ينص صراحة على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع⁽¹⁾.

هذه الإتفاقيات التي تتضمن بنوداً تتعلق بالتحكيم في مجملها تتعلق بالإتفاقيات الخاصة بالإستثمار، وهي العقود التي تبرم بين الدول ورعايا الدول الأخرى الراغبين في الإستثمار في تلك الدولة، ومن ثم فإن الدولة المستقبلية لهذا الإستثمار وفقاً لهذه الإتفاقيات عليها أن تقدم هذه الضمانة حتى تتمكن من جلب الإستثمار الأجنبي إليها.

على هذا الأساس وتنفيذاً وإلتزاماً من الدولة الجزائرية بهذه الإتفاقيات إن كانت دولية أو إقليمية، فإن القانون الجزائري في المادة 975 نص صراحة على جوازية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم عندما تبرم عقوداً في هذا الشأن مع أجنبي، وبالتالي يكون اللجوء إلى التحكيم تنفيذاً للإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وليست تنفيذاً لعقود إتفاقية بين الأشخاص العامة والأجانب.

الحالة الثانية: جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة عندما يتعلق الأمر بعلاقات إقتصادية دولية:

لقد نصت على هذه الحالة المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبصفة صريحة في الفقرة الثالثة بعبارتها " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا

¹ — عبد الحميد الأحديب، التحكيم الإلزامي، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس، العدد 02 سنة 2002، ص 14.

في علاقاتها الإقتصادية الدولية...". وأضافت المادة 1039 من نفس القانون في بيانها لمفهوم الدولية في التحكيم أو متى يكون التحكيم دوليا بعبارتها " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

إنه وبالنظر إلى التحول الذي عرفته السياسة الإقتصادية الجزائرية من إقتصاد مخطط إلى إقتصاد حر، إستوجب على المشرع أن يضع قواعد قانونية لمسايرة هذا التطور، لا سيما وأن العلاقات التجارية الدولية تتميز بحرية التجارة ولم يعد للحدود التقليدية وزنا في العصر الحالي كما أن العلاقات الإقتصادية الدولية والتجارية تقوم على تنقل وحركية واسعة لرؤوس الأموال عبر الأقطار.

ومن هذا المنطلق لم يبقى القانون وفقا لما كان منصوص عليه في المرسوم التشريعي قائما على المعيارين القانوني والإقتصادي، بل تخلى القانون الجديد على المعيار القانوني مكتفيا بالمعيار الإقتصادي، والأكثر من ذلك فإن مفهوم المصالح الإقتصادية لا يشتمل فقط على العلاقات التجارية المحضة بل يمتد إلى مرادفتين لها وهما العلاقات الإقتصادية والعلاقات المالية، وعلى ذلك فإنه يفهم من نص هذه المادة أنه لكي نكون أمام مصالح إقتصادية لدولتين على الأقل يجب توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون النزاع المراد عرضه على التحكيم ناتجا عن علاقة دولية، ويفهم من ذلك كل علاقة تضع إحدى الأشخاص العمومية للدولة إزاء أو في مواجهة طرف أجنبي أو أكثر.

الشرط الثاني: أن يكتسي النزاع صبغة إقتصادية أو تجارية أو مالية.

ويتضح أن المشرع لم يكتف بعبارة التجارة التي كانت في ظل القانون القديم بل أراد التوسيع من مجالها لأن تشمل إلى جانب العلاقات التجارية العلاقات الإقتصادية والمالية وغيرها. ويفهم بالعلاقة الإقتصادية 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 إيداء المشورة و إنجاز الدراسة⁽¹⁾.

والتحكيم الدولي هو التحكيم الذي يتعلق بالنزاعات الخاصة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل حسب نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن يجري في الجزائر أو خارج الجزائر.

¹ — رشدي المحمدي، التحكيم والصفقات العمومية، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس، العدد 03 لسنة 2005، ص 33.

إن ما تجب الإشارة إليه إجمالاً، أن المشرع في القانون الجديد تخلى عن المعيار المزدوج الذي كان معتمداً عليه في ظل القانون القديم في تحديد معنى التحكيم الدولي، إذ انتصر المعيار الاقتصادي وهو الذي أخذ به المشرع الفرنسي أيضاً، وبالتالي فمعيار الدولية لا يوضع في الحسبان سوى موضوع النزاع، بمعنى العملية الاقتصادية ذاتها ومن دون النظر أو التأثر بالعناصر الدولية الأخرى المستمدة من جنسية الأطراف وغيرها من العناصر⁽¹⁾.

ومن ثم كلما كان العقد يتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين سواء أكان تجارياً أو اقتصادياً أو مالياً وكان أحد أطرافه شخصاً معنوياً أجنبياً عد التحكيم تحكيمياً دولياً وهو جائز طبقاً للقانون الجزائري، ونفس الأحكام تنطبق على المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تأخذ وصف الصفقات العمومية وتخضع في تنظيمها لقانون الصفقات العمومية، لأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص في المادة 975 باللغتين العربية والفرنسية على أنه " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تلجأ إلى التحكيم إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "

غير أننا بالرجوع إلى المادة 1006 في فقرتها الثالثة من نفس القانون، نجد يعتمد عبارة " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "، بينما تشير ذات المادة باللغة الفرنسية إلى جوازية التحكيم في العلاقات الاقتصادية والصفقات العمومية معاً بعبارتها الصريحة والتي جاء فيها:

"...Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics."

أمام هذا التعارض وعدم الإنسجام بين النصين وترجمتهما باللغة الفرنسية، ومن أجل توحيد النصوص القانونية ورفعاً لكل لبس حول تفسير هذه النصوص، نرى أن ما جاء بالمادة 975 بنصها بالعربية والفرنسية معاً وكذلك ما جاء بنص المادة 1006 باللغة الفرنسية هو الأسلم لأنه لا يمكن أن يعتمد وبصياغة قانونية سليمة الخيار بين العلاقات الاقتصادية الدولية وبين الصفقات العمومية، إذ أن التعبير السليم هو النص على جوازية التحكيم في كليهما، ومن ثم يجب تعديل نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و جعل أن التحكيم يجوز بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة سواء تعلق الأمر بعلاقات اقتصادية دولية أو بالصفقات العمومية.

¹ - للتفصيل أكثر راجع، بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010 - 2011، ص31.

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية

أدخل المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسائل بديلة لحل المنازعات بين الأشخاص بغرض تخفيف العبء على القضاء، نص عليها في المواد من 990 إلى 1005 من نفس القانون وتشتمل على الصلح والوساطة، إلى جانب التحكيم كإجراء قائم سلفاً تم تدعيمه واستحدثه بالنسبة لحل منازعات الصفقات العمومية .

وجدير بالذكر أن المشرع وبوضعه للنصوص القانونية التي تنظم هذه الوسائل لا يعني أنه قد تخلى عن القضاء، وإنما أراد فقط فتح المجال أمام الأطراف لإختيار الوسيلة المناسبة لحل النزاع القائم بينهم وحماية لحقوقهم بإستعمال أسلوب الوساطة أو الصلح أو التحكيم.

الفرع الأول: الوساطة (Médiation)

أولاً: تعريفها

تعرف الوساطة بأنها " تلك المساعي التي يقوم بها شخص محايد بين أطراف النزاع من أجل الوصول إلى حل ودي لهذا النزاع ".
فالوسيط في حقيقة الأمر لا يفصل في النزاع ولا يدلي برأيه فيه، كما لا يملك أية سلطة لإلزام الطرفين بأي شيء، ولكنه يقدم مساعدته لهما معاً، حتى يتأتى لكل منهما أن يقيم مركزه ووضعيته القانونية والواقعية ومكان الضعف والقوة فيها، وأن يكون على بينة من المكاسب التي يمكن تحقيقها، أو الأضرار التي ستلحق به في حالة الاستمرار في النزاع ورفعها للقضاء أو التحكيم.
وتمتاز الوساطة بالسرعة القياسية بالنظر إلى كونها قد تنهي النزاع في وقت وجيز جداً كما تتميز بالمرونة لأن الوسيط لا يتقيد بأية شكليات قانونية سواء تعلق الأمر بقانون الشكل أو قانون الموضوع، أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات، بل يمكن له أن يناقش مع الطرفين الجوانب الاقتصادية والاجتماعية وغيرها والمحيطة بالنزاع، وله أن يوجه الأسئلة التي يراها مفيدة وأن يقوم بما يضمن له التقريب بين وجهات النظر، والدفع بالطرفين للاتفاق على حل ودي⁽¹⁾.
وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده قد نص على أحكام تتعلق بالوساطة ولكنه أعطاها مفهوماً وأحكاماً غير تلك المتعارف عليها، من كون الوساطة مسألة إختيارية وتتم بكل حرية بين الأطراف، وإنما يتبين من خلال نصوص القانون أن المشرع جعلها وساطة

¹ — محمد سلام، الوساطة والتوفيق كآليات بديلة لتسوية نزاعات الاستثمار، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، العدد 03، السنة 2005، ص 7.

قضائية، تفرض من القضاء وذلك ما يتجلى بوضوح من خلال نص المادة 994 من نفس القانون والتي جاء فيها " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام. وإذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد الحل".

فالقاضي الجزائري وفقا لهذا النص ملزم بعرض الوساطة على الخصوم (دون أن تكون إلزامية على الأطراف في القبول بها) وذلك في جميع المواد، إلا ما أستثني منها بنص صريح، فإن قبلوا بها يعين القاضي الوسيط وكل ما يتعلق بالقيام بمهامه وآجالها، وإن رفض الأطراف تعيين طلب القاضي بعرض النزاع على الوسيط يسجل القاضي ذلك على الملف ويواصل إجراءات الفصل في القضية المعروضة عليه طبقا للقانون وطلبات الأطراف. ومن ثم فهذه الوساطة يمكن تسميتها بالوساطة القضائية، بالنظر إلى التنظيم الإجرائي الخاص بها والمحدد في القانون، أو من خلال الوسيط المعين الذي يتم إختياره من بين قائمة الوسطاء المعتمدة من قبل وزارة العدل وبشروط وإجراءات معينة لا دخل لأطراف النزاع فيها.

من كل ما سبق نتوصل إلى أن التحكيم وإن كان فعلا وفقا لما جاء به القانون من أحكام تنظمه هو وسيلة بديلة لحل النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية فإن الوساطة وفق ما جاء تنظيمها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليست بوسيلة بديلة لحل تلك المنازعات وغيرها من المنازعات غير المستثناة بنص المادة 994 السابق الإشارة إليها، لأن القضاء هو الذي يأمر بها بعد تسجيل الدعوى أمامه وليس بناء على اختيار الأطراف في اللجوء إلى هذه الوسيلة قبل عرض النزاع على القضاء.

ثانيا: الإختلاف بين الوساطة والتحكيم

من خلال ما سبق يمكن القول أن التحكيم من هذا المنطلق يختلف عن الوساطة من كونه يتم اللجوء إليه بصفة إختيارية وبتفاق بين الأطراف المتنازعة، أما الوساطة فيتم اللجوء إليها طبقا للمادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب أمر قضائي يعين فيه الوسيط. فالتحكيم باعتباره ملزم لأطرافه، إذ يتعين على من بدأه إتمام السير في إجراءاته ولا يجوز التراجع عنه إستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف سواء بعد إبرام اتفاق التحكيم أو حتى بعد بدء إجراءات التحكيم أوتى بعد النطق بالحكم، على أن التحكيم ملغى أو لا فائدة منه جاز لهم ذلك. بينما في الوساطة الأمر يختلف، ذلك أن الوساطة من بدايتها إلى نهايتها هي في حقيقة الأمر بيد القاضي (المحكمة) لأن هذا الأخير هو وحده الذي يمكنه في أي وقت إنهاء الوساطة سواء بطلب من الوسيط أو أحد الخصوم.

أن التحكيم ينتهي بإصدار حكم ملزم للأطراف المتنازعة، ويكون قابلاً للتنفيذ بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية على النحو الذي سنبينه في الفصل الثاني من هذا البحث، أما الوساطة فتنتهي بتحرير محضر من طرف الوسيط يضمنه ما توصل إليه الطرفان (الاتفاق) وتعاد القضية إلى الجدول أمام المحكمة وبعدها يقوم القاضي بإصدار أمر يضمنه المصادقة على محضر الاتفاق ويكون غير قابل لأي طعن.

وما نستنتجه أخيراً أن التحكيم هو وسيلة بديلة لحل النزاعات دون عرضها على القضاء وهو وسيلة من بدايتها إلى نهايتها تجد أساسها في الاتفاق المبرم بين الأطراف، بينما الوساطة التي هي في الأصل تكون بعيدة عن القضاء طالما أنها وسيلة بديلة، إلا أن القانون الجزائري أدرجها ضمن العمل القضائي الإلزامي، بمعنى أنه إذا لم يشر القاضي في حكمه إلى عرض النزاع للحل عن طريق الوساطة على طرفي النزاع فإن حكمه يكون مخالفاً للقانون.

الفرع الثاني: الصلح

أولاً : التعريف بالصلح

الصلح وسيلة من الوسائل البديلة وفق ما عبر عنه المشرع في المواد من 990 إلى 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتسوية المنازعات بين الأفراد والجماعات، فبمقتضاه يتم حسم الخلاف بين أطرافه عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به قبل الآخر من أجل الوصول إلى تسوية ودية في حقيقة الأمر للنزاع القائم بينهما. وقد عرفه القانون المدني الجزائري في المادة 459 بأنه " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

والصلح من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء النص عليه بصفة عامة ودون الإشارة إلى أي استثناء فيما يخص المواد أو النزاعات التي لا يجوز فيها الصلح، إذا كقاعدة عامة يجوز التصالح في جميع المواد (مدنية، تجارية، عمالية إدارية...) ما عدا ما تعلق بالمسائل المتعلقة بالنظام العام، فرغم عدم النص عليه صراحة فنعتقد أنه لايجوز التصالح بشأنها مهما كانت المبررات.

ولم تحد المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية عن هذه القاعدة، إذ يجوز الصلح فيها سواء في قانون الإجراءات المدنية الملغى بمادته 169 مكرر (3) والتي تنص "على كاتب الضبط أن يرسل العريضة عقب قيدها إلى رئيس المجلس القضائي الذي يحيلها إلى رئيس الغرفة الإدارية ليعين مستشاراً مقررًا. ويقوم القاضي بإجراء محاولة صلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر...".

وكذا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث نص المشرع على جوازية الصلح من طرف الجهات القضائية الإدارية في مادة القضاء الكامل وفي أية مرحلة تكون عليها

الخصومة، إذ تنص المادة 970 منه على أنه "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل". وتضيف المادة 971 من نفس القانون على أنه "يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة كانت عليها الخصومة".

إن الصلح في القانون الجديد وعلى خلاف قانون الإجراءات المدنية الملغى لم يعد إجبارياً، بل أصبح جوازياً ويتعلق فقط بالقضاء الكامل لأن هذا الأخير يحقق مصلحة المتقاضين بدون المساس بمبدأ المشروعية الذي يتجلى في دعاوى قضاء الإلغاء، لأنه لا يمكن التصالح بشأن هذه الدعاوى، لكونه سيكون على حساب مبدأ المشروعية وهذا ما لا يرتضيه المنطق القانوني⁽¹⁾. والصلح سواء وفق ما ورد بشأنه من أحكام في الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية أو ما ورد في الكتاب الخامس الخاص بالوسائل البديلة لحل النزاعات لا يتم إلا باتفاق الأطراف المتنازعة أو بسعي من القاضي، وينتهي بتحرير محضر يوقع عليه الأطراف والقاضي ويودع بأمانة ضبط المحكمة ليعد سنداً تنفيذياً يمكن لمن يهمله الأمر من الأطراف أن يباشر التنفيذ بموجبه.

ثانياً: الإختلاف بين الصلح والتحكيم

رغم أن الصلح يشبه التحكيم في كونهما يهدفان إلى حسم الخصومة القائمة دون إستصدار حكم قضائي⁽²⁾، كما أنهما يتفقان في كونهما يقتصران على حل المنازعات التي يكون موضوعها حقوقاً مالية لا تتعلق بالنظام العام.

غير أنهما يختلفان عن بعضهما من كون أن الذي يفصل في النزاع بين الطرفين في التحكيم هو المحكم أو محكمة التحكيم، بينما إذا رجعنا إلى الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء ماورد من أحكام في الكتاب الرابع أو في الكتاب الخامس نجد أنه بالنسبة للصلح، الأطراف هم الذين يقومون بتحقيق ذلك أو بمساعدة القاضي الفاصل في النزاع قبل التصالح. كما يختلفان عن بعضهما في كون أن المحكم أو محكمة التحكيم عند الفصل في النزاع تقوم بتطبيق قواعد موضوعية و أخرى إجرائية سواء تلك التي اتفق عليها الأطراف أو التي ينص عليها القانون الذي إختاره الأطراف...، أما في الصلح فإن الأمر متروك على إطلاقه في أعمال أية قاعدة طالما قائمة على التوافق والقبول من الطرفين ولا يتقيدان بقواعد معينة إلا ما تعلق منها بالنظام العام فتلك تخرج عن إرادتهما ويجب عليهما إحترامها.

¹ — غنای رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحاماة الصادرة عن المنظمة الجهوية للمحامين ناحية باتنة، 2008، ص 34.

² — عبد الحميد الشورابي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996، ص 413.

أن حكم التحكيم أيا كان نوعه سواء كان داخليا أم دوليا أو حكما أجنبيا قد يقبل الطعن فيه على النحو الذي سنوضحه في الفصل الثاني من هذه الرسالة، بينما اتفاق الصلح لاجوز الطعن فيه وفق ما تنص على ذلك وبصفة صريحة المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " إذا حصل صلح يحزر رئيس تشكيلة الحكم محضرا، يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن ".

المبحث الثاني: الإتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إن أول خطوة في عملية التحكيم هي حصول الاتفاق بشأنه بين أطراف العقد، وذلك من خلال النص عليه عند إبرام العقد الأصلي وقبل نشوء أي نزاع أو خلاف بين المتعاقدين (شرط التحكيم) ويهدفان من خلاله إلى عرض نزاعاتهم التي تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التحكيم (المطلب الأول).

كما قد يحصل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهما عند نشوء النزاع من خلال إبرام اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي (مشاركة تحكيم)، وهذا الوضع أو الأسلوب لا تحيد عنه الصفقات العمومية في الجزائر (المطلب الثاني).

هذا الإتفاق الذي يترتب عليه اللجوء إلى التحكيم كحل لمنازعات الصفقات العمومية، والذي قد يكون في شكل شرط أو مشاركة تحكيم يصبح مستقلا عن عقد الصفقة العمومية بمجرد الاتفاق عليه، ولا يتأثر بما قد يلحقها من عيوب قد تؤدي إلى فسخها أو بطلانها، وهو ما يسمى باستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي أي عن الصفقة العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية

سبق وأن ذكرنا أنه يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العمومية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها وذلك من خلال تضمينها شرط التحكيم وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدى التزام الأطراف بالخضوع له، فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نخص الأول لدراسة تعريف شرط، التحكيم، والفرع الثاني لشروط صحة شرط التحكيم أما الفرع الثالث فنخصصه لدراسة كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في معاملاتهم التي تدخل في مجال التحكيم بعرض النزاع الذي قد ينشب على التحكيم⁽¹⁾ وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أحكامه المتعلقة بالتحكيم الداخلي في المادة 1007 على أن شرط التحكيم هو "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار في هذا العقد على التحكيم"، أما في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1040 منه على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي". من خلال هذا التعريف يتضح أن الأطراف يتفقون على التحكيم قبل حدوث أي خلاف بينهم فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد الأصلي - وهو الأمر الغالب - كما قد يرد في عقد لاحق ويحيلون ما سينشأ بينهم من نزاعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 1008 في عبارة "...أو في الوثيقة التي تستند إليها". ويكون المميز لشرط التحكيم في كلتا الحالتين، هو ليس وروده في العقد الأصلي - مصدر الرابطة القانونية - ولكن كون النزاعات التي يشملها شرط التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة، فهي لم تنشأ بعد⁽²⁾، وكما بينا من قبل ففي مجال الصفقات العمومية فإن شرط التحكيم ووفقاً لهذين النصين قد يكون في شكل بند أو نص من نصوص الصفقة المبرمة والموقع عليها والموافق عليها فيما بعد، أو قد يحرر في وثيقة لاحقة ولكنها تابعة لها وهي جزء من عقد الصفقة بحيث يتم الاتفاق فيها على الفصل في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً عن طريق التحكيم.

¹ - رشيد مزارى، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بحث منشور في نشرة القضاة العدد 64 الجزء الأول، سنة 2009، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، الجزائر، ص 496.

² - محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007، ص 232.

الفرع الثاني: شروط صحة شرط التحكيم

إن ما يترتب على اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم من أثر هو سلب قضاء الدولة الولاية بالفصل في النزاعات المستقبلية وعرضها على محكم أو محكمة تحكيم أو هيئة تحكيم، قد يتفق عليها عند وضع الشرط التحكيمي وقد يتفق عليها لاحقا، ما يعني أنه لحل أي نزاع يتعلق بالصفقة موضوع العقد يجب أن يعرض على أشخاص غير نظاميين قد يكونون من الجزائر أو خارجها، وقد يطبق القانون الجزائري وقد لا يطبق. لذلك اتجه ومنذ سنين طويلة بروتوكولي اتفاقية جنيف لعامي 1923 و 1927 إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها للتأكد من صحة وجود اتفاق التحكيم⁽¹⁾، وهكذا انتهت هاتان الوثيقتان إلى عدم تنظيم المسألة دوليا اكتفاء بالإحالة إلى التشريعات الوطنية في ضوء السياسة العامة التي ينتهجها المشرع في كل دولة على حدى، وإن كان هذا الأمر قد أدى في الواقع العملي إلى الكثير من التباين والاضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية.

وإذا كان شرط التحكيم ما هو إلا عقد ضمن العقد الأصلي، يرتب على عاتق طرفيه التزامات وحقوق، فقد استوجب المشرع لهذا الاتفاق جملة من الشروط الشكلية والموضوعية نتناولها في الآتي:

أولا: الشروط الشكلية

1 – شكل شرط التحكيم: لقد ميز المشرع الجزائري بشأن الشكل الذي يظهر فيه شرط التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا و ما إذا كان دوليا⁽²⁾.

فبالنسبة للتحكيم الداخلي فإنه طبقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الوسيلة الوحيدة التي يظهر بها شرط التحكيم هي أن يكون مكتوبا في عقد الصفقة (بند من بنودها) أو في وثيقة مكتوبة لاحقة أو ملحقة بعقد الصفقة يستند إليها، ففي كلتا الحالتين يستوجب الأمر كتابة شرط التحكيم. وهو ما تنص عليه المادة بعبارتها " يثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي يستند إليها"، وبالتالي فالكتابة هي شرط لصحة الشرط التحكيمي وليس لإثباته.

¹ – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 261.

² – ويقصد بالتحكيم الدولي وفقا لنص المادة 1039 من ق إ م و إ د التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، معنى ذلك أن المعيار المتخذ هو معيار اقتصادي كما هو الشأن في القانون الفرنسي في مادته 1492 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل لسنة 1981 وفق ما أوضحناه من قبل عند دراسة تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم في المطلب الثاني من المبحث الأول وللتفصيل أكثر راجع:

-Phillipe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, 1996, p 47 et Ss.

بينما في التحكيم الدولي فقد اشترط المشرع بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تبرم الاتفاقية بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، بمعنى أية وسيلة للاتصال كالفاكس أو البريد الإلكتروني تكون مقبولة في مجال التحكيم الدولي، ولكن يجب أن يتحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو توكس يتضمن عرض الالتجاء للتحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنور بمناسبة العقد الدولي يجري التفاوض لإبرامه فيلزم صدور قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطاً فيها، أو إذا تعلق الأمر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم أو أبرم عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم⁽¹⁾.

ولم يكتف المشرع بذلك، حيث استلزم إلى جانب الكتابة في الفقرة الثانية من نفس المادة السابق الإشارة إليها – شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي – تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تحديدهم وإلا كان شرط التحكيم باطلاً، وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه وفقاً لما نصت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل التنفيذ...".

ولم يحد المشرع عن هذه القاعدة في التحكيم الدولي، حيث جعل تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم يخضع أيضاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا خلا شرط التحكيم من تحديد المحكمين أو تعذر ذلك وكان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يتعين على الطرف الذي يهمله التعجيل مراجعة:

أ – رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

ب – في حالة ما إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الطرفان القانون الجزائري فعلى الطرف الذي يهمله الأمر مراجعة المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ما لم يتفق الأطراف على جهة قضائية أخرى⁽²⁾.

ما يلاحظ على القواعد المنظمة للتحكيم الدولي في القانون الجزائري الجديد بالمقارنة مع القانون السابق الذي كان يلزم في المادة 458 مكرر 4 الفقرة الثانية القاضي عند مراجعته بتعيين

¹ – محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 59.

² – أنظر المادة 1041 من ق إ م و إد السابق ذكره.

محكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الأطراف، أن هذا القيد لم يعد واردا وبالتالي أصبح بإمكان القاضي الجزائري في حالة عدم اتفاق الأطراف أن يعين محكما من جنسية أحد الطرفين.

ولم يلتزم المشرع شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي ببيانات معينة في شرط التحكيم، حيث لا توجد نصوص تحدد بيانات إلزامية يتعين على الأطراف إدراجها في شرط التحكيم ماعدا بالنسبة لمشاركة التحكيم (أي اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع في قانون التحكيم) فيما يخص بيان وتحديد موضوع النزاع⁽¹⁾، بل أن القانون الفرنسي الجديد قد عدل عن القاعدة التي كان يفرضها في قانون المرافعات القديم والتي تشترط أن يكون موضوع شرط التحكيم محددا ليكون شرط التحكيم صحيحا، وهو عائق كان يصطدم به شرط التحكيم الذي يتعلق بالنزاعات المستقبلية التي ليس بالإمكان معرفة موضوعها قبل حصولها⁽²⁾.

ثانيا: الشروط الموضوعية

يلزم لصحة شرط التحكيم في العقود الإدارية (الصفقات العمومية) من الشروط الموضوعية ما يلزم لكافة العقود من تراض بين أطرافه المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الاتفاق، حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم، بغية تحقيق سبب مشروع من وراء هذا الاتفاق ونتناول هذه الشروط تباعا في النقاط التالية:

1 – الرضا (التراضي)

لا ينعقد شرط التحكيم إلا بتوافر الرضا لدى كل من الطرفين⁽³⁾، وهذا يقتضي أن يكون هناك إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على حسم النزاع الذي سينشأ بينهما عن طريق التحكيم⁽⁴⁾، ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا، فإذا كان الاتفاق على التحكيم يأتي في صورة شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإن الرضا بشأن شرط التحكيم باق ضمن الرضا المتبادل بين طرفي العقد الأصلي⁽⁵⁾، وذلك بناء على المفاوضات التي جرت بين طرفي العقد، وبالتالي لا يحتاج شرط التحكيم تراضيا خاصا، ومن ثم فالرضا المعبر عنه

¹ – محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص 63.

² – عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، بحث مقدم في الملتقى المنظم بالمحكمة العليا يومي 15 و 16 جوان 2008 بالجزائر، غير منشور، ص 10

³ – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 271.

⁴ – فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة عشر، العدد الأول يناير 2007، ص 20.

⁵ – محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 230.

من كلا الطرفين عند التوقيع على الصفقة يشمل أيضا شرط التحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة المبرمة والموقعة والموافق عليها.

لكن التحكيم لا يشترط أن ينشأ دائما عن عقد خاص بين الطرفين، وإنما بالاستناد إلى المادة 975 من ق إ م و إذ يمكن أن ينشأ عن طريق وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف فإنضمام الجزائر وتوقيعها عام 1995 على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965⁽¹⁾، إنما يلقي على عاتقها التزاما مفاده قبولها للتحكيم حسبما أفصحت عنه إرادتها، بحسبان أن المعاهدات الدولية تسمو على التشريع الداخلي وبالتالي فهي طالما انضمت إلى هذه الاتفاقية فهي ملزمة بجميع أحكامها.

وليس من شك أن هذه الاتفاقيات الدولية تكفل قدرا من اللجوء إلى التحكيم للمستثمرين في حسم منازعاتهم، وهو الأمر الذي لا يحتاج بالضرورة إلى وجود شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، بل إن التزام الدولة المتعاقدة وانضمامها إلى هذه المعاهدات وتصديقها عليها يجعلها قد قبلت ضمنا الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي⁽²⁾ أو أي آلية أخرى تنص عليها هذه المعاهدة، ولا حاجة للنص صراحة على شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في كل عقد على حده، وإنما المبدأ العام قد تم وضعه بصدد لجوء الدولة المتعاقدة إلى التحكيم وهو جواز التحكيم في عقودها درءا لنكولها عن التزاماتها الدولية، وهو ما يسمى بالتحكيم الإلزامي الذي أريد أن يؤسس له وفقا لاتفاقية واشنطن وكذلك انتهجته غرفة التجارة بباريس في العديد من أحكامها⁽³⁾، بل أن المشرع وباعتبار الجزائر دولة مصادقة على هذه الاتفاقية نجده قد وسع من نطاق المنازعات – لا سيما في مجال الاستثمار – التي يمكن حلها باللجوء إلى التحكيم.

وبالتالي ومنذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبنصوصه الصريحة كما أوضحنا من قبل، أصبح بالإمكان إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية حتى ولو كانت إحدى أطراف هذه الصفقة مؤسسة إدارية، وهو الأمر غير المألوف بالنسبة للمؤسسات الإدارية الجزائرية. ما تجب ملاحظته في هذا الشأن، أن مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية يجعل من لجوء أحد أطرافها إلى التحكيم هو ليس بناء على اتفاق بين طرفي النزاع (المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها)، وإنما هو تنفيذا وتطبيقا لنص الاتفاقية والتي وافقت على أحكامها، وكأن التحكيم بموجب هذه

¹ – أبرمت هذه الاتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 18/03/1965، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21/01/1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 1995.

² – أنظر فيما يخص قواعد ونظام المركز، أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، الإسكندرية، 1999، ص 120.

³ – عبد الحميد الأحديب، التحكيم الإلزامي، البحث السابق، ص 14 وما بعدها.

الاتفاقية بالنسبة لطرفي الصفقة العمومية إجباري، ولا يتصور أن يلجأ إلى هذا النوع من التحكيم إلا عندما تكون الدولة طرفا فيه، وهنا اختيار طريق التحكيم للفصل في النزاع هو تنفيذ لهذا الالتزام الدولي وليس اتفاقا منفردا لطرفي الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة يجب أن يكون علاقة هذا المتعامل الأجنبي مع الدولة الجزائري هي علاقة مستثمر بالدولة المضيفة للاستثمار.

ثانيا: المحل في اتفاق التحكيم

إن محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي اتفق الأطراف على حسمها عن طريق التحكيم، واتفاق التحكيم كأى عقد لا يمكن أن يأتي وليدا لرضا صحيح خال من العيوب بين أطراف تتمتع بالأهلية فقط، إنما يلزم أيضا تحديد محل هذا الاتفاق حتى يمكن مراقبة مشروعيته⁽¹⁾، و في جميع الأحوال، يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز فيها التحكيم .

و قد تواترت التشريعات الوطنية، على أن هناك مجالين لا يجوز فيهما التحكيم هما مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام، فالمرجع الجزائري لا يتطلب في محل التحكيم وفقا لنص المادة 1006 من ق إ م و إد سوى عدم مخالفته للنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. فكل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، وفكرة النظام العام هي فكرة مرنة ونسبية تختلف

من زمن لآخر ومن دولة إلى أخرى ويعود للمحاكم سلطة تحديد نطاقها تبعا للمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة⁽²⁾، إلا أننا يجب أن ننوه إلى أن فكرة النظام العام تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي، لأنه ليس كل ما يعتبر من النظام العام الداخلي، أو متعلق بقواعد أمره يعتبر من النظام العام الدولي، ذلك أن النظام العام الداخلي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلفية لمجتمع معين ودولة معينة، أما النظام العام الدولي فهو المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلفية للمجتمع الدولي⁽³⁾.

وإذا كان النظام العام الداخلي يختلف نسبيا من بلد لآخر، فإن النظام العام الدولي مشترك بين جميع الدول. و من أمثلة الموضوعات التي تتعلق بالنظام العام الدولي وبالتالي تخرج عن نطاق التحكيم، الاتفاقات الخاصة ببيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعنية، أو التوسط لقاء عمولة للحصول على عقد من العقود، أو الاتفاقات الخاصة بتهرب المواد المخدرة... الخ، ولذلك يذهب غالبية الفقه

¹ — فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 21.

² — للتفصيل أكثر في مسألة النظام العام وتأثيره على حكم التحكيم، أنظر: ممدوح عبد الحميد عبد المطلب و إنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، يناير 2003.

³ — أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، 1998، ص 44 وما بعدها — إبراهيم نجار، مفهوم النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية، جامعة بيروت العربية، 16-18 ماي 1999.

إلى أنه يجب النظر إلى الآثار الواقعية والعقلية للفصل في المسائل المتعلقة بالنظام العام الدولي يضاف إلى ذلك أنه من شأن اتساع اللجوء إلى أسلوب التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (الصفقات العمومية) أن يحدث نوع من التأثير على فكرة النظام العام في القانون الإداري بحيث تصبح هذه الفكرة أكثر مرونة حينما يتعلق الأمر بعقد فيه عنصر أجنبي، الأمر الذي قد يؤدي إلى بعض التغيير في الحلول التي تطبقها هيئات التحكيم وفي المبادئ التي تعتقها في حل هذا النوع من النزاعات بالمقارنة بالحلول التي تطبقها الجهات القضائية الإدارية في حال فصلها في النزاع (1).

زيادة على ذلك، لا يجوز التحكيم أيضا في المنازعات المتعلقة بأهلية الأشخاص (كبطلان الزواج أو إثبات النسب... الخ) (2)، والمنازعات الخاصة بحقوق الإرث، وقد تبنى المشرع الفرنسي أيضا ذات الموقف حيث نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي.... وبوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام" (3)، زيادة على ما سبق فإنه طبقا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثالثة أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة مهما كانت طبيعتها أن تلجأ إلى التحكيم في علاقاتها وتصرفاتها المختلفة ما عدا في حالتين هما، علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية أما خارج هاتين الحالتين فلا يجوز، وأي شرط يتفق عليه لا يكون منتجا لآثاره القانونية.

ثالثا: شرط الأهلية

من أولى المشاكل التي يثيرها شرط التحكيم في العقود الإدارية وفي الصفقات العمومية على وجه الخصوص التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، هي أهلية الدولة أو قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أن نص المادة 975 من ق إ م وإ يحظر على الأشخاص المذكورة في المادة 800 اللجوء إلى التحكيم إلا في حالات استثنائية وهي الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، وحصرت المادة 800 الأشخاص الوارد بشأنهم الحظر كالآتي:

أ – الدولة

ب – الولاية

ج – البلدية

¹ – يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر دون سنة النشر، ص 249.

² – محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص 54.

³ – محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 372.

د - إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

كما نصت المادة 1006 أيضا على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ".
يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع قد أبقى بموجب القانون الجديد على شرط أهلية

التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي، فيكون المشرع بذلك لا يزال يعتبر التحكيم طريقا بديلا للتقاضي شأنه في ذلك شأن العديد من الدول (المغرب تونس، لبنان فرنسا). بحيث صار بإمكان الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي خصها المشرع بوصف الصفقات العمومية، أما خارج مجال الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام يتوقف على كون الدولة طرفا في الاتفاقيات الدولية التي تفرض اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾ و في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

الفرع الثالث: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية

مما لا شك فيه أن الإتفاق على التحكيم وكيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود، ذلك أنه وباعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية⁽²⁾ تتركز أساسا على الأموال العامة، فإنه من الطبيعي أن يتدخل المشرع ويضبطها بقواعد وإجراءات خاصة ابتداء من مرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة عليها من جانب الهيئة المختصة، بل ويرتب القانون على عدم إحترام هذه الإجراءات فساد الصفقة أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها.

وتعرف المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽³⁾ الصفقة بأنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة⁽⁴⁾.

¹ -Mohand ISSAD, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international, Revu de l'arbitrage, année 2008 n 3, p420.

² - Bernard Castaing – Rozen Noguellou – Catherine Prebissy-Schnall, Les marchés publics, éditions du Juris-Classeur, Paris, 2003, p4.

³ - قانون تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/7، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 58 بتاريخ 2010/10/7.

⁴ - إن هذا النص بصيغته الحالية جاء أقل اتساعا مما جاء به القانون الفرنسي الخاص بالصفقات العمومية رقم 730 - 2001 الصادر في 2001/08/23 والذي نص في مادته الأولى على أنه:

ويعني ذلك أنه يجب على الأطراف بداية تحرير عقد الصفقة كتابة باعتبارها ركنا لانعقاد الصفقة العمومية وليس كونها وسيلة للإثبات يترتب على تخلفها بطلان أو فساد الصفقة، مع تحديد الجهات المتعاقدة بصفة واضحة وصريحة.

بل ويستلزم المشرع إلى جانب ذلك تحديد نوع الصفقة تحديدا دقيقا فضلا عن تبيان كيفية إبرامها، وذلك ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه والتي جاء فيها " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

– إنجاز الأشغال،

– اقتناء اللوازم،

– إنجاز الدراسات،

– تقديم الخدمات...".

هذا بالإضافة إلى عقود البرنامج و صفقات الطلبات التي نصت عليهما المادة 16 من المرسوم والتي جاء فيها " يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ أيضا، حسب الحالة، إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية، طبقا للتنظيم المعمول به".

أما عن كيفية إبرام الصفقات العمومية فإنها في الجزائر تتم وفق أسلوبين، أسلوب المناقصة و أسلوب التراضي ويستلزم القانون على الأطراف المتعاقدة – تحت طائلة الإبطال – تحديد الأسلوب الذي يتم به إبرام الصفقة.

1 – أسلوب المناقصة:

يعتبر إجراء المناقصة هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية وتعرفه المادة 26 من المرسوم بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".
وتتخذ المناقصات عدة أشكال تتمثل في المناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة والإستشارية الإنتقائية والمزايدة وأخيرا المناقصة.

« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services... », Voir Le nouveau code des marchés publics commenté, EDITION du PAPHYRUS, France, 2001, p5.

وللتوضيح أكثر أنظر:

- Patrick Schultz, Les marchés publics ,L.G.D.J, France, 2003, p9.

- Patrick Schultz, Les marchés publics ,L.G.D.J, France, 2003, p9.

وتتم الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الأسلوب بعدة مراحل تبدأ من الإعلان عن المناقصة ثم مرحلة إيداع العروض تليها مرحلة فحص العروض وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين، لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يدرج فيها شرط التحكيم.

فهذه المرحلة إذا هي مرحلة قانونية جد هامة، حيث يتم فيها الإطلاع على إرادة الطرفين والتي تتجسد لاحقاً في الاتفاق على بنود الصفقة باعتبارها عقداً كبقية العقود تتضمن جملة من المواد تتعلق بكل جوانب الصفقة المالية والتقنية والتعاقدية والتسمية وغيرها.

ومن ضمن هذه المواد أو البنود، المادة التي تتعلق بتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الطرفين أو المتعاقدين⁽¹⁾، وهنا قد يتفق الطرفان على حل خلافاتهم المستقبلية باللجوء إلى التحكيم وذلك من خلال وضع شرط التحكيم، كأن تصاغ هذه المادة على النحو الآتي "تسوى الخلافات التي تطرأ حول تفسير كيفية تنفيذ هذه الصفقة المستقبلية ودياً بين الطرفين المتعاقدين وذلك في إطار الإجراءات القانونية لاسيما المادة 115 من المرسوم، وفي حالة عدم التوصل إلى تسوية ودية نهائية بالطرق المذكورة أعلاه يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم بعد الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية".

ما نخلص إليه أن وضع شرط التحكيم لا يكون إلا في هذه المرحلة بالذات، أي عند تحرير بنود الصفقة والتوقيع عليها من طرف المتعاقدين، وإن كان مجرد التوقيع عليها لا يجعلها منتجة لآثارها وإنما يستلزم المشرع إضافة إلى ذلك موافقة الجهات المحددة بالمادة الثامنة من المرسوم الرئاسي والتي تتمثل في:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة،
 - مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،
 - الوالي فيما يخص صفقات الولاية،
 - رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية،
 - المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،
 - المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي... الخ.
- وعلى ذلك فإن الموافقة على الصفقة بما فيها الموافقة على ما تتضمنه من شرط التحكيم لا يكون ناجزاً ونافذاً إلا بعد موافقة هذه الهيئات كل حسب اختصاصه.

¹ - Patrick Schultz, op.cit. p.100.

2 – أسلوب التراضي (Marché de gré à gré)

لقد اعتبر المشرع صراحة بنص المادة 25 من المرسوم السابق الإشارة إليه أن أسلوب المناقصة هو القاعدة أو الأساس في إبرام الصفقات العمومية، واستثناءا يمكن اللجوء إلى أسلوب التراضي بشكليه، أين تتخلص فيه الإدارة من القيود والشكليات والإجراءات المحددة والمنصوص عليها فيما يخص أسلوب المناقصة، إذ أن المصلحة المتعاقدة تكون مقيدة في اختيار المتعاقد معها كونها مرتبطة بإجراءات قانونية تستوجب مراعاتها وإلا ترتب عنها لكل ذي مصلحة المطالبة بالبطلان، ونظرا لكون أسلوب المناقصة يتطلب إجراءات معقدة وطويلة فإنه قد تظهر حاجات إستعجالية أو ملحة و غيرها تستوجب أن تتم مواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية باللجوء إلى هذا الأسلوب بغية تلبيتها.

حيث تعرف المادة 27 من المرسوم الرئاسي أسلوب التراضي بأنه " إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المناقصة " ويأخذ التراضي إحدى الصورتين، صورة التراضي البسيط أو صورة التراضي بعد الاستشارة.

والأصل أن الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم بإتباع إجراء معين مثلما هو الحال بالنسبة للمناقصات التي يستدعي فيها المشرع جملة من المراحل كما سبق بيانه، وإنما يستلزم المشرع فقط على الإدارة وطبقا للمادة 42 من نفس المرسوم أن تسبب اختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعنية، فإذا توافرت إحدى الحالات المذكورة في المرسوم الرئاسي محل الدراسة⁽¹⁾ المادة 43 مثلا بأن مرت الإدارة بحالة مستعجلة فعليها يقع عبء تبرير توافر هذه الحالة.

ولعل هذا الأسلوب – في نظرنا – أي أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي يمثل المجال الخصب لإدراج شرط التحكيم وبكل حرية فيها، أين تتحرر الإدارة من جملة الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتطلبها عند إبرام الصفقة عن طريق المناقصة.

المطلب الثاني: الاتفاق على التحكيم (مشاركة التحكيم) عند تنفيذ الصفقة العمومية

قد لا يدرج شرط تحكيم كبند من بنود الصفقة المبرمة أو في أي وثيقة تستند إليها عند التوقيع أو الموافقة عليها، ولكن يبرم بشأنه اتفاق لاحق عند تنفيذ الصفقة بمناسبة نشوء نزاع بين أطرافها ومهما كانت طريقة إبرامها سواء عن طريق التراضي أو عن طريق المناقصة، ففي مراحل تنفيذ الصفقة قد يتفق الطرفان على تسوية الخلافات أو النزاعات التي تقوم بينهما على حل النزاع عن

¹ – للتفصيل في هذه الحالات راجع المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

طريق التحكيم، وحينها يجب أن يبرم اتفاق تحكيم (مشارطة التحكيم) كتابة أو بأية وسيلة كانت قابلة للإثبات بالكتابة، غير أنه وقبل بيان كيفية إبرام هذا الاتفاق وجب علينا بيان حقوق والتزامات الطرفين الناتجة عن عقد الصفقة، حتى يتبين لنا متى يمكن أن تنشأ الخلافات بين الطرفين أو ما هي الالتزامات التي من الممكن أن يخل بها أحد الطرفين عند تنفيذه للصفقة المبرمة.

الفرع الأول: التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة

استقر القضاء الإداري على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة⁽¹⁾، فإذا كانت مصالح الطرفين تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" في العقود المدنية الخاصة، فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة⁽²⁾.

وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود وأن لها دائما حق تغيير شروطه أو تعديلها بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، بل ولها أيضا سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما تقتضيه المصلحة العامة يتطلب ذلك، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر، إذ أن هذه السلطات مسلم بها في القضاء الإداري، فلإدارة حق اللجوء إلى استعمالها حتى ولو لم ينص عليها في العقد، كونها من النظام العام، ولا يجوز للإدارة أن تنتازل عنها أو تحجم عن استخدامها، وكل اتفاق يمنعها من ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا⁽³⁾.

وإذا كانت آثار الصفقة العمومية ما هي إلا مجموعة من الحقوق والالتزامات المتقابلة التي تقع على عاتق الطرفين المتعاقدين وهما جهة الإدارة والمتعامل المتعاقد معها، فإننا سنفصل بناء على ذلك حقوق والتزامات كل طرف متعاقد وفق الآتي:

أولا: سلطات والتزامات المصلحة المتعاقدة

للمصلحة المتعاقدة باعتبارها الطرف الأقوى في عقد الصفقة عدة سلطات تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها خدمة للصالح العام، ومع ذلك فإنه ترد على عاتقها جملة من الالتزامات التي تعد في حقيقة الأمر ضمانا للمتعاقد معها، ويتجلى ذلك في التفصيل الآتي بيانه.

¹ — محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 158.

² — محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 1 السنة 2001، 42 وما بعدها.

³ — سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003، ص 15 وما يليها.

1 - حق الرقابة (الإشراف والتوجيه)

تهدف جهة الإدارة من وراء عملية إبرام الصفقات العمومية إلى سد احتياجات المرفق العام لذلك فهي تعمل على تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة⁽¹⁾، وحتى يتم الوفاء باحتياجات المرفق العام على أفضل وجه، تقوم جهة الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بمراقبة تنفيذ الصفقة⁽²⁾، ويكون ذلك بإحدى العمليتين وهما الإشراف والتوجيه.

ويقصد بالإشراف، أن جهة الإدارة تقوم بمراقبة الأعمال المادية التي يقوم بها المتعامل المتعاقد، وتتأكد من أن التنفيذ يتم وفقا لما تضمنه العقد من شروط، كأن ترسل الإدارة في صفقات الأشغال العامة مثلا مهندسين لزيارة مواقع العمل والإطلاع على الدفاتر ومراجعة البيانات والتأكد من سير العمل بانتظام واطراد³.

بينما يقصد بسلطة التوجيه، أن جهة الإدارة تقوم بإصدار التعليمات للمتعاقد معها بإتباع طريقة معينة في تنفيذ الصفقة، ولذلك غالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات، وبالخصوص في صفقات الأشغال العامة كونها تستغرق مدة زمنية طويلة.

فحق الإدارة في الرقابة وإن كان ثابتا لها في كل العقود الإدارية إلا أن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر⁽⁴⁾، فهو في عقود الأشغال العامة أوسع مجالا وأرحب نطاقا وذلك كون هذه العقود تكلف خزينة الدولة أموالا ضخمة، فضلا على أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة تفاديا لأي خروج عما تم التعاقد بشأنه من جانب مؤسسة التنفيذ وطنية كانت أم أجنبية.

ومع ذلك ينبغي القول أن ممارسة جهة الإدارة لحقها في الرقابة هي ليست مطلقة فيه، حيث يتعين عليها أن تصدر القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المبدأ العام للمشروعية، وعلى ذلك فإذا أصدرت المصلحة المتعاقدة قرارا إداريا لم يكن الهدف منه تسيير المرفق العام بانتظام، فإن القرار يكون مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة، ويجوز للمتعامل المتعاقد معها اللجوء للقضاء الإداري بهدف إلغاء القرار أو رفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذا القرار أو التعليمية، ما لم ينص صراحة في العقد على إحالة المنازعات التي تثور عند تنفيذ العقد إلى التحكيم أو كانت الإدارة (دولة أو ولاية أو بلدية أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها) طرفا في إحدى

¹ - Bernard Castaing-Rozen Noguellou- Catherine Prebissy-Schnall, op. cit. p.137.

² - عادل عبد الرحمن خليل، أثار العقود الإدارية، مطبعة الإيمان، القاهرة، دون سنة النشر، ص 23.

³ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991، ص 454.

⁴ - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 272.

الاتفاقيات التي تفرض اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بين الدولة والمتعاقد الأجنبي مثلما هو الحال بالنسبة لاتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار (المادة 975 من ق إ م و إد).

أما بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم (عقود التوريد) فإن سلطة الرقابة والإشراف فيها تتخذ مظهرا آخر أقل شدة من صفقات الأشغال العامة⁽¹⁾، ذلك أن الأصل في هذه العقود هو حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ في هذه العقود طالما تعلق الأمر بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بوضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة، على أن هذا لا ينفي إمكانية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضى، كأن يفرض مندوب أو ممثل المصلحة المتعاقدة استلام المواد أو المعدات لعدم مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد.

أما فيما يخص صفقات إنجاز دراسات فإنه يمكننا الأخذ فيها بالمفهوم الضيق للرقابة، بمعنى أن الإدارة تقوم بمجرد التحقق من تنفيذ الصفقة تنفيذا صحيحا يتفق وشروط الصفقة، ضف إلى ذلك أن المصلحة المتعاقدة قد لا تكون مؤهلة بما يكفي من أجل توجيه المتعامل المتعاقد في طريقة تنفيذ الصفقة، لأنها لو كانت لها الكفاءة الكافية لأنجزت الدراسة بنفسها. بينما حق الرقابة في صفقات تقديم الخدمات يتجاوز هذا المعنى إلى معنى أوسع، فبمقتضاه تتدخل المصلحة المتعاقدة في التنفيذ ولها أن توجه المتعامل المتعاقد معها وفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

2 - سلطة الإدارة في تعديل العقد

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص، والتي تحكمها قاعدة قانونية عديدة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني، وإن كانت هذه القاعدة العامة يرد عليها إستثناء أورده المادة 107 من نفس القانون والتي جاء فيها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك."

ويكاد فقه القانون والقضاء الإداري المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها⁽²⁾، فتستطيع المصلحة المتعاقدة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص144.

² - ماجد راغب الحلوى، المرجع السابق، ص 128.

المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة والنقصان، بل ونظرا لأهمية هذا الحق وضرورته لانتظام سير المرفق العام فإن جهة الإدارة دائما ما تحرص على أن تضمنه عقودها⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 102 من المرسوم نجدتها تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام ملاحق في جميع الصفقات العمومية، وتفسر المادة 103 من ذات المرسوم الملحق (P'avenant) بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يكون الغرض أو الهدف من وراء إبرامه هو زيادة الخدمات أو تقليلها، و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، غير أنه يشترط في هذا التعديل:

— أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة، إذ أن عنصر الكتابة لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل⁽²⁾ باعتبار هذا الأخير جزء من الصفقة وبالتالي وجب أن يخضع للمعيار الشكلي الذي تخضع له الصفقة العمومية.

— أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وهو ما قرره المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 103 من المرسوم الرئاسي وذلك بنصه "ومهما يكون من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، إلا إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف"⁽³⁾. ومرد ذلك أن إقبال الإدارة على تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة، ينجم معه تغيير موضوع العقد الأصلي، وسوف يؤدي حتما إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها الذي يجد نفسه أمام صفقة جديدة قد لا تتلاءم مع قدراته التقنية والمالية.

— يشترط لممارسة هذا الحق، أن تكون قد استحدثت ظروف بعد إبرام العقد تبرر التعديل، وأن الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام العقد قد تغيرت عما كانت عليه من قبل، وذلك لأن الأساس في حق التعديل هو ما تقضي به المصلحة العامة من وجوب ضمان تسيير المرافق العامة بانتظام وأنه لا شك أن المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقة تضع الشروط التي تلائم سير المرفق في

وللتفصيل في حق الإدارة في تعديل الصفقات بإرادتها المنفردة أنظر =

- Patrick Schultz, op.cit. p. 67

-Bernard Castaing -R.Noguellou- C.Prebissy Schnall, op.cit. p127.

-C .Lajoye, op.cit. p185.

¹ — أنظر في ذلك أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص213 وما بعدها — مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، جوان 1971، ص143 وما بعدها.

² - C. Lajoye, op. cit. p. 185.

³ — للتفصيل أكثر في فكرة الملحق أنظر:

-B. Castaing- R.Noguellou- C.Prebissy- Schnall, op. cit. p. 130.

-C. Lajoye, ibid. p. 183 et Ss.

-Le nouveau code des marchés publics, op. cit. p. 13.

الظروف القائمة في ذلك الوقت، فإذا ما استجدت ظروف أخرى لم تعد تتلاءم وسير المرفق فإنه يكون لها حق تعديل هذه الشروط بما يحقق المصلحة العامة وتماشيا مع الظروف الجديدة. وجدير بالذكر أن سلطة الإدارة في التعديل، لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود، بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام وانتظامه بحيث تكون هذه السلطة بالغة الاتساع في عقود الأشغال العامة وذلك نظرا لأن الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد، بينما تتضاءل هذه السلطة في العقود الأخرى كعقود التوريد والخدمات.

3 - سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد

تهدف نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمن انتظام المرافق العامة⁽¹⁾، فالإدارة باعتبارها سلطة عامة تملك توقيع الجزاء على المتعاقد معها متى ثبت إهمال هذا الأخير أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد أو عدم مراعاته أجل التنفيذ، أو قيامه بالتنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة، هذا فضلا عن كونها (الإدارة) هي التي تقدر ملائمة الجزاء لما أقرته المتعاقد معها من أخطاء في التنفيذ وهي التي تحدد ميعاده.

وللجزاءات الإدارية صور عدة يمكن تصنيفها إلى عقوبات مالية ووسائل ضغط وإكراه فضلا عن الجزاءات الجزائية، والتي سنتناولها وفق التفصيل الآتي:

أ - العقوبات المالية:

تتخذ العقوبات المالية إما صورة الغرامات أو صورة مصادرة مبالغ التأمين أو التعويض على النحو الآتي:

- **الغرامات:** لقد منح المرسوم الرئاسي الجديد رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/7 المصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد معها، وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 09 من ذات المرسوم حيث تنص على أنه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

فالمشرع بموجب هذا النص خول الجهة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق النص، وهما حالة التأخير والتي تتصور من جانب المتعامل المتعاقد مع الإدارة إذا لم يتم بتنفيذ الأعمال في الميعاد أو الأجل المتفق عليه في العقد

¹ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص282.

وحالة التقصير وتنشأ أو تتصور فيما إذا كان تنفيذ الأعمال غير مطابق للمواصفات المتعاقد عليها⁽¹⁾ ويتجلى تفصيل ذلك وفق الآتي:

– في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه

لاشك أن الإدارة حين تقبل على إبرام صفقة عمومية تأخذ في الاعتبار المدة الزمنية التي ينبغي من خلالها تنفيذ الصفقة، وبناء عليه يتعين على المتعامل المتعاقد الالتزام بتنفيذ جميع الأعمال الواردة في العقد في المدة المحددة دون تراخ أو تأخير وفقاً للشروط المتفق عليها في المواعيد المحددة لذلك.

وعادة ما تحدد المصلحة المتعاقدة نسب الغرامات وكيفية فرضها في دفتر الشروط الخاص بكل صفقة⁽²⁾، وهذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من المرسوم الرئاسي التي جاء فيها " بأن تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط الخاصة بكل صفقة باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ".

وعلى هذا الأساس فإذا تقاعس أو تأخر المتعامل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه في المدة المتفق عليها، فإنه يحق للمصلحة المتعاقدة بما تتمتع به من امتيازات أن تسلط على المتعامل المتعاقد غرامة التأخير وفقاً لما اتفق عليه في دفتر الشروط دائماً ودون الحاجة للجوء إلى منازعته (سواء أمام القضاء أو عن طريق التحكيم) ذلك أن الغاية من تنفيذ الأعمال في الميعاد المحدد هي دائماً ضمان سير المرفق العام بانتظام وتحقيق المصلحة العامة، التي يبتغي المرفق تحقيقها من تنفيذ الصفقة أو المشروع⁽³⁾.

وتعتبر غرامات التأخير من أهم الوسائل الضاغطة التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ الأعمال في ميعادها. ويعرف الفقه الأنجلو أمريكي هذا النوع من الوسائل بأنها المبلغ الثابت المقدر بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ إلى المدى الذي يسببه الإخلال بتنفيذ العقد من أضرار⁽⁴⁾، بل زيادة على ذلك تتميز غرامة التأخير بأنها اتفاقية من ناحية، بمعنى أنها تحدد مقدماً ضمن شروط الصفقة، ومن ناحية أخرى فإن جهة الإدارة هي السلطة المنوط بها

¹ — محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 173.

² — علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 180.

³ — عيسى عبد القادر حسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1997، ص 79. وللتنفصيل أكثر في سلطة الإدارة في توقيع الجزاء أنظر:

C. Lajoye, op. cit. p.173 et Ss, - B. Castaing - R. Noguellou - C. Prebissy - Schnell, op.cit. P.147 et Ss.

⁴ — محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 216.

توقيعها دون حاجة إلى حكم قضائي بها إذا ما أخل المتعامل المتعاقد بالتزامه قبلها، ولا يقبل منه إثبات عدم حدوث ضرر لها، فللمصلحة المتعاقدة مطلق السلطة التقديرية في توقيع الغرامة من عدمه بحسبانها القوامة على حسن سير المرافق العامة، كما توقعها دون الحاجة إلى تنبيه أو إعداار المتعامل المتعاقد، وقد أشار المشرع بموجب المادة 90 من المرسوم على أن هذه العقوبات المالية التعاقدية تقتطع بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم وفقا للشروط المتفق عليها في الصفقة. غير أنه إذا كان التأخير راجعا لسبب لا يد للطرفين فيه كحالة القوة القاهرة (1) أو لسبب أجنبي لم يكن المتعامل المتعاقد سببا فيه، فإن المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة ووفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية والثالثة من المادة السالفة الذكر لا تفرض عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد نتيجة للتأخير في تنفيذ الالتزام، على أنه يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية في كلتا الحالتين تحرير شهادة إدارية بذلك (2).

– في حالة تنفيذ الأعمال على نحو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها

الأصل أنه ينبغي على المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها، حيث يتعين عليه أن يؤدي التزاماته بدقة فيما يتعلق بالمواصفات المتعاقد عليها، بأن يقوم بتنفيذ الأعمال مطابقة لمواصفات العقد وملاحقه، وذلك ضمانا للوفاء بغرض جهة الإدارة من القيام بتنفيذ الصفقة بما يكفل سير المرفق بانتظام وتحقيق المصلحة العامة، وعلى هذا الأساس فإذا خرج المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن الالتزامات التي تعهد بها فإنه يستتبع بتوقيع جزاء مالي مثلما قرره المرسوم الرئاسي في المادة 09 منه نتيجة تقصيره في أداء التزامه.

– مصادرة مبلغ الضمان: أوجب المشرع في المادة 95 من قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة، على إيجاد الضمانات الملائمة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة، وذلك عن طريق فرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ.

¹ – يشترط لتوافر حالة القوة القاهرة شرطان أولهما أن يكون الأمر غير متوقع، وثانيهما أن يكون مستحيل الدفع. للتفصيل أكثر أنظر:

– علي محمد عبد المولى، "الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، مصر، 1991، ص444.

-Philippe Kahn : « Force majeure et contrats internationaux de longue - durée », clunet, Paris, p1975 .

² – المادة 90 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي السابق ذكره.

وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعاقد الأجنبي إذا لم يدم عن طريق حكومة دولته⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص⁽²⁾، أما مبلغ كفالة حسن التنفيذ فقد حددته المادة 100 من المرسوم الرئاسي بنسبة تتراوح بين 5% و10% من مبلغ الصفقة وإلى جانب دفع المتعامل المتعاقد كفالة حسن التنفيذ يلتزم أيضا بدفع كفالة رد التسبيقات النصوص عنها في المادة 75 من المرسوم، وهي كلها مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون.

– **التعويضات:** وهي المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية⁽³⁾، والواقع لم يشر المشرع صراحة إلى هذه التعويضات في إطار هذا المرسوم وكيفية إعمالها، إلا أننا نستشف ذلك من خلال الفقرة الثالثة من المادة 112 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها أنه " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

ب – **وسائل الضغط والإكراه:** وهي جزاءات تهدف إلى إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو احترام أوامر التنفيذ، و تتم عن طريق حلول المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد المقصر أو بإحلال الغير محله في تنفيذ الصفقة.

وهذه الجزاءات هي في الأصل جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد ، وإنما تكفل تنفيذه لغير المتعاقد⁽⁴⁾، كحلول المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد في صفقات الأشغال، أو تكليف مقاول آخر بتنفيذ الأشغال المطلوبة وعلى نفقة المقاول الأصلي، أو الشراء على حسابه في عقود التوريد ويسلم قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذه العقوبات حتى ولو لم ينص عليه العقد إلا أنه عادة ما تنص عليها المصلحة المتعاقدة في الصفقة ذاتها، أو في دفتر الشروط الإدارية العامة.

¹ – بينت المادة 94 من نفس المرسوم حالتي الضمانات المالية ذات الطابع الحكومي وقصرتها على الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.

– الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

² - انظر المادة 95 من نفس المرسوم.

³ - هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص 111.

⁴ – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 292.

ومن المسلم أن للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في التنفيذ العيني في الصفقات العمومية ذات الطبيعة الداخلية والدولية على السواء، فهو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة وهو مشروع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية حيث تملك الإدارة حق توقيعه دون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام.

فلو أخذنا صفة الأشغال الدولية باعتبارها عقدا إداريا فيها بعض ما يحتويه هذا الأخير من نصوص استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن سلطة الإدارة في توقيع إجراء سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المقاول نتيجة لإخلال جسيم من جانبه، هو إجراء تصدره الإدارة تنفيذا لشروط الصفة ومستندا إلى نصوصها وليس قرارا إداريا.

ج - الجزاءات الجنائية:

من المسلم أن القاعدة العامة تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالإدارة كقاعدة عامة لا تستطيع أن توقع على المتعاقد معها جزاء جنائيا، فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص فإن ذلك لا يصل إلى حد تضمين هذه العقود جزاءات جنائية⁽²⁾، لأنه ليس من اختصاصها تحريك ومباشرة الدعوى العمومية ومعاقبة الأشخاص بل ذلك يعود للنياحة العامة فيما يخص كل المخالفات لقانون الصفقات العمومية ذات الطابع الجزائي، لا سيما الأحكام التي تضمنها القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾ حيث يمكن أن تتأسس المصلحة المتعاقدة كطرف مدني للمطالبة بالضرر الذي يلحقها من جراء هذه الأفعال المجرمة.

4 - سلطة الإدارة في فسخ العقد

يعتبر فسخ الصفة من أبلغ مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، ولا يكون فسخ الإدارة للصفة دوما هو بمثابة جزاء، وإنما قد تقوم المصلحة المتعاقدة بوضع نهاية للصفة حتى قبل الشروع في تنفيذها متى رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك⁽⁴⁾، والفسخ بمعنى الجزاء يقصد به وضع حد للعلاقة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة في غير الأحوال الاعتيادية لإنهاء هذه الرابطة، وهو حق أصيل ثابت للإدارة متى رأت أن المرفق العام في خطر

¹ - محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 205.

² - راجع في ذلك كل من جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 296 و:

- Patrick Schultz, op.cit. p.104.

³ - القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 في مواد 9، 25، 26، 25، وغيرها المعدل والمتمم بأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26/08/2010 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 2010/9/1.

⁴ - B. Castaing- R. Noguellou- C. Prebissy-Schnall, op.cit. p.121.

نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما. فحين يرتكب المتعامل المتعاقد أي من الأخطاء الجسيمة أثناء تنفيذ العقد، تستطيع جهة الإدارة فسخ العقد بقرار صادر منها دون اللجوء إلى القضاء بحسبانها صاحبة العمل والجهة المنوط بها الحرص على تنفيذ العقد على النحو المطلوب لضمان سير المرفق العام بانتظام⁽¹⁾.

ويعتبر الفسخ آخر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة، إذ الأصل فيه أنها لا تلجأ إليه إلا إذا لم تجد معها الوسائل الأخرى سبيلا في ضبط المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، كما أنه جزء يشمل جميع الصفقات العمومية. وقد نص المشرع على حق الإدارة في فسخ الصفقة وميز بين نوعين من الفسخ في أحكام المادتين 112 و 113 من المرسوم الرئاسي وهما : الفسخ من جانب واحد، والفسخ التعاقدية.

– الفسخ من جانب واحد: نصت المادة 112 من المرسوم السابق الإشارة إليه على أنه " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد " ونلاحظ أن المشرع قد جاء في هذه الفقرة بصيغة العموم من خلال نصه " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته"، حيث لم يشترط شروطا معينة لتوقيع عقوبة الفسخ، و إن كان مسلم به أن الإدارة لا تلجأ إليه إلا في حالات الإخلال الجسيم.

غير أن سلطة فسخ الصفقة، وبالنظر لخطورتها وآثارها، فإن المصلحة المتعاقدة قبل ممارستها لهذا الحق تلزم باعذار المعني بالأمر للوفاء بما تعهد به خلال مدة معينة تحددها وهذا خلافا للعقوبات الأخرى كغرامات التأخير أو مصادرة التأمين التي لا تلتزم فيها الإدارة القيام بهذا الإجراء(الإعذار)، ولم يبين المرسوم شكل الإعذار، وإنما نص في الفقرة الأخيرة من المادة المذكور أعلاه على أن يحدد الوزير المكلف بالمالية البيانات الواجب إدراجها فيه وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني في الجرائد المكتوبة، وذلك لتبنيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ. ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتراض المتعامل المتعاقد على قرار المصلحة الإدارية بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها⁽²⁾، فإذا أخل المتعاقد مع الإدارة بأي من التزاماته التعاقدية ولم يصلح أثر هذا الإخلال خلال المدة الزمنية التي حددها الإعذار، كان لجهة الإدارة أن تفسخ العقد وتصادر التأمين النهائي عند الفسخ، وتحصل على جميع ما تستحقه من غرامات التأخير وتعويضات تقدر بنسبة الأضرار التي لحقتها بسبب خطأ المتعاقد معها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى، أي كان سبب الاستحقاق، ودون حاجة

¹ – عيسى عبد القادر حسن، المرجع السابق، ص 168.

² – المادة 112 الفقرة الثالثة من المرسوم السابق الإشارة إليه.

إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية أو تحكيمية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري⁽¹⁾.

– الفسخ التعاقدى:

زيادة على الفسخ من جانب واحد والذي ذكرناه آنفاً، نصت المادة 113 من نفس المرسوم على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بالفسخ التعاقدى للصفحة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض. ويعني ذلك أن الإدارة تلجأ إلى هذا الفسخ التعاقدى حينما تقدر لزوميته إذ لها السلطة التقديرية في اللجوء إليه من عدمه.

وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك، ينبغي على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي يلزم فيها المشرع أن تتضمن تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المعدة، وكذلك الأشغال الباقى تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة.

ثانياً: حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة والتزاماته

ينشأ عن إبرام الصفقة العمومية مجموعة من الحقوق للمتعامل المتعاقد في مواجهة الإدارة ومنها بصفة أساسية الحق في الحصول على المقابل النقدي، والحق في التوازن المالي للعقد، وفي مقابل ذلك تقع عليه التزامات أساسية تتمثل في أن يقوم بتنفيذ الالتزام شخصياً وفي المواعيد المحددة لذلك ووفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، وسوف نتناول ذلك وفق التفصيل الآتي:

1 – حقوق المتعامل المتعاقد

للمتعامل مع الإدارة في إطار صفقة عمومية وأي عقد إداري آخر جملة من الحقوق، التي يجب على جهة الإدارة أن تحافظ عليها وتؤديها له تجنباً لأي خلاف قد يقع وتتمثل في:

أ – **الحق في المقابل المالي:** تعتبر الصفقات العمومية من عقود المعاوضة⁽²⁾ التي تدفع فيها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها عوضاً لما تحصل عليه من أعمال وفق الأشكال والكيفيات التي حددها القانون، وبالتالي فإن هذا الالتزام الملقى على عاتقها هو أهم التزاماتها التعاقدية حيال المتعاقد معها.

ويتخذ المقابل المالي شكل الثمن في أغلب العقود الإدارية (عقود الأشغال العامة، التوريد الخدمات...)، بخلاف عقد الالتزام الذي يكون الثمن فيه في صورة رسم يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين من الخدمة وفقاً للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة، و الأصل أن تحديد الثمن

¹ – في فسخ العقد كجزء توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها انظر:

-Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, Paris, 1995, P.183 et Ss.

² – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثانية، 1989، ص08.

وطرق مراجعته ودفعه يتم باتفاق المتعاقدين، و هذا ماقررته المواد من 63 إلى 72 من المرسوم الرئاسي السالف ذكره، ولذا يستلزم ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصيغة ذاتها وبطريقة مفصلة.

وطالما أن المقابل المالي أو الثمن هو شرط تعاقدى يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾ وهو هدف مشروع دائماً، فإن تسديده – في الأصل – لا يكون إلا بعد أداء المتعامل المتعاقد مع الإدارة لالتزامه، غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي في بعض الأحيان إلى إرهاب المتعامل المتعاقد، كما لو كان تنفيذ الصيغة – لا سيما في عقود الأشغال – يتطلب وقتاً طويلاً زيادة على المبالغ المالية الضخمة، ومن ثم فإنه استثناء من ذلك أجاز المشرع في قانون الصفقات العمومية للإدارة أن تصرف للمتعاقد معها دفعات مقدمة (تسبيق) من قيمة التعاقد أو دفعات تحت الحساب بعد تمام بعض الأعمال.

ب – الحق في التعويض⁽²⁾ (Indemnisation): الأصل هو أن أية مخالفة للالتزامات التعاقدية يترتب المسؤولية على عاتق كلا من الطرفين وباعتبار الصفقات العمومية عقوداً إدارية يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، فإنه ومع الدور الذي تلعبه هذه الصفقات في تفعيل الاقتصاد لا يحق للمتعاقد مع الإدارة في حالة صدور خطأ من جانبها التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في القواعد العامة للقانون المدني، و ليس له الامتناع عن التنفيذ بحجة أن المصلحة المتعاقدة قد قصرت من جانبها في تنفيذ التزاماتها ما لم يترتب عن هذا التقصير استحالة التنفيذ ولا يكون للمتعاقد حينها سوى اللجوء إلى قاضي العقد (القاضي الإداري) للحصول على التعويض.

ج – الحق في التوازن المالي للعقد : ظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 11 مارس سنة 1910⁽³⁾، وتقوم هذه الفكرة على أساس التعويض بدون خطأ أي أنها لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض عند وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنما مجال إعمالها هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة المصلحة المتعاقدة.

وهي فكرة منطقية، فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير في التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد، فالاعتراف

¹ – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 300.

²-B. Castaing - R.Noguellou- C.Prebissy-Schnall, op. cit. p.144.

³ – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 231.

للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي للعقد يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة وسنبين ذلك بالقدر الذي تتطلبه طبيعة البحث في الآتي:

النظرية الأولى: نظرية فعل الأمير *Le fait du prince*

تعتبر هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، وهي من النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾. ويقصد بنظرية فعل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها يترتب عليه ضرر على المتعامل المتعاقد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه⁽²⁾، وبعبارة أخرى يقصد بفعل الأمير كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات المتعاقد أو على ظروف تنفيذه فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض⁽³⁾، ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

— إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...".

وبهذا المبدأ يكون المشرع قد رخص للطرفين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة تنفيذ الصفقة، بل وحتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي للصفقة في إطار هذه النظرية يجب توافر عدة شروط نبينها في الآتي:

— شروط تطبيق نظرية عمل الأمير⁽⁴⁾:

1 — أن يكون الفعل صادراً عن الجهة المتعاقدة نفسها: لأنه إذا ما صدر هذا الفعل عن جهة إدارية أخرى غير التي أبرمت الصفقة تخلف أحد شروط أعمال هذه النظرية.

¹ — محمد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 262.

² - C. LAJOYE, op. cit. p209, 210.

³ — ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 138.

⁴ — للتفصيل أكثر في شروط تطبيق هذه النظرية راجع:

— جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 310 وما بعدها.

— سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 631.

— ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، القاهرة، 1991، ص 114 وما يليها.

2 – أن ينشأ عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد يؤدي إلى قلب إقتصادات العقد والتأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد فيسبب له ضررا ماليا، وفي نطاق نظرية فعل الأمير لا يشترط في الضرر أي قدر من الجسامة فقد يكون جسيما أو يسيرا، ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو في الانقاص من أرباحه التي أراد الحصول عليها من وراء تعاقدته مع الإدارة.

3 – أن يكون الضرر الذي لحق المتعاقد ضررا خاصا غير متوقع: فشرط عدم التوقعية يعتبر شرطا عاما في جميع النظريات التي تسعى إلى إقامة التوازن المالي في العقد الإداري، لأنه إذا كان هذا الإجراء الصادر عن الإدارة متوقعا في إطار نصوص العقد الصريحة أو ما تؤول إليه من تفسير فإنه لا مجال عندئذ من تطبيق هذه النظرية، بل فضلا عن ذلك يجب أن يكون الضرر خاصا أي يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده، ولا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام.

4 – تفترض نظرية عمل الأمير أن الإدارة المتعاقدة حين اتخذت الإجراء الذي أدى إلى الإضرار بمركز المتعاقد معها لم تخطئ، لأنه إذا ثبت خطأ الإدارة فإن مسؤوليتها في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية ناتجة عن خطأ.

هذه الشروط وغيرها إذا ماتوافرت جاز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض الناتج عن الأعباء الجديدة الذي خلفه تدخل الإدارة بموجب عملها أو قرارها، لذلك نجد أن الإدارة تلجأ – غالبا – في أثناء ممارستها لسلطتها في التعديل إلى طلب المتعاقد معها إلى تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة ومحاولة الوصول معه إلى حل توافقي ودي، وهو ما حرصت على إقراره المادة 115 من المرسوم الرئاسي محل الدراسة.

النظرية الثانية: نظرية الظروف الطارئة *la théorie de l'imprévision*

نشأت نظرية الظروف الطارئة في كنف أحكام القانون المدني بحسبان أن تغير الظروف – والذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد – هو أهم ما قد يسبب اختلالا للتوازن المالي للعقد وهو ما يستدعي إعادة إقتصادات العقد إلى نصابها السليم⁽¹⁾، وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في المادة 107 من القانون المدني. ويعتبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30

¹ – محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 273.

مارس 1916 أول من أرسى مبادئها بمناسبة نظره في قضية الإنارة لمدينة بوردو⁽¹⁾، ومفادها أنه كلما جدت بعد إبرام العقد ظروف استثنائية خارجية لم تكن في الحسبان ومن غير الممكن توقعها أي ليست ناتجة عن الإخلال بالتزامات تعاقدية، وترتب عنها اختلال التوازن المالي للعقد لدرجة يصبح معها تنفيذ الصفقة يشكل إرهاقا وتكاليفه أكبر بكثير من تلك التي تم توقعها عند إبرام العقد، فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب من المصلحة المتعاقدة المساهمة بتحمل جزء من التكاليف والأعباء الإضافية بما يضمن له تعويض جزء من الخسارة التي لحقت به⁽²⁾.

وعليه تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير في أن العمل المتسبب في الضرر المالي الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة ناتج عن عارض خارجي ليس للإدارة أي يد أو دخل فيه، بينما الضرر الصادر عن الإدارة بالنسبة للنظرية الأولى فيكون نتيجة تدخل الإدارة جراء قرارها أو عملها المتخذ كما سبق بيانه سالفًا، ولتطبيق هذه النظرية يجب توافر الشروط التالية:

– شروط تطبيق النظرية:

- 1 – أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع أثناء التنفيذ: وهو شرط أساسي يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتي سميت به، بمعنى أن الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال في الشروط المتفق عليها بما يجعل التزامات أحد الطرفين أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده تحملها⁽³⁾.
- 2 – أن يكون الحادث خارجا عن إرادة الطرفين: ومعنى ذلك أنه حتى يستفيد المتعاقد مع الإدارة من إعادة التوازن المالي في إطار هذه النظرية ينبغي ألا يتسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، وكذلك الأمر بالنسبة للإدارة.
- 3 – أن ينجم عن الحادث طارئ خسائر غير مألوفة أدت إلى قلب الوضع الإقتصادي للمتعاقد المتعاقد رأسا على عقب، بعبارة أخرى أن هذه الخسائر تتجاوز فداحتها العادية التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ.

¹ – أنظر تفصيل ذلك :

- C.LAJOYE, op.cit. p.181.

² - راجع تفصيل ذلك: عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، القاهرة، 1990، ص 136.

³ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 331.

2 – التزامات المتعامل المتعاقد

يلتزم المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بأن يفي بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط الصفقة وحسب القواعد العامة المقررة في القانون المدني في هذا الصدد في النظرية العامة للعقد وكذا الخاصة المقررة في تنظيم العقود المسماة⁽¹⁾، وإلا ترتب عن ذلك مسؤوليته العقدية ما لم تمنعه من ذلك حالة القوة القاهرة أو بفعل المصلحة المتعاقدة التي تضع المتعاقد معها في حالة استحالة تنفيذ الصفقة، ويمكن حصر أهم التزامات المتعامل المتعاقد في:

أ – **التنفيذ الشخصي للصفقة**: تضع المصلحة المتعاقدة الاعتبار الشخصي في المقام الأول عند اختيارها للمتعاقد معها، و تراعي في ذلك مجموعة من الاعتبارات المرتبطة بشخصه وحالته كتوافر صفات جوهرية فيه تتعلق بخبرته وكفاءته الفنية والمالية، بتور منحه الصفقة دون غيره من المتنافسين، ولذلك يتعين عليه تنفيذ التزاماته بنفسه ولا يجوز أن يتنازل عنها للغير⁽²⁾، بل وتجعل نصوص المرسوم محل الدراسة المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ جزء من الصفقة بصفة ثانوية⁽³⁾، على أنه لا يمكن اللجوء بأي حال من الأحوال إلى التعامل الثانوي إلا ضمن الشروط المحددة بموجب المرسوم ذاته.⁽⁴⁾

وإذا كان المرسوم قد أجاز اللجوء إلى التعامل الثانوي، فإنه بذلك قد راعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع لا سيما إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال العامة⁽⁵⁾.

ب – الالتزام بأداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها:

يلزم على المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها في العقد، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر

¹ – ففي حقيقة الأمر أنه يمكن تصنيف الصفقات العمومية بحسب محلها وفي ذلك يمكن الاعتماد على تصنيف القانون المدني للعقود، على اعتبار أن صفقة الأشغال ما هي إلا عقد مقاول، بينما صفقة اقتناء اللوازم فهي عقد بيع، وفي ذلك راجع :

- Bennadji Chérif, évolution de la réglementation des marchés publics, thèse de doctorat d'Etat, faculté de droit, université d'Alger, 1991, p 574

124 – في تفصيل الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري انظر:

– سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 438 وما بعدها.

– B.Castaing- R. Noguellou- C.Prebissy-Schnall, op.cit. p.162.

³ – انظر المادة 108 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره.

⁴ - للتفصيل في هذه الشروط راجع المادة 109 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

⁵ - Patrick Schultz, op. cit. p.66.

الشروط واطلع عليه وتعهد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، فإنه يجب أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة على النحو المتفق عليه مسبقاً، فإذا كانت الصفقة صفقة أشغال عامة تتعلق ببناء وحدات سكنية مثلاً فإنه يجب عليه أن ينفذها حسب الشروط التقنية المتعاقد عليها.

وكذلك الأمر إذا تعلق بصفقات التوريد، باعتبارها عقود بيع أو شراء⁽¹⁾ — وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها — فإذا ما تعهد المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتوريد تجهيز معين أو عتاد ما فإنه يجب أن يكون حسب الأوصاف المتفق عليها في الصفقة فضلاً عن الالتزامات الأخرى التي تقع على عاتقه والمتمثلة وفق ما هو منصوص عليه في القانون المدني⁽²⁾ من ضمان العيوب الخفية وتسليم المنقول في المكان والزمان المحددين في العقد وغيرها.

ج — الالتزام بأداء الخدمة في الأجل المتفق عليه

وهنا يتعين على المتعامل المتعاقد تنفيذ جميع الأعمال الواردة في الصفقة في المدة المحددة دون تراخ أو تأخير ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل، بل إن تجاوز المدة يعطي للمصلحة المتعاقدة حق فسخ الصفقة كما تقدم بيانه ويتحمل المتعامل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة عن ذلك⁽³⁾.

د — الالتزام بتقديم مبلغ الضمان

يلزم المتعامل المتعاقد كما بينا وقبل مطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان كاحتياط مالي يضمن قيامه بما هو ملقى على عاتقه من التزامات يوضع تحت تصرف الإدارة والتي يمكنها مصادرتها في حالة ما إذا أخل المتعاقد معها بإحدى الالتزامات المنصوص عليها في الصفقة. ولهذا يحمل المشرع المصلحة المتعاقدة في المادة 92 من المرسوم مسؤولية الحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعامل وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

¹ - Mohamed Kobtan, introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N° 3, Année 2003, P 30.

² - أنظر المواد من 351، 361، 371، 372، 379، 549، 550، 551 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75 — 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975 .

³ - B-Castaing- R.Noguellou- C.Probessy-Schnall, op. cit. p.172et 173.

الفرع الثاني: إبرام اتفاق التحكيم (المشاركة) عند تنفيذ الصفقة العمومية

Le compromis

المبدأ أو القاعدة أنه على كل طرف من طرفي العقد (الصفقة العمومية) أن ينفذ الالتزامات المترتبة عن الصفقة والواقعة على عاتقه بحسن نية، وإذا حصل وأن تقاعس أحد الأطراف عن الوفاء بالتزامه فإن ذلك سيؤدي حتما إلى نشوء نزاع بين الطرفين. وإذا لم يرد بشأن هذا النزاع بند تحكيمي عند إبرام الصفقة يتفق فيه الطرفان على اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجوز لهما في هذه الحالة أن يقوموا بإبرام اتفاق تحكيم (مشاركة التحكيم) وذلك بعد محاولة حل الخلاف بالطرق المنصوص عليها قانونا وهي التسوية الودية أو الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات وفقا لما جاءت به المادة 115 من المرسوم الرئاسي⁽¹⁾.

أولا: تعريف اتفاق التحكيم (مشاركة التحكيم)

نصت المادة 1011 من ق إم وإد على أن: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

فمشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع⁽²⁾ تعني اتفاق أطراف علاقة قانونية على اللجوء للتحكيم للفصل في نزاع نشأ بينهم بالفعل، واتفاق التحكيم طالما يأتي بعد نشوء النزاع فإنه يجب أن يأتي محددًا لكافة المسائل الجوهرية من نقاط الخلاف بين الأطراف وادعاءات الخصوم وطلباتهم⁽³⁾، وتأتي مشاركة التحكيم كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي أي أنه عقد جديد يبرم بين المتعاقدين بخلاف العقد الأصلي، وهو ما يدعم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من عيوب قد تؤدي إلى بطلانه.

وللاشارة لم يكن قانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم يتعرف إلا على اتفاق التحكيم (المشاركة) وقد كان الاجتهاد الفرنسي هو الذي أعطى نوعا من الإبراز لشرط التحكيم وكرس اللجوء إليه حتى أصبح هذا الشرط حاليا حجر الرحي الذي يقوم عليه الصرح التحكيمي لا سيما في مجال التجارة الدولية، أين أصبحت الغالبية الساحقة من القضايا التحكيمية — خاصة الدولية منها —

¹ — تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل... يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر موقرا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن...".

² - Mohand ISSAD, op.cit. p.422.

³ — فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 09.

تنشأ استنادا إلى شرط تحكيم سابق للنزاع، وعدد قليل منها ينشأ بالاستناد إلى اتفاق تحكيمى (مشاركة) لاحق للنزاع⁽¹⁾.

ثانيا: محتوى اتفاق التحكيم

نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أن " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم ، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم. إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة "

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع قد اشترط جملة من الشروط الواجب توافرها في

اتفاق التحكيم حتى يعتبر صحيحا، وتختلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلانه، لا سيما في ما يخص تحديد موضوع النزاع، بالإضافة إلى تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وانطلاقا من الجانب الشكلي، فإن المشرع وبموجب المادة السالف ذكرها يستلزم الكتابة لاتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا، وبالتالي هي ليست مجرد وسيلة للإثبات، وإنما هي شرط لصحة اتفاق التحكيم⁽²⁾. أما على مستوى التحكيم الدولي، فلا تعدو الكتابة سواء بالنسبة لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم إلا وسيلة للإثبات طبقا لما جاء في المادة 1040 من ق إ م و إ د، إذ يجوز إبرام اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى.

بينما من الناحية الموضوعية، فإن المشرع الجزائري - شأنه شأن المشرع الفرنسي - استلزم بداية أن يكون موضوع النزاع محددًا حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، وينتج عن ذلك أنهما: - أن الامتناع عن تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.

- أنه يتعين على المحكم أو المحكمين التقيد بموضوع النزاع، ويتجلى ذلك في الآتي:

134- ويعرف قانون المرافعات المدنية الفرنسية مشاركة التحكيم بأنه " عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل في إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين" أنظر ترجمة نصوص قانون المرافعات المدنية الفرنسية المتعلقة بالتحكيم، عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، دار المعارف، الجزء الثاني 1998 ص443.

² - وذلك بخلاف المادة 1449 من قانون المرافعات الفرنسية التي تجعل من كتابة مشاركة التحكيم ماهي إلا وسيلة للإثبات حيث تنص:

« Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. »

1 - تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم

يتحدد موضوع النزاع من خلال الوقائع والادعاءات التي يعرضها الأطراف في اتفاق التحكيم بمعنى آخر أن موضوع النزاع يتحدد في الاتفاق التحكيمي عبر الموقف الذي يتخذه كل الأطراف لحظة توقيع مشاركة التحكيم، وفي هذه الحالة يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى الذي يقدمه المحتكم عند بدء إجراءات التحكيم، وإن كان التحديد النهائي للمسائل المتنازع فيها والتي تتحدد على أساسها ولاية محكمة التحكيم يتم لاحقا على ضوء ما يقدمه الخصوم من طلبات أثناء سير الخصومة، مع مراعاة أن تكون هذه الطلبات في حدود ما نصت عليه مشاركة التحكيم، وعليه فكل طلب جديد ومضاف من قبل الأطراف إلى الادعاءات الأساسية أثناء سير الخصومة يعتبر خارجا عن موضوع النزاع ولا يخضع لصلاحية المحكمة التحكيمية إلا إذا اتفق الأطراف على هذه الإضافة أو الوقائع الجديدة.

2 - وجوب تقييد محكمة التحكيم بموضوع النزاع كما هو محدد في اتفاق التحكيم

يتوجب على محكمة التحكيم ألا تتجاوز حدود الوقائع التي يتكون منها موقف كل من الأطراف مثلما هو معبر عنه في مشاركة أو اتفاق التحكيم، وبالتالي يتعين على المحكم الفصل في كل الطلبات المقدمة من كل الأطراف، ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما هو مطلوب منه. ومن جهة أخرى، ينبغي أيضا أن يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز فيها التحكيم ولا تخالف النظام العام، وبالتالي فكل اتفاق (شرطا كان أو مشاركة) بين الأطراف يحيل النزاع إلى التحكيم وهو لا يقبل التحكيم يعتبر باطلا وكأنه لم يكن.

أما بالنسبة للتحكيم الداخلي، وضمن محتوى اتفاق التحكيم دائما، لم يخرج المشرع في القانون الجديد عن الشرط الذي وضعه القانون القديم فيما يخص صحة اتفاق التحكيم، والذي يقتضي أن يتضمن تحت طائلة البطلان، اسم أو أسماء المحكمين أو النص على كيفية تعيينهم، ويكون بذلك قد ساير منهج المشرع الفرنسي الذي استلزم هو الآخر إلى جانب تحديد موضوع النزاع تضمين اتفاق التحكيم أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وعلى خلاف ذلك ففي التحكيم الدولي، فالمشرع لم يستوجب على الأطراف إتباع قاعدة معينة فيما يتعلق بتعيين المحكم أو موضوع النزاع، ويكتفي بالنص في المادة 1041 من ق.إ.م و إد على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"، غير أنه في حالة عدم تعيين المحكم أو تعذر ذلك، فإنه رخص أو أجاز للطرف الذي يهمله الأمر القيام بما يأتي:

1/ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2/ أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

بل أنه فضلا عن ذلك أجاز للأطراف في حالة رفض المحكم لأداء مهمته طلب استبداله عن طريق رفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة، ويكون بهذه القاعدة قد أخذ بمنحى مغاير لما جاء به قانون التحكيم الداخلي الفرنسي الذي يقضي ببطان اتفاق التحكيم (مشارطة) إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، وبالتالي لم يترك المجال لأي تدخل من الجهات القضائية لإنقاذ التحكيم، أما على المستوى الدولي فإن المشرع الفرنسي لم يحدد حالة بطان اتفاق التحكيم تبعا لرفض المحكم لمهمته، حيث منح للأطراف حرية واسعة في اختيار المحكمين واستبدالهم وعزلهم. وقد منح المشرع الأطراف في التحكيم الداخلي - شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي - إمكانية إبرام اتفاق التحكيم (مشارطة) حتى ولو كان ذلك أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية⁽¹⁾، ويستنتج من ذلك أن النزاع المعروض على أي جهة قضائية مهما كانت درجتها يمكن إعادة توجيهه إلى التحكيم باتفاق الأطراف.

مع الإشارة أنه وفي كل الأحوال ما تم الفصل فيه من نزاع قائم بين الأطراف على مستوى القضاء يبقى محتفظا بقوة الشيء المقضي فيه، ولا يتابع التحكيم إلا بشأن المسائل المتبقية، إلا إذا عمد الأطراف واتفقوا على عدولهم عن قبول القرارات القضائية والتوجه إلى محاكمة جديدة شاملة عن طريق التحكيم، وهذه القاعدة التي يطرحها قانون التحكيم الداخلي هي بالأحرى مطبقة في قانون التحكيم الدولي.

المطلب الثالث: استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفة العمومية

إن استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفة العمومية مسألة غاية في الأهمية، ذلك أن هذه الاستقلالية تحمي أي طرف من الأطراف من الإدعاءات التي قد يقدمها الطرف الثاني، والتي تكون الغاية منها تعطيل تنفيذ الصفة أو التصل والتراجع عن الاتفاق المبرم بشأن اللجوء إلى التحكيم بدافع أن إجراءات الصفة غير سليمة مثلا، ومخالفة للقانون أو فيها أي عيب من العيوب مهما كان مصدره. من أجل مواجهة كل هذه الصعوبات قرر المشرع في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفة العمومية وفق ما نبينه في الفرعين التاليين.

¹ - المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: ماهية استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

سبق أن رأينا أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرفي العلاقة القانونية التي سينشأ عنها النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم، أو عن طريق اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية التي أثير بشأنها النزاع المراد حسمه وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)⁽¹⁾.

فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، يأتي دائما بمناسبة عقد بين طرفي العلاقة القانونية التي ثار أو سيثور بشأنها النزاع المراد حسمه بواسطة التحكيم، ما يعني أنه ثمة ارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يربط طرفي العلاقة القانونية، وهنا يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي إذا ما تعرض هذا الأخير إلى سبب أدى إلى بطلانه أو فسخه، فهل اتفاق التحكيم يتبع العقد الأصلي وجودا وعدما، أم أنه يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي فيظل صحيحا وناظرا حتى ولو أبطل العقد الأصلي أو تم فسخه؟.

فالمتمصور منطقيا أن العقد (الصفقة) إذا تعرض لأحد هذه العوارض، فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي شرط التحكيم بالتبعية، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط صحته الخاصة به⁽²⁾.

ولم يتبنى المشرع في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التحكيم، ما يؤدي بالقول أن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشمل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضى بصحة العقد عادت الحياة إلى الشرط التحكيمي وإلى التحكيم أما إذا قضى بغير ذلك فإن القضاء هو المختص بنظر النزاع التعاقدية.

أما في التحكيم الدولي، فقد نصت المادة 1040 من إ م ق إ في فقرتها الأخيرة أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي، فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم الذي لم يتبن نظرية استقلال شرط التحكيم في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح.

الفرع الثاني: نتائج استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد الصفقة العمومية) النتائج

الآتية:

¹ — فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 26.

² — محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 69.

أولاً: أن بطلان كل من العقد الأصلي(الصفقة) أو بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطلت الصفقة أو تم فسخها لسبب ما، كمخالفتها لإجراء جوهري من إجراءات إبرامها أو كان موضوع الصفقة مخالفا للنظام العام أو لعدم جدوى الصفقة، فإن شرط التحكيم يظل صحيحا، ومن ثم يمكن السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع حول مدى صحتها من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة، وعليه يمكن القول أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وتدعيم اتفاق التحكيم.

ثانياً: أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه بنظر النزاع، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تخويل المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه. بل يذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه ومصدره الروحي في استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأنه من المبادئ المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

ثالثاً: أن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم⁽²⁾، حيث يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم اتفاق التحكيم.

خلاصة الفصل الأول:

ما نخلص إليه من خلال دراستنا للنظام الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية (أي الجانب الموضوع) أن التحكيم نظام خاص يختلف عن نظام قضاء الدولة، ذلك أن اللجوء إليه يكون باتفاق الأطراف الذي يجد أساسه في النص القانوني أو التشريعي.

وقد تبين لنا من خلال هذا الفصل أن المشرع تردد كثيرا في فتح الباب أمام التحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية- بصفة خاصة- لفترة طويلة من الزمن نتيجة لعدة اعتبارات لا سيما التاريخية منها، إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 أين فتح الباب على مصراعيه للتحكيم وأجازه في الصفقات العمومية بصريح نصوصه رغبة منه في تطوير التنمية ومواكبة التطورات التي يشهدها العالم وذلك من خلال مشاركة رأس مال الأجنبي في إنجاز المشاريع الكثيرة بل والكبرى في شتى المجالات، ولم يكتف بإجازة التحكيم فقط كحل للمنازعات بل

¹ - أنور على أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية الطبعة الأولى لعام 2009، ص 67.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 260.

نص على وسائل بديلة أخرى والمتمثلة في الوساطة والصلح من أجل تمكين الأشخاص الأجانب من حل منازعاتهم بطرق تجنبهم الدخول إلى القضاء والخضوع لإجراءاته الطويلة، الذي لطالما كان الهاجس الذي يشغلهم ويحول دون القيام بمشاريع الإستثمارية نتيجة تخوفهم من عرض نزاعاتهم على القضاء الأجنبي الذي قد لا يخدم مصالحهم على الإطلاق.

كما نستخلص أيضا أن المشرع وموازاة مع الأحكام الجديدة التي حملها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن التحكيم نجده نظم عملية إبرام الصفقات العمومية كونها تعتمد أساسا على المال العام بقواعد إجرائية وشكلية تحد من الحرية التفاوضية للأطراف، أين لا يمكن إدراج شرط التحكيم فيها إلا في آخر مرحلة من مراحل توقيع الصفقة بصفة نهائية في شكلها المكتوب، والذي لا بد من أن يحضى على موافقة أو مصادقة الجهة المختصة قانونا على النحو الذي بيناه سابقا، ما يعني أنه يجوز لهذه الأخيرة حق الاعتراض على إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية لأسباب هي الأدرى بتقديرها ولا يكون عندئذ خيار للأطراف سوى اللجوء إلى القضاء الإداري سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، باستثناء طبعاً الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر والتي يكون فيها اللجوء إلى التحكيم – إجبارياً – باعتبارها تسمو على التشريع الداخلي، غير أنه يمكن للأطراف المتعاقدة تجنب كل هذه المسائل وذلك بالإتفاق على التحكيم عند نشوء النزاع وبكل حرية، وذلك بعد احترام ما نصت عليه المادة 115 من قانون الصفقات العمومية في الباب الخاص بتسوية النزاعات الناجمة عن الصفقات بكل أنواعها.

الفصل الثاني

النظام الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية

الفصل الثاني: النظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

بعد إبرام شرط التحكيم ونشوء النزاع أو عند نشوئه وإبرام اتفاق التحكيم وتحديد كل المسائل الخاصة بعملية التحكيم في النزاعات الناشئة عن إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية وما يترتب عنها، فإنه وبناء على هذا الاتفاق وتنفيذاً له يتم مباشرة إجراءات التحكيم، سواء أكان التحكيم داخلياً أم دولياً وسواء أكان يجري في الجزائر أو خارجها مع الاتفاق على تطبيق القانون الجزائري، وسواء تعلق الأمر بالصفقات مع المؤسسات والهيئات ذات الطابع الإداري أو فيما يخص الصفقات الناتجة عن نشاط المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي والاقتصادي، فالتحكيم إذاً يبدأ مثله مثل الدعوى القضائية بإجراءات تتعدى بها الخصومة التحكيمية (المبحث الأول) وتستمر إلى غاية إصدار حكم فيها (المبحث الثاني) ليعرض ذلك الحكم للتنفيذ كغيره من الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة أو قضاء المحاكم الأجنبية ولكن بإجراءات وخصوصية وأحكام تختلف عن الأحكام العادية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إن الخصومة التحكيمية مثلها مثل الخصومة القضائية تبدأ بإجراءات محددة باتفاق الأطراف أو بموجب قانون معين يتفق عليه طرفا النزاع أو بمقتضى لائحة تحكيم إحدى المراكز التحكيمية، ثم بعد ذلك تشكل محكمة التحكيم أو يعين المحكم الفرد، لتصل العملية إلى سير جلسات التحكيم وعوارضها وكيفية تقديم أدلة الإثبات والإجراءات الوقتية أو التحفظية، كل هذه المسائل نتناولها في مطالب ثلاث على التوالي.

المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم

إن الأساس في تحديد إجراءات التحكيم هو سلطان الإرادة، أي أن ما يتفق عليه الأطراف هو الذي يطبق، إذ قد يتفق الأطراف على وضع قواعد إجرائية خاصة بنزاعهم الحالي أو قد يفوضوا ذلك لمحكمة التحكيم أو يقع اختيارهم على لائحة إحدى مراكز التحكيم أو قواعد قانونية معينة وطنية كانت أو اتفاقية. غير أنه إذا لم يحصل أي اتفاق بشأن ذلك فإنه تطبق على الخصومة

التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية⁽¹⁾ وهو ما جاء بنص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم

إذا كانت المطالبة القضائية (الدعوى) تبدأ بتسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة المختصة بعد دفع الرسوم القضائية المقررة قانونا و المستوجبة لتسجيل أي دعوى، على أن تقيد الدعوى ويعطى لها رقم وتاريخ أول جلسة طبقا لما تنص عليه المادة 16 و 17 من ق إ م و إد لتتم بعد ذلك إجراءات تبليغ العريضة الافتتاحية للخصم، والتي بمجرد تبليغه بها تبليغا صحيحا تتعقد الخصومة القضائية ليقوم بعد ذلك المدعى عليه بتقديم مذكرة جوابية بالجلسة المحددة في محضر التبليغ المسلم له، فإذا كان الوضع منظم بهذا الشكل في الخصومة القضائية وبنصوص قانونية فهل يسري ذات الوضع على الخصومة التحكيمية في حل النزاعات التي تتعلق بالصفقات العمومية؟.

إن المادة 1019 السابق الإشارة إليها قد تركت أمر تنظيم إجراءات التحكيم بما فيها بداية إجراءاته (تقديم الطلب) بصفة أساسية للأطراف، أي أن سلطان الإرادة هو الذي يتحكم في ذلك معنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة في التحكيم تقف على نفس المسافة مع المتعامل معها، أو بالأحرى خصمها في نزاع يتعلق بصفقة عمومية تطبيقا لهذه الأحكام، وبالتالي فما كانت تمتاز به في المنازعة القضائية لا يوظف في الخصومة التحكيمية، والسبب في ذلك أن الخصم يقف معها ليتفاوض وبكل حرية ويتفق معها على تنظيم عملية و سير إجراءات الخصومة سواء بشكل اتفاق خاص ووضعها لقواعد إجرائية خاصة أو عن طريق اختيار نظام تحكيمي معين أو وفقا لقانون إجرائي معين قد لا يكون هو القانون الجزائري، وفي هذه القاعدة يتفق فيها التحكيم الداخلي مع التحكيم الدولي وفق الآتي:

1 – إذا كان التحكيم داخليا:

لقد نصت المادة 1019 من ق إ م و إد على تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، إلا إذا حصل اتفاق على خلاف ذلك سواء في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم وفق ما أوضحناه في الفصل الأول. غير أن التساؤل الذي يطرح هل المقصود بالأوضاع المقررة هي

¹ – على الرغم من أن الكثير من المسائل لا يمكن تطبيقها على خصومة التحكيم وبشكل تام لاختلافهما في الكثير من المسائل الإجرائية من ذلك تسجيل الدعوى إذ لا يتصور أن تسجل الدعوى لأنه لا توجد كتابة الضبط في نظام التحكيم تتلقى تسجيل الدعوى التحكيمية وتوضع لها رقم وتحدد لها تاريخ الجلسة.

الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري، على أساس أن الدولة والولاية والبلدية وإحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع المتعلق بصفة عمومية، طالما أن المشرع هو الذي أجاز التحكيم في هذا النوع من العقود؟.

مما لا شك فيه أن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية يكون أحد أطرافها هؤلاء الأشخاص، وبالتالي فإنه من غير المعقول أن تطبق على نزاعات هؤلاء الأحكام التي تطبق أمام القضاء العادي، لأن المشرع وبإجازته للتحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية ليس معناه الالتفاف على خصوصية منازعات هذه الأشخاص وطبيعتها القانونية أو سلبها مراكزها القانونية التي تتمتع بها وفقا لقواعد القضاء الإداري، وإنما نظرا لخصوصية هذه العقود (الصفقات العمومية) ودورها في التنمية الاقتصادية ورغبة من المشرع لا سيما في جلب الاستثمار الأجنبي وإبرام الجزائر للعديد من الاتفاقيات فضلا عن رغبته كذلك في تسوية هذه النزاعات بطرق لا تعطل سير مشاريع الدولة.

إذا كل هذه الاعتبارات لم تغن المشرع من حرمان الجهات الإدارية حتى ولو كنا أمام خصومة تحكيمية من تطبيق الأوضاع المقررة أمام القضاء الإداري على الخصومة التحكيمية، والسند القانوني يتجلى في نص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها صراحة "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية...". لكن التساؤل الذي يطرح أيضا هل الأوضاع المقررة أمام القضاء العادي أو حتى القضاء الإداري بوجه خاص يمكن أن تطبق على الخصومة التحكيمية؟.

في حقيقة الأمر، إن الطبيعة المميزة للتحكيم عن القضاء تجعل الكثير من المسائل لا تقبل التطبيق بشكل مماثل بين النظامين لاسيما أمام القضاء الإداري، ذلك أنه في مجال التحكيم لا توجد هيئة لها مقر وقضاة ثابتون وكتابة ضبط يلجأ إليها الأطراف مثلها مثل المحكمة الإدارية، كما لا توجد ثمة مصلحة إدارية (كتابة الضبط) مهمتها تسجيل الدعاوى التحكيمية حتى ولو وقع الاختيار على مركز تحكيم، فالأطراف في التحكيم لا يقومون بتسجيل قضاياهم التحكيمية لعدم وجود محكمة تحكيم قارة ودائمة ولها مقر معين يلجأ إليها المحكّمون (الخصوم)، لذلك فإن الأوضاع المتعلقة بتسجيل الدعوى ووضع لها رقم وتحديد لها أول جلسة ووضع ختم محكمة التحكيم... الخ، وفقا لما تستوجبه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (1) لا نجد لها تطبيقا في خصومة التحكيم.

¹ -تنص المادة 16 من ق إ م وإ د على أنه "تقيد القضية حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أو جلسة...".

وعليه فإن التحكيم أو الخصومة التحكيمية، تبدأ من خلال قيام أحد الأطراف بتوجيه طلب التحكيم (عريضة) إلى الخصم أو الطرف الثاني عن طريق محضر قضائي لتبليغه بها طبقا لما تنص عليه المادة 18 و 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. مع الإشارة أن المادة 19 في البند 05 تتكلم عن تسليم التكليف بالحضور مرفقا بنسخة من العريضة مؤشرا عليها من أمين الضبط، والحقيقية أننا نقول هنا تسليم التكليف إلى المبلغ له مرفقا بنسخة من طلب التحكيم والذي لا يكون مؤشرا عليه من أي جهة كانت، كما لا نسميه تكليفا بالحضور للجلسة إنما هو تبليغ طلب التحكيم للمختصم أو المحكّم وهذا استجابة لنص المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من طرف الذي يهّمه التعجيل".

إذن فالخصومة التحكيمية تبدأ في الحقيقة منذ لحظة تسلّم الطرف الثاني لطلب التحكيم، وبعبارة أخرى أن واقعة التسليم التي تبدأ منها الإجراءات يفترض فيها وجود طلب التحكيم من ناحية وتسليم (تبليغ) هذا الطلب من ناحية أخرى. وبالتالي تنشأ خصومة التحكيم من خلال منطويتين إجرائيتين متتابعتين هما الطلب من ناحية أولى وتبليغه من ناحية ثانية.

أ - الطلب:

من الضروري أن يكون الطلب من أجل التحكيم أو بعبارة أخرى (عريضة التحكيم) مكتوبا وأن يرسل إلى المحكّم (الخصم) وكذلك إلى كل واحد من أعضاء محكمة التحكيم، أما فيما يخص البيانات التي يشتمل عليها الطلب وحتى يؤدي دوره تكون هي نفس البيانات التي تحتويها عريضة افتتاح الدعوى ماعدا بيان الجهة التي ستفصل في الدعوى التحكيمية، ومن ثم فإذا طبقنا الأوضاع المقررة أمام القضاء فإن هذا الطلب يجب أن يقدم من طرف محام معتمد تطبيقا لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام". وعلى الرغم من عدم النص على هذه البيانات فإن طلب (عريضة التحكيم) يجب أن يتضمن إلى جانب بيان أطراف الدعوى، عرض موجز لوقائع النزاع وتحديد المسألة محل النزاع وطلبات موجه الطلب وكل أمر آخر يوجب اتفاق الأطراف ذكره في هذا الطلب.

ب - تبليغ الطلب:

احتراما لمبدأ المواجهة بين الخصوم (الأطراف) فإنه يجب إعلام الطرف الثاني في الوقت الملائم بما يقدم ضده من طلبات أو يتخذ في مواجهته من إجراءات، وعلى ذلك فإنه من تاريخ التبليغ تبدأ إجراءات تشكيل محكمة التحكيم وكذلك مهلة التحكيم إذا تم تحديدها باتفاق الطرفين وإذا لم تحدد هذه المهلة فإنه على المحكّمين إنهاء وإتمام مهمتهم في مدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم طبقا لما تنص عليه المادة 1018 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية⁽¹⁾. و ما تجب الإشارة إليه أنه لا تطبق مواعيد الحضور والمسافة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على خصومة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

2 – إذا كان التحكيم دولياً:

يختلف الأمر في التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي، حيث ترك المشرع في التحكيم الدولي الحرية للأطراف في اختيار الإجراءات الواجب إتباعها في خصومة التحكيم سواء في شرط التحكيم أو عند إبرام اتفاق التحكيم (مشاركة التحكيم) بدءاً بطلب التحكيم على النحو الآتي:

أ – ضبط الإجراءات في اتفاق التحكيم:

للأطراف مطلق الحرية حسب نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تحديد كيفية بدء الإجراءات سواء أكان ذلك في شرط أو في اتفاق التحكيم، وسواء تم بإرسال طلب التحكيم مباشرة عن طريق رسالة مضمنة الوصول أو عن طريق تبليغها بواسطة محضر قضائي أو عن طريق رسالة إلكترونية أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت بالكتابة. ما يعني أنه وطالما أننا بصدد التحكيم الدولي والذي أجاز فيه المشرع إبرام اتفاق التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة لا سيما في الوقت الحالي أين أصبحت الكثير من المعاملات التي تتم على الصعيد الدولي تتم إلكترونياً، فإنه قد يتفق الأطراف على أن تكون الإجراءات وتقديم الطلب وفقاً لهذا الشكل، بل أنه أصبح هناك ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني وبكل مرحله⁽²⁾، طالما أن المادة 1040 نصت في الفقرة الثانية على أنه "...يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة...".

غير أن الأمر الذي يجب التنويه إليه هو هل أن الإدارة الجزائرية (المصلحة المتعاقدة) قادرة على التكيف مع هذه التحولات، لاسيما إذا تم اللجوء إلى التحكيم الدولي، وتلقت طلباً من أجل حل النزاع عن طريق التحكيم بشأن صفقة أبرمت مع طرف أجنبي، بمعنى آخر هل ستقبل الإدارة الجزائرية تحكيمياً يتم إلكترونياً أو أن تبدأ إجراءاته بطلب يرسل إليها إلكترونياً. إن الأمر قد يبدو غريباً عن الإدارة الجزائرية الطرف في خصومة التحكيم، ولكن طالما أن المشرع نص عليها قانوناً وأجاز للأطراف الاتفاق وبكل حرية على هذه الوسائل فإن الأمر يرجع في النهاية حسب النص

¹ – تنص المادة 1018 من ق إ م وإ د في فقرتها الأولى على أنه " يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم...".

² - راجع فيما يخص التحكيم الإلكتروني بحث عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول 2006، ص 1 وما بعدها.

القانوني لإرادة الأطراف في تحديد كيفية تبليغ طلب التحكيم، ولإدارة الجزائية حينها أن تقبل بهذه الأساليب في التعامل أم لا عند وضع شرط التحكيم أو عند إبرام اتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع.

ب – بالاستناد إلى نظام تحكيمي:

قد يحصل وأن يتفق الأطراف في تنظيم عملية التحكيم على اختيار الإجراءات المتبعة والمنظمة بلاتحة من لوائح إحدى مراكز التحكيم، ولنا في هذا المجال أن نقدم أمثلة للإجراءات المتبعة في أنظمة التحكيم على النحو الآتي:

لقد نصت المادة 03 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية⁽¹⁾ في فقرتها الثالثة على أنه " يتم الإخطار أو المراسلة بمجرد التسليم إلى الطرف نفسه أو من يمثله أو في اليوم المفروض فيه الاستلام ". وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه يبدأ حساب المدد المحددة في هذا النظام اعتباراً من اليوم التالي لليوم الذي يعتبر فيه الإخطار أو المراسلة قد تم فعلاً، وإذا كان التاريخ الذي تم فيه الإخطار يوافق يوم عيد أو عطلة رسمية فيبدأ حساب المدة من أول يوم عمل رسمي يليه ". غير أن ما يميز نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية هو أنها نصت صراحة بنص المادة 04 في الفقرة الأولى على أنه: " يلتزم كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم طبقاً لهذا النظام أن يقدم طلب التحكيم (الطلب) إلى الأمانة العامة التي تبلغ المدعي والمدعى عليه بتسلمها الطلب وتاريخ هذا التسلم ". وتضيف في فقرتها الثانية أنه: " يعتبر في جميع الحالات تاريخ تسلم الأمانة العامة للطلب تاريخ رفع دعوى التحكيم ".

إذن فوفقاً لنظام الغرفة، فإن الغرفة هي التي تتولى تلقي الطلب وإرساله وإعلام الطرف الثاني، وبعد تاريخ وصول أو استلام الطلب من طرف الأمانة العامة للغرفة بمثابة رفع دعوى التحكيم لتبدأ فيما بعد إجراءات الخصومة التحكيمية.

وأضافت الفقرة الثالثة تفصيلاً لما يحتويه طلب التحكيم، إذ يشتمل على اسم كل من الأطراف ولقبه كاملاً وصفته وعنوانه بالإضافة إلى عرض موجز لطبيعة وظروف النزاع الذي أدى إلى تقديم هذا الطلب والإشارة إلى موضوع الطلب قدر الإمكان ووضع المبلغ المطالب به، كما يتضمن أيضاً الاتفاقات المعقودة لا سيما اتفاق التحكيم وغيرها من البيانات والمعلومات المتعلقة بالمحكمن وكيفية تعيينهم واختيارهم ولغة التحكيم... الخ.

وبعد تلقي الطلب تقوم الأمانة العامة بإرساله أو تبليغه للخصم الذي يجب عليه وفقاً لهذا النظام أن يرد على هذا الطلب ويوضح فيه كل البيانات وكل الملاحظات اللازمة حول الطلب (الدعوى) المرفوع والمبلغ له بمعرفة الأمانة العامة.

¹ – راجع كل ما يتعلق بغرفة التجارة الدولية على موقعها الإلكتروني: . www.icc arbitration.org

بخلاف ذلك نجد أن نظام التحكيم في لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم لم يحدد كيف يكون الطلب ومحتواه، إنما اكتفى بالنص على أنه في حالة اختيار الأطراف للقواعد التي ينظمها المركز على المدعي (المحتكم) أن يقوم بتقديم نسخة من إخطار التحكيم المرسل إلى المدعى عليه (المحتكم ضده) إلى المركز وفقا لما تنص عليه المادة 03 الفقرة الأولى من قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة⁽¹⁾.

(2) وبالرجوع إلى قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لاسيما المادة 03 التي تنص على أن " الطرف الذي يريد البدء في إجراءات التحكيم أن يرسل للطرف الآخر (المدعى عليه) إخطارا بالتحكيم وتكون إجراءات التحكيم (الخصومة التحكيمية) قد بدأت من التاريخ الذي يستلم فيه المدعى عليه إخطار التحكيم⁽³⁾.

ج - وفقا لقانون الإجراءات التي يتفق عليه الأطراف:

إذا اتفق الأطراف على اختيار قانون معين فإن قواعد ذلك القانون هي التي تحدد كيف يكون الطلب وكيف تتم عملية إرساله أو تبليغه للمدعى عليه، ويكون الأطراف مقيدين بتلك القواعد.

الفرع الثاني: مكان التحكيم

إن لمكان إجراء التحكيم دور مهم في منازعات الصفقات العمومية على اعتبار أن هذه الأخيرة يكون أحد أطرافها الإدارة العمومية بمختلف أجهزتها، ما يعني أن اختيار موطن ومكان التحكيم بعيدا عن جهة الإدارة (مدعية كانت أو مدعى عليها) من شأنه أن يعرقل عملية إجراء التحكيم لاسيما وأن نشاط الإدارة في إجراءات معينة مقيد بحيز مكاني أو ما نسميه بالاختصاص الإقليمي لنشاط الإدارة، ويعرقل إمكانية التواصل بين الإدارة والمتعاقد معها بعد نشوء النزاع. ومع ذلك ففي التحكيم الداخلي إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ما ورد بالنص القانوني (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) تطبيقا لنص المادة 1019 منه، فإن قواعد الاختصاص تتحدد وفقا لما تنص عليه المادة 803 و37 و38 من هذا القانون على أساس أن أحد الأطراف جهة إدارية وبالتالي يخضع من حيث الاختصاص المحلي للقواعد المحددة حصرا في هذا القانون.

¹ - أنشأ المركز بناء على قرار اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا الصادر في 23 يناير 1978 وفقا لما هو وارد بنص المادة الأولى من قواعد المركز، راجع كل ما يتعلق بالمركز على الموقع الإلكتروني: www.crcica.org.eg

² - وضعت هذه القواعد بتاريخ 15 سبتمبر 1976 من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وللتفصيل أكثر يمكن الإطلاع على هذه القواعد في الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org

³ - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص463.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن التحكيم وجوبي أن يتم وفقا لقواعد الاختصاص الحصري في بعض المنازعات لمحاكم إدارية معينة وفق ما تنص عليه المادة 804 لاسيما الفقرة الثالثة التي جاء فيها " في مواد العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه" وهذا تطبيقا لنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بناء على ذلك، و حتى تتحقق المصلحة العامة على جهة الإدارة أن تتقيد عند إبرامها لاتفاقية التحكيم أن تضمن بنوده أو شرط التحكيم ما يفيد اختيار مكان التحكيم وفقا لقواعد الاختصاص المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن الإشكال يطرح إذا كان التحكيم دوليا بشأن صفقة عمومية مبرمة مع جهة إدارية جزائرية (وزارة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري...)، فيكون مكان التحكيم له أهمية بالغة، لا سيما إذا اتفق الأطراف على مكان قد يكون في دولة أجنبية أو في دولة المتعاقد مع الإدارة، ما يعني أنه مؤثر سيساهم في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، زيادة على أن الدولة التي يجري التحكيم على أرضها قد ارتضت سحب اختصاص قضائها فلا أقل من احترام ما يتضمنه قانونها من نصوص منظمة لكيفية سير إجراءات خصومة التحكيم التي تتم على إقليمها سواء تعلق الأمر بقواعد أمرة أو قواعد مقررة⁽¹⁾، ولعل أهمية تحديد مكان التحكيم تزداد عندما تكون اتفاقية نيويورك هي المطبقة (أي هي التي يخضع لها التحكيم) لاسيما وأن الجزائر مصادقة عليها مما يجعل التحكيم قد يخضع لأحكامها، إذ تعتبر مبررا لرفض تنفيذ حكم التحكيم المخالف لقانون مكان التحكيم، سواء فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم، وذلك إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على تبني قانون آخر.

والحقيقة أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية محل الدراسة – وكما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي أيضا – لم يتعرض لموضوع مكان التحكيم سواء في تنظيمه للتحكيم الداخلي أو الدولي، إذ تفترض النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي سريانه في الجزائر أو في فرنسا بالنسبة للقانون الفرنسي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فالأصل أنه يخضع لمبدأ سلطان الإرادة ويتمتع الأطراف بحرية تكاد تكون مطلقة في تحديد كافة شروطه، على هذا الأساس نرى أنه لا سيما في اتفاقية التحكيم، على الجهة الإدارية (المصلحة المتعاقدة) أن تحدد وتضبط مكان التحكيم بدقة لا سيما في التحكيم الدولي سواء تم في الجزائر أو خارجها حتى تطمئن وتعرف مسبقا ما هي الإجراءات القانونية التي قد تسري على الخصوم (خصومة التحكيم) وكل الإشكالات التي قد تثور مستقبلا.

¹ – محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 93.

المطلب الثاني: محكمة التحكيم

من البداية نشير إلى أن المشرع فصل في مسألة هيئة التحكيم (المحكمة) بأن نص صراحة وفق ما نص عليه القانون الفرنسي وسمى الأمور بمسمياتها بأن سماها محكمة التحكيم سواء كانت هذه المحكمة مشكلة من محكم فرد أو من عدد من المحكمين، على أنه يشترط أن يكون عدد المحكمين وترا، فكيف يتم إذن تشكيل هذه المحكمة (الفرع الأول) وماذا يجب أن تتوفر في المحكم من مؤهلات وشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم

إن مسألة تشكيل محكمة التحكيم هي في غاية الأهمية والتعقيد في آن واحد، ذلك أنه و خلافا لأعضاء هذه المحكمة نجد أن القضاة بالنسبة للمحاكم العادية يتم تعيينهم بمرسوم رئاسي ويتم توزيعهم وتثبيتهم في مكانهم وفقا لما ينص عليه القانون، ويتولون مهامهم بصفة عادية في المحكمة أو المجلس الذي عينوا فيه إلا إذا جاء قرار بتغيير مكان عملهم داخل نفس الجهة القضائية أو إلى جهة قضائية أخرى، ويفصلون في كل القضايا التي تعرض عليهم بصفة دائمة. أما فيما يخص محكمة التحكيم فإن المحكمين (المحكمة التحكيمية) تتشكل ويتم تعيينهم للفصل في النزاع المعين لا غير، وتنتهي مهمتهم بانتهاء النزاع ولا يمكنهم أن يجلسوا باستمرار للفصل في منازعات متعددة، وأن الأمر يختلف بحسب اتفاق الأطراف وبحسب القانون الإجرائي المتبع في مكان التحكيم، وكذلك يختلف الأمر إذا ما اختار الأطراف تطبيق النظام الإجرائي لأحد المراكز أو وفقا للقواعد التي تقرها أي اتفاقية دولية في هذا الشأن، على هذا الأساس سنتناول كيفية تشكيل محكمة التحكيم في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ثم بعد ذلك ننظر إلى كيفية تشكيل محكمة التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى باعتبار الجزائر طرفا فيها وكذلك بعض مراكز التحكيم كغرفة التجارة الدولية بباريس.

أولا: تشكيل محكمة التحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

يختلف الأمر بالنسبة لتشكيل محكمة التحكيم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي وذلك على النحو الآتي:

1 – بالنسبة للتحكيم الداخلي:

لقد ربط المشرع بين صحة شرط واتفاق التحكيم وبين تعيين المحكمين، إذ نص في المادة 1008 فقرة ثانية على أنه "... يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم

أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم" وهو ذات الحكم الذي جاءت به المادة 1012 فيما يخص مشاركة التحكيم بفقرتها الثانية حيث جاء فيها "... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم".

وقد يبدو للوهلة الأولى أن شرط التحكيم يعتبر باطلا إذا لم يتم تعيين المحكمين أو المحكم وهو في حقيقة الأمر أمر جد صعب، إذ أن تعيين محكم معين باسمه في شرط التحكيم لفض نزاع مستقبلي هو أمر غير مستصاغ عمليا.

لكن المشرع لم يجعل النص على إطلاقه بهذا الشكل، بل ترك فيه نوع من المرونة يسهل معها تجنب التعيين الاسمي وهو الاتفاق ووضع كفاءات تعيينهم وبالتالي فإن سلطان الإرادة هو الذي يعول عليه في تعيين المحكمين، بحيث يمكن تعيين محكم في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم مباشرة وباسمه أو بأسمائهم، وقد يحصل الاتفاق على أن يحال تعيينهم إلى نظام تحكيمي معين كقواعد اليونسترال أو أي اتفاقية دولية أو يتم تعيينهم وفقا لللائحة إحدى مراكز التحكيم.

إن تعيين المحكم أو المحكمين ليس بالأمر الهين أو السهل، ذلك أن أحد المتخصصين لاسيما المدعى عليه قد يعتمد إلى المماثلة في تعيين محكمه أو قد يرجع السبب إلى عملية تنفيذ إجراءات التعيين بسبب سوء تحديد الإجراءات أو صعوبة تطبيق الإجراءات المتفق عليها، ففي كل هذه الحالات وغيرها فتح المشرع الجزائي المجال لفض مثل هذا الإشكال أمام الأطراف بأن يرفعوا الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة للفصل في أمر التعيين.

– تدخل المحكمة (المحكمة الإدارية) في التحكيم:

إن أول عقبة تواجه الخصوم في مجال التحكيم، هي تعيين المحكمين فإذا لم يحصل اتفاق بينهم فإن الاختصاص في هذه الحالة يعود إلى القضاء، وطالما أننا أمام منازعة تتعلق بصفقة عمومية فالاختصاص فيها يعود إلى القضاء الإداري، وبما أن التحكيم ينصب على صفقة عمومية فإن حل أي إشكال يتعلق بها لا سيما تعيين المحكمين يعود فيه الاختصاص نوعا إلى المحكمة الإدارية ولذلك فعلى الخصم الذي يهمله التعجيل أو السير في إجراءات التحكيم أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية، وهذا تطبيقا لنص المادة 976 من ق إ م و إد ويكون ذلك بناء على أمر على عريضة يودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية.

أما عن الاختصاص المحلي (الإقليمي) فإنه يعود للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الصفقة أو مكان تنفيذها، وفي حقيقة الأمر فإن هذا النص يتوافق مع النص الخاص بقواعد الاختصاص المحلي في المادة الإدارية، إذ تنص المادة 804 من ق إ م و إد في الفقرة الرابعة على أنه "... في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه".

والأمر الصادر عن رئيس المحكمة بتعيين محكم أو محكمين هو في حقيقة الأمر أمر ولائي غير قابل لأي طعن في تقديرنا، فإذا سمح باستئنافه أمام مجلس الدولة فإن ذلك سيجعل الأمور في إجراءات التحكيم تتعطل ويضيع الوقت على الأطراف. ولذلك فالمشرع إذا كان أتاح للأطراف الاتفاق وبكل حرية على تعيين المحكم أو المحكمين، فإن ذلك لا يكون على إطلاقه، بل أنه في حالة عدم الاتفاق أو صعب تعيينهم عليهم الرجوع إلى القضاء الإداري (المحكمة الإدارية) للقيام بتلك المهمة، ومن ثم فمن الطبيعي أن ما يصدر عنها من حكم لا يكون قابلاً للطعن وما على الطرف الذي يعترض على تعيين محكم إلا إتباع إجراءات رد المحكم التي سنبينها لاحقاً، وما تجب الإشارة إليه أنه وطبقاً لنص المادة 1013 لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.

2 – بالنسبة للتحكيم الدولي:

على خلاف التحكيم الداخلي لم يستوجب المشرع أو لم يربط بين تعيين المحكمين وبين صحة شرط أو مشاركة التحكيم، وإنما عزز وبشكل مطلق من إرادة الأطراف المتعاقدة، فهم من يقومون بتعيين المحكم أو المحكمين، حيث نصت المادة 1041 من ق إ م وإد على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم و استبدالهم".

إذا فوفقاً لهذه المادة يبقى للأطراف حرية الاتفاق سواء في شرط التحكيم أو في المشاركة بتعيين المحكم أو المحكمين، وسواء بوضع نظام إجرائي اتفاقي للتعيين أو أن يتفقوا على اختيار قانون إجرائي يتضمن كيفية وإجراءات تعيين المحكمين وبدون صعوبات أو الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية معينة، كما لو يتفق الأطراف على تطبيق قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة التي سنبينها لاحقاً، أو قد يتفق الأطراف مباشرة على اختيار أحد الأنظمة التحكيمية كنظام غرفة التجارة الدولية للمصالحة والتحكيم والأخذ بالقواعد التي جاءت في نظامها لتعيين المحكم أو المحكمين. لكن وكما هو الشأن في التحكيم الداخلي قد تطرأ صعوبات أو إشكالات أو خلافات تتعلق بالتعيين أثناء وضع شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم أو أثناء تنفيذ إجراءات التعيين، ففي هذه الحالة لامناص من الاستجداد بالقضاء (المحكمة الإدارية) للقيام بإجراءات التعيين فصلاً في كل خلاف أو إشكال في ذلك.

وبما أن التحكيم الدولي قد يجري في الجزائر أو خارجها، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإن المشرع بموجب المادة 1041 في فقرتها الثانية وضع وحدد اختصاصاً مزدوجاً للمحكمة الإدارية من أجل القيام بمهمة التعيين، فنص على أنه " في غياب التعيين، أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1 – رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2 – رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

وواضح من خلال هذا النص أنه على الطرف الذي يهمله التعجيل أو يهمله السير في إجراءات التحكيم، أن يرفع الأمر أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم (مكان التحكيم) أي المكان المتفق عليه لإجراء وعقد جلسات التحكيم.

غير أنه إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الطرفان قانون الإجراءات الجزائري فإن الأمر يكون محصوراً فقط على المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة دون غيرها من المحاكم. بمعنى أنه إذا لجأت إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وذات الطابع الوطني (المركزي) أو إحدى الوزارات إلى التحكيم وطراً أي إشكال بشأن تعيين المحكمين، فإن الاختصاص طبقاً لقواعد التحكيم الدولي هو الذي يطبق، ولا يؤخذ بمعيار الاختصاص الإقليمي المحدد بنص المواد 800 و 801 والمواد 901 و 902 و 903 من ق إ م إ و إد، بمعنى أن الاختصاص يعود للمحاكم الإدارية مهما كانت صفة الطرف الإداري المتعاقد دولة أو ولاية أو بلدية أو مؤسسة عمومية إدارية محلية أو مركزية.

وما تجدر ملاحظته على قانون التحكيم الدولي الجديد مقارنة مع القانون السابق والذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين محكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الطرفين، أن هذا القيد لم يعد وارداً وأصبح بإمكان القاضي الجزائري عند مراجعته لتعيين المحكم الثالث الذي لم يتفق الطرفان عليه أن يعينه من جنسية أحد الطرفين، وطالما أن التحكيم الدولي يجري في الجزائر ورفع الأمر يتم أمام المحكمة الإدارية فإن الأولى بالقاضي الإداري أن يقوم بتعيين محكم من جنسية جزائرية لا سيما وأن إحدى الإدارات العمومية الجزائرية طرفاً في النزاع.

ثانياً: في الاتفاقيات والقواعد الدولية

نقتصر في بيان كيفية تشكيل هيئة التحكيم إلى ما نصت عليه اتفاقية واشنطن وقواعد اليونسترال.

1 – تشكيل محكمة التحكيم وفقاً لاتفاقية واشنطن⁽¹⁾:

لقد أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

Centre International pour Le Règlement des Différents Relatifs aux Investissements (C I R D I),

¹ – راجع قواعد سير المركز ونظامه على الموقع الإلكتروني: www.icsid.worldbank.org

بمقتضى اتفاقية واشنطن التي تعالج تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي قد تنشأ بين دولة ورعايا دولة أخرى موقعة على الاتفاقية، وتنظم قواعد المركز وسائل تسوية الخلافات بطريق التوفيق أو التحكيم⁽¹⁾. ويتولى إدارة المركز مجلس إدارة برئاسة رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية و أجهزة أخرى.

وفي مجال التحكيم فإن التحكيم يتم بتقديم طلب التحكيم من أحد الأطراف إلى السكرتارية التي يسمح لها نظام المركز بقبول الطلب أو رفضه وذلك بعد تحققها من توافر الشروط التي يتطلبها المركز لتطبيق الاتفاقية من عدمه، بمعنى أنه إذا تبين للسكرتارية أن النزاع ليس من اختصاص المركز كأن تكون الدولة ليست طرفاً في الاتفاقية فإنه لا يمكن أن تجبر على قبول التحكيم وفقاً لقواعد ونظام المركز، أما إذا قبل الطلب وانعقد الاختصاص للمركز فإنه يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي في حالة التعدد وفقاً لاتفاق الأطراف وإلا كان العدد ثلاثة يختار كل طرف محكماً ويتولى المحكمان اختيار المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة محكمة التحكيم.

فإذا عجز الأطراف على تشكيل محكمة التحكيم على النحو السابق بيانه وخلال مدة تسعين يوماً التالية لإعلان تسجيل الطلب، يتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة المركز بناء على طلب أحد الأطراف وبعد التشاور مع الأطراف إذا أمكن تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم على ألا يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني.

كما يلزم أن تكون جنسية أغلبية المحكمين من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع، إلا إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم واحد أو تعيين محكم بواسطة كل طرف من أطراف النزاع. ووفقاً لنظام وقواعد المركز فإن محكمة التحكيم المشكلة من صلاحياتها أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها سواء بقرار مستقل أو أن تقوم بضم الدفع إلى الموضوع والبت فيهما بقرار واحد⁽²⁾.

وإشارتنا لقواعد هذا المركز يرجع إلى كون أنه يمكن أن تكون المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية ذات طابع دولي وتكون الجزائر دولة مضيضة لهذا المستثمر، وحينها فإذا تم إبرام الصفقة من طرف إحدى الوزارات بصفتها سلطة عامة ممثلة للدولة فإنه يجوز لهذا الأخير أن يقدم طلباً إلى هذا المركز من أجل الفصل في النزاع عن طريق التحكيم حتى ولم يحصل اتفاق مسبق على التحكيم، ولكن يكون الأساس في ذلك هو مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية ومن ثم يكون من

¹ — محمود سمير الشرفاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1999 ص

² — محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 87.

اختصاص هذا المركز الفصل في النزاع الناشئ عن صفقة عمومية مبرمة وفقا لطريقة أو نوع المناقصة الدولية، وكثيرة هي المشاريع لا سيما صفقات الأشغال العامة وغيرها التي تبرم وفق هذا الأسلوب، وبالتالي فإذا ما حصل نزاع بشأنها يمكن أن ينعقد الاختصاص لهذا المركز.

2 – تشكيل محكمة التحكيم وفق قواعد اليونسترال (UNCITRAL) والقانون النموذجي⁽¹⁾:

بالرجوع إلى هذه القواعد (United Nations Commission for International Trade Law) فإننا نجد أنها تنص في المادة الخامسة منها على ترك تحديد عدد المحكمين لإرادة الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق ولم يتم الاتفاق خلال خمسة عشر يوما من تلقي المدعي عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم " واحدا " فيتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين، وتضيف المادة 6 منها على أنه عندما يتعلق الأمر بتعيين محكم واحد يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر ما يلي:

– اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار المحكم الواحد من بينهم.

– اسم مؤسسة واحدة أو أسماء عدة مؤسسات أو اسم شخص واحد أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار سلطة التعيين من بينها أو من بينهم، وذلك إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على تسمية سلطة التعيين.

– غير أنه إذا انقضت مدة الثلاثين يوما من تاريخ تسليم أحد الطرفين اقتراح التعيين دون أن يتفقا على تعيين المحكم الواحد تولت تعيينه سلطة التعيين التي اتفق الطرفان على تسميتها، وإذا حصل أي إشكال من إشكالات التعيين كأن لم يتفقا على تسمية سلطة التعيين أو امتنعت هذه الأخيرة على تعيين المحكم أو لم تتمكن من إتمام عملية تعيينه خلال مدة الستين يوما (60)، يجوز حينئذ لكل من الطرفين أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي تسمية سلطة التعيين، وتجدر الإشارة أن المواد 6 بفقرتيها 3 و4 والمادة 7 بفقراتها الثلاثة والمادة 8 بفقرتيها 1 و2 قد فصلت بشكل كبير كل إشكالات وطرق تعيين المحكمين⁽²⁾.

¹ – راجع كل ما يتعلق بنصوص موادها الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org وأنظر أيضا بحث حول هذا القانون، محمد أبو العينين، القانون النموذجي خطوة عظيمة إلى الأمام ولكنها في حاجة إلى التطوير والإضافة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر 2000.

² – انظر في بيان المشاكل المتعلقة بتعيين المحكمين سواء في هذه القواعد أو غيرها، محمد بدران المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث أكتوبر 2000، ص 40 وما بعدها.

3 - وفقا لقواعد وأنظمة مراكز التحكيم:

لقد نظم نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية تشكيل محكمة التحكيم وفقا لما جاء بالمواد من 7 إلى 12، بحيث يتم تعيين المحكمين إذا لم يحصل هناك اتفاق بين الأطراف على تعيينهم من طرف المحكمة الدولية للتحكيم والتي تراعي في تعيينهم جنسية المحكمين، ومحال إقامتهم أو غير ذلك من العلاقات مع الدول الأطراف أو المحكمين الآخرين.

والتشكيلة وفقا لقواعد هذا النظام قد تكون فردا أو يكون التشكيل ثلاثيا، فإذا كان فردا أو واحدا اختاره الأطراف فتقوم المحكمة بتثبيته، وفي حالة لم يتمكن الأطراف من تعيينه لأي سبب كان تتولى المحكمة تعيينه بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطرف الآخر بطلب التحكيم.

وإذا كان التشكيل ثلاثيا، يتولى كل طرف اختيار محكم عنه سواء في طلب التحكيم أو في وثيقة الرد على طلب التحكيم، على أن تتولى المحكمة تثبيته (أي تثبيت هذا الاختيار)، أما المحكم المرجح فإما أن يختاره المحكمان المعينان وإما تتولى ذلك المحكمة ابتداء في حالة فشل المحكمين في اختيار المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة.

ما تجب الإشارة إليه أن المحكمة عندما تتصدى لتعيين المحكم الفرد أو المحكم الثالث، فإنها تختاره بناء على طلب ترشيح من اللجنة الوطنية للغرفة الدولية، والتي تراها مناسبة لتولي هذا الترشيح.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكمين

المشرع الجزائري وبنص صراحة على محكمة التحكيم يكون بذلك قد رجح الطبيعة القضائية للتحكيم بغية الوصول إلى حسم النزاع، بمعنى أنه أعطى الأولوية لصفة فض النزاعات على صفة المصالحة كما فعل المشرع الفرنسي، مستلزما لذلك وترية عدد المحكمين حتى ولو تعلق الأمر بالتحكيم بالصلح، وأن وترية في عدد المحكمين هي وسيلة للتأكيد بأن المحكمين يمارسون سلطة قضائية مثلهم مثل القضاة التابعين للدولة والذين يسري عليهم مبدأ فردية هيئة التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة 1017 من قانون إ م و إد صراحة فيما يخص التحكيم الداخلي على وجوب أن تتشكل محكمة التحكيم وترا (1)، بخلاف ذلك نجد أن الأمر متروك لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الأطراف في تحديد عدد المحكمين عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي، حيث لم يلزمهم المشرع بوجوب اختيار هيئة التحكيم يكون عددها وترا، وإنما غلب مبدأ سلطان الإرادة على ذلك، وبما أن

¹ - تنص المادة 1017 من ق إ م و إد على أنه " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

المحكم في الحقيقة يعد قاضيا باعتباره يصدر حكما ملزما للأطراف، فإنه يجب أن تتوفر فيه عدة شروط تبعا فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

أولا: بالنسبة للشخص الطبيعي

تنص المادة 1014 من ق إ م و إ د على أنه " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية "، معنى ذلك أنه ما يجب أن يتوفر في القاضي من حيث الحقوق المدنية يجب أن يتوافر في المحكم، فقط الأمر يختلف بينهما في كون أن المؤهل المطلوب في شخص يتولى منصب قاض ليس بالضرورة أن يتوافر في المحكم، فالقاضي مثلا يجب أن يكون حاصلًا على المؤهلات العلمية حتى يسمح له بتولي منصب القضاء (كحصوله على شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها) وإلا لا يمكنه أن يتولى القضاء.

أما المحكم فلا يشترط فيه الحصول على هذا المؤهل بل يكفي أن يختاره الأطراف، إما لخبرته في مجال أو موضوع النزاع أو بسمعته ونزاهته وشيمه داخل المجتمع، أو لمؤهلاته العلمية والمهنية كأن يحصل الاختيار على نقيب المحامين أو أستاذ جامعي أو مهندس في اختصاص معين.... الخ.

ولكن كلما كان المحكم ذا مؤهلات علمية ومهنية عالية وذا اختصاص مرتبط بموضوع النزاع كان فصله في النزاع يتسم بالموضوعية والإنصاف والعدالة، ولذلك على الأطراف لا سيما الإدارة المعنية أن تختار محكما عنها يتمتع بمؤهلات علمية ومهنية عالية حتى يقوم بالمهمة المسندة إليه على أكمل وجه، لاسيما وأنه سيصدر حكما نهائيا ملزما للأطراف، بل أنه وإلى جانب هذه الشروط الواجب توافرها في المحكم، يشترط فيه أيضا أن لا يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة أو عقوبة مخلة بالشرف، ولا يشترط أن يكون هذا المحكم من جنس معين أي لا فرق بين المرأة والرجل إلا إذا حصل اتفاق على اختيار جنس معين وغيرها من الشروط المستوجبة لأن يكون الشخص محكما.

ثانيا: بالنسبة للشخص المعنوي

اعتمد القانون الجديد في التحكيم الداخلي القاعدة التي وضعها قانون التحكيم الفرنسي ونص على أنه " إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم "، غير أنه في حقيقة الأمر اختلف عن القانون الفرنسي الذي يقضي بأن الشخص المعنوي يتولى تنظيم التحكيم من حيث تعيين المحكمين وتحديد إجراءات المحاكمة التحكيمية... الخ⁽¹⁾.

¹ — عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، البحث السابق، ص 68.

أما القانون الجزائري فإنه يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه، فإذا أحال شرط التحكيم حسم النزاع إلى نقابة المحامين مثلا فإنه في فرنسا تنظم نقابة المحامين التحكيم وتسمي المحكمين الذين هم ليسوا بالضرورة من المحامين وتضع إجراءات المحاكمة التحكيمية، أما في الجزائر فإن نقابة المحامين تسمي محكمين من أعضائها المحامين وينتهي دور نقابة المحامين. بينما في التحكيم الدولي فإن الموضوع متروك لمبدأ سلطان الإرادة وبالتالي إذا أحال شرط التحكيم النزاع إلى شخص معنوي فإن هذا الشخص هو الذي يجب أن ينظر النزاع ويصدر الحكم التحكيمي.

الفرع الثالث: الإشكالات المتعلقة بمهمة المحكمين (1)

إلى جانب المشاكل أو الصعوبات التي قد تواجه الأطراف في تعيين المحكمين فإنه ثمة مسائل تؤثر بشكل مباشر على سير العملية التحكيمية تخص المحكم ذاته، و يتعلق الأمر برد المحكم أو عزله.

أولا : عزل المحكم

إن المحكم في حقيقة الأمر – وإن صح القول – هو قاض تحت الطلب ليست له وظيفة ولا هو من تابعي الدولة وإنما يؤدي عمله ويستمد سلطته من اتفاق الأطراف في الخصومة، وإذا كان الأمر كذلك أي أن تعيين المحكم لا يكون إلا باتفاق الأطراف فإن عزله أيضا لا يكون إلا باتفاق الأطراف، ولا يجوز عزله بالإرادة المنفردة، حتى ولو كانت هي إرادة الطرف الذي تولى اختياره. فعزل المحكم بعد بدء الخصومة – المرحلة الإجرائية – لا يكون إلا بالإرادة المنفردة للمحتم بل باتفاق المحكمين جميعا على العزل بشكل صريح، وذلك بإعلان المحكم بقرار العزل أو بشكل ضمني بتعيين محكم بديل عنه، وفي هذا تنص المادة 1018 من ق إ م و إ د في الفقرة الأخيرة على أنه " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف " والمقصود بالأجل في هذه الفقرة هو أجل التحكيم الذي نصت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة سواء كان هذا الأجل محددا في الاتفاق أم لا، وفي حالة عدم تحديده يتعين على محكمة التحكيم أن تنهي مهمتها في مدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، أو في حالة تمديد هذا الأجل بأي شكل من الأشكال سواء باتفاق الأطراف أو وفقا لنظام تحكيمي أو بناء على قرار رئيس المحكمة المختصة.

¹ – عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات، البحث السابق، ص 70.

إذا كل ما في الأمر أن عزل المحكم في هذه الأجال لا يكون إلا إذا حصل بشأنه اتفاق بين الأطراف هذا فيما يخص التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن الأمر متروك لإرادة الأطراف، فهم الذين يحددون كيف يمكن عزل المحكم ووفقا لإرادتهم ولا يوجد نص يقيد ذلك. ولا يمكن تصور عزل المحكم بعد صدور حكم التحكيم، لأن مهمته في هذه الحالة تكون قد انتهت وانقضت الخصومة واستنفذ المحكم ولايته بالفصل في ذلك النزاع، الذي تنتهي الخصومة فيه واختصاص محكمة التحكيم (المحكم) بالفصل فيه بمقتضى حكم تحكيمي، لكن التساؤل المطروح هو هل يمكن عزل المحكم باللجوء إلى المحكمة الإدارية المختصة للفصل في طلب عزل محكم في منازعة تتعلق بصفة عمومية؟.

إذا أخذنا بعمومية نص المادة 1018 من ق إ م و إد فقرة الأخيرة، فإن العزل لا يكون إلا باتفاق الأطراف، غير أنه إذا تم تعيين المحكم أو المحكمين عن طريق المحكمة الإدارية فإنه لا يوجد ما يمنع أن يعود أحد الأطراف إلى المحكمة ذاتها مطالبا بعزل المحكم تطبيقا لقاعدة أن من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العزل حتى ولو بعد تشكيل محكمة التحكيم، وكما هو الشأن في منازعات القضاء إذا قسناها على مسألة تعيين الخبراء وغيرهم أمام القضاء، فإن المحكم يمكن أن يكون محل عزل قضائي ومن طرف المحكمة الإدارية وذلك إذا:

- 1 – تعذر على المحكم القيام بالمهمة المسندة إليه بدون سبب مقبول وعدم استطاعة المحتكم صاحب المصلحة إثبات أن هناك حالة من حالات الرد قد لحقت بالمحكم.
- 2 – إذا أعطى المشرع للمحكمة ولاية تعيين المحكم بناء على طلب أحد الخصوم (المحتكمين) فليس هناك ما يمنع من منحها سلطة عزله، بناء على طلب أحد المحتكمين دون اتفاق جميع الأطراف.

ثانيا: رد المحكم

إن المحكم الذي تم تعيينه يجب أن يتحلى بالنزاهة والاستقلالية والحيادة عن أي طرف من الأطراف، ذلك أنه وبمجرد تعيينه وتشكيل محكمة التحكيم أصبح هذا المحكم له صفة القاضي وأصبح بالتالي مستقلا عن الطرف الذي اختاره وعينه ويتجرد من كل سلطة على الطرف المحتكم الذي عينه، وقد حددت المادة 1016 من ق إ م و إد حالات معينة يجوز فيها للخصوم رد المحكم وهي:

- 1 – عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها، بمعنى أن الأطراف في اتفاق التحكيم أو في شرط التحكيم يتفقون على مؤهلات علمية ومهنية يجب أن تتوفر في المحكم، لكن أحد الأطراف وعند تشكيل وتعيين المحكمة وقع اختياره على محكم لا تتوفر فيه هذه المؤهلات مما قد يؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على محتوى الحكم الذي سيصدره حين فصله وإنهائه للنزاع بصفة كاملة لذلك أجاز المشرع في التحكيم الداخلي لأحد الأطراف أن يطالب برد المحكم المعين.

2 – عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف ويعود السبب في هذا الأمر إلى نظام التحكيم الذي وقع الاختيار عليه، فإذا وقع الاختيار مثلا على نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية فإن سبب الرد وفقا لنص المادة 11 من نظامها يكون مستندا على ادعاء بانتفاء الاستقلال أو على أي سبب آخر بتوجيه تقرير كتابي إلى الأمين العام لهيئة التحكيم يحدد الوقائع والظروف التي يقوم عليها هذا الطلب⁽¹⁾.

3 – من بين الأسباب المهمة التي تنطوي على شخص المحكم، أو على علاقاته مهما كان شأنها سواء علاقات مصلحية أو اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط وهي تقريبا ما ينطوي على القاضي أمام القضاء العادي.

وهذا السبب من أسباب الرد قد يصعب في بعض الأحيان إثباته لا سيما إذا كانت هذه المصلحة أو العلاقة الاقتصادية مقامة عن طريق الوطاء، فقد يصعب على المحكم الخصم إثبات ذلك. ومهما يكن فإن المحكم الذي يقوم بتعيين محكما عنه حتما سيختار محكما يثق فيه، بل وقد تكون له علاقة مباشرة معه دفعته إلى اختياره لتولي مهمة التحكيم، وبالتالي فالمسألة في المحكم المعين من طرف أحد الطرفين تكون نسبية، لكن ما يفترض قانونا هو أن المحكم المعين يجب أن يمتاز في عمله بالاستقلالية والحياد عن الطرف الذي عينه، لأنه بمجرد تشكيل هيئة التحكيم (محكمة التحكيم) فإنه يصبح قاضيا للفصل في النزاع.

كما نصت المادة 1016 من ق إ م و إد على أن الطرف الذي عين محكما عنه لا يجوز له رده مهما كان سبب الرد قائما كقاعدة عامة طالما أنه هو من اختاره وهو وحده يتحمل مسؤولية اختياره، لكن كاستثناء على هذه القاعدة أنه إذا لم يكن يعلم بسبب هذا الرد إلا بعد التعيين فإنه يجوز له طلب رده، كما أن طلب الرد الذي يبديه أحد الأطراف في مواجهة محكم من المحكمين يجب أن يبلغ إلى محكمة التحكيم التي يشكل المحكم المطلوب رده أحد أعضائها، وأن يبلغ كذلك إلى الخصم الآخر دون أي تأخير حتى يتم دراسته والرد عليه وكذا الرد عليه بالنسبة للخصم الآخر.

غير أنه إذا حصل خلاف بين الأطراف ولم يتضمن نظام التحكيم الذي تم اختياره لتسوية هذا الخلاف أو النزاع، أو لم يتمكن الأطراف من تسويته بطريقة ودية فإن الأمر حينها يجب أن يعرض على القاضي المختص، أي يجب أن يعرض على رئيس المحكمة الإدارية المختصة محليا والتي يكون مكان التحكيم في دائرة اختصاصها الفصل في مسألة الرد، على أن يقدم كل طرف هذا

¹ – تنص المادة 11 فقرة 01 من نظام الغرفة على أنه " يقدم طلب الرد استنادا إلى إدعاء انتفاء الاستقلالية أو لأي سبب آخر بتوجيه مذكرة كتابية للأمانة العامة، موضحا فيها الوقائع والظروف التي يستند إليها هذا الطلب". راجع في ذلك نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية على موقعها الإلكتروني:

الطلب بموجب عريضة مسببة ومبينة فيها أسباب الرد ويقوم رئيس المحكمة المختصة بالفصل في هذا الطلب بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

المطلب الثالث: سير إجراءات التحكيم (خصومة التحكيم)

إن سير الخصومة التحكيمية مثلها مثل الخصومة القضائية تحكمها مبادئ أساسية وجوهرية يجب أن تراعى عند سير إجراءات التحكيم وإلا تعرض حكم التحكيم لدعوى البطلان لاحقاً أو الاعتراض على الاعتراف به أو تنفيذه، وعليه يجب على الأطراف بما فيهم المحكم مراعاة هذه المبادئ التي تحكم الخصومة التحكيمية.

الفرع الأول: مبادئ وقواعد خصومة التحكيم

تحكم الخصومة التحكيمية في كافة مراحلها مبادئ أساسية يجب مراعاتها، وهذه المبادئ منها ما هو منصوص عليه قانوناً ومنها ما لا يحتاج إلى نص يقرها.

أولاً: مبدأ المساواة

يأتي مبدأ المساواة على قمة هذه المبادئ، كما أنه يشكل في نفس الوقت ضماناً أساسية من ضمانات التقاضي وهو مبدأ دستوري منصوص عليه في المادة 03 من ق إ م و إ حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه " يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم " وهذا النص يصدق تطبيقه أمام القاضي كما يصدق أمام محكمة التحكيم، لأنه جاء في مفهوم الأحكام التمهيدية من هذا القانون وتطبيقاً أيضاً للإحالة الواردة بحكم نص المادة 1019 من ق إ م و إ⁽¹⁾، ضف إلى ذلك أن المشرع استعمل عبارة " أثناء سير الخصومة "، ما يعني أن هذا المبدأ ينطبق على الخصومة أمام القضاء وأمام التحكيم في آن واحد.

وإذا لم يراع مبدأ المساواة بين الخصوم أمام محكمة التحكيم حتى ولو كان أحد أطراف منازعة الصفة العمومية جهة إدارية، فإنه يجب أن يراعى هذا المبدأ بين الإدارة والمتعاقد معها بشأن منازعة تتعلق بإبرام أو تنفيذ صفقة عمومية أيا كان شكل إبرامها، ومما لا شك فيه أن ما يضمن المساواة بين الأطراف هو حياد محكمة التحكيم واستقلاليتها عن الأطراف الذين قاموا بتعيينهم.

¹ – والتي جاء فيها: "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم ينفق الأطراف على خلاف ذلك".

ثانياً – مبدأ احترام حقوق الدفاع:

يعتبر حق الدفاع مكنة قانونية إرادية (كالحق في الدعوى وفي الدفع وتقديم الدليل والمرافعة والاستعانة بمحام وغيرها) يستطيع كل خصم استعمالها أو عدم استعمالها.

واحترام حقوق الدفاع من المسائل الجوهرية في منازعات الصفقات العمومية، ذلك أن إجراءات الخصومة التحكيمية في الكثير من المسائل يقتضي الأمر فيها العودة إلى المحكمة الإدارية المختصة، وهذه الأخيرة في كل الإجراءات والدعاوى والأوامر التي ترفع أمامها يقتضي أن يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة (الخصم) في صفقة عمومية ممثلاً بمحام، وفي هذا تنص المادة 815 من ق إ م و إ على أنه " مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام ".

وتنص المادة 827 على أنه " تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الو جوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل، وتوقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه، من طرف الممثل القانوني "، وهي نفس الأحكام تطبق على خصومة التحكيم في نزاع ناشئ عن صفقة عمومية.

ثالثاً: احترام مبدأ المواجهة:

المقصود من مبدأ المواجهة هو تمتع كل خصم بمزايا قانونية تشكل التزامات على عاتق الطرف الآخر وعلى محكمة التحكيم في نفس الوقت، حيث من حق كل طرف من أطراف التحكيم أن يعلم في الوقت المناسب بما يقدم ضده من طلبات أو يتخذ ضده من إجراءات، وكذلك حقه في الإطلاع في الوقت المناسب والملائم على كل ما يقدم من وثائق ومستندات وأدلة وأوراق، وحقه أيضاً في أن يناقش حضورياً ما يطرحه خصمه من طلبات أو دفوع⁽¹⁾.

ولهذا المبدأ أهمية كبيرة في مجال التحكيم، حيث يعد من النظام العام الدولي. والحكم الذي يتجاوز عن مقتضيات هذا المبدأ هو حكم يستحق الإبطال⁽²⁾، حتى وإن كان في اتفاق التحكيم ما يسمح بمخالفته، بل حتى ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح، فذلك كله مما لا يؤثر على ضرورة احترام هذا المبدأ.

ولم تأت قواعد التحكيم الداخلي على ذكر قاعدة الوجاهية ولكنها تبقى حتماً جزءاً من النظام الداخلي وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية، فلا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم الداخلي.

¹ – أنظر تفصيل ذلك، صبري أحمد الذبابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، سنة 2004، صفحة 87 .

² – هذا ما جاء في حكم صادر من الدائرة الأولى لمحكمة استئناف باريس في 1997/9/9، ومشار إليه في مؤلف – محي الدين إسماعيل، مختارات التحكيم، مجلة التحكيم العربي، عدد 2 يناير سنة 2000 صفحة

أما قواعد التحكيم الدولي فقد نصت صراحة على إبطال حكم التحكيم الدولي إذا لم يراع مبدأ
الوجاهية، فيكون بذلك القانون الجديد قد كرس الوجاهية وأعطاهها مكانا ومكانة قدسية في إجراءات
التحكيم وسماها باسمها ورتب على عدم مراعاتها البطلان وفق ما نصت عليه المادة 1058 ق إ م
و إذ والتي جاء فيها " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن
بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجدها
تتص على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتفويض إلا في الحالات الآتية....
— إذا لم يراع مبدأ الوجاهية".

الفرع الثاني: سير إجراءات التحكيم

تتعد جلسات محكمة التحكيم في المكان والزمان المتفق عليه في اتفاقية الأطراف أو في المكان
المحدد، وفقا لنظام تحكيمي أو الذي تحدده محكمة التحكيم، وفي جلسات التحكيم لنا أن نبرز
مجموعة من المسائل أهمها:

أولا: اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في اختصاصها:

تعرف هذه المسألة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وقد عُرف هذا المبدأ من الناحية الفقهية
بعده تعاريف فممنهم من عرفه بقوله " أن لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع
الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه " (1)، ومنهم من عرفه على أن " المحكم يختص
بتحديد اختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق التحكيم أم لا، وهو لن يختص إلا ببناء
على وجود اتفاق تحكيم صحيح " (2).

كما يعرف أيضا " أن المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإن تبين له صحة
اتفاق التحكيم فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي، وإن تبين له عكس ذلك فإنه يقضي
بعدم الاختصاص" (3)، ويذهب البعض إلى تعريفه بأنه " حق المحكم في تكوين عقيدته حول تحديد
اختصاصه وتأكيد ذلك بحكم مع إعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقا" (4).

¹ — سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية
القاهرة، 1984، ص 146.

² — إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 98.

³ — أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية
دار النهضة العربية، سنة 2001، ص 146.

⁴ — أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص 38.

وبعبارة أخرى، إذا اعترض طرف على صحة العقد الأصلي فإن المحكم لا يعود مختصا للنظر بعقد مطعون بصحته ضمنه الشرط التحكيمي، والذي يستمد منه المحكم اختصاصه إلا إذا تبنى القانون نظرية استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كأن يعترض أحد الأطراف على الشرط التحكيمي ذاته وليس على العقد ويدلي بأنه معيب بعيب من عيوب الرضا، فالمحكم لا يعود مختصا للنظر باختصاصه إلا إذا تبنى القانون المطبق على التحكيم ما يعرف بنظرية " اختصاص المحكم للنظر باختصاصه السابق تعريفه.

لكن المشرع في التحكيم الداخلي لم يعتمد على هذه النظرية أو المبدأ كما أنه لم يعتمد نظرية استقلالية الشرط التحكيمي، وبالتالي فإن أي منازعة بصحة الشرط التحكيمي توقف سير التحكيم ويحال النزاع إلى القضاء الإداري للفصل فيه طبقا للقانون، فإذا ثبت بصحة الشرط التحكيمي يعود التحكيم وتتابع إجراءات سيره، أما إذا ثبت بطلانه فينتهي التحكيم بحكم قضائي ويبطل شرط التحكيم.

وعلى خلاف ذلك فقد نص المشرع في التحكيم الدولي ومثلما نص عليه القانون الفرنسي أيضا بأن محكمة التحكيم هي التي تفصل في الاختصاص المناط بها، على أن يثار الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، فإن لم يثره الطرف المتمسك به في وقته سقط حقه في إيدائه، وفي حالة تقديمه للمحكمة التحكيمية عليها أن تفصل فيه بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع فهنا يتعين عليها الفصل فيهما معا بموجب حكم واحد.

ثانيا: عقد جلسة التحكيم

الجلسة هي لقاء بين الخصوم أو ممثليهم من ناحية ومحكمة التحكيم من ناحية أخرى، وذلك للفصل في النزاع في الوقت والمكان الذي يحدده اتفاق الخصوم أو محكمة التحكيم، أو هي – وفقا لطبيعة التحكيم – استعراض الأدلة والمذكرات المتبادلة بين الخصوم أو على الأقل أن يكون الخصوم قد مكنوا من العلم بها أو الإطلاع عليها أو دعوا للحضور لمناقشتها أمام محكمة التحكيم. و تحكم جلسة التحكيم مبادئ معينة قد تختلف ومضمونها – نظرا لطبيعة التحكيم – عن جلسة القضية العادية وهي علانية الجلسة ما لم يتفق الخصوم أو محكمة التحكيم على جعلها خلاف ذلك ولا يشترط أن تكون جلسة المرافعة شفوية بل قد تكون علانية من خلال المذكرات المقدمة كتابيا. فجلسات التحكيم ليس لها ميعاد معين كما هو الشأن في جلسات القضاء، بل تنعقد محكمة التحكيم في أي وقت تشاء حتى ولو كان ذلك في يوم عطلة رسمية أو خارج ساعات العمل الرسمية و غيرها من المسائل التي تميز جلسة التحكيم عن جلسات القضايا العادية، ولكن في كل الأحوال يجب مراعاة المبادئ الأساسية السابق بيانها وهي المساواة بين الخصوم ومبدأ الوجاهية.

أما يخص تبادل المذكرات والمستندات وأدلة الإثبات، فإن محكمة التحكيم تدعو الخصوم حضور جلسات التحكيم بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم لتقديم طلباتهم وكافة مذكراتهم وأدلة إثباتهم وحججهم، وذلك تمهيدا لتبادلها فيما بينهم وإجراء المناقشة حولها احتراما لمبدأ المواجهة. ونظرا لطبيعة التحكيم والذي يكون مرتبطا بأجال قانونية متفق عليها وفي حالة غياب الاتفاق فبمقتضى النص القانوني، فإنه يجب على كل طرف أن يقوم بتقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل⁽¹⁾.

ثالثا: انتهاء التحكيم أو جلسات التحكيم

الأصل في انتهاء القضية التحكيمية أنها تنتهي بصفة طبيعية وتكون بغلق باب المرافعة بعد تبادل المذكرات وأوجه الدفاع من الأطراف، أين تقرر محكمة التحكيم غلق باب المرافعة ووضع القضية في المداولة لتصدر فيها حكما منهيًا للخصومة التحكيمية القائمة، وهو ما نسميه بالانتهاء العادي أو الطبيعي لخصومة التحكيم أو للدعوى التحكيمية، غير أنه قد تحصل عوارض تؤدي إلى انتهاء التحكيم لأسباب عديدة منها:

- 1 – قد ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تحيينه أو حصول مانع له لا سيما إذا كانت محكمة التحكيم تتشكل من محكم فرد، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا انفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب ذلك يتم استبداله بناء على أمر من رئيس المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الصفقة العمومية أو تنفيذها وفقا لما تنص عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية محل الدراسة.
- 2 – ينتهي التحكيم بانتهاء المدة المقررة له اتفاقا، فإذا لم تحدد له مدة معينة أو لم يحصل أي تمديد فإنه بعد انتهاء مدة 04 أشهر كاملة ولم يحصل فيها أن أصدرت محكمة التحكيم حكمها ودون اتخاذ إجراءات تمديد الأجل ينتهي التحكيم مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها إجراءاته .

¹ – تنص المادة 1022 من ق إ م و إد فيما يخص التحكيم الداخلي على أنه " يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل، و إلا فصل المحكم (المحكمة) بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"، أما في التحكيم الدولي فإن المشرع لم ينص صراحة على هذا الأجل وهذه الإجراءات ولكن ترك الأمر لاتفاق الأطراف وفقا للأحكام الواردة بنص المادة 1043 من القانون بحيث تضبط هذه الإجراءات في اتفاقية التحكيم أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي كما يمكن أن تخضع إلى قانون إجراءات معين يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم، وإذا لم يحصل أي اتفاق بشأنها فيعود الأمر إلى محكمة التحكيم.

3 - عندما يفقد الشيء محل أو موضوع النزاع أو ينقضي الدين الذي على أساسه تم اللجوء إلى التحكيم، ففي هاتين الحالتين لا فائدة من الاستمرار في إجراءات التحكيم، إذ ينقضي التحكيم تلقائياً.

4 - أن أهم ما يميز التحكيم عن الدعوى القضائية هو أن إجراءات التحكيم، وبصفة عامة التحكيم ينتهي بوفاء أحد أطراف العقد ولا يمكن أن يتدخل الورثة أو الخلف الخاص له في النزاع التحكيمي ومواصلة الإجراءات، لأن الذي إبرم اتفاق التحكيم وأي اتفاق آخر قد انتهى، ومن ثم فلا بد من عقد اتفاق جديد في كل المسائل مع من يحلون محله.

ومهما يكن وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الخصوم يملكون من تلقاء أنفسهم سلطة إنهاء الخصومة وذلك بإبرام اتفاق بينهم على إنهاء التحكيم وقت ما شاءوا ودون قيد أو شرط على إرادتهم، وهو الأمر الذي يميز التحكيم عن الدعوى القضائية أين لا يملك الخصوم في هذه الأخيرة حق التنازل عنها إلا وفق إجراءات معينة منصوص عليها في القانون⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تقديم أدلة الإثبات والإجراءات التحفظية والوقفية وتدخّل القضاء الإداري فيها

إن محكمة التحكيم قد تحتاج حتماً إلى مساعدة وتدخّل القاضي الإداري المختص في عدة مسائل تتعلق بأدلة الإثبات وبكل الإجراءات التحفظية والوقفية⁽²⁾ على النحو الآتي:

أولاً: فيما يخص أدلة الإثبات

لقد نص القانون صراحة فيما يخص التحكيم الدولي لاسيما المادة 1047 من ق إ م و إد على أن محكمة التحكيم تتولى مهمة البحث عن الأدلة خاصة أن أحد أطراف الصفقة العمومية محل النزاع هو الإدارة، فقد تعتمد الجهة الإدارية عن الامتناع عن تقديم أية وثيقة من الوثائق تكون حاسمة في فصل الدعوى التحكيمية القائمة، ومن ثم فمهمة محكمة التحكيم هي البحث عن هذا الدليل، وهنا يبدو جلياً وجه الاختلاف بين القاضي العادي والمحكم، فالأول يكتفي بما يقدم أمامه من أدلة ويحكم بناء عليها، أما المحكم فيتجاوز هذه الوظيفة السلبية إلى وظيفة إيجابية وهي البحث عن كل ما يساهم في الفصل في النزاع المعروف.

لكن قد تواجه المحكم صعوبات متعددة في الحصول والبحث عن الأدلة لاسيما في مواجهة الإدارة، ففي هذه الحالة أوجب المشرع في المادة 1048 من ق إ م و إد مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين، نتيجة هذه العوائق أو تثبيت الإجراءات، وفي حالات

¹ - تنص على ذلك المادة 231 من ق إ م و إد، حيث جاء فيها "التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التخلي عن الدعوى.

يتم التعبير عن التنازل، إما كتابياً وإما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط".

² - انظر تفصيل ذلك، أمين دواس، دور القضاء النظامي في إجراءات التحكيم، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير 2008، ص 465 وما بعدها.

أخرى فإنه يجوز لمحكمة التحكيم ذاتها أو للأطراف بموافقة هذه الأخيرة أو لأي طرف من الأطراف له مصلحة في التعجيل⁽¹⁾، أن يلجأ إلى القاضي المختص بعد أن يحصل على ترخيص من طرف محكمة التحكيم حتى لا يؤدي الأمر إلى تدخل القاضي الإداري في عمل محكمة التحكيم، بل وقد يتخذ الإجراء المطلوب من طرف القاضي الإداري المختص هو الآخر وقتا طويلا، مما يؤدي إلى انقضاء أجل التحكيم دون تسوية هذا الإشكال أو الإجراء.

إذا فتدخل القاضي الإداري المختص من أجل تمكين محكمة التحكيم من الحصول على الدليل أو تمكين الخصم (المحتكم) من أي طلب يتعلق بهذا الشأن أمر ضروري، فالقاضي المختص يبقى دائما هو المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء التحكيم أو مكان إبرام الصفقة أو تنفيذها، لكن وبما أن المسألة هنا منصوص عليها حصريا في التحكيم الدولي فإنه يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، أي قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، أما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم، مع الإشارة أن مراجعة القضاء وفقا لهذه الأحكام تستوجب إبداء الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: هي أن المحكمة التحكيمية يمكنها أن تراجع القضاء وكذلك الباب مفتوح لأي طرف من أطراف النزاع، ولكن بالاتفاق مع محكمة التحكيم.

الملاحظة الثانية: يقدم الطلب إما من المحكمة التحكيمية أو من أحد الأطراف مرخصا به من المحكمة التحكيمية على عريضة.

الملاحظة الثالثة: يطبق قانون بلد القاضي، فإذا جرى التحكيم في فرنسا وطبق قانون التحكيم الجزائري فإن القاضي الفرنسي يطبق قانونه، وهنا أيضا ما تجب الإشارة إليه هو أنه إذا كان القانون الجزائري مطبقا وفقا لهذه الأصول المحددة في مساعدة المحكمة التحكيمية في تحكيم يجري خارج الجزائر ويطبق قانون التحكيم الجزائري، فإن القاضي الفرنسي مرخص له حسب القانون الجزائري بتطبيق القانون الفرنسي والذي قد يتفق وقد لا يتفق مع القانون الجزائري في هذا الصدد. أما في التحكيم الداخلي فإن التدابير المؤقتة والتحفظية ليست من اختصاص محكمة التحكيم بل هي من اختصاص القضاء، والقضاء هنا – وطالما أن النزاع يتعلق بصفة عمومية تكون الإدارة أحد أطرافها – هو المحكمة الإدارية وفقا للقواعد المنظمة لمختلف هذه الإجراءات، والتدابير المؤقتة والتحفظية التي تأمر بها محكمة التحكيم يجب أن تنفذ بصفة إرادية من الطرف الصادر في مواجهته الأمر التحفظي أو المؤقت، غير أنه إذا تماطل أو رفض القيام بذلك جاز لمحكمة التحكيم

¹ – في حقيقة الأمر أن الطرف الذي يلجأ إلى القضاء الإداري هو الذي يريد أن يتم الفصل في الدعوى التحكيمية في الأجل الاتفاقي أو القانونية أو لتجنب مماثلة الطرف الثاني وتعطيله للإجراءات لأي سبب كان.

أن تطلب تدخل القاضي المختص بذلك، ويطبق القانون في هذا الشأن قانون بلد القاضي، أي أن المحكمة التحكيمية التي تطبق قانون التحكيم الجزائي في تحكيم يجري خارج الجزائر، يحق لها أن تتخذ قرارات تحفظية ومؤقتة، وتكون الاستعانة بقاضي البلد الذي يجري فيه التحكيم لتنفيذ هذه القرارات وفقا لقانون هذا القاضي، ويضيف القانون أنه يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي الذي طلب الاستعانة به أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.

المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

تنتهي مهمة محكمة التحكيم بإصدار حكم منهي للخصومة التحكيمية، فصدور حكم التحكيم هو الانقضاء الطبيعي للتحكيم في الصفقات العمومية.

ينظر إلى تعريف حكم التحكيم على أنه يشمل كافة القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعات المعروضة عليه، سواء كانت تلك القرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم قرارات جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلق هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات طالما أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة⁽¹⁾. ليخرج بذلك من نطاق مفهوم حكم التحكيم تلك القرارات التي تصدرها محكمة التحكيم خارج الخصومة أو موضوع النزاع، كذلك المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم أو تأجيل نظر الدعوى أو أي قرار لا تستنفذ به محكمة التحكيم ولايتها على النزاع، غير أن التساؤل الذي يطرح هو كيف يصدر حكم التحكيم وما هي آثاره وما هي طرق الطعن فيه؟. إن الإجابة عن كل هذا تكون من خلال ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: صدور حكم التحكيم

يُمر حكم التحكيم بخطوات حتى يتم إصداره، ويجب أن يتضمن الحكم في ذاته شروطا موضوعية وشكلية حتى يكون في منأى عن أي طعن أو أي اعتراض.

¹ — حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2004. ، ص 200.

الفرع الأول: كيفية صدور حكم التحكيم

إن أحكام التحكيم يجب أن تصدر في خلال المدة المتفق عليها بين الأطراف مهما طالت أو قصرت، أو في المدة المستوجبة بعد التمديد، أو في المدة التي حددها القانون لا سيما في القانون الداخلي والمحددة بأربعة أشهر.

ولقد فصلّ المشرع في أحكام التحكيم الداخلي ووضع بعض القواعد لكيفية صدورها، بخلاف أحكام التحكيم الدولي التي ترك لسلطان الإرادة الدور الكبير في بيان كيفية إصدارها سواء باتفاق الأطراف أو باختيار أحد أنظمة التحكيم أو بتفويض الأمر للمحكمة ذاتها لوضع قواعد كيفية إصدارها.

و بالرجوع إلى القواعد التي يستوجبها المشرع في القانون الداخلي وطبقا لأحكام المادة 1025 من ق إ م و إد وما بعدها تحدد خطوات إصدار حكم التحكيم على النحو الآتي:

1 – المداولة:

بعد إقفال باب المرافعات توضع القضية التحكيمية في المداولة كما هو الشأن في فصل القضايا العادية أمام المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة في منازعات الصفقات العمومية التي تعرض على القضاء الإداري، حيث توضع القضية في المداولة وتكون هذه الأخيرة طبقا لنص المادة 1025 من ق إ م و إد سرية، بمعنى يتداول المحكمون فيما بينهم دون حضور أي طرف من الأطراف أو أي شخص آخر، فإذا كان الأمر في التحكيم الداخلي بهذا الشكل فإنه في التحكيم الدولي يطرح التساؤل هل يستوجب أن تكون المداولة سرية أم لا؟.

إن المشرع لم ينص صراحة على أن تكون المداولة سرية ولكن ترك الأمر لاتفاق الأطراف وفقا للأحكام الواردة بنص المادة 1043 من ق إ م و إد، بحيث تضبط هذه الإجراءات في اتفاقية التحكيم أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي كما يمكن أن تخضع إلى قانون إجراءات معين يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم، وإذا لم يحصل أي اتفاق بشأنها فيعود الأمر إلى محكمة التحكيم، معنى ذلك أنه قد يتفق على أن يحضر طرفا الخصومة التحكيمية جلسة المداولة طالما أن القانون هو الذي يعطيها هذه المكنة، لكن إذا كان ظاهر النص بهذا الشكل فإن الاتفاق على عدم سرية المداولة يجعل الحكم الصادر معرضا للطعن فيه بدعوى البطلان لسبب واحد وهو مخالفته للنظام العام وهي إحدى حالات الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي، لأن سرية المداولات مهما

كانت الهيئة (المحكمة) الفاصلة هي من النظام العام، على الرغم من تغليب المشرع لحرية الأطراف في تنظيم القواعد الإجرائية في التحكيم التجاري الدولي (1).

2 – النطق بالحكم:

النطق بالحكم كقاعدة عامة يصدر في جلسة سرية أي بحضور الأطراف والمحكمين وكاتب جلسة التحكيم الذي تم تعيينه أو اتفق عليه بين الأطراف من أجل تسهيل الإجراءات لا غير، فهو غير وجوبي بخلاف كاتب ضبط الجلسة في المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة فهو وجوبي لأنه أمين سر الجلسة.

غير أنه قد يتفق الأطراف على أن يكون النطق بالحكم التحكيمي في جلسة علنية، بمعنى يمكن أن يحضرها أشخاص من غير الأطراف وكاتب الجلسة وهيئة المحكمة، فلا مانع في ذلك لأنه في الأصل هو أن أحكام التحكيم ذات طابع سري ولا يتم نشرها إلا بموافقة واتفق أطرافها، وتصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات، لهذا قرر المشرع وجوب أن تكون محكمة التحكيم مشكلة من محكمة بالوتر حتى يرجح أحد الأصوات وعادة هو صوت الرئيس.

و يجب طبقاً لنص المادة 1029 من ق إم وإد أن يتم توقيع هذه الأحكام من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين، هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي.

أما في التحكيم الدولي فقد كان القانون السابق يشترط توقيع أكثرية المحكمين على الحكم، إلا أن القانون الجديد لم يتعرض لا للأكثرية ولا للإجماع ولا للتوقيع، وترك لسُلطان الإرادة أن يعبر عن خياره، فيكون سلطان الإرادة هو الذي سيحدد في كل تحكيم هل الأكثرية هي المطلوبة أم الإجماع.

الفرع الثاني: شروط صحة حكم التحكيم

إن حكم التحكيم مثله مثل حكم المحاكم الإدارية والعادية لابد وأن يتضمن جملة من البيانات التي تعبر عن محتواه كحكم قابل للتنفيذ ولا يثير أي إشكالات، ويتعلق الأمر بوجود تسبب الحكم واحتوائه على بيانات إلزامية وفق الآتي:

أولاً: تسبب حكم التحكيم

¹ – انظر في تفصيل القواعد التي تحكم صدور حكم التحكيم، أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، بند 141.

لقد جعل المشرع أحكام التحكيم في القانون الداخلي قابلة للاستئناف، ما يعني أنها ستعرض على هيئة عليا للنظر فيها ومراقبتها. وعلى هذا الأساس يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا كافيًا حتى تتمكن جهة الاستئناف من فرض رقابتها عليه، وهو ما نصت عليه المادة 1027 من ق إ م و إ في فقرتها الثانية التي جاء فيها " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ". وهذا التسبب إلزامي سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي لأن عدم التسبب يعتبر سببا من أسباب دعوى البطلان في حكم التحكيم الدولي، وبهذا يكون القانون الجزائري قد تبنى لزوم التسبب خلافا للقانون الفرنسي، فهذا الأخير لا يستوجب في التحكيم الدولي التسبب تماشيا مع أنظمة وقوانين أخرى⁽¹⁾.

ثانيا: عرض الوقائع والدفع

لقد أوجب المشرع في المادة 1027 من ق إ م و إ على محكمة التحكيم أن يتضمن الحكم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، كما هو الشأن بالنسبة لأحكام القضاء العادية والإدارية حيث تنص هذه المادة على أنه " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ".

ثالثا: البيانات الإلزامية

لقد أوجب قانون التحكيم الداخلي أن يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:

- 1 – اسم ولقب المحكم أو المحكمين.
 - 2 – تاريخ صدور الحكم.
 - 3 – مكان إصداره.
 - 4 – أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.
- فهذه البيانات الخمسة هي بيانات إلزامية، وتخلف أحدها يعرض الحكم للإلغاء من طرف مجلس الدولة عند استئنافه.

¹ – المادة 1484 من قانون المرافعات الفرنسي تنص على بطلان القرار التحكيمي الداخلي في ست حالات من بينها حالات المادة 1480 المتعلقة بتعليق القرار التحكيمي واسم المحكمين وتاريخ القرار وتوقيعه من المحكمين، غير أن هذه القواعد لا تسري على التحكيم الدولي الذي لا يستوجب فيه القانون التسبب ويرجع الأمر في ذلك إلى كون أن القرارات غير المسببة تعود إلى تطبيق أعراف القانون (Common LAW) ولكن هذا لا يعين الاستغناء نهائيا عن التسبب فقد يتفق الأطراف على أن تقوم محكمة التحكيم بتسبب حكمها فهنا يستوجب التسبب تنفيذا لالتفقا التحكيم وليس امتثالا لنص قانوني.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن القانون الجزائري ترك لسلطان الإرادة أن يحدد البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي سواء بالإحالة إلى نظام تحكيمي أو قانون معين، وفي كل الأحوال لا يتصور أن يصدر حكم تحكيمي دون أن يتضمن البيانات التالية:

- 1 – إذا لم يتضمن حكم التحكيم اسم المحكمين أو المحكم فكيف تتم مراقبة مدى حيادهم واستقلالهم.
 - 2 – وجوب أن يتضمن تاريخاً لصدوره، لمعرفة هل الحكم ضمن مرحلة مهلة التحكيم المحددة باتفاق الأطراف أو وفقاً للمهلة القانونية أم لا.
 - 3 – مكان إصدار حكم التحكيم، لمعرفة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ومتى يجب رفعها.
 - 4 – أسماء أطراف النزاع وعناوينهم من أجل الاعتراف بالحكم وتنفيذه.
 - 5 – أسماء المحامين أو ممثلي الأطراف.
 - 6 – يجب أن يكون حكم التحكيم موقعا عليه من طرف المحكمين.
- فكل هذه البيانات ضرورية لسلامة حكم التحكيم وإن كان القانون لم ينص عليها في التحكيم الدولي إلا أننا نرى وجوب توافرها حتى لا يفقد الحكم فعاليته وصفته كحكم.

المطلب الثاني: آثار حكم التحكيم

يترتب على حكم التحكيم نوعان من الآثار، منها ما هو موضوعي ومنها ما هو إجرائي:

الفرع الأول: الآثار الموضوعية

يترتب على حكم التحكيم من الناحية الموضوعية آثار تتجسد في تقوية الحق مضمون الحكم وبالتالي إذا كان حكماً فاصلاً في النزاع وليس تمهيدياً يرتب حجية الأمر المقضي به، فإنه يستتفد ولاية محكمة التحكيم و يكون له اثر فوري، كما يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ بعد الاعتراف به وإعطائه الصيغة التنفيذية على النحو الذي سنبينه في المبحث الثالث من هذا الفصل⁽¹⁾، بمعنى أن هذا الحكم يكون سنداً تنفيذياً لأنه يحوز حجية الشيء المقضي به إذا كان تحكيمياً دولياً، على اعتبار أنه غير قابل لأي طعن ماعدا إمكانية رفع دعوى البطلان ضده.

¹ – تنص المادة 600 من ق إ م وإد 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 ".

أما حكم التحكيم الداخلي، فهو حكم يأخذ حكم الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية الابتدائية على أساس أن حكم التحكيم الداخلي يكون قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة⁽¹⁾. كما يتمتع حكم التحكيم بقوة ثبوتية، حيث يعتبر بمثابة ورقة رسمية لا يجوز دحضها إلا بالطعن بالتزوير فيها، ذلك أن المحكم وبمجرد تعيينه وقبوله أداء المهمة يعتبر مثله مثل القاضي وباقي الأعوان العموميين، إذ يصبح مكلفاً بأداء خدمة عمومية وهي تحقيق العدالة بين المتخاصمين وإسناد الحقوق إلى أصحابها.

الفرع الثاني: الآثار الإجرائية

يترتب على حكم التحكيم آثار إجرائية متعددة تتمثل فيما يلي:

أولاً: استنفاد محكمة التحكيم لولايتها:

القاعدة أن محكمة التحكيم وبمجرد صدور حكمها في الموضوع أو في مسائل إجرائية تستنفذ ولايتها بصدده فلا تستطيع تعديله أو إلغائه أو الرجوع فيه، وفي هذا تنص المادة 1030 من ق إ م وإد على أنه " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه...". غير أنه توجد بعض الاستثناءات ترد على هذه القاعدة، أين تستطيع من خلالها محكمة التحكيم مراجعة أحكامها مرة أخرى بغير طريق الطعن، إما بتفسيرها إذا شابها غموض أو بتصحيح الأخطاء المادية الحاصلة فيها⁽²⁾.

1 – تفسير حكم التحكيم

تطبيقاً لقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، واستثناء من قاعدة استنفاد ولاية المحكم (محكمة التحكيم) بمجرد صدور الحكم، فإن المشرع الجزائري قد خول لأطراف التحكيم أن يطلبوا من محكمة التحكيم تفسير الحكم إذا ما وقع في منطوقه غموض، حيث تنص المادة 1030 في

¹ – ما تجب الإشارة إليه هو أن المشرع في المادة 1031 من ق إ م وإد نص على أنه " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه". والحقيقة ومن وجهة نظرنا غير ذلك، لاسيما أنها تتعلق بأحكام التحكيم الداخلية كون أن هذه الأخيرة قابلة للطعن فيها بالاستئناف ومن ثم فحكم التحكيم يمكن أن نقول أنه كالأحكام الابتدائية لا يجوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بعد استنفاد جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، ومن ثم نرى وجوب تعديل النص وحذف عبارة بمجرد صدورها إنما تكون بعد استنفاد كل طرق الطعن.

² – راجع مختلف الآراء حول قبول ورفض فكرة التفسير والتصحيح، بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة السنة الجامعية 2007 – 2008 ، ص179.

الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " ...غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون". وتطبيقاً لهذه المادة وبالرجوع إلى القواعد المطبقة والواردة في هذا القانون نجد في القسم الخاص بالمنازعات الإدارية المادة 965 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " ترفع دعوى تفسير الأحكام ويفصل فيها وفقاً للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في المادة 285 من هذا القانون".

وبرجوعنا للمادة 285 نجدها تنص على الأحكام الخاصة بكيفية اتخاذ الإجراءات اللازمة لتفسير الحكم على النحو الآتي: " إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته.

يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم، وتفصل الجهة القضائية، بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور".

وإذا طبقنا هذه الأحكام في مجال تفسير حكم التحكيم، نقول أن محكمة التحكيم التي أصدرت الحكم هي وحدها التي لها السلطة الكاملة في تفسير الغموض الذي يشوب الحكم ويطرح إشكالات لا سيما عند التنفيذ، وبالتالي يتعين على الطرف الذي يهمله الأمر أو الطرفين معاً التقدم بعريضة منفردة أو مشتركة بينهم لهيئة التحكيم لطلب القيام بتفسير الغموض الحاصل في مضمون الحكم أو في منطوقه.

وتتم الإجراءات بتقديم عريضة مكتوبة لمحكمة التحكيم من خلال القيام بتبليغها لكل أعضاء المحكمة، طالما أنه لا يوجد مكان قار مجتمعين فيه، فيجب حتى تكون الإجراءات منتجة أن يقوم بإخطار أو تبليغ كل عضو بهذا الطلب، كما يجب عليه أن يبلغ الطرف الثاني بهذه العريضة. مع الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يحدد أجل معين يتعين على الطرف الذي يريد تفسير الحكم أن يقدم فيه عريضته (طلب التفسير) بل ترك المجال مفتوحاً كلما طرأ أو تبين غموض أو غيره عند التنفيذ جاز للمعني بالأمر أن يتقدم بهذا الطلب.

والحقيقة أن عدم تحديد مدة زمنية معينة لرفع هذه العريضة هو سلاح ذو حدين، فمن جهة هو مفيد فعلاً لأن الشخص الذي يريد استعمال حقه في المطالبة بتفسير الحكم لا يجب أن نقيده بزمن معين، إذ له الحق في استعمال وتنفيذ ذلك الحكم في خلال مدة صلاحية هذا السند للتنفيذ، لكن من جهة مقابلة فإن الإشكال يطرح بالنسبة لهيئة المحكمة التي لا يمكن أن يكون أعضائها طيلة سنوات ينتظروا ليفاجئوا بمن يطالب بالتفسير، وقد تتفرق محكمة التحكيم ويصعب جمع أعضائها وقد يصعب بل ويستحيل في بعض الأحيان اجتماع هذه المحكمة من جديد، كأن يتوفى أحد أعضائها مثلاً، لذلك لا يجب أن يبقى المجال مفتوحاً للمطالبة بتفسير الحكم في أي وقت.

ما تجب الإشارة إليه فيما يخص الحكم الصادر بعد طلب التفسير أنه تسري عليه نفس الأحكام التي تسري على الحكم محل التفسير، إذ أنه في حقيقة الأمر هو يعد ملحقاً له أي متمماً للحكم الأصلي الصادر عن محكمة التحكيم والفاصل في الموضوع أو في مسألة إجرائية.

2 – تصحيح الأخطاء المادية في حكم التحكيم

تتولى محكمة التحكيم مهمة تصحيح الأخطاء المادية التي قد تحصل في الحكم الصادر تطبيقاً لنص المادة 1030 السابق الإشارة إليها، والتي تحيلنا بدورها إلى تطبيق أحكام المواد المنصوص عليها في هذا القانون، وبرجوعنا إلى نصوصه نجد المادتين 963 منه تنص على أنه " تطبق أحكام المادتين 286 و287 من هذا القانون على تصحيح الأخطاء المادية ".

ومعنى ذلك ووفقاً لنص المادتين المحال إليهما إجراءات التصحيح⁽¹⁾، فإن المحكمة التحكيمية التي أصدرت الحكم الوارد بشأنه خطأ مادي بحت سواء في كتابته أو في حساباته من صلاحياتها أن تصححه، كما يجوز حتى للمحكمة الفاصلة في الطعن بالاستئناف المرفوع في الحكم التحكيمي الداخلي أن تتصدى لتصحيح الخطأ المادي الواقع، سواء تعلق مثلاً بأسماء المتخاصمين أو أسماء المحكمين أو غيرها من محتويات الحكم ذات الطابع المادي لا غير، بمعنى أن الخطأ المادي هو عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها وفق ما ورد بنص المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتم تقديم هذا الطلب من طرف واحد أو من الطرفين معا بعريضة مشتركة إذا كانا متفقين على مسألة التصحيح المادي، ويتم تبليغها للمحكمة التي فصلت في النزاع، ويتم التأشير بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح وعلى النسخ الصادرة عنه، ويتم تبليغ الخصوم بالحكم المصحح طبقاً لما ينص عليه القانون.

وإذا كان لكل طرف الحق في تقديم طلب التصحيح (عريضة) إلى محكمة التحكيم فإنه وتطبيقاً لأحكام المادة 964 من هذا القانون، يجب أن يقدم في مهلة شهرين كاملين من تاريخ تبليغ حكم التحكيم وإلا سقط حق الطرف الذي يتمسك به، وهو بالتالي خلافاً للحكم المطالب بتفسيره الذي قلنا أنه غير محدد بميعاد، والمشرع بهذا الأجل يريد أن يعطي للأحكام صفة الثبات وأن يوجه عناية المتقاضين إلى ضرورة مراجعة وقراءة الأحكام بشكل دقيق وفي وقت محدد.

¹ – تنص المادة 286 من ق إ م وإد على أنه " يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به، أن تصحح الخطأ أو الإغفال الذي يشوبه، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه..."، وتضيف المادة 287 من نفس القانون على أنه " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها.

غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات الأطراف".

فالحكم الذي يقضي بتصحيح خطأ مادي يجب أن يقتصر دور محكمة التحكيم بشأنه على هذه الصلاحية لا غير، ولا يجوز لها أن تقضي أو تمس بجوهر الحكم محل التصحيح، بمعنى لا يجوز لها أن تقوم بتعديل الحكم الأول فيما قضى به من حقوق والتزامات الأطراف.

المطلب الثالث: الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية وتنفيذها

إن أحكام التحكيم مثلها مثل أحكام القضاء قابلة للمراجعة فيها بكل طرق الطعن العادية وغير العادية، فيمكن أن تكون محلا للاستئناف أو الطعن بالنقض أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. لكن ما يميزها عن الأحكام القضائية هو أنه يجوز رفع دعوى البطلان ضدها، كما أنها لا تقبل المعارضة في كل أحكامها. فضلا عن ذلك نجد أن أحكام التحكيم ليست كلها على قدم المساواة فمنها ما يقبل المراجعة أو الطعن بطرق معينة دون الأخرى، فالتحكيم الداخلي تختلف طرق الطعن فيه عن التحكيم الدولي الذي يجري في الجزائر⁽¹⁾.

الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي

وفقا للقواعد المتعلقة بالأحكام القضائية العادية والإدارية، فإن معظم الأحكام تقبل طريقتين للطعن بالطرق العادية، ويتعلق الأمر بالمعارضة والاستئناف بالإضافة إلى طرق الطعن غير العادية، فهل ذات الأمر يطبق على حكم التحكيم الداخلي؟.

أولا: بالنسبة لطرق الطعن العادية

1 – فيما يخص المعارضة:

المعارضة طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة غيابيا في مواجهة أحد طرفي الخصومة، وهي تهدف حسب ما ورد بنص المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، بحيث يتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح القرار أو الحكم المعارض فيه كأن لم يكن بعد تسجيل المعارضة فيه، ما لم يكن مشمولاً بالنفذ المعجل.

¹ – راجع أسباب استبعاد طرق الطعن العادية وغير العادية في التحكيم الدولي، بوضنوبرة خليل، المرجع السابق، ص 239.

وتضيف المادة 328 من نفس القانون أن المعارضة في الحكم أو القرار الغيابي تكون أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، وبتفحص هذان النصان والنصوص اللاحقة لهما ومحاولة تطبيق هذه الأحكام على ما ورد من نصوص في مجال التحكيم الداخلي وبالضبط على أحكام التحكيم، نجدها لا تنطبق، ولهذا نص المشرع صراحة في المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم إمكانية الطعن في حكم التحكيم بالمعارضة⁽¹⁾، ونعتقد أن نص المشرع على ذلك يعود للأسباب التالية:

أ - من حيث انعقاد خصومة التحكيم:

كما سبق وأن أشرنا فإن نظام التحكيم هو بالأساس نظام اتفاقي لا يتم اللجوء إليه إلا باتفاق الأطراف، كما أنه لا يتصور أن تبدأ إجراءات التحكيم وتعيين المحكمين للفصل في النزاع دون أن يكون الطرف الثاني على علم بالتحكيم، لأن تشكيل محكمة التحكيم تكون بالاتفاق بين الأطراف في غالب الأمر، ولذلك فإن خصومة التحكيم لا تتعدى إلا من التاريخ الذي يبلغ فيه الطرف الثاني بطلب التحكيم (عريضة التحكيم) لكي يقوم الطرف الثاني بإجراءات تعيين محكمه وباقي المحكمين، ومن ثم لا يمكن في كل الأحوال أن تباشر إجراءات التحكيم دون أن يكون الطرف الثاني على علم بذلك ومن أجل كل هذا قرر المشرع الجزائري منع المعارضة في أحكام التحكيم بكل أنواعها وليس الداخلي فقط.

ب - من حيث الجهة التي ترفع أمامها المعارضة:

الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية غيابيا تتم مراجعتها عن طريق المعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي فصلت فيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. لكن هذا الأمر لا يمكن أن يحصل في أحكام التحكيم، إذ أن محكمة التحكيم تستنفذ ولايتها عن النظر في ذلك النزاع من جديد إلا فيما يتعلق كما بينا أعلاه بتفسير الحكم و تصحيح الأخطاء المادية لا غير، فمحكمة التحكيم بعد إصدار حكمها تصبح لا وجود لها لا قانونا ولا ماديا وفقا لما نصت عليه المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " تتخلى محكمة التحكيم عن النزاع بمجرد الفصل فيه ".

ج - من حيث مراجعة الحكم في حد ذاته:

إن موضوع النزاع الذي حكم فيه بحكم تحكيمي فاصل في النزاع يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به، وبالتالي لا يمكن اعتباره كأن لم يكن بعد المعارضة فيه كالأحكام العادية، لأن اللجوء

¹ - تنص المادة 1032 من ق إ م وإد على أن " أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة.

يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

إلى التحكيم هو مسألة اتفاقية، وعليه إذا لم يرض أحد الأطراف بالحكم الصادر ما عليه إلا الطعن فيه بالاستئناف أو بطرق أخرى غير المعارضة.

2 - فيما يخص الاستئناف:

الاستئناف طريق عادي من طرق الطعن التي توجه ضد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بصفة ابتدائية، أي عن محكمة أول درجة. ويعتبر المظهر العملي للتقاضي على درجتين المكرس في النظام القضائي الجزائري، والذي يرمي إلى إعادة عرض النزاع مجددا على محكمة درجة ثانية من أجل إعادة النظر إما بتعديله أو بإلغائه أو تأييده وفقا لما نصت عليه المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، وقد نص القانون على قابلية الأحكام للاستئناف عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو بعدم القبول أو أي دفع عارض ينهي الخصومة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

فهل ذات الأحكام تنطبق على حكم التحكيم الداخلي الصادر في مادة الصفقات العمومية؟. إن الإجابة عن هذا التساؤل تتجلى من خلال التطرق للمسائل التالية:

أ - من حيث الحكم الصادر عن محكمة التحكيم:

لقد منح المشرع الجزائري للأطراف الحق في استئناف حكم التحكيم الصادر في نزاع يتعلق بصفقة عمومية مهما كان أطرافها سواء فيما يخص إبرامها أو تنفيذها أو كل ما يتعلق بها، وذلك في جميع أحكام التحكيم الداخلي الفاصلة في الموضوع أو في دفع شكلي أو بعدم القبول كغيرها من أحكام القضاء العادي أو الإداري.

وتسري على استئناف أحكام التحكيم جميع القواعد الخاصة باستئناف أحكام المحاكم الإدارية، بمعنى أن أحكام التحكيم الصادرة قبل الفصل في الموضوع كتعيين خبير في الأشغال العمومية أو غير ذلك من الخبراء لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم التحكيمي الفاصل في الموضوع من طرف محكمة التحكيم، وهذا تطبيقا لنفس القاعدة فيما يخص استئناف أحكام المحاكم الإدارية الوارد نصها في المادة 952 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " لا تكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ويتم الاستئناف بعريضة واحدة ".

¹ - تنص المادة 332 من ق إ م وإد على أنه " يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة ".

ب – من حيث الطرف الذي يحق له الاستئناف:

إن حكم التحكيم كغيره من الأحكام يسمح لطرفيه ا لحق في رفع الاستئناف بنوعيه الأصلي و الفرعي، طبقا للأحكام الواردة بنص المادة 949 و 951 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج – من حيث أجل الاستئناف:

يجب أن يرفع الاستئناف في الحكم التحكيمي تحت طائلة عدم القبول في أجل مدته شهر واحد وليس شهران كما هو الشأن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وتبدأ هذه المدة أيضا خلافا لأحكام المحاكم الإدارية ليس من تاريخ تبليغ الحكم للشخص الذي صدر ضده، وإنما من تاريخ صدوره عن محكمة التحكيم، على أساس أن أحكام التحكيم لا يتصور صدورها غيابيا، تطبيقا لأحكام المادة 1033 من ق إ م وإد التي جاء فيها يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها...".

د – من حيث أسباب الاستئناف:

إن أسباب الاستئناف في أحكام التحكيم وكما هو الشأن في الأحكام القضائية غير محددة وغير محصورة، ذلك أن الاستئناف يفضي إلى نشر الدعوى مجددا أمام الجهة الاستئنافية، ولهذه الأخيرة السلطة التامة في إلغاء أو تعديل أو تأييد الحكم محل الاستئناف وتعرض من جديد لأساس النزاع أو موضوع النزاع.

مما يعني أن التخوف الذي كان ينتاب الكثير من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام والصفقات العمومية بوجه خاص أمام هذه الأحكام يزول، ذلك أن حكم التحكيم الداخلي سيعرض على جهة قضائية داخلية تنظر فيه من جديد، ويمكن أن تلغيه نهائيا وتتصدى من جديد للنزاع أو للموضوع وقد تعدله أو تؤيده.

هـ – من حيث الجهة القضائية التي يرفع أمامها الاستئناف:

نصت المادة 1033 السالف ذكرها صراحة على أن أحكام التحكيم الصادرة عن محكمة تحكيم داخلي يتم استئنافها أمام المجلس القضائي الذي صدرت في دائرة اختصاصه، لكننا نرى أن هذا النص وبهذه الصياغة غير دقيق ولا يحدد الاختصاص بالنسبة لجميع أحكام التحكيم، لاسيما وأن أحكام التحكيم الصادرة في مادة الصفقات العمومية لا يمكن أن تستأنف أمام المجلس، لأنه لا توجد غرفة إدارية بالمجلس يمكن تسجيل الاستئناف أمامها طالما أن منازعات الصفقات العمومية في أصلها تعرض على القضاء الإداري وليس القضاء العادي، وطالما أن أحكام المحاكم الإدارية يتم استئنافها أمام مجلس الدولة فمن المنطق أن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية هي الأخرى تسري عليها نفس القواعد فيما يخص استئنافها أمام مجلس الدولة وتطبق عليها نفس القواعد، ومن ثم نرى وجوب تعديل نص المادة والقول بأن الاستئناف يكون أمام المجلس القضائي أو أمام مجلس الدولة حسب الحالة وذلك تطبيقا لقواعد الاختصاص المخولة

لمجلس الدولة والواردة بنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية. كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة."

و – من حيث حق الأطراف في التنازل عن الاستئناف:

الأصل في الاستئناف كطريق من طرق الطعن في الأحكام بمختلف أنواعها مكفول لكل طرف دستوريا وقانونيا، ولا يجوز لأي شخص أو هيئة أن تمنع أي طرف من الأطراف من أن يرفع استئنافه في حكم صدر ضد مصلحته أو في موجهته، لكن بالنسبة لاستئناف حكم التحكيم وبالنظر لخصوصية نظام التحكيم في حد ذاته فقد سمح المشرع للأطراف أن يتنازلوا عن الحق في الاستئناف، فكيف ومتى يحصل ذلك؟.

إن التنازل عن الاستئناف لا يكون بعد صدور حكم التحكيم وإنما يكون قبل ذلك، بل وحتى قبل البدء في إجراءات الخصومة التحكيمية وتعيين المحكمين، أي أن الرغبة في التنازل عن الحق في الاستئناف تكون فقط عند إبرام اتفاق التحكيم، ويجب أن يكون هذا التنازل متفق عليه منذ البداية بين الطرفين ولا يجوز لطرف أن يفرضه على طرف آخر لسلبه حق دستوري وقانوني طالما أن التحكيم هو تحكيم داخلي ويجري في الجزائر. ويكون هذا التنازل مدون صراحة في اتفاقية التحكيم المكتوبة حتى يكون حجة لكل طرف، وعلى مجلس الدولة في حالة وجود اتفاق من هذا النوع وتم رفع استئناف من أحد الأطراف فما عليه إلا عدم قبول الاستئناف المرفوع لوجود ما يمنع رفعه وهو نص القانون، ويجب على هيئة المجلس أن تقضي بعدم قبوله تطبيقا للقانون.

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتح الفرصة أمام الأطراف للطعن في الحكم بالبطان كما هو مقرر بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر وفق ما سنبينه لاحقا، فالتساؤل الذي يطرح هو هل أن حكم التحكيم الذي تنازل الأطراف عن الحق في استئنافه والذي قد تعثر به الكثير من أسباب البطان قابل للطعن فيه بالبطان أم له وضع خاص؟.

إن الباب الوحيد المتروك للأطراف هو أمام القاضي الأمر بالتنفيذ الذي يمكنه أن لا يعطي حكم التحكيم الصيغة التنفيذية، فالقاضي ليس مقيدا بأي قيد وبإمكانه إعطاء الحكم الصيغة التنفيذية كما يمكنه الامتناع عن ذلك، لأن إعطاء صيغة التنفيذ يتم بصورة رجائية فإذا قبل القاضي الطلب أصدر أمرا بالتنفيذ، أما إذا تبين له بأن حكم التحكيم المقدم له لا يستوجب الأمر بتنفيذه جاز له أن يرفض التنفيذ، غير أن قراره في الحالة الأخيرة قابل للاستئناف طبقا لنص المادة 1035 من ق إ م وإد في فقرتها الأخيرة، وبالتالي فإن المدخل الوحيد لإمكانية البحث في العيوب التي قد تعثر بها حكم التحكيم هو عند رفع الاستئناف في الأمر القاضي برفض التنفيذ، بحيث يمكن مناقشة أسباب الرفض التي قد تكون مبنية على سبب من أسباب البطان المبينة في القانون، كأن يكون اتفاق

التحكيم باطلاً أو أن محكمة التحكيم فصلت في نزاع خارج المهمة المتفق عليها...أو غيرها من الأسباب.

ما تجب الإشارة إليه أيضاً، أن حكم التحكيم الداخلي والذي قد يعتريه أحد أسباب البطلان يصبح محصناً ضد أي طعن مهما كان وبصورة نهائية، في حالة ما إذا قبل القاضي الأمر بالتنفيذ تنفيذه.

ي – من حيث آثار الاستئناف:

الأصل في استئناف أحكام المحاكم العادية أن لها أثر موقوف ما لم يكن مشمولاً بالإنفاذ المعجل، بينما الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية لا تكون موقفة للتنفيذ إلا بموجب قرار من طرف مجلس الدولة تطبيقاً لنص المادة 913 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها "يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف"، وبتطبيقنا لهذه الأحكام فيما يخص استئناف أحكام التحكيم في منازعة ناتجة عن إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية، فإن الاستئناف المرفوع ليس له أثر موقف تطبيقاً لأحكام نص المادة 913 السالف بيانها هذا من جهة أولى.

ومن جهة ثانية فإن للاستئناف أثر ناقل، أي يقتضي تحويل النزاع برمته إلى قاضي الاستئناف ليفصل فيه مرة ثانية وبكل وكافة السلطات والوسائل التي يتمتع بها قاضي الدرجة الأولى (1) وبالتالي فإن استئناف حكم التحكيم يؤدي إلى نقل النزاع مباشرة من محكمة التحكيم بعد الحكم إلى مجلس الدولة، للنظر فيه من جديد بصفته درجة ثانية من درجات التقاضي.

ما يمكن أن يقال بشأن الحق في رفع الاستئناف في حكم تحكيم داخلي، يجعل اللجوء إلى نظام التحكيم بما يتميز به من ميزات السرعة والسرية وغيرهما دون جدوى ودون محتوى، إذ أن الأطراف وبمحض إرادتهم تخلوا عن اللجوء إلى القضاء، فكيف بالمشروع ومن جديد يعيدهم رغماً عنهم إلى القضاء للنظر في حكم المحكمة التحكيمية، لاسيما وأن الأطراف هم الذين بمحض إرادتهم يمكن أن ينظموا العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها.

ثانياً: بالنسبة لطرق الطعن غير العادية

تتمثل طرق الطعن غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي في طريقتين لا ثالث لهما هما، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض.

¹ – بوقرة اسماعيل، طرق الطعن في الأحكام القضائية، مجلة المحاماة، منظمة المحامين باتنة، عدد خاص

1 - الطعن في حكم التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو طريق غير عادي من طرق الطعن، وهو مقرر لكل من له مصلحة في النزاع لأجل أن يعارض في حكم لم يكن طرفا فيه في بداية الأمر ولكنه حكم يمس بحقوقه.

والقاعدة في أحكام التحكيم طبقا لنص المادة 1038 من ق إ م وإد أنه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يحتج بما جاء فيها اتجاه الغير، وأن أحكام التحكيم لا تنتج أي أثر في مواجهة شخص لم يكن طرفا في التحكيم، ومع ذلك فهي قد تلحق به ضررا وتمس بمصالحه وهو الأمر الذي يجعله يرفع طعن ضدها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

فهذه الوسيلة من وسائل الطعن تؤدي إلى قيام الاختصاص لمحكمة من محاكم الدولة، وفي منازعات الصفقات العمومية فإن المحاكم الإدارية التي كان يؤول إليها الاختصاص أصلا قبل عرض النزاع على التحكيم هي المختصة للفصل في هذا الطعن تطبيقا لنص المادة 1032 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالقانون الجديد رفع كل اللبس عن هذا الطعن وأجازه صراحة في التحكيم الداخلي دون الدولي بنص المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية والتي جاء فيها "يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

وهذا الاعتراض يجب أن يكون الشخص الذي يبديه ويرفعه له مصلحة وصفة في النزاع الذي فصل فيه بموجب حكم التحكيم، كأن يكون النزاع مرفوع بين بلدية وإحدى المقاولات بشأن تنفيذ صفقة عمومية لإنجاز أشغال متعددة على مستوى إقليم البلدية المعنية، غير أن هذا المقاول تعاقد مع مقاول آخر من الباطن بعد موافقة رئيس البلدية وحصل أن قضى حكم التحكيم من تمكين المقاول الأصلي من مبالغ مالية معينة، دون أن يمكن المقاول الثانوي منها ففي هذه الحالة يمكن لهذا المقاول الثانوي أن يرفع اعتراض ضد الحكم من أجل الاستفادة من المبلغ المحكوم به.

أما فيما يخص ميعاد رفع الاعتراض، فإن المشرع لم ينص ولم يحدد له أجلا معينا، وطالما أن المشرع سكت عن تحديد ميعاد معين لرفع هذا الطعن فإنه تطبق عليه القواعد المنصوص عليها في المادة 384 من ق إ م وإد والتي حددها ب 15 سنة تسري من تاريخ صدور الحكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

إن ما يترتب على الطعن باعتراض الغير في حكم التحكيم الداخلي هو أنه لا يوقف التنفيذ شأنه في ذلك شأن كل طرق الطعن غير العادية، ثم أن الشخص الذي يرفع هذا الطعن من حقه أن يعيد النظر في الحكم برمته ودون التقيد بحالات معينة، ويكون الحكم الصادر فصلا في الاعتراض قابلا للطعن فيه بكل طرق الطعن، لكن إذا تم ورفض هذا الطعن فإنه يحكم على المعترض بغرامة

مالية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج) مع مصادرة مبلغ الكفالة المودعة قبل التسجيل لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية، مع حق المعارض ضدهم في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها لهم بموجب هذا الاعتراض.

2 – الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الداخلي:

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يوضح أي نص يسمح للأطراف بالطعن بالنقض في حكم التحكيم مباشرة، لأن الطعن بالنقض في حقيقة الأمر لا يتحقق إلا إذا صدر حكم عن المحكمة الإدارية له صفة النهائية سواء بالنظر إلى موضوعه أو بفوات الأجل على الطاعن في استعمال حق الطعن بالاستئناف، أو من خلال النص في اتفاقية التحكيم على التنازل عن الاستئناف، لأنه في هذه الأخيرة لا يجوز رفع الطعن بالنقض في حكم التحكيم مباشرة ذلك أن نص المادة 1034 جاء صريحا بعبارة " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

كما أن ما يبرر عدم إمكانية رفع طعن بالنقض مباشرة في حكم تحكيمي، هو أن مجلس الدولة قد يفصل في الحكم محل الطعن بالنقض مع الإحالة، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق بسبب عدم وجود محكمة تحكيم يحال أمامها الملف مشكلة بتشكيلة أخرى، على أساس أن محكمة التحكيم تنتهي ولايتها بالنظر في ذلك النزاع منذ تاريخ النطق بالحكم.

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية

تنقسم أحكام التحكيم الدولية إلى نوعين، أحكام تحكيم دولية تصدر في الجزائر لها طرق طعن خاصة بها، وأحكام تحكيم تصدر خارج الجزائر وهذه لها وضع خاص، ولا خلاف في أن يكون موضوع النزاع في كلا النوعين قد يتعلق بالصفقات العمومية، ومن ثم تخضع في أحكامها للقواعد المنظمة للتحكيم بصفة عامة مع بعض الخصوصية، باعتبار أن أحد طرفي النزاع هو إدارة عمومية.

أولاً: أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر

إن الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في منازعات الصفقات العمومية قابل للإبطال ضمن شروط الإبطال الستة، ويؤدي الطعن ببطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر إلى الطعن بقوة القانون في أمر التنفيذ، ويحول دون إعطائه صيغة التنفيذ لحين البث بطلب الإبطال وعلى ذلك فإن الأحكام الجديدة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد عدت ستة حالات كأسباب لإبطال حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أو لاستئناف الأمر القضائي

بإعطاء صيغة التنفيذ أو بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر (1) وهي محددة على سبيل الحصر:

1 – إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية:

إن تفصيل هذه الحالة يقتضي الأمر طرح التساؤل المتمثل في ما هو النظام القانوني الذي يقتضي تطبيقه من قبل القاضي للنظر في صحة الاتفاقية التحكيمية؟ . كما هو الشأن في القانون الفرنسي فقد وجد في هذا النطاق تياران (2):

– **التيار الأول:** يربط القرار التحكيمي ببلد منشئه، وهذا التيار متأثر بالنظرية القضائية للتحكيم ولا يقر صحة قرار تحكيمي، إلا إذا طبق عليه قانون إحدى الدول، من قبل احد القضاة للنظر في صحته وصحة الاتفاقية التحكيمية.

– **التيار الثاني:** متأثر بالنظرية التعاقدية للتحكيم، ويقر بإجراءات متحررة من كل ارتباط بقوانين الدول، وهو يرى أن العقد هو قانون الفرقاء، وإن إرادتهم المشتركة، هي مصدر صحة الاتفاقات التحكيمية وكذلك صحة الرضا. ووفقا لوجهة نظر هذا التيار فإن القرار التحكيمي لا يرقاه قانون البلد الذي صدر فيه، عكس القرار القضائي.

وهذه هي النظرية التي اعتمدها المشرع الجزائري فيما يخص التحكيم الدولي الأمر الذي يقلل كثيراً من احتمالات بطلان القرارات التحكيمية والاتفاقات التحكيمية، والذي يرفض ربط هذا القرار بالبلد الذي صدر فيه، كما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار الإبطال الصادر في أي بلد. إن موضوع القانون المستوجب تطبيقه، يبقى قائماً فيما تعلق بحالات بطلان اتفاقيات التحكيم ويحكم على صحة تلك الاتفاقيات، وفقاً للقانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين كلما لم تكن هناك في القانون قاعدة محددة خاصة بالتحكيم الدولي (3).

وفيما تعلق بانتهاء مدة اتفاقية التحكيم، تعود محكمة الاستئناف إلى الاتفاقية الحاصلة ما بين الفرقاء، وفي حال لم ينص الفرقاء على مهلة في هذه الاتفاقية تعود المحكمة الاستئنافية، إلى النظام التحكيمي أي إلى قانون إجراءات التحكيم، الذي يكون الفرقاء قد حددوه ليرعى نزاعاتهم.

2 – إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون:

في مادة التحكيم الدولي، حددت المادة 1041 من ق إ م وإد وفق ما سبق بيانه عند التطرق لتشكيل محكمة التحكيم كيفية تعيين المحكمين في حالة غياب أو صعوبة تعيينهم من قبل الأطراف

¹ - Mohand ISSAD, OP .cit. p.427.

أنظر أيضا تعداد حالات رفع دعوى البطلان، بوضنوبرة خليل، المرجع السابق، ص 249 وما بعدها.

² - عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، البحث السابق، ص 99.

³ - JEANTET, MASSIP, Goldman et ROBERT: Colloque de l'Arbitrage International – Rev. Arb. 1981, p51.

وخلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي⁽¹⁾، وعليه فإذا جاء حكم التحكيم مخالفا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف أو وفقا لنظام تحكيمي معين أو بالتعيين القضائي، جاز لمن له مصلحة أن يطعن في ذلك الحكم بدعوى البطلان.

3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها:

يتعلق الأمر هنا بمبدأ عام، إلا أن مراقبة هذا المبدأ، يقتضي أن تكون مقيدة ببعض الحدود، إذ أن كل من ليست له مصلحة من الفرقاء، يمكنه الادعاء بأن المحكم لم يعمد إلى التقيد بمهمته، وفي هذه الحالة يشكّل القاضي التابع للدولة ومحكمته، درجة ثانية فعلية من درجات المحاكمة، وحده الخرق الواضح لحدود تلك المهمة، أي لإرادة الفرقاء المتعلقة بموضوع النزاع أو بإجراءات التحكيم، هو الذي يقتضي أن يكون مراقباً، وهذا هو الموقف الذي اتخذته الاجتهاد الفرنسي في هذا الصدد، والذي اعتبر، وعلى سبيل المثال، أن تحوير العقد أو الخطأ في تحديد الوقائع، أو الخطأ القانوني، لا يمكن أن ينال من القرار التحكيمي بالمقابل، فالمحكم الذي يقوم بمهمته بصفته محكماً بالصلح، بينما الفرقاء عهدوا إليه بمهمة المحكم بالقانون، يعتبر بأنه لم يتقيد بحدود المهمة الموكولة إليه⁽²⁾.

4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية:

في التحكيم الدولي كما في التحكيم الداخلي، أن الامتناع عن احترام مبدأ وجاهية المحاكمة، يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي.

ومعنى ذلك أن على محكمة التحكيم أن تتخذ الإجراءات وكل ما يتعلق بالمهمة الموكولة إليها بعلم الأطراف المتخاصمة، و أن أي إجراء تقوم به أو يقوم به الطرف الآخر يجب أن يبلغ للخصم بالطرق المنصوص عليها القانون. وعدم احترام هذا المبدأ يؤدي إلى الإخلال في حقيقة الأمر بحق من حقوق الدفاع.

5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب:

إن تسبب أحكام التحكيم أو جبهه المشرع سواء في أحكام التحكيم الداخلي أو أحكام التحكيم الدولي خلافا للقانون الفرنسي الذي لا يستوجب التسبب في التحكيم الدولي، وعلى ذلك إذا خلا حكم التحكيم من التسبب أو حصل وأن صدر حكم تحكيم متناقض في

¹ - القانون الفرنسي لم يضع قواعد محددة لكيفية تشكيل محكمة التحكيم وتعيين المحكمين في التحكيم الدولي بل ترك الأمر للأطراف لتحديد ذلك سواء باتفاق بينهم أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي أو إلى قانون تحكيم معين، راجع في ذلك:

Pierre MAYER: L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, Paris, p 95.

² - عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، البحث السابق، ص 101.

تسببه جاز لمن له مصلحة أطراف الخصومة التحكيمية أن يرفع دعوى بطلان ضد الحكم الصادر بناء على هذا السبب.

6 – إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي:

يجوز أيضا رفع دعوى البطلان إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي وليس الداخلي، وهنا يبدو أن المشرع وسع من مفهوم هذا النظام ومن ثم فقد أعطى إذا إمكانية كبيرة للخصوم لرفع دعوى البطلان، لأن النظام العام الدولي واسع جدا. ويمكن لنا إبداء جملة من الملاحظات حول هذه الأحكام وفق الآتي:

– أن القانون الجديد اعتمد فكرة النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي والأمر القضائي بإعطائه صيغة التنفيذ، سواء الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر أو الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

– أن أسباب الإبطال الستة لاستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر هي على سبيل الحصر بالنسبة للأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ والاعتراف، لكنها غير ذلك بالنسبة لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر، إذ بينما نص القانون الجديد على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية " أي المحددة حصراً. إلا انه حين جاء لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر نص على أنه " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " ففي المادة 1056 يقول القانون الدولي الجديد " لا يجوز استئناف". بينما يقول في المادة 1058 " يمكن ... " فلا يجوز" بالنسبة للحكم الدولي الصادر في الخارج إلا للأسباب الستة المحددة على سبيل الحصر "ويمكن" بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر. يمكن أي انه يمكن الاستناد إلى الأسباب الستة للإبطال كما يمكن الاستناد إلى غيرها.

– أن المادة 1056 من ق إ م وإ نصت على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: (الحالات الستة الواردة أعلاه) بينما نصت المادة 1058 من نفس القانون في الفقرة الثانية على أنه " لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه (أي الصادر في الجزائر) أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ... " وبالتالي فإن إعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الجزائر يعتبر محصناً من أي مراجعة قضائية إلا مراجعة إبطال الحكم التحكيمي الدولي ذاته التي تؤدي إلى شل اثر الصيغة التنفيذية لحين بت القضاء بطلب إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

- في كل الأحوال يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم.
- تكون القرارات القضائية الآمرة برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي قابلة للاستئناف وللنقض.
- القرار القضائي الأمر بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للاستئناف والنقض.
- الأمر القضائي الذي يثبت بطلان الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر قابلاً للإبطال والنقض.

ثانياً: حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر

إن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن بالبطلان ولا أي طريق آخر من طرق الطعن سواء العادية منها أو غير العادية، ولكن القرار القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم الصادر خارج الجزائر الصيغة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به، أو يعطيه من جهة أخرى الصيغة التنفيذية يقبل الاستئناف. بعبارة أخرى أن أمر القاضي في كلتا الحالتين يقبل الاستئناف. يضاف إلى ذلك، أن الأمر القضائي الذي يقضي برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيم دولي صادر خارج الجزائر والذي يقبل الاستئناف ليست محددة أسبابه حصراً، أما الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ لحكم تحكيم دولي صدر خارج الجزائر أو الاعتراف به، فهو يقبل الاستئناف ضمن أسباب الاستئناف الستة المحددة حصراً، وهذا وفقاً لما تنص عليه المادتان 1055 و 1056 من ق إ م و إد⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية

نظراً للطبيعة الخاصة للتحكيم – لاسيما الطابع الاتفاقي فيه – فإن المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد ساير العديد من التشريعات المقارنة في جعل القضاء هو الجهة التي تصفي صبغة التنفيذ للقرار أو الحكم، وبالتالي هو لم يعط لأحكام التحكيم القوة التنفيذية

¹ – ما تجب ملاحظته من خلال هذه الأحكام أن القانون الجديد حدد أحكاماً فيما يتعلق بمراجعة حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر وهي تختلف اختلافاً تاماً عن الأحكام المطبقة على مراجعة حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، لأن أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر تسري عليها وبشكل تقريبي الأحكام التي تسري على تنفيذ وتطبيق السندات التنفيذية الأجنبية من أحكام قضائية وغيرها والتي تصدر في الخارج ويراد تنفيذها في الجزائر.

بمجرد صدورها وإنما استلزم لذلك عرضها على قاضي التنفيذ لإعطائها الصيغة التنفيذية، سواء تعلق الأمر بالأحكام الداخلية أم الدولية.

أولاً: بالنسبة للأحكام الواردة في القانون الجزائري

تبنى المشرع في تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بشأن منازعة خاصة بصفقة عمومية وكغيرها من المنازعات التي يفصل فيها عن طريق التحكيم، نفس القواعد التي تسري على التحكيم الداخلي التي تضمنتها المواد من 1035 إلى 1038 من ق إ م وإد ، وذلك بنصه في المادة 1054 من نفس القانون السالف ذكره التي تحيل إلى المواد السابقة تطبيق ذلك، ومن ثم:

— يكون حكم التحكيم، النهائي أو الجزئي أو التحضيري، قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل.

— يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الرفض.

— يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

— تطبق القواعد المتعلقة بالنفاز المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاز المعجل.

— لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير.

والملاحظ أنه وإذ أحال قانون التحكيم الدولي الجزائري الجديد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على قانون التحكيم الداخلي، إلا أن هذا الموضوع يبقى عائداً لاتفاقية نيويورك فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تعلق على القوانين باعتبار الجزائر منضمة إليها، لهذا فإن أحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية هي التي تسري فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر خارج الجزائر، وهذا ماسنشير إليه في النقطة التالية.

ثانياً: بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك

إن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والأجنبية قد يحصل بشأنه خلاف بين الأنظمة القانونية للدول ذلك أنه من غير المستصاح أن يصدر حكم التحكيم في دولة ويطلب من دولة أخرى الاعتراف به وتنفيذه، إذ أنه قد يلقي معارضة من النظام القانوني لتلك الدولة، لذلك عملت الدول على وضع هذه الاتفاقية لتوحيد القواعد القانونية فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لاسيما مع تزايد الدور المتعاظم الذي لعبته هذه الاتفاقية على صعيد التحكيم الدولي، ليتطور ويحتل المكانة التي أصبح يحتلها حالياً.

وقد حددت المادة الأولى من الإتفاقية نطاق تطبيقها، ويتجلى ذلك من خلال تفريقها بين قرارات التحكيم الوطنية وقرارات التحكيم الأجنبية، أين تأخذ في ذلك بضابطين لتحديد معنى حكم التحكيم الأجنبي الذي يخضع لأحكامها، يتمثل الأول في مكان صدور الحكم وهو ما أشارت إليه في فقرتها الأولى بأن تطبق الإتفاقية الحالية للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، في حين يخص الضابط الثاني أحكام التحكيم التي تصدر على إقليم دولة ما ويراد تنفيذها في إقليم الدولة نفسها إذا كانت هذه الدولة تعتبر أن هذه الأحكام أحكاماً أجنبية رغم صدورها على إقليمها. بعبارة أخرى أن الإتفاقية تطبق على قرارات التحكيم التي تصدر في دولة ما ويراد الاعتراف وتنفيذ القرار في دولة أخرى، كما تطبق أيضاً على القرارات التحكيمية التي تصدر في الدولة ذاتها التي يتطلب منها الاعتراف وتنفيذ ذلك القرار⁽¹⁾، ونعني به وفقاً للقانون الجزائري حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

أما فيما يتعلق بأطراف علاقة التحكيم فإن الإتفاقية تطلقها دون تحفظ حيث تسري أحكامها على جميع أحكام التحكيم أياً كانت أطراف العلاقة سواء أكانت أشخاصاً طبيعية أم معنوية بما تشمله من هيئات ومؤسسات عامة.⁽²⁾

وقد نصت المادة الثانية من الإتفاقية في فقرتها الأولى على أنه يجب على الدول المنضمة للإتفاقية أن تعترف باتفاق التحكيم المكتوب والذي بموجبه يلتزم الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض منازعاتهم الناشئة أو التي تنشأ عن مسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، كما أوضحت الفقرة الثانية من نفس المادة أن المقصود بشرط التحكيم الذي يرد في عقد موقع من الطرفين أو الذي يرد في الخطابات المتبادلة أو البرقيات وفي هاتين الحالتين ليس من الضروري وجود توقيع من الطرفين، وما تعنيه الفقرة الأولى والثانية من المادة الثانية أن قبول التحكيم قد يرد في شرط ضمن العقد الأصلي أو أن القبول قد يرد في اتفاق لاحق أي بعد نشوء النزاع أي ما يعرف بمشاركة التحكيم، ولا شك أن الدول الأطراف في إتفاقية نيويورك تعترف بقبول اللجوء

¹ - عمر بن أبو بكر باخشب، النظام القانوني لإتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسبوط، 2002 ص 88.

² - وهو مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة الأولى للإتفاقية الذي سبقته الإشارة إليه.

إلى التحكيم إذا كان صحيحا أما القبول الباطل سواء كان يتضمن شرطا أو مشاركة فلا يطلب الاعتراف به.

بل وأجازت الاتفاقية من جهة أخرى للسلطة المختصة التي قدم إليها طلب الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن ترفض الاعتراف وكذا إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وسواء جاء رفض الاعتراف بناء على طلب الخصم الذي صدر قرار التحكيم ضده إذا أو أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وفي كلتا الحالتين تشترط الاتفاقية توافر مجموعة من الحالات عددها المادة الخامسة نذكر منها:

- إذا كان الأطراف في اتفاق التحكيم عديمي الأهلية بمقتضى القانون الذي ينطبق عليهم.
 - إذا كان الطرف الذي يراد التنفيذ ضده لم يبلغ بشكل صحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لم يتمكن من إيداء دفاعه.
 - إذا كان تشكيل الهيئة أو أن إجراءات التحكيم جاءت مخالفة لاتفاق الأطراف أو لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
 - إذا كان الحكم قد فصل في نزاع لم يرد في عقد التحكيم أو في مشاركة التحكيم أو أن الحكم يتضمن أمورا تتجاوز حدودهما وهذا ما يطلق عليه مصطلح تجاوز المحكم لسلطته.
- ونلاحظ من خلال سرد هذه الحالات أنها تتوافق مع الحالات المنصوص عليها في القانون الجزائري سواء ما تعلق بالحالات التي نص عليها المشرع لرفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، وكذلك الحالات التي تطبق من أجل استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ باعتبار أن الجزائر مصادقة على الاتفاقية⁽¹⁾، وطبيعي أن تنكف أحكام القانون الداخلي مع أحكام الاتفاقية تنفيذا للالتزامات الدولية على المستوى الدولي.
- وما يمكن أن يقال على هذه الاتفاقية أنها تضمنت أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية، إذ نصت على أن ه يقصد "بأحكام المحكمين" ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضا الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف، كما أنها اعتبرت أحكام التحكيم الصادرة وفقا لنصوصها ملزمة إذ أن الاتفاقية استبعدت الرقابة الإجرائية على الأحكام وكذلك الرقابة الموضوعية بما في ذلك تعلق الأمر بالنظام العام⁽²⁾.

¹ — انضمت الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10/06/1958 بموجب المرسوم التشريعي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 1988.

² - جورج حزبون و رضوان عبيدات، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والعشرون، أبريل 2006، ص 514.

خلاصة الفصل الثاني:

على خلاف الفصل الأول الذي تناولنا فيه الجوانب الموضوعية للتحكيم في الصفقات العمومية، فإننا تناولنا في هذا الفصل بالدراسة والتحليل المسائل الإجرائية أو الجانب الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية والتي هي إحدى نتائج ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف وفق ما بيناه في الفصل الأول. لأنه عندما يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على اللجوء إلى التحكيم تأتي الإجراءات لتفعيل هذا الاتفاق عند نشوء النزاع سواء كان ذلك بمقتضى شرط أو مشاركة التحكيم، ويتجلى ذلك من خلال البدء في الإجراءات حيث تبين لنا أن المشرع الجزائري بقي مقيدا إلى حد كبير لحرية الأطراف في التحكيم الداخلي، سواء من حيث إثبات شرط التحكيم وما يجب أن يتضمنه، بل ويضاف إلى ذلك أنه في التحكيم الداخلي نص صراحة على تطبيق الأجل و الأوضاع المقررة للخصومة القضائية على خصومة التحكيم، والتي وفق ما اتضح لنا أن الكثير من الأوضاع وبحكم خصوصية التحكيم لا يمكن تطبيقها على التحكيم ولا تتحقق معه، وكان حري بالمشرع أن يترك الأمر لحرية الأطراف لتنظيمه مثلما فعله في التحكيم الدولي.

كما لاحظنا أيضا من خلال تتبعنا للإجراءات التي تمر بها العملية التحكيمية أن المشرع لم يتملص نهائيا من التخوف الذي عرفه إزاء التحكيم وإعتباره طريقا ثانويا لحل المنازعات أمام القضاء وليس بديلا عنه، من خلال إجازة الطعن في أحكام التحكيم بالإستئناف وإعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام الجهات القضائية مباشرة والتي تؤدي إلى تعطيله في حقيقة الأمر، لا سيما وأن الطعن بالإستئناف في المادة الإدارية ومادة الصفقات العمومية على وجه الخصوص تكون أمام مجلس الدولة مباشرة، ويمكن حينها لمجلس الدولة أن يتصدى لحكم التحكيم ويلغيه نهائيا متى تبين له بطلانه مثلا لأي سبب من الأسباب التي درسناها في هذا الفصل، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن التحكيم لا يزال بمنأى عن التطبيق الواقعي أو الميداني رغم إقراره بنصوص قانونية صريحة، طالما أن الأطراف الذين إختاروه كوسيلة بديلة لحل منازعاتهم سوف يجدون نزاعهم في النهاية مفصول فيه بمقتضى قرار أو حكم قضائي، وهو الأمر الذي لا يشجع أصلا على اللجوء إلى التحكيم طالما أن الأطراف في نهاية المطاف سوف تكون أمام نفس النتيجة.

فالمشرع إذا بقدر ما فتح المجال أمام الأطراف للجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعاتهم، إلا أنه بقي متحفظا في الكثير من المسائل الإجرائية مانحا المجال للقضاء للتدخل في العملية التحكيمية سواء لمساعدة الأطراف أو محكمة التحكيم أو بشكل غير مباشر لمراقبة ومتابعة العملية التحكيمية من بدء الإجراءات إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم وإعطائه الصيغة التنفيذية ليكون قابلا للتنفيذ.

الخاتمة

الخاتمة

لقد أصبح التحكيم كبديل من البدائل الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية يلعب دورا كبيرا في حسم هذه المنازعات لا سيما على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية، أين بدأ كواقع فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة، خاصة وأنه – كما هو معلوم – يتيح وجود آلية قضائية يرتضيها الأطراف طواعية ويختارونها مسبقا لتسوية النزاع الذي نشب أو الذي قد ينشب بينهم مستقبلا.

وإذا كانت للدول النامية – منذ عهد ليس ببعيد – حساسية إزاء التحكيم لما له من خلفية تاريخية ومشكلات خاصة جعلتها رافضة للتحكيم وحذرة من أية وسيلة لتسوية منازعات عقودها خاصة مع الأشخاص أو الشركات الأجنبية بعيدا عن القضاء الوطني المختص، إلا أن متطلبات التنمية الاقتصادية الحديثة جعلت التحكيم مطلبا ضروريا لهذه الدول على الصعيدين الدولي والداخلي نظرا لما يتمتع به من سرية وسرعة وبساطة إجراءاته، ويتجلى ذلك في التطور الذي شهدته أغلب تشريعات الدول العربية وإفراد بعضها أحكاما خاصة ومستقلة للتحكيم، هذا فضلا عن انضمام جل هذه الدول لاتفاقيات التحكيم الدولية.

والمشروع الجزائري بدوره لم يكن بمنأى عن هذا التطور والتغيير، حيث أفرد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بابا مستقلا خاصا بالتحكيم الداخلي وكذا التحكيم الدولي، وأجاز فيه بموجب المادتين 975 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

بناء عليه ومحاولة منا لإبراز أهم المسائل القانونية التي يثيرها التحكيم في الصفقات العمومية بصورتية، فإننا تناولنا في الفصل الأول التعريف بهذا النظام باعتباره نظاما جديدا على مادة الصفقات العمومية، وذلك من خلال بيان مزاياه ومثالبه وكذا عرض أنواعه وبعض المراكز التحكيمية التي قد يتخذها الأطراف مكانا للتحكيم للفصل في منازعاتهم، أين تبين لنا من خلال المسائل التي تم عرضها أنه ما يسري على التحكيم بصفة عامة يسري أيضا على التحكيم في الصفقات العمومية.

ثم بعد ذلك تناولنا بالدراسة والتحليل موقف المشرع إزاء التحكيم بصفة عامة، والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة، أين تبين لنا من خلال عرض سلسلة التعديلات التي جاءت بها المراسيم المنظمة للصفقات العمومية موقفه المعارض أو الراض للتحكيم استنادا إلى نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والتي كانت تحظر صراحة لجوء الأشخاص العامة

إلى طلب التحكيم، و تحيل في فصل المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية إلى الأحكام التشريعية السارية المفعول، وبالتالي فهذا إن دل على شيء إنما يدل على عدم جواز لجوء الدولة أو هيئاتها العامة للجوء إلى التحكيم سواء في الصفقات الداخلية أم الدولية إعمالاً للنص التشريعي السائد آنذاك.

غير أنه مع التحول والانفتاح الإقتصادي والسياسي والإجتماعي الذي عرفته الجزائر في بداية التسعينات، لاحظنا أن المشرع لم يبق متشدداً في موقفه المعارض للتحكيم، إذ خفف من حدة هذا المنع على إثر صدور المرسوم التشريعي 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، أين أقر التحكيم في مواد متعددة وأجاز به بصفة صريحة للأشخاص المعنوية العامة فقط عندما يتعلق الأمر بعلاقات تجارية دولية، معنى ذلك أن التحكيم في الصفقات العمومية بقي محضوراً على المستوى الداخلي حتى بصدور هذا المرسوم، أما فيما يتعلق بالصفقات الدولية فإنه أجاز للأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم فيها متى كان موضوع الصفقة يدخل ضمن العلاقات التجارية بين دولتين أو أكثر، أما خلاف ذلك فإن الحظر بقي قائماً، وإن كنا لاحظنا تميز هذا المرسوم بالغموض لا سيما فيما يتعلق بدولية الصفقة خاصة مع إقرارها عقداً إدارياً من عدمها وذلك لعدم تحديد معيار الدولية بدقة وحصر الأمر في النشاط التجاري الذي يتسع لأكثر من نشاط. هذا الحظر الذي استمر لسنوات طويلة، تم رفعه بصفة نهائية بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي جاء مسaire للمتغيرات المستجدة على الساحة الدولية وعلى الصعيد السياسي والإقتصادي والإجتماعي للبلاد، وكذا انسياقاً وانسجاماً مع الإتفاقيات والمعاهدات الدولية المنظمة إليها الجزائر، أين تم تدعيم هذا النظام وخصه بقواعد وأحكام تم تفصيلها في الباب المتعلق بالوسائل البديلة لحل المنازعات والتي تتمثل في الصلح والوساطة إلى جانب التحكيم، والتي تبين لنا من خلال عرضها ومقارنتها ببعضها أن ما يميز هذه الوسائل في مجملها لا سيما الوساطة أنها وساطة قضائية وليست وساطة اتفاقية، ونفس الأمر فيما يتعلق بالصلح.

وبالنسبة لموضوعنا والخاص بالتحكيم فإن الجديد الذي جاء به هذا القانون هو فتح الباب أمام الأشخاص المعنوية العامة للجوء إليه في حل جميع المنازعات التي تنشأ عن إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بالصفقات الداخلية أم الدولية، وبذلك يكون المشرع قد رفع اللبس الذي كان قائماً بشأن جواز لجوء الدولة أو هيئاتها إلى طلب التحكيم.

والتحكيم بإعتباره وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة يجد أساسه بعد النص القانوني في إرادة الأطراف سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم الذي يتفق عليه كبنود الصفقة الأصلية، أو إتفاق (مشاركة) التحكيم الذي يأتي بعد نشوء النزاع بمناسبة تنفيذ الصفقة.

هذه الدراسة الموضوعية لنظام التحكيم وفق ماسبق بيانه اقتضت منا تخصيص الفصل الثاني من البحث للنظام الإجرائي للتحكيم باعتباره أداة لتفعيل إتفاق التحكيم، وذلك من خلال بيان الإجراءات التي تمر بها العملية التحكيمية منذ بدايتها إلى غاية وضع القضية في المداولة من أجل إصدار حكم فيها، مبرزين كيف يبدأ التحكيم وكيفية تعيين مكانه وتشكيل محكمة التحكيم وكل الصعوبات التي قد تواجه الأطراف في ذلك، سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أو الدولي، موضحين دور القضاء الإداري في التدخل لحل هذه المسائل طبقاً للقواعد التي أوردها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث تبين لنا من خلال التعمق في هذه القواعد أن المشرع قد حد من حرية الأطراف في التحكيم الداخلي، فهو وإن أجاز للإدارة طلب التحكيم في الصفة الداخلية إلا أنه أخضعها للقضاء لحل كل الإشكالات التي قد تواجهها وبالتالي يكون قد انتزع السمة المميزة للتحكيم والمتمثلة في الطابع الاتفاقي لحل كل الإشكالات الناشئة عنه، بينما جعل الأمر خلاف ذلك فيما يتعلق بالتحكيم الدولي الذي أخضعه لمبدأ سلطان الإرادة ماعدا في بعض الإشكالات التي تم تبيانها في متن هذا البحث.

ولما كانت هذه الإجراءات تنتهي بصدور حكم تحكيمي فاصل في المنازعة التي ثارت بشأن الصفة العمومية، فإنه كان لزاماً علينا معرفة الشروط التي ينبغي على المحكم إدراجها في حكم التحكيم وتبيان أوجه الخلاف بينه وبين الحكم القضائي الصادر عن الجهات القضائية العادية منها أو الإدارية.

ونظراً لما قد تتضمنه الأحكام التحكيمية من مسائل قد لا تتفق ومبادئ النظام العام الداخلي أو لا تخدم المصلحة العامة التي تهدف الإدارة تحقيقها من وراء إبرامها للصفة العمومية، فإن المشرع أجاز للأطراف الطعن في هذه الأحكام بالإستئناف وإعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا تعلق الأمر بأحكام التحكيم الداخلي تاركاً الحرية للأطراف الراغبة في القيام بهذا الإجراء في تحديد الأوجه التي يبنى عليها الطعن مثله مثل الأحكام القضائية سواء أمام القاضي العادي أو الإداري. ونظراً لكون النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية هي نزاعات إدارية باعتبار أن أحد أطرافها هو الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية فإنه بديهي أن يتم رفع الاستئناف مباشرة أمام مجلس الدولة، هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي.

أما في التحكيم الدولي فإن الوضع يختلف إذ لم يجر المشرع الطعن في الأحكام التحكيمية بطريق الإستئناف، إنما يكون عن طريق الطعن بالبطلان وفي حالات محددة حصراً، وقد أبرزنا مسألة غاية في الأهمية تميز أحكام التحكيم عن أحكام القضاء الإداري وهي إمكانية الطعن فيها بالبطلان، وقد اقترحنا أن الأصح هو رفع دعوى البطلان وليس كما جاء به المشرع الطعن بالبطلان أمام المحكمة الإدارية المختصة بمكان إجراء التحكيم.

وحكم التحكيم في حقيقة الأمر لا فائدة منه إذا لم يقدم للتنفيذ، سواء كان حكما داخليا أم دوليا صادرا في الجزائر أو خارجها باعتباره حكما أجنبيا، وبيننا كيف نظم القانون الجديد مسألة الاعتراف بحكم التحكيم وكيفية تنفيذه وطرق الطعن في الأحكام الصادرة بشأن هذه الإجراءات مع إفرادنا لدراسة خاصة باتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. ما نخلص إليه إجمالا من خلال كل ما تقدم، أن نظام التحكيم يبقى محدود الفعالية باعتباره وسيلة من الوسائل البديلة والجديدة لحل المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية ما لم يجسد بصفة فعلية على أرض الواقع لا سيما على المستوى الداخلي، أين لا تزال المؤسسات العمومية الجزائرية — حسب رأينا — بعيدة في تقبلها واحتواها لهذا النظام والعمل به ميدانيا. على هذا الأساس وبناء على ما تقدم في بحثنا هذا من تحليل ودراسة، يمكننا في خاتمة أن نقيدها بجملة من التوصيات نراها ضرورية لأجل التشجيع على اللجوء إلى التحكيم والوسائل البديلة الأخرى ونشر ثقافته وبيان كيفية رفع بعض النقص في هذا المجال، وتتمثل في:

— ضرورة تعديل المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بإزالة الغموض الذي تثيره عبارة "لدولتين على الأقل" التي يفهم منها أن التحكيم الدولي ينحصر في الدولة كشخص عام ولا ينصرف إلى الأشخاص الخاصة، وذلك باستبدالها بعبارة "لأشخاص دولتين على الأقل" لتشمل الأشخاص العامة والخاصة.

— إزالة التناقض الموجود بين المادتين 1006 فقرة الثالثة والمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بتوحيد مجال التحكيم الإداري من خلال إزالة الغموض حول عبارة "أو في الصفقات العمومية" بتوحيد النص باللغة العربية والفرنسية وجعل العبارة باللغة الفرنسية هي الأنسب.

— أنه نظرا لكون التحكيم نظاما مميزا ولجوء الإدارة إليه قد يعرض المصلحة العامة للخطر، فإننا نرى وجوب أن تتم الموافقة على لجوء الإدارة للتحكيم في الصفقات لا سيما الدولية لموافقة مجلس الوزراء على اعتبار أن هذه الصفقات ذات أهمية بالغة ولها تأثير على المصلحة العامة بل وعلى الخزينة العمومية بشكل مباشر.

— يجب على الجهات الإدارية لا سيما في الصفقات الدولية أن تتجنب قدر الإمكان وضع شرط التحكيم عند إبرام الصفقة، حتى يمكنها لاحقا وعند نشوء أي نزاع إيجاد الحلول المناسبة لتسويته بعيدا عن ضغط المتعاقد معها واللجوء مباشرة إلى بدء الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية. بل وقد يجبر المتعامل المتعاقد مع الإدارة الدولة أو أي وزارة على قبول إختصاص مراكز تحكيم معينة بذاتها في شرط التحكيم يتبين لها لاحقا أنه لا يخدم مصالحها على الإطلاق.

— كما نرى أنه يجب على الجهات الإدارية أن تقرر وتتمسك بوجوب أن يكون التحكيم داخليا أو حتى دوليا ولكنه يجري في الجزائر مع تطبيق القانون الجزائري سواء من حيث الموضوع أو من

حيث الإجراءات، لا سيما في الصفقات الهامة والتي تتعلق بالثروات الطبيعية والمنجمية التي فيها مستقبل الأجيال القادمة حتى لا تتعرض لتلاعب المحكم أو المحكمين المعينين.

— يجب على الأطراف لا سيما الجهة المتعاقدة بما أنها تمثل المصالح العامة أن تختار محكمين نزهاء ولهم الكفاءة والدراية العالية بالقانون لا سيما في مجال القانون الإداري والمؤسسات الإدارية وموضوع النزاع، حتى تضمن دراسة الملف بشكل كاف وموضوعي وبشكل يحافظ على مصالح المصلحة المتعاقدة.

— لا بد على الأطراف وبالأخص الإدارة أن تتقيد بتحديد مكان التحكيم بأن يكون في الجزائر حتى تضمن تطبيق القانون الجزائري، وأن تخضع كل المسائل المتعلقة بإشكالات التحكيم للقانون الجزائري وللمحاكم الإدارية ومجلس الدولة الجزائري لما له من دراية بالمسائل والمنازعات الإدارية وبالأخص منازعات الصفقات العمومية.

— ضرورة إعادة النظر في قانون الصفقات العمومية من خلال وضع نصوص قانونية تحدد المجالات أو الصفقات المستثناة من التحكيم يتولى وضعها خبراء مختصون سواء في مجال القانون أو الاقتصاد أو الهندسة أو غيرها حتى لا تكون كل الصفقات خاضعة للتحكيم وفق ما هو عليه الحال في القانون الحالي.

— ضرورة أن تسعى الجهات الإدارية إلى تكوين إطاراتها في مجال التحكيم سواء في الصفقات العمومية أو غيرها حتى يكونوا مؤهلين علميا وعمليا في إبرام اتفاقات التحكيم ولا تقتصر الإدارة على الاستعانة بالخبرات الأجنبية وذلك بالتعاون مع الجامعات الجزائرية.

— ضرورة التكوين المستمر للقضاة على مستوى المحاكم الإدارية ومجلس الدولة على التحكيم في الصفقات العمومية، حتى يمكن لهم التمكن من هذا الاختصاص والاستعداد لما يطرح عليهم من منازعات تتعلق بالتحكيم أو بأحكام التحكيم في المستقبل.

— من أجل إشاعة ثقافة الحلول البديلة لتسوية الخلافات نرى ضرورة إدماجها في البرامج الدراسية بكليات الحقوق وفي مراكز تكوين القضاة والمحامين وكل مساعدي العدالة وإصدار نشرات ومجلات متخصصة ووضع برامج إعلامية للتعريف بها في مختلف وسائل الإعلام بما يساهم في نشر هذه الثقافة ومن ثم دفع المتقاضين إلى اختيارها في المستقبل.

— كما نقترح إنشاء مراكز للتحكيم في الجزائر ودعمها مستقبلا ماديا ومعنويا بدلا من التوجه إلى المحكمين ومراكز التحكيم الأجنبية التي تفرض على الإدارة قواعد إجرائية وموضوعية قد لا تكون في صالح الإدارة الجزائرية زيادة على نفقاتها العالية والمكلفة.

المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات باللغة العربية:

1 – المؤلفات العامة:

- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1973.
- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر 2002.
- عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية، مطبعة الإيمان، القاهرة، دون سنة النشر.
- عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، 1990.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 1989.
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، دون سنة النشر، 2007.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990.
- محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1999.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الخامسة، 1991.
- ليلي زروقي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2003.
- ### 2 – المؤلفات الخاصة:
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.

- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002.
- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، الإسكندرية 1999.
- أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1998.
- أنور على أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، سلطة المحكم في تحديد اختصاصه في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية والداخلية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2004.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984.
- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986.
- عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1981.
- عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، دار المعارف، الجزء الثاني 1998.
- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإثفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للنشر، مصر، 2000.

- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر 2008.
- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، 2007.
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007.
- 27 — ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم لسنة 1994، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 1996.
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.

3 — الرسائل العلمية:

- بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010 — 2011.
- بوصنوبرة خليل القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة السنة الجامعية 2007 — 2008.
- صبري أحمد الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، سنة 2004.
- علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، 1991.
- عيسى عبد القادر حسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.
- هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 1979.

4 – البحوث والمقالات:

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة عشر، العدد الأول، يناير 2008.
- أحمد ضاغن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقا للقانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويت، السنة 22 العدد 01 مارس 1998.
- أمين دواس، دور القضاء النظامي في إجراءات التحكيم، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير 2008.
- أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998.
- إبراهيم نجار، مفهوم النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية، جامعة بيروت العربية، 16-18 ماي 1999.
- بوقرة اسماعيل، طرق الطعن في الأحكام القضائية، مجلة المحاماة، منظمة المحامين باتنة عدد خاص، 2008.
- بودليو سليم، منظمة التجارة العالمية ونظام تسوية النزاعات، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009 المجلد ب ، الجزائر، ص 174.
- جورج حزبون و رضوان عبيدات، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والعشرون، أبريل 2006.
- رشدي المحمدي، التحكيم في الصفقات العمومية، مجلة التحكيم التونسية، الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، العدد 3 لسنة 2000.
- رشيد مزاري ، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بحث منشور في نشرة القضاة العدد 64 الجزء الأول، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، الجزائر، سنة 2009.
- عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم بحث مقدم في الملتقى المنظم بالمحكمة العليا يومي 15 و16 جون 2008 بالجزائر، غير منشور.
- عبد الحميد الأحذب، التحكيم الإلزامي، بحث منشور في مجلة التحكيم التونسية، العدد 2 السنة 2002، تصدر عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم.
- عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول 2006.

- عمر بن أبو بكر باخشب، النظام القانوني لاتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية جامعة أسيوط، 2002.
- غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحاماة الصادرة عن المنظمة الجهوية للمحامين ناحية باتنة، 2008، ص 34.
- فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة 15، العدد الأول، يناير 2007.
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب والأستاذة إنعام الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة 11، العدد الأول يناير 2003.
- مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، جوان 1971.
- محمد بدران، المشاكل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث أكتوبر 2000.
- محمد قطان، محاضرة حول قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية 22-23-24 ديسمبر 1990، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- محي الدين القيسي، عقود الأشغال العامة — التحكيم والاستثمار، بحث منشور في المجلة التونسية للتحكيم، عدد 3 السنة 2005، تصدر عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم.
- محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي المجلة التونسية للتحكيم، العدد 1 السنة 2001.
- محمد أبو العينين، القانون النموذجي خطوة عظيمة إلى الأمام ولكنها في حاجة إلى التطوير والإضافة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر 2000.
- محي الدين إسماعيل، مختارات التحكيم، مجلة التحكيم العربي، عدد 2، يناير، سنة 2000
- محمد سلام، الوساطة والتوفيق كآليات بديلة لتسوية نزاعات الاستثمار، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، العدد 03، السنة 2005 .

5 — النصوص القانونية:

- القانون رقم 88 — 01 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 02 لسنة 1988.

- القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008.
- أمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائي، الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 1966.
- أمر رقم 67 – 90 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967.
- أمر رقم 74 – 09 المؤرخ في 30/01/1974 المتضمن مراجعة الأمر رقم 67 – 90 المتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1974.
- أمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975.
- أمر رقم 95 – 04 المؤرخ في 21/01/1995 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الجريدة الرسمية عدد 07 لسنة 1995.
- المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 1966 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.
- المرسوم التشريعي رقم 88 – 233 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية التي صادقت عليها الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1988.
- المرسوم الرئاسي رقم 10 – 236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 58 لسنة 2010.
- المرسوم رقم 82 – 145 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1982.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 434 المؤرخ في 09/11/1991 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 1991.

ثالثاً: باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages généraux et spéciaux :

- Bennadji Cherif, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse de doctorat d'Etat, université d'Alger, 1991.

- Bergeal (Catherine) Lenica (Frédéric), Contentieux des Marchés Publics, Imprimerie nationale, Edition, Paris, 2004.
- Bernard Castaing – Rozen Noguellou – Catherine Prebissy-Schnall, Les marchés publics, éditions du Juris-Classeur, Paris, 2003.
- C.LAJOYE, Droit des marchés publics, Berti Editions, Alger, 2007.
- David (R) : Arbitrage dans le commerce international, Paris, 1981.
- Holleaux Dominique, foyer Jacqus, Prodelle Gérard de Geouffre, Droit international privé, Paris, 1981.
- Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, Paris, 1995.
- Patrick Schultz, Les marchés publics ,L.G.D.J, France, 2003.
- Phillipe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, 1996.
- Philippe Kahn, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, clunet, Paris ,1975 .
- Pierre MAYER, L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, Paris.
- Trari-Tani Mostafa, Droit Algerien de l'arbitrage, 1 edition Berty.Edition, Metidja impression, Alger.
- Yves GUYON, L'ARBITRAGE, Ed. ECONOMICA, Paris, 1995.
- Le nouveau code des marchés publics commenté, EDITION du PAPYRUS, France, 2001.

2 - Les revues :

- JEANTET MASSIP Goldman et ROBERT: Colloque de l'Arbitrage International – Rev. Arb, 1981.
- Mohamed Kobtan, introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N° 3, Année 2003.
- Mohand ISSAD, La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage internationale, Rev, de l'arbitrage, année 2008 n 3.

المواقع الإلكترونية:

- Www. crcica.org.eg.
- Www. Icc. arbitration.org.
- Www.uncitral.org.
- Www.icsid .worldbank.org.

الفه رس

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: النظام القانوني الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية.....	5
المبحث الأول: خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية.....	5
المطلب الأول: التعريف بالتحكيم كوسيلة لحل منازعات الصفقات العمومية.....	6
الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه.....	6
الفرع الثاني: مزايا نظام التحكيم وعيوبه.....	9
الفرع الثالث: أنواع التحكيم ومراكزه	12
المطلب الثاني: تطور موقف المشرع من التحكيم في الصفقات العمومية.....	16
الفرع الأول: قاعدة منع لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم.....	16
الفرع الثاني: جوازية اللجوء إلى التحكيم.....	19
المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات.....	30
الفرع الأول: الوساطة.....	30
الفرع الثاني: الصلح.....	32
المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....	34
المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية.....	35
الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم	35
الفرع الثاني: شروط صحة شرط التحكيم.....	36
الفرع الثالث: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.....	43
المطلب الثاني: الإتفاق على التحكيم(المشاركة) عند تنفيذ الصفقة العمومية.....	46
الفرع الأول: إلتزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة.....	47
الفرع الثاني: إبرام اتفاق التحكيم عند تنفيذ الصفقة العمومية.....	64
المطلب الثالث: استقلالية اتفاقية التحكيم عن عقد الصفقة العمومية.....	68
المطلب الأول: ماهية استقلالية اتفاقية التحكيم.....	68
المطلب الثاني: نتائج استقلالية اتفاقية التحكيم عن عقد الصفقة العمومية.....	69
خلاصة الفصل الأول.....	70
الفصل الثاني: النظام الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية.....	72

72	المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....
72	المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم.....
73	الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم.....
79	الفرع الثاني: مكان التحكيم.....
80	المطلب الثاني: محكمة التحكيم.....
80	الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم.....
87	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكمين.....
89	الفرع الثالث: الإشكالات المتعلقة بمهمة المحكمين.....
92	المطلب الثالث: سير إجراءات التحكيم(خصومة التحكيم).....
92	الفرع الأول: مبادئ وقواعد خصومة التحكيم.....
94	الفرع الثاني: سير إجراءات التحكيم.....
97	الفرع الثالث: أدلة الإثبات والإجراءات التحفظية وتدخّل القضاء الإداري فيها.....
99	المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....
100	المطلب الأول: صدور حكم التحكيم.....
100	الفرع الأول: كيفية صدور حكم التحكيم.....
102	الفرع الثاني: شروط صحة حكم التحكيم.....
103	المطلب الثاني: آثار حكم التحكيم.....
103	الفرع الأول: الآثار الموضوعية.....
104	الفرع الثاني: الآثار الإجرائية.....
107	المطلب الثالث: الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية.....
108	الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي.....
115	الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.....
119	الفرع الثالث: تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية.....
123	خلاصة الفصل الثاني.....
125	الخاتمة.....
131	المراجع.....
139	الفهرس.....