

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



عنوان المذكرة

التحكيم التجاري الدولي في مجال الصفقات العمومية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أعمال

تحت إشراف :

د- مبروك ليندة

من إعداد الطالب:

-كعوان محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

أ- عبادة سيف الإسلام

رئيسا

د- مبروك ليندة

مشرفا و مقرا

أ- مجدوب كوثر

مناقشا

دورة جوان 2017

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

* إلى روح أمي، التي أَرْضَعْتَنِي من حليبها، وَضَمْتَنِي إلى صدرها، فَاكْتَسَبْتَ مِنَّا، أَقْهَرَ بِهَا
نَوَائِبَ الدَّهْرِ، فَرَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهَا.

* إلى أبي العزيز الذي أذاق مرارة الغربة من أجلي، أَطَالَ اللَّهُ فِي عَمْرِهِ.

* إلى شريكة حياتي، زوجتي الغالية، التي تَقَاسَمُنِي الحياة الزوجية بِحُلُوهَا وَبَمَرِّهَا.

* إلى قرّة عيني، بناتي وأبنائي: خلود، عبد الغفور، يحيى، إيمان، عيسى.

* إلى أختي وإخوتي: الطيب، صالح، العكري، بلقاسم، رابح، حسان

كلمة شكر وتقدير

أحمد الله وأجزل فضله على توفيقه وسداده.

وأقدم بشكري هذا إلى جميع الأساتذة الذين رافقوني طيلة مشواري
الدراسي، فلم ييخلوا بعلمهم، جهدهم ونصحهم وعلى رأسهم متعهدة
عملي هذا الدكتورة : مبروك ليندة.

كما أقدم بالشكر الجزيل لابنتي خلود على مساعدتي في تحرير هذه
المذكرة.

مقدمة

مقدمة

تضطر الدول بغية تلبية حاجات المرفق العام، أو عند النهوض بالتنمية في إطار التقليل من التبعية، وتحقيق الاكتفاء والتطلع لمزيد من الرفاهية والتقدم، إلى إبرام صفقات مع أطراف أجنبية سواء في إطار اتفاقيات دولية أو وفق تنظيماتها الداخلية (طلب عروض دولية أو طريق التراضي).

فإذا كانت الصفقات المبرمة مع الدولة كشخص معنوي خاضع للقانون العام وبين أشخاص القانون الخاص الداخلي تثير العديد من المشاكل، تقتضي أفراد نظام قانوني ذاتي ليحكمها فإن هذه المشاكل ومن باب أولى أن تتضاعف إذا تمت مع أطراف أجنبية،

خاصة أن الدولة المتعاقدة معه، بإضافة أنها شخص من أشخاص القانون العام، فإنها شخص من أشخاص القانون الدولي، تتمتع بالمزايا التي يضيفها عليه هذا القانون، في حين الطرف الأجنبي المتعاقد معها لا يعتد كأصل عام من أشخاص القانون الدولي العام مما يجعل العلاقة التعاقدية تتم بين طرفين غير متكافئين.

إن طبيعة عدم التكافؤ تختلف باختلاف الطرف المتعاقد مع الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، فعدم التكافؤ في العقود الإدارية الداخلية يتجلى أساسا في تمتع شخص القانون العام بامتيازات السلطة العامة، بينما في العقود الإدارية ذات الطرف الأجنبي، يبرز عدم التكافؤ في التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذا العقد، وأحيانا في عدم وقوفهم على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية، مما يخلق إحساسا متبادلا لكل منهما بأنه الطرف الضعيف، والذي يتعين حمايته، حيث يدفع الدول المتعاقدة إلى تأمين العقد سواء على صعيد الاختصاص التشريعي أو الاختصاص

القضائي، في حين يسعى الطرف الأجنبي إلى سلخ العقد من القانون الداخلي ومحاولة تدويله.

ولإيجاد التوازن وإعادة التكافؤ تسعى الأطراف إلى تضمين شروط ذاتية في عقودها كشرط الثبات التشريعي وشرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، ولذا نجد جل الدول أجازت في قوانينها الداخلية إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل بعض منازعاتها ذات العنصر الأجنبي، هذا ما حدا بالمشروع الجزائري إلى أفراد مواد في القانون 08-09 المؤرخ في 25 سبتمبر 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي نرسم له في هذا البحث ب(ق.إ.م.إ.)، تسمح للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام باللجوء للتحكيم التجاري الدولي في علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية.

وإذا كان التحكيم في حقيقة الأمر من صميم نظام القانون الخاص، أين يكون مبدأ سلطان الإرادة حر طليق في تجسيد اتفاقية التحكيم، فإن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بالعقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، وبالأحرى إذا كانت العلاقة مع طرف أجنبي، أين تكون إرادة اللجوء إلى هذا النظام البديل مقيدة بالموافقة المسبقة ومشفوعة بالإجازة القانونية، التي تعد أساس التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية.

ومن هذا المنطلق تظهر أهمية البحث في موضوع حل نزاعات الصفقات العمومية المبرمة مع الطرف الأجنبي عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، لأن الصفقات العمومية تركز أساساً على أموال الخزينة العمومية، وعرض منازعاتها للتحكيم التجاري الدولي دون قيود وضوابط، قد يعرض المصلحة العامة للخطر.

يهدف البحث إلى الإحاطة المعمقة للعلاقة بين العقود الإدارية والصفقات العمومية من جهة والعلاقة بين النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في (ق.إ.م.إ) وحلول منازعات الصفقات العمومية في قانون الصفقات العمومية من جهة أخرى، لنخلص إلى أهم خصوصيات نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية.

بمعنى أن الهدف من الدراسة هو إيجاد حل لمعادلة مركبة من عدة متغيرات، تقتضي منا تسليط الضوء على النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في (ق.إ.م.إ) ومحاولة إسقاطها على منازعات الصفقات العمومية التي يكون العنصر الأجنبي طرفاً فيها، بعد مقارنة مع النصوص المنظمة للصفقات العمومية واستخلاص مدى توافقهم وقدرتهم في إيجاد الحلول لمنازعات هذه الأخيرة.

بمعنى آخر، الهدف من الدراسة هو الإجابة عن سؤال جوهري مفاده: ما مدى ملاءمة وفعالية النصوص التشريعية والتنظيمية الوطنية، في حل نزاعات الصفقات العمومية عند اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، وإعطاء الدراسة قدراً من الواقعية والتجسيد يقتضي منا الاعتماد على مجموعة من المناهج القانونية أهمها المنهج التركيبي (التحليلي والاستنباطي) وذلك بتحليل ومناقشة مضامين النصوص واستنباط الحلول المرجوة منها وكذا المنهج المقارن، لمقارنة النصوص الخاصة في قانون الصفقات العمومية مع النصوص العامة في (ق.إ.م.إ) من جهة ومع نصوص قوانين وتشريعات أخرى من جهة أخرى.

رغم الصعوبات التي اعترضت هذه الدراسة لارتباط الموضوع بعدة أنظمة قانونية، حيث يتقاطع كل من القانون العام والخاص الداخليين من جهة والقانون العام

والخاص الدوليين من جهة أخرى، حيث كان لزاما علينا بذل جهد كبير لمعرفة خصوصية نظرية العقد الإداري بصفقتها من مواضيع القانون العام- خارج اختصاص قانون الأعمال- مما أثر سلبا على حل معادلة البحث المركبة، وكاد سيف الزمن أن يقطع رأس هذه الدراسة، إلا أننا حاولنا الإجابة عن إشكالية البحث، بالاستعانة ببعض الدراسات السابقة في الموضوع والتي كانت في مجملها عامة، لم تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الصفقات العمومية التي تميزها عن باقي العقود، ذلك بتقسيم الموضوع وفق السياق المنطقي إلى فصلين:

نتطرق في الفصل الأول إلى الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، حيث نخصص المبحث الأول للطبيعة القانونية للصفقات العمومية ثم نتناول في المبحث الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي.

أما الفصل الثاني فنتناول فيه خصوصيات نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، حيث نتعرض في المبحث الأول إلى القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية وخصوصية عملية التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

وأخيرا ننهي موضوع بحثنا بخاتمة، نبين فيها ما نتوصل إليه من نتائج وما نرى تقديمه من توصيات.

الفصل الأول

الفصل الاول : الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية

إن من أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أنه أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية أو في مجال الصفقات العمومية تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، وهذا لكون الصفقات العمومية لها خصوصية معينة لعلاقتها بالمال العام وبخدمات المرفق العام مما يستوجب إيجاد حلول لمنازعاتها في وقت ملائم حتى لا تتعرض مصالح جميع الأطراف للضرر (طرفي الصفقة، الخزينة العمومية، المنتفع بخدمات المرفق العام) بدلا من نظام قضاء الدولة الذي تمتاز إجراءاته بالتعقيد وعدم المرونة.

وقد يضطر شخص القانون العام إلى إبرام صفقات عمومية مع مؤسسات أجنبية تحت ضغط الحاجة الملحة في حالة ضعف أو انعدام وسائل الإنتاج أو المواد المحلية.

فيجد الطرف الأجنبي الفرصة السانحة لفرض شروطه لقبول العرض ولعل أهمها شرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بحجة عدم ملائمة القضاء الوطني لحل النزاعات التي ربما تنشأ عند تنفيذ الصفقة، وقد يكون هذا هو السبب الرئيسي الذي دفع بالمشروع الجزائري لاعتماد هذه الإصلاحات بالإضافة إلى ما أملتته الضرورة العالمية المتميزة بعولمة شاملة للآليات الاقتصادية، حتى أدوات ووسائل تسوية النزاعات².

¹ - القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 ، الصادرة في 23 أبريل 2008.

² - عبد العزيز خنفوسي، القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية بمركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، نوفمبر 2011، الجزائر، ص 57.

ولكون نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية يمتاز بخصوصيات معينة، وذلك لخصوصية الصفقات العمومية في حد ذاتها وطابعها الخاص، فإنه يستوجب منا معرفة الطبيعة القانونية لهذا النظام ولا يتسنى لنا ذلك إلا بتحديد الطبيعة القانونية لكل من الصفقات العمومية في المبحث الأول والطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية

إن الغرض من معرفة الطبيعة القانونية للصفقات العمومية هي معرفة علاقتها بالعقود الإدارية، وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة نوعيا في الفصل في منازعاتها لما لهذه الأخيرة من علاقة في حالة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ولمعرفة الطبيعة القانونية للصفقات العمومية يقتضي منا تحديد العلاقة بين الصفقات العمومية والعقود الإدارية (المطلب الأول) والشروط الخاصة بالصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العلاقة بين الصفقات العمومية والعقود الإدارية

لتحديد العلاقة بين العقود الإدارية والصفقات العمومية وجب منا توضيح مفهوم العقد الإداري (الفرع الأول) ثم مفهوم الصفقات العمومية (الفرع الثاني) ومدى تطابق شروط العقد مع معايير وشروط الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري

لإبراز مفهوم العقد الإداري يتطلب منا تعريفه وتبيان عناصره.

أولا : تعريف العقد الإداري

لقد أجتهد كل من القضاء والفقهاء لإعطاء تعريفا للعقد الإداري وفقا لنظرية العقد الإداري، التي هي من تأصيل قضائي بحث.

1 - التعريف القضائي

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الفرنسي، ممثلاً في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه¹، وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن العقد الإداري هو ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص².

وذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتاريخ 1952/12/02 إلى القول: "إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد..."³.

2 - التعريف الفقهي

عرّف حمدي ياسين عكاشة العقد الإداري على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، دار الفكر، القاهرة، مصر، 1991، ص 28.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر، القاهرة، مصر، 2008، ص 57.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 41.

⁴ - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 1998، ص 4.

وعرفه الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه " العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"¹.

من خلال التعريف الفقهي والقضائي يتبين لنا أن للعقد الإداري عناصر تميزه عن باقي العقود.

ثانيا: عناصر العقد الإداري

من خلال الاجتهادات القضائية والتعاريف الفقهية للعقد الإداري، يمكن استخلاص العناصر المكونة له، وفق المعيار العضوي والموضوعي.

1 - المعيار العضوي (من حيث الأطراف)

إن العقد الإداري كأى عقد يقوم على وجود طرفين، يكون أحدهما على الأقل شخص من أشخاص القانون العام، أي يمكن أن يكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية².

2- المعيار الموضوعي

تتمثل عناصر العقد الإداري وفق المعيار الموضوعي في:

أ -تعلق العقد بمرفق عام يحقق مصلحة عامة، وللمرفق العام مدلولين³:

* مرفق عمومي - مؤسسة - استنادا إلى المعيار العضوي ويعبر عنه بأنه جهاز أو هيكل أو هيئة يسير الشؤون العمومية.

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 10.

² - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، ط 02، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2011، ص 208.

³ - المرجع نفسه، ص 149.

* مرفق عمومي وظيفي - نشاط - استنادا إلى المعيار المادي ويعبر عنه بأنه النشاط الذي تقوم به تلك الأجهزة المشار إليها أعلاه، بغية تحقيق المصلحة العامة.

ب - احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة على صعيد القانون الخاص، ويقصد بالشرط الاستثنائي غير المألوف (La clause exorbitante)، إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي الطرفين أو إحداها حقوقا أو يحملها التزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية في ظل القانون المدني أو التجاري¹ ومثال ذلك تعديل بند من بنود العقد بالإرادة المنفردة خلافا للمألوف في القانون المدني طبقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون."².

الفرع الثاني: مفهوم الصفقات العمومية

باعتبار الصفقات العمومية لها نظام خاص، مما يستوجب التركيز على تعريفها وفق قوانينها³ الخاصة بها، دون إهمال الخصائص المميزة لها.

أولا : تعريف الصفقات العمومية

1 - التعريف القانوني للصفقات العمومية وفق التشريع والتنظيم الجزائري

قام المشرع الجزائري من خلال جميع القوانين المنظمة للصفقات العمومية بتقديم تعريف للصفقات العمومية عبر مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة عرفت البلاد، بصيغ تتوافق وطبيعة كل مرحلة وفق التوضيح التالي:

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 19.

² - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

³ - المقصود بالقانون بالمفهوم الموسع له ليشمل القانون التشريعي والمراسم والمراسيم الرئاسية والتنفيذية وهذا لكون الصفقات العمومية في الجزائر نظمت بطرق مختلفة عبر مراحل مختلفة (الأمر، المرسوم، المرسوم التنفيذي، المرسوم الرئاسي).

أ - في ظل الأمر 67-90 المتضمن الصفقات العمومية¹

عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 بأنها "عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

ب - في ظل المرسوم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي²

عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 الصفقات العمومية بأنها: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

ج - في ظل المرسوم التنفيذي 91-343 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية³

قدمت المادة الثالثة تعريفا للصفقات العمومية من المرسوم التنفيذي 91-343 بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

د - في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁴

بيّنت المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 على أن: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها

¹ - الأمر 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.

² - المرسوم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن قانون صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982.

³ - المرسوم التنفيذي 91-434، المؤرخ في 19 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

⁴ - المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 28 يوليو 2002.

في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

هـ - في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية¹

عرّفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 الصفقات العمومية بنفس التعريف الذي جاءت به المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 بدون زيادة ولا نقصان

و- في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية²

قدم المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 تعريفا جديدا للصفقات العمومية من خلال نص المادة 02 منه الذي جاء كما يلي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

من خلال استقراءنا لمختلف التعاريف القانونية عبر مختلف المراحل الاقتصادية والسياسية التي عرفتھا البلاد بدورنا نبدي بعض الملاحظات نجملها في ما يلي:

* المشرع لم يذكر في جميع التعاريف السابقة طبيعة هذه العقود هل هي عقود إدارية أم لا؟ بل أكد في تعريفين (المرسوم 82-145 والمرسوم التنفيذي 91-343) أنها عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود بمعنى الإحالة على القانون المدني، رغم أنه قانون خاص خالص لا يتوافق مع طبيعة الصفقات العمومية التي يمكن اعتبارها تزوج بين القانون العام والقانون الخاص.

¹ - المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 3 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، الصادرة في 7 أكتوبر 2010.

² - المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

*هناك إصرار من المشرع لإعطاء تعريف للصفقات العمومية كلما ظهر قانون جديد متعلق بها وقد أرجع الأستاذ الدكتور عمار بوضياف أسباب إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفقات للأسباب التالية¹:

- الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام ولإجراءات في غاية من التعقيد.
- الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.
- الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى.
- للصفقات العمومية علاقة وثيقة بالخزينة العامة وبالمال العام.

*عرفت الصفقات العمومية وفق المعيار العضوي والمعيار الموضوعي، ويلاحظ أن هناك تدبب في تحديد هيئات المصلحة المتعاقدة، وخاصة المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاص كالمؤسسة العمومية الاقتصادية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فتارة يخضعها لقانون الصفقات العمومية وتارة أخرى يستبعدا، كما ضم مؤسسات جديدة في ظل المرسومين الرئيسيين 250-02 و 10-236 وهي:

مراكز البحث العلمي والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي² والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني³ والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، ولكن استبعدت هذه المؤسسات في ظل المرسوم الرئاسي 15-247.

ربما بعد تكييفها على أنها مؤسسات ذات طابع إداري لأن قراراتها قرارات إدارية وموظفوها خاضعون للوظيفة العامة، تخضع في تسييرها للمال العام للمحاسبة

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 37.

² - المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999، ج ر عدد 82، الصادرة في 21 نوفمبر 1999.

³ - القانون 08-06، المادة 31 منه، ج ر عدد 10، الصادرة في 27 فبراير 2008.

العامة، وقد يكون هذا الاستبعاد نتيجة الجدل الفقهي الذي ثار حول مدى تطابق المعيار العضوي في الصفقات العمومية مع المعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 من (ق.إ.م.إ) التي تنص على أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها"

إلا أن الجدل مازال قائماً في مدى اعتبار الصفقات العمومية عقود إدارية¹، وهذا لكون المعيار العضوي طبقاً لنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي الجديد (15-247) ما زال يشمل المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري عندما تساهم في إنجاز عمليات ممولة كلياً أو جزئياً من الدولة أو من الجماعات المحلية.

* المشرع لم يتطرق إلى أشخاص المتعامل المتعاقد إلا في ظل المرسوم الرئاسي الجديد (15-247) بموجب المادة 02 بتأكيده على أن الصفقات العمومية، تبرم مع متعاملين اقتصاديين، وهنا إشارة للمفهوم الموسع للتجارية كما سنبينه لاحقاً.

2- التعريف الفقهي والقضائي

انطلاقاً من أن الصفقات العمومية عُرِّفت بعدة صيغ عبر مراحل سياسية واقتصادية مختلفة، وبالتالي لا يمكن إيجاد تعريف قضائي موحد، فالتعريف القضائي في مرحلة معينة يكون موافق مع التعريف القانوني لتلك المرحلة وقد يكون مخالف لتعريف قضائي صادر في مرحلة أخرى ونفس الشيء بالنسبة للتعريف الفقهي، ومن أمثلة التعاريف القضائية، التعريف الذي صدر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 وهو قرار غير منشور إلى القول: "...وحيث تعرّف

¹ - بن بوزيد دغبار نورة، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 05، 2016، ص 443.

الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...¹.

ما يمكن ملاحظته في هذا التعريف، أنه غير موافق مع التعاريف القانونية سابقة الذكر سواء في المعيار العضوي (ذكر الدولة وأغل باقي أشخاص القانون العام) أو المعيار الموضوعي (لم يذكر جميع عمليات الصفقات العمومية وأقم عبارة مقالة التي هي مصطلح القانون الخاص² - القانون المدني - ولا يمت بصلة بالقانون الإداري).

أما في الفقه قلما نجد تعريف مستقل عن المعيار العضوي والموضوعي الذي اعتمد عليهما المشرع عبر مراحل مختلفة، بمعنى التعريف الفقهي مرتبط بالتعريف التشريعي المعاصر لتلك الفترة وعلى سبيل المثال عُرِّفت الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة³.

ثانيا - خصائص الصفقات العمومية

من خلال التعاريف السابقة والملاحظات التي قُدمت مع الأخذ بعين الاعتبار الجدول الفقهي القائم يمكن تلخيص خصائص الصفقات العمومية في النقاط التالية:

- الصفقات العمومية عقود مكتوبة.
- نفقاتها خاضعة لنظام المحاسبة العامة وبالتالي لرقابة مجلس المحاسبة.
- تخضع لإجراءات خاصة وفق نظام خاص.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 39 .

² - المادة 549 من الأمر 75-58 المذكور.

³ - خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004-2005، ص 8.

- طرفيها مصلحة متعاقدة أشخاصها يخضعون عموما للقانون العام ومتعامل متعاقد يخضع للقانون الخاص.

- تهدف لتلبية حاجات مرفق عامة أو تسييره في نطاق معين قانونا.

ومن هنا يمكن استنتاج أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية خاصة تستمد خصوصيتها من القانون الذي ينظمها.

الفرع الثالث: مدى تطابق معايير العقد الإداري مع شروط الصفقات العمومية

أولا- المعيار العضوي

يشترط في إمكانية اعتبار العقد إداري أن يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام ومن هنا، نطرح السؤال التالي: هل هذا الشرط متوفر في الصفقات العمومية؟

انطلاقا من التعاريف السابقة، يتبين لنا أن إبرام الصفقات العمومية يكون لفائدة المصلحة المتعاقدة ويقصد بها في تنظيم الصفقات العمومية الإدارة المعرفة بالمادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري وعندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص -المصلحة المتعاقدة- " .

والجدير بالملاحظة أن المشرع أشار في نص هذه المادة إلى صنفين من الأشخاص القانونية التي تمثل المصلحة المتعاقدة:

الصنف الأول: الهيئات التي ذكرت أولاً (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات ذات الطابع الإداري) وهي أشخاص معنوية من أشخاص القانون العام وتعتبر عن المعيار العضوي.

الصنف الثاني: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من الدولة، والمعروف أن المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري هي المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي، وهي من أشخاص القانون الخاص تخضع لقواعده في تصرفاتها والعقود التي تبرمها وهذا كقاعدة عامة، ولكن استثناء يمكن أن تبرم عقود إدارية لحساب الدولة وممولة من طرف الخزينة العمومية¹ ويرى غالبية الفقه أن عبارة لحساب لا تعني فكرة الوكالة²، كما صدر حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر مفاده أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يجوز اعتباره من العقود الإدارية، إلا أن هناك استثناء يرد على هذا الأصل مقتضاه أنه متى تعاقد شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب الإدارة ومصلحتها فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا توفرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تميز العقد الإداري³.

من هنا يمكن استنتاج أن المعيار العضوي المشترك في العقد الإداري متوفر في الصفقات العمومية مع الخصوصية بشأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والتي تقع في نطاق الاستثناء عن المعيار العضوي، مما يسمح باعتبار صفقاتها عمومية إذا توفرت الشروط الموضحة سابقاً.

ثانياً - المعيار الموضوعي

إن المعيار الموضوعي يتعلق بموضوع العقد والغاية منه، والذي يظهر في

¹ - عز الدين كلوفي، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيتلي، برج بوعريرج، الجزائر، 2012، ص 23.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 90.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا لمصر، 7 مارس 1964، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص 763، نقلاً عن علاء محي الدين أبو احمد، المرجع السابق، ص 91.

حالة العقد الإداري بالمرفق العام وتسييره واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبالرجوع إلى المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، يتضح لنا أن العمليات التي تتضمنها الصفقات العمومية تتمثل في إنجاز الأشغال واللوازم وإنجاز الأشغال وتقديم الخدمات وهذا لصالح الهيئات الإدارية التي تهدف إلى تحقيق النفع العام وأن موضوع الصفقات العمومية هو نفقات الإدارة العمومية كما جاء في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي أموالها أموال عمومية تصرف للمصلحة العامة بالاستعمال الحسن للمال العام (المادة 05 من نفس المرسوم الرئاسي).

أما فيما يتعلق بالشروط الاستثنائية غير المألوفة، فكما سبق توضيحه فإن العقد الإداري يخول لجهة الإدارة ممارسة مجموعة سلطات وامتيازات، تتمثل في تعديل شروط العقد وفسخه بالإرادة المنفردة وتوقيع الجزاءات المختلفة، حيث هذه الشروط متوفرة في الصفقات العمومية، هذا بالرجوع إلى الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في إطار تنظيم الصفقات العمومية كتبديل شروط العقد باللجوء إلى إبرام ملاحق الصفقة¹ وفسخ العقد بالإرادة المنفردة² وتوقيع الجزاءات، كالجزاءات المالية بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، وهذا ضمانا للسير الحسن للمرفق العام³.

ومما تقدم يتبين لنا بأن الصفقات العمومية تندرج ضمن العقود الإدارية بطبيعتها وذلك لتوافر المعايير الواجبة في العقد الإداري أمام غياب النص الذي يدرجها ضمن العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالصفقات العمومية

من خلال ما سبق ذكره في المطلب الأول، فإن للصفقات العمومية معايير العقد الإداري، أي كل صفقة عمومية تعتبر عقد إداريا، ولكن ليس كل عقد إداري هو صفقة

¹ - المواد من 135 - 156 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور.

² - المادة 149 من المرسوم الرئاسي نفسه.

³ - المادة 147 من المرسوم الرئاسي نفسه.

عمومية، ولكون الصفقات العمومية لها أهمية كبيرة في تحريك دواليب التنمية الاقتصادية، فإنه عادة ما تحاول بعض الأطراف من جماعة الضغط المالية والسياسية استغلالها، بطرق تدليسية والتوائية (تزوير، غش، تحايل، رشوة) للفائدة الخاصة على حساب التنمية الاقتصادية والمصلحة العامة. الأمر الذي جعل كافة الدول تسخر لها أطرا قانونية في غاية من الدقة والصرامة¹، وتتميز عن العقود الإدارية، بتوفرها على شروط خاصة بها منحها لها المشرع في إطار التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية وسنطرق للمعيار الشكلي (الفرع الأول) وللمعيار المالي (الفرع الثاني) أما معيار المحل فنخصص له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شرط الكتابة وفق المعيار الشكلي

بالرجوع لتعاريف الصفقات العمومية المبينة سابقا (المادة الأولى من الامر 67-90 والمادة الرابعة من المرسوم 82-145 والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 91-434 والمرسوم الرئاسي 02-250 والمادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 وأخيرا المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247)، نجد المشرع استقر على مبدأ واحد، وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، حيث لا يقصد بالكتابة ضرورة إفراغها في شكل توثيقي على يد الموثق، بل يكفي الكتابة الإدارية العادية التي تحمل تاريخا معينا وتوقيع وختم الأطراف، ولكن ما سبب اشتراط الكتابة وهل هناك استثناءات؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في النقطتين التاليتين:

أولا- سبب اشتراط الكتابة في الصفقات العمومية

قد يرجع شرط الكتابة في الصفقات العمومية للأسباب التالية:

- بما أن موضوع الصفقات العمومية محل نفقات الخزينة العامة التي تعتمد على المحاسبة العمومية والتي بدورها تعتمد على وثائق المحاسبة، فلا نتصور عمليات إنفاق دون وثائق ثبوتية .

¹ - موسى بودهان، قانون الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 4.

-إن الصفقات العمومية آلية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ولا يمكن تصور نجاعة هذه الآلية دون الكتابة¹.

ثانيا - الاستثناء.

إذا كان الأصل في المعيار الشكلي هو الكتابة، فإن المشرع أورد استثناء على القاعدة، حددته الفقرة الأولى من المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها: "في حالة الاستعجال الملح المعطل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معطل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه"².

ولكن هذا الاستثناء ليس على إطلاقه بل مقيد بشروط وضحت باقي فقرات نفس المادة(المادة12) ويمكن إيجازها فيما يلي:

- وجوب اقتصار الخدمات على ما هو ضروري فقط.
- وجوب إرسال نسخة من المقرر إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية.
- وجوب إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال 06 أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر.

¹ - كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 28.

² -ورد ذات الاستثناء في المادة 7 من المرسوم التنفيذي 91-434 المذكور وفي المادة 10 من المرسوم 82-145 وكذلك في المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 المذكورين.

الفرع الثاني: شرط العتبة وفق المعيار المالي

من البديهي أن الإدارة عندما تريد تلبية حاجات مرفق عام أو عند تسيره تحتاج التعاقد بمبالغ قد تكون كبيرة وقد تكون بسيطة، فالتزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية مقبولا وضروريا عندما تكون المبالغ كبيرة، فإن الأمر لا يكون كذلك أن تعلق الأمر بمبلغ بسيط وخاصة أن إجراءات الصفقات العمومية تمتاز بنوع من التعقيد وبطء الإجراءات، لهذا حدد المشرع الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد الصفقات العمومية مع إمكانية تغيير هذا الحد بين فترة وأخرى وبين عملية وأخرى.

ولاعتبار هذا الشرط عنصرا جوهريا في الصفقات العمومية، فقد نصت عليه جميع القوانين المنظمة لها ابتداء بالأمم 67-90 أين حددت القيمة الدنيا بأكثر من عشرين ألف دينار جزائري (20000.00 د.ج) وفي المرسوم رقم 82-145، حددت المادة التاسعة منه قيمة العتبة المالية بخمسمائة ألف دينار جزائري (500000 د.ج)، في حين المرسوم التنفيذي 91-434 ذكر في مادته السادسة حدا أدنى يفوق مليوني دينار (2000000 د.ج).

وأرتفع هذا الحد إلى ثلاثة ملايين (3000000 د.ج)، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178 الذي عدل أحكام المادتين 6 و7 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، هذا الأخير الذي عدل مرة أخرى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-87، ليصبح الحد الأدنى يفوق أربعة ملايين دينار جزائري (4000000 د.ج) وجاء المرسوم الرئاسي 03-303 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 ليحدد القيمة الدنيا بأكثر من ستة ملايين دينار جزائري (6000000 د.ج) بالنسبة لعقود الأشغال والتوريد وأربعة ملايين دينار جزائري (4000000 د.ج) بالنسبة لعقود اقتناء اللوازم والخدمات وفي المرسوم الرئاسي 10-236 حددت المادة 6 منه القيمة الدنيا بأكثر من ثمانية ملايين دينار جزائري (8000000 د.ج) في صفقات الأشغال واللوازم وأكثر من أربعة ملايين دينار جزائري (4000000 د.ج) في صفقة الخدمات والدراسات، وأخيرا حددت المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأكثر من اثني عشرة مليون دينار

جزائري (12000000 د.ج) عندما تتعلق بالأشغال واللوازم وأكثر من ستة ملايين (6000000 د.ج) في حالة الخدمات والدراسات.

الفرع الثالث: شرط المحل وفق المعيار الموضوعي

حددت المادة 02 من المرسوم الرئاسي الجديد عقود الصفقات العمومية بأربعة أنواع وهي: الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات أما المادة 29 من نفس المرسوم الرئاسي فقد بينت نطاق كل نوع كما يلي:

أولاً- عقد الأشغال

1 - تعريف عقد الأشغال

لم يقدم المشرع الجزائري تعريف لعقد الأشغال، ولكن بالرجوع للفقهاء نجد عبر عنها بعقد الأشغال العامة حيث عرفها بأنها: "اتفاق ما بين الإدارة وفرد أو شركة للقيام بأعمال تتصل بعقار سواء فيما يتعلق ببنائه أو ترميمه أو صيانته لحساب شخص معنوي عام نظير مقابل يتفق على أدائه ضمن شروط التعاقد"¹.

وعرفه الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه اتفاق الإدارة مع متعاقد آخر قصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة منشآت عقارية تابعة لها². ومنه يمكن استنتاج أركانه

2- أركان عقد الإشغال العامة

ضبط القضاء والفقهاء أركان عقد الأشغال العامة في العناصر التالية:

- أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015، ص 167.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 22.

- يجب أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة العامة المتعاقدة ولو كان العقد ملكا خاصا.

- تحقيق منفعة عامة.

3 - الشروط المطلوبة في المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية للأشغال

أشترط المرسوم التنفيذي رقم 14 - 139 المؤرخ في 20 ابريل 2014¹ على المؤسسات ومجموعة المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للأشغال، أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، حيث تحدد كفاءات تصنيف المؤسسات ومجموعة المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية حسب آخر قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ابريل 2016².

4 - نطاق الصنفية العمومية للأشغال في ظل المرسوم الرئاسي 15 - 247

وفقا للفقرة الرابعة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي المبين أعلاه يمكن تقسيم عمليات الأشغال إلى:

أ - بناء أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها.

ب - تموين و وضع تجهيزات مرتبطة بالمنشأة وضرورية لاستغلالها.

5 - ميدان الصنفية العمومية للأشغال:

من خلال المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك السالف الذكر يمكن تحديد ميدان الصنفية العمومية للأشغال في ميادين البناء والأشغال العمومية والموارد المائية

¹ - المرسوم التنفيذي 14-139 المؤرخ في 20 ابريل 2014، والمتضمن كيفية تصنيف وتأهيل المؤسسات التي تنشط في ميدان البناء والأشغال العمومية والري، ج ر عدد 26، الصادر في 7 ماي 2014 .

² - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ابريل 2016، ج ر عدد 07، الصادرة في 7 فيفري 2017.

والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية.

ثانيا - عقد اللوازم

يجد عقد اللوازم سنده القانوني في التشريع الجزائري في المادتين 02 و 29 المرسوم الرئاسي 15-247 بعدما نصت عليه مواد سابقة في القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية (المادة 01 من الأمر 67-90 بمصطلح توريدات والمادة 4 من المرسوم 82-145 والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-434 بعبارة اقتناء المواد والمادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-263 بمصطلح اقتناء اللوازم)، مما يستوجب تعريفه وتحديد خصائصه وأهدافها.

1 - تعريف عقد اللوازم

عبر الفقه عن عقد اللوازم (المصطلح المستعمل في المرسوم الرئاسي 15 - 247) بعقد التوريد وعرفه بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات¹.

وهذا لقاء مقابل تلتزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة².

لم يقدم المشرع الجزائري تعريف لعقد الصفقة العمومية للوازم، ولكن حدد أهدافه ونطاقه بمقتضى الفقرة 06 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث جاء فيها: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات."

من خلال ما تقدم من تعريف وما تحتويه هذه الفقرة، نحاول أن نبين خصائص هذا العقد ونطاقه كما نبين وجهة نظرنا بتقديم بعض الملاحظات.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 23.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 94.

2- خصائص عقد اللوازم

يمكن تلخيص الخصائص التي يتمتع بها عقد اللوازم بما يلي:

* عقد يرد على منقول قد يكون عتاد أو مواد.

* ينصب على توفير منتج للإدارة أو مادة معينة بصفة دورية خلال مدة يتفق عليها في عقد الصفقة.

* تحقيق مصلحة عامة وخدمة الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

* قابلية تحويل عقد اللوازم إلى عقد خدمات إذا اقترن بالإيجار بخدمات.

* لا ينصب عقد اللوازم على التجهيزات الجديدة بل يتعدها إلى المستعملة شريطة أن تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان¹.

3 - نطاق عقد اللوازم

حسب الفقرة السابقة من المادة 29 السالفة الذكر فنطاق عقد اللوازم محصور في المجالات التالية:

* -اقتناء عتاد أو مواد.

* - إيجار عتاد أو مواد.

* - البيع بالإيجار لعتاد أو مواد.

من خلال ما سبق يمكن استنتاج الملاحظات وإبداء الآراء التالية :

* - أضاف المشرع إيجار العتاد والمواد ضمن الرسوم 10-236 (المادة 13، ف3)، ومعلوم أنه لا ينصب الإيجار على مواد قابلة للاستهلاك كالمواد الغذائية ومواد التنظيف، لدى نقترح أن يبقى المشرع على العتاد والتجهيزات غير المثبتة أما المثبتة كالمخابر مثلا فيصعب استرجاعها وبالتالي نرى لا فائدة من استئجارها.

¹ - الفقرة 09 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور .

* - أضاف المشرع البيع بالإيجار للعتاد والمواد لأول مرة في عقد اللوازم ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 (المادة 29، ف 6) ويمكن تقديم الملاحظات التالية فيما يخص هذا النوع الجديد من عقد اللوازم:

- كما بينا سابقا لا يمكن أن تتم عملية بيع بالإيجار لمواد قابلة للاستهلاك كالمواد الغذائية ومواد التنظيف.
- البيع بالإيجار نظمه المشرع ضمن الأمر 96-109¹ بعنوان الاعتماد الإيجاري وهي تتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية (المادة 01، ف 4) وتتم عن طريق وسيط (طرف ثالث) وهي البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة ومعتمدة قانونا (المادة 01، ف 2) وبالتالي نحن نرى أنه من الصعوبة بمكان تطبيق هذه الشروط على صفقة عمومية.

ثالثا - عقد انجاز الدراسات

1 - تعريف عقد انجاز الدراسات:

عقد انجاز الدراسات هو اتفاق بين إدارة عامة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة أو الاختصاص) يتم بمقتضاه القيام بدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها².

ويمكن تعريفها بأنها الصفقات التي تبرمها الهيئات المحددة في قانون الصفقات العمومية مع رجال الفن والتقنيين والمهندسين من أجل القيام بدراسات فنية وتقنية حول مشروع معين³.

¹ - الأمر 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالإيجار الاعتمادي، ج ر عدد 03، الصادرة في 14 يناير 1996، ص 25.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 24.

³ - خصري حمزة، المرجع السابق، ص 7.

2 - نطاق عقد إنجاز الدراسات:

من خلال الفقرة 11 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن تقسيم عقد إنجاز الدراسات إلى 03 محاور رئيسية وهي:

أ - **المراقبة التقنية أو الجيوتقنية:** المراقبة التقنية تختص بها عادة هيئات تابعة للقطاع العام كهيئة الرقابة التقنية للبناء (C.T.C) وهيئة الرقابة في الري (C.T.H) أما المراقبة الجيوتقنية فتختص بها مخابر مختصة في دراسة التربة. Etude de sol.

ب - **الإشراف على إنجاز الأشغال:** تشمل الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز، في إطار إنجاز منشأة على:

- دراسة أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي.
- دراسة تمهيدية موجزة ومفصلة.
- دراسة المشروع.
- دراسة التنفيذ.

ج - **مساعدة صاحب المشروع:** وتتمثل في مساعدة صاحب المشروع عند إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال.

3 - مميزات عقد إنجاز الدراسات

تمتاز عقود إنجاز الدراسات بكونها تنصب على طابع علمي أو فني أو تقني وطريقة الدعوة إلى المنافسة فيها تتم عن طريق المسابقة أين يتم التقييم بواسطة لجان التحكيم¹.

رابعا - عقد تقديم الخدمات

رغم أن الإدارة تقدم خدمات للجمهور إلا أنها أحيانا تحتاج إلى خدمات يقدمها لها الغير بمقابل تلتزم بدفعه² ويمكن تعريف عقد تقديم الخدمات على أنه اتفاق بين الإدارة

¹ - المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 96.

وشخص معنوي آخر (طبيعي أو معنوي)، قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره¹ ويشمل عادة مجال النقل والنظافة والحراسة إذا تعدت قيمة العقد العتبة المطلوبة وهي كما بينا سابقا 6 ملايين دينار جزائري.

من خلال ما سبق ذكره في هذا المبحث، يمكن القول بأن الصفقات العمومية لها مميزات العقد الإداري ولكن تتمتع بنظام مستقل لانفرادها بشروط خاصة، حددها القانون الذي ينظمها.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 23.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي

قال أرسطو قديما: "إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك إن المحكم يرى العدالة، بينما لا يعتقد القاضي إلا بالتشريع"¹، من خلال هذه المقولة نستشف خصوصيات التحكيم التي تؤهله لأن يكون آلية ناجعة لحل منازعات تتطلب مساحة كبيرة ومجالا واسعا للتحرك وفق مبادئ العدالة.

وتزداد أهمية هذه الآلية إذا أتصف موضوع النزاع بالتعقيد الفني والتقني والقانوني (تعدد النظم القانونية لأطراف النزاع)، كما هو الحال في نزاعات الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي، لدى يقتضي منا الأمر معرفة الطبيعة القانونية لهذا النظام المميز للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، وهذا بتحديد مفهوم تجارية ودولية التحكيم في المطلب الأول ومعرفة الاتجاهات المختلفة حول هذه الطبيعة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تحديد تجارية ودولية التحكيم في الصفقات العمومية

لتحديد مفهوم تجارية ودولية التحكيم في الصفقات العمومية علينا بتقديم مفهوم التحكيم في الصفقات العمومية (الفرع الأول) وتجارية التحكيم في الصفقات العمومية (الفرع الثاني) ومعايير دولية التحكيم في الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في الصفقات العمومية

أولا - تعريف التحكيم في الصفقات العمومية

في حقيقة الأمر قلما نجد تعريفا خاصا بالتحكيم في الصفقات العمومية سواء تعريفا قانونيا أو فقهيًا أو قضائيا إنما هناك تعريف عام للتحكيم، أجتهد الفقه والقضاء

¹ - عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص 3.

في تقديمه حيث عرف أحمد أبو الوفاء التحكيم بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينون ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"¹. وعُرفَ أيضاً بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف النزاع ما بعرضه على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة أو وفقاً لقواعد العدالة، مع التزامهم بقبول الحكم المنبثق عن التحكيم الذي يحوز حجية الأمر المقضي به²، كما عُرِفَ بأنه: "قيام الأطراف المتنازعة في مسألة معينة بالاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث يختارونه لحسم هذا النزاع بقرار ملزم لهم"³، وعرفتة الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بمصر في بأنه "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، وذلك بمحكم ملزم للخصوم."⁴

أما فيما يخص التعريف القانوني فمعظم التشريعات الوطنية أو الدولية لم تقدم تعريف مباشر للتحكيم ماعدا بعض التشريعات كالمشرع التونسي، فحسب الفصل⁵ الأول من القانون 42 لسنة 1993 والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم: "التحكيم طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية التحكيم"⁶.

وبما أن التحكيم في الصفقات العمومية، أدرجه المشرع الجزائري في إطار الطرق البديلة لحل النزاعات والمتمثلة في الوساطة والصلح وليس بصفته نظام مستقل

¹ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص15 نقلا عن نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، 2011، ص9.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 12.

³ - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 9.

⁴ - فتوى رقم 661 في 1989/07/01، تهميش 1، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 13.

⁵ - الفصل هو مصطلح في الرائد الرسمي التونسي يقابل مصطلح المادة في الجريدة الرسمية الجزائرية.

⁶ قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993، الرائد الرسمي، عدد 33، مؤرخ في 4 ماي 1993، ص 580، نقلا عن مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 257.

بقانونه، حيث لم يضع له أحكاماً خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند النص على الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية في الكتاب الرابع منه.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف التحكيم في الصفقات العمومية على أنه:

طرق من الطرق البديلة التي أجازها المشرع لحل النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، وهي عملية إرادية يتفق المتعامل المتعاقد بصفته متعامل اقتصادي مع المصلحة المتعاقدة، بصفقتها شخص من أشخاص القانون العام للفصل في منازعاتهم الناتجة عن تنفيذ الصفقة وذلك باختيارهم طرف ثالث محايد، يعهدون له الفصل في النزاع بموجب اتفاقية مكتوبة في الصفقة بصفقتها بند من البنود أو مستقلة عنها.

ثانياً - خصائص التحكيم في الصفقات العمومية

من خلال التعاريف الواردة على التحكيم بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، وبعد الاطلاع على المواد المتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاعات في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتعلقة بالتحكيم في الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الرابع من نفس القانون، وبعد الاطلاع أيضاً على المواد المتعلقة بالتسوية الودية للنزاعات في المرسوم الرئاسي 15-247¹، يمكن استنتاج خصائص التحكيم في الصفقات العمومية والتي نوردتها كما يلي:

- الجهات القضائية الإدارية هي صاحبة الاختصاص النوعي في الرقابة القانونية على التحكيم الداخلي لإدراجه ضمن الفصل الأول من الباب الخامس من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعنوان الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية.

¹ - جاءت المواد المتعلقة بالتسوية الودية للنزاعات في الصفقات العمومية في القسم الحادي عشر من الفصل الرابع من الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور.

- تحكيم اختياري وليس إجباري¹ وهذا لعدم إلزامية إدراج شرط التحكيم في دفتر الشروط بخلاف إلزامية إدراج شرط التسوية الودية قبل كل مقاضاة².

- سلطان الإرادة لدى المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم ليس حر طليق بل مقيد بمدى موافقة السلطة المختصة وهذا بمقتضى الفقرة 7 من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- اتفاقية التحكيم (سواء شرط أو اتفاق) لا تنزع الاختصاص من المحكمة وإنما تمنعها من النظر في الدعوى طالما بقيت منتجة لآثارها ولم يحصل أي اتفاق مخالف لها أو أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زوالها أو انتهائها أو استحالة تنفيذها.

- اتفاق التحكيم مستقل عن بنود الصفقة مما يجعله غير خاضع للإجراءات المنصوص عليها في المواد 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمتعلقة بالملحق.

- اللجوء إليه مرهون بفشل المبادرات الودية لحل النزاع التي أوجبها المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة بمقتضى الفقرة 02 من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 كمرحلة أولى وعجز سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على إيجاد الحلول المناسبة للنزاع المطروح³.

¹ - التحكيم الإجباري هو الذي تغيب في شأنه إرادة الأطراف المعنية وتحل محلها إرادة المشرع التي يعبر عنها في القوانين أو الأنظمة أو اللوائح حيث تجبر تلك الأطراف قسرا لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم قبل اللجوء على القضاء المختص إذا أقتضى الأمر ذلك، انظر في ذلك: بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 21.

² - تنص الفقرة الرابعة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة".

³ - سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي سلطة تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، وهي سلطة تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات.

- عادة ما يكون قبوله من طرف المصلحة المتعاقدة على مضض تحت ضغط الشروط التي يفرضها المتعامل المتعاقد وهذا في الصفقات التي تبرم بالتراضي عندما تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة لإبرامها.

ثالثا- تمييز التحكيم عن الوسائل البديلة المشابه له

1- تمييز التحكيم عن التوفيق

الاتفاق على الالتجاء الاختياري للتحكيم يعني قبول الأطراف لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع، فالتحكيم اختياري نهائي كطريق كبديل عن الالتجاء للقضاء وبالتالي لا يعد الاتفاق المقترن بتحفظ طرف أو الأطراف بحق اللجوء إلى القضاء أو حق رفض قرار المحكم اتفاقا تحكيميا.

بينما التوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق الذي يتولى تحديد موضوع النزاع ويقدم مقترحات قد تحظى بقبول الأطراف وقد لا تلقى منهم قبولا، فهو لا يصدر قرار إنما يقدم مقترحات يبقى أمرها معلقا على قبول الأطراف، فإذا لم تفلح المحاولة كان باب التقاضي متاحا لإطراف النزاع¹.

فالفرق الجوهري بين التحكيم والتوفيق يتضمن تنازلات من الطرفين كي يمكن التوصل إلى حل يرضي الطرفين، في حين المحكم يصدر حكما قد يلبي طلبات أحد الأطراف ولا يلبي طلبات الطرف الآخر.

2 - تمييز التحكيم عن الخبرة

الخبرة هي اتفاق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر، لإبداء الرأي وتقديم تقارير عن الموضوعات التي ثار بشأنها نزاع، وغالبا ما تكون مسائل ذات طابع فني وبالتالي فالفرق بين الخبرة والتحكيم هو:

¹ - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، تهميش 2، ص 33.

أن الخبرة يقوم بها خبير يبدي رأيا فنيا اعتمادا على معلوماته وخبراته ولا يصدر قرارات ويبقى للأطراف حق قبول هذا الرأي أو المنازعة فيه، بطلب تقارير خبرة أخرى من خبراء آخرين، بينما التحكيم فيقوم به محكم أو محكمين، يصدر أو يصدرين قرارا بناء على ما يقدمه الأطراف من مستندات ومرافعات، هذا القرار يحسم النزاع ويحوز حجية الشيء المقضي به ويكون ملزما للأطراف حيث لا يملكون العودة لطرح النزاع مجددا على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية¹.

الفرع الثاني: تجارية التحكيم في الصفقات العمومية

جاء في الهامش الخاص بالمقصود بالتجارية في المادة الأولى من القانون النموذجي: "ينبغي تفسير مصطلح التجارية تفسيراً واسعاً ليستوعب المسائل الناشئة عن كل علاقة ذات طابع تجاري..."²، مما يوحي بوجود تفسير تقليدي ضيق لمعيار التجارية سبق التفسير الحديث الذي يأخذ المفهوم الموسع لمعيار التجارية، وهذا ما سنأخذه بالتفصيل في الفقرتين التاليتين.

أولاً- المفهوم الضيق

يعتمد المفهوم الضيق للتجارية على الأخذ بالتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية استناداً إلى القانون الوطني المحدد لطبيعة العمل، بمعنى الأعمال التجارية حسب هذا المفهوم هي تلك المنصوص عليها في القانون التجاري³ الوطني أو قوانين خاصة، وبالرجوع إلى نصوص القانون التجاري الجزائري نجد المشرع حدد صفة الأعمال التجارية ضمن ثلاثة فئات من الأعمال هي:

¹ - محمود مختار أحمد بريري، المرجع نفسه، ص 21.

² - يقصد بالقانون النموذجي: القانون النموذجي للتحكيم وهي وثيقة الأمم المتحدة 40/17، المرفق الأول، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985، نقلاً عن محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 441.

³ - الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتعلق بالقانون التجاري، ج ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

الأعمال التجارية بحسب الموضوع، و هي المنصوص عليها في المادة الثانية منه التي جمعت بين الأعمال التجارية المنفردة والأعمال التجارية بحسب المقولة، والأعمال التجارية بحسب الشكل وهي المنصوص عليها في المادة الثالثة، بينما الفئة الثالثة هي الأعمال التجارية بالتبعية والمنصوص عليها في المادة الرابعة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أستعمل مصطلح التجارية في الفصل السادس، من الباب الثاني، من الكتاب الخامس، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون تعريفه، وبالتالي يصعب معرفة نية المشرع، هل أخذ بالمفهوم الضيق أم لا؟ ولكن بالرجوع إلى التحفظ¹ الذي أثارته الجزائر عند انضمامها لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فيما يخص التجارية طبقا للفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية التي تنص:

" يجوز لأية دولة عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو عند الإخطار بمد نطاق العمل بها وفقا لمادتها العاشرة أن تعلن على المعاملة بالمثل أنها لن تنطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للاعتراف بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى ولتنفيذ هذه القرارات ويجوز لها أيضا أن تعلن أنها لن تنطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للخلافات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية.

وتعتبر علاقات تجارية بموجب القانون الوطني للدولة التي تصدر هذا القانون.²، هذا يعني عدم إضفاء الصفة التجارية على أي تصرف قانوني، إلا إذا أضفى عليه لقانون

¹ - المرسوم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، المتعلق بمصادقة الجزائر بتحفظ على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، ج ر عدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

² - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 28. (لم يرد النص الأصلي للاتفاقية باللغة العربية مما يجعل عبارات نصوصها تختلف من مرجع لآخر)

الجزائري هذه الصفة¹، مما يوحي بالأخذ بالمفهوم الضيق لمصطلح التجارية في التشريع الجزائري.

وهنا يطرح تساؤل حول مدى تجارية الصفقات العمومية انطلاقاً من المعيار الموضوعي وخاصة في عقود انجاز الدراسات التي لا تتطلب ممارستها القيد في السجل التجاري الذي هو إجراء إلزامي لممارسة النشاط التجاري وفقاً للفقرة الأولى من المادة 4 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية² وكذلك عقد الخدمات التي تبرم مع الحرفيين أو المؤسسات الحرفية.

ثانياً- المفهوم الموسع

لا يخضع تحديد التجارية بالمفهوم الموسع إلى ما نصت عليه مواد القانون التجاري، إنما تمتد لمعاملات قد لا تعتبر تجارية وفقاً لهذه المواد وترجع بداية استعمال هذا المعيار إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي حددت نطاق تطبيقها على تسوية النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ في عمليات التجارة الدولية، فرغم أن هذه المادة لم تقدم تعريفاً لما هو تجاري إلا أنها أعطت لمصطلح التجاري مفهوم اقتصادي بحت³.

ثم جاء القضاء الفرنسي ووضع العديد من القواعد الموضوعية على التحكيم الدولي في مجالات مختلفة لم تكن تجارية في مفهوم القوانين الفرنسية، حيث منح للأعمال التي تساهم في الحياة الاقتصادية الدولية كأنشطة التشييد العمراني والأنشطة الزراعية والعلمية والفكرية الصفة التجارية⁴.

¹ - نور الدين بوالصلصال، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه علوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010 - 2011، ص 21.

² - قانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، مؤرخ في 14 غشت 2004، ج ر عدد 52، الصادرة في 18 غشت 2004.

³ - نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - المرجع نفسه، ص 25.

وجاء شرح مفهوم التجارية على هامش المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بأن مصطلح التجارية يستوعب المسائل الناشئة عن كل علاقة ذات طابع تجاري، تعاقدية أو غير تعاقدية وتشمل العلاقات التجارية على المعاملات الآتية:

كل معاملات تجارية تتعلق بتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع و التمثيل التجاري، التحصيل (أو شراء وخصم الديون)، اعتماد التأجير، تشييد المصانع و الخدمات الاستثمارية، الأعمال الهندسية، التراخيص، الاستثمارات، التمويل، المعاملات المصرفية، التأمين، اتفاقات الاستغلال أو الامتيازات، المشروعات المشتركة وأشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى، نقل البضائع والمسافرين جوا، بحرا، أو بالسكك الحديدية أو الطرق¹.

وتوسع المشرع المصري في معيار التجارية وفقا لما جاء في نص المادة الثانية من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم الذي اعتبر التحكيم تجاري: " إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية " وبالتالي أصبحت كل الأنشطة والمعاملات ذات الطابع الاقتصادي عملا تجاري طالما انتفى عنها الطابع التبرعي² ، الملاحظ أن هذه المادة جاءت مطابقة تماما لمعيار التجارية الذي ورد بملحق نص المادة الأولى من القانون النموذجي المذكور سابقا، هذا يدل على أن المشرع المصري أخذ بالمعيار الموسع للتجارية متأثرا بالقانون النموذجي.

مما سبق ذكره، نلاحظ أن معيار التجارية في التحكيم لا يتعلق بعملية التحكيم في حد ذاتها، إنما بموضوع العلاقة بين طرفي النزاع وبما أن المشرع عبر عن المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية بالمتعامل الاقتصادي بموجب المادة 02 من المرسوم

¹ - عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات - ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 224 .

² - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص 381.

الرئاسي 15-247 المذكور مما يضيف صفة التجارية على الصفقة العمومية وبالتالي على التحكيم فيها.

الفرع الثالث: معايير دولية التحكيم في الصفقات العمومية

كانت الفكرة القديمة السائدة في الفقه تذهب إلى أن التحكيم غير مرتبط بدولة معينة، وبالتالي لا يمكن إسباغ جنسية معينة عليه ولا يوصف بصفة الوطنية أو الأجنبية، إلا أنه في الوقت الحاضر ذهب الفقه والقضاء والنصوص الدولية إلى استعمال مصطلح التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي¹، ولكن وضع معيار مميز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ضلت من المسائل الشائكة في فقه التحكيم ولتحديد صفة دولية التحكيم باعتبارها تنطوي على أهمية بالغة وجوهرية وخاصة عند معرض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ينبغي الأخذ بمعايير التمييز والتي خلصت إليها الدراسات الفقهية القانونية والمتمثلة في المعيار الجغرافي والقانوني والاقتصادي².

أولا - المعيار الجغرافي

ويتعلق بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم وقد أخذ بهذا المعيار القانون النموذجي حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه على أن: "يكون التحكيم دوليا:

أ - إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق، واقع في دولتين مختلفتين، أو

ب - إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2006، ص

98.

² حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص 61.

* مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

* أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به، أو

ج - إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة".

ثانياً - المعيار القانوني

هناك لبس في استخدام الأوصاف التي تلتحق بالتحكيم، فهو يوصف بأنه وطني أو داخلي أو محلي وقد يوصف بأنه أجنبي أو دولي، وهناك من يرى أن التحكيم الوطني مرادف للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي مرادف للتحكيم الأجنبي.

ولإزالة هذا اللبس علينا بتحديد العلاقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الداخلي من جهة والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي من جهة أخرى.

1- العلاقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الداخلي:

انطلاقاً من المعيار القانوني في التحكيم يركز على نظام قانوني واحد، من حيث جنسية الأطراف، مكان إجراء التحكيم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والموضوع، وعلى هذا الأساس، فإذا اتصلت تلك العناصر بدولة معينة، كان التحكيم داخلي وطني وإذا اتصل مكان التحكيم بالدولة المراد التنفيذ عليها وأحد العناصر الأخرى متصل بنظام قانون دولة أخرى كان التحكيم داخلي دولي¹.

2 - العلاقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي

لا يوصف التحكيم بالدولي لمجرد وجود طرف أجنبي، فالتحكيم يكون أجنبياً إذا تم خارج الجرائر، ولو كان أطرافه جزائريون وتعلق بعقد محلي.

¹ - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 62.

وصفة الأجنبية تبنتها اتفاقية نيويورك حيث نصت على سريان نصوصها على أحكام التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد تنفيذها فيها.

أما التحكيم الدولي فلا علاقة له بمكان التحكيم وعلى هذا الأساس ليس كل تحكيم دولي هو تحكيم أجنبي وليس كل تحكيم أجنبي هو تحكيم دولي.

ثالثا- المعيار الاقتصادي

يستند هذا المعيار على طبيعة المنازعة، حيث يعتبر التحكيم دوليا، إذا اتصلت الرابطة محل النزاع التحكيمي بالتجارة الدولية، عبر العقد التجاري الدولي أي وجود حركة مد وجزر للبضائع بين أكثر من دولة¹.

ثم اتسعت هذه الحركة لتشمل تحريك وتوريد الأموال، الخدمات أو الصرف عبر الحدود وهكذا أصبح التحكيم دوليا، إذا كان مصدر النزاع له طابع اقتصادي يمس بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

وقد أخذ بهذا المعيار المشرع الجزائري بموجب المادة 1039 التي جاءت تحت القسم الأول من الفصل السادس (في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي) من الباب الثاني من الكتاب الخامس (في الطرق البديلة لحل النزاعات)، حيث نصت على: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ومن هنا نخلص إلى القول بأن دولية التحكيم في الصفقات العمومية طبقا للتشريع الجزائري لا تتعلق بدولية الصفقة في حد ذاتها كما هو الحال في عقود التجارة الدولية أو العقود الإدارية الدولية الذي يعتبر التحكيم فيها تحكما دوليا بالتبعية إنما بوجود نزاع يمس بالمصالح الاقتصادية للدول طبقا المادة 1039 من القانون 08-09 المذكور.

¹ - عائشة مقراني، المرجع السابق، صفحة بدون ترقيم تحمل التهميش 14-18.

المطلب الثاني: الاتجاهات المختلفة حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري في الصفقات العمومية

هناك اختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة، وبالتالي ينطبق على التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، بين من يرى أنها ذات طبيعة تعاقدية بناء على اتفاقية الأطراف، وهناك من يرجح الطابع القضائي للتحكيم باعتباره يحل محل القضاء وهناك من يرى في التحكيم نظاما مختلطا من قواعد العقد وقواعد القضاء، بينما هناك من يراه نظام مستقل يتمتع بذاتية خاصة.

وتتنازع عدة اتجاهات فقهية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، لدى رأينا ضرورة التطرق لهذه الاتجاهات في الفرع الأول وتطبيقاتها القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النظريات المتنازعة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

أولا - نظرية الطبيعة العقدية

يعتمد أنصار هذا الاتجاه على أساس الدور الجوهري لإرادة الأطراف في عملية التحكيم برمتها، ابتداء من اتفاقية التحكيم، فتشكيل محكمة التحكيم أو المشاركة في تشكيلها، تحديد القانون الذي تلتزم به سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الموضوع.

ويجمع أنصار هذا الاتجاه على أن ما تنتهي إليه هيئة التحكيم هو قرارا تحكيميا وليس حكما تحكيميا، لأن القرار التحكيمي ذو طبيعة تعاقدية وأن التشابه بينه وبين الحكم القضائي لا يكون إلا من حيث إجراءات التقاضي¹، ويترتب على ذلك عدم الربط بين قرار التحكيم والبلد الذي صدر فيه، فهو لا يشكل جزءا من النظام القضائي

¹ - منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص 21.

لذلك الدولة، كما أنه لا يصدر باسمها¹ وأن القوة الإلزامية لقرار التحكيم ناتجة عن اتفاقية التحكيم.

وخلاصة هذا الاتجاه أن نظام التحكيم هو نظام تعاقدى لإعلائه لمبدأ سلطان الإرادة، فالدولة لا تتدخل إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم أو في عملية التنفيذ الجبري بعد حصولها على الصيغة التنفيذية².

ويعاب على هذا الاتجاه أنه بالغ كثيرا في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف في تكيف الطبيعة القانونية للتحكيم بالرغم أن مهمة التحكيم ليست هي الكشف عن إرادة الخصوم إنما الكشف عن القانون وتطبيقه على النزاع بإرادتهم المستقلة وليسوا وكلاء عنهم.

ثانيا - نظرية الطبيعة القضائية

يعتمد أنصار هذا الاتجاه على المعيار الموضوعي والمتمثل في حسم النزاع وليس في المعيار الشكلي والذي يتمثل في الوقوف أمام قاضي وفقا لقانون دولة ما، أي لا يؤخذ في الحسبان إن كان المحكم قاضي أم لا.

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه، أن مهمة المحكم هي الفصل في النزاع، وبالتالي وظيفته كوظيفة القاضي، يطبق القانون أو العدالة وما يصدر منه يكون حكما ملزما يتمتع بحجية فيما يقضي به، وهذه الحجية مسلم بها، أنها لا تكون إلا للأعمال القضائية.

والتحكيم حسب هذا الاتجاه ينشأ في بداية الأمر بعمل إرادي بموجب عقد تحكيم، فهو مجرد بداية شأنه في ذلك العمل الذي يقوم به الخصوم عند اللجوء إلى قضاء الدولة.

¹ - خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007-2008، ص 26.

² - المرجع نفسه، ص 27.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا هم أيضا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم فمنهم من يعتمد على أساس تفويض جزء من سيادة الدولة عن طريق التشريع المنظم للتحكيم، ومنهم من يؤسسه بالنظر إلى التفرقة بين التحكيم الداخلي، الذي يعتبرونه شبيهه بقضاء الدولة وبين والتحكيم التجاري الدولي الذي يرونه مستقل وأن أحكامه ذات طبيعة خاصة، في هذا المعنى يقول الأستاذ أبو زيد رضوان: "لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يسمو على النظم القضائية الوطنية"¹.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه رغم كون المحكم يقوم بنفس وظيفة القاضي، إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي وهي سلطة الأمر وأن القواعد المنظمة للقضاء لا تنطبق كلها على التحكيم².

ثالثا- نظرية الطبيعة المختلطة

يعتبر أنصار هذه النظرية، أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة تعاقدية وقضائية، انطلاقا من الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم، بالإضافة إلى المهمة القضائية الممنوحة للمحكم في اتفاقية التحكيم أو من طرف التشريع المنظم للتحكيم، بمعنى التحكيم ينطبق عليه وصف معين في كل مرحلة من مراحل وتتعاقب عليه صفتان:

- الصفة التعاقدية والتي تتمثل في اختيار الخصوم للتحكيم بديلا عن القضاء لحل منازعاتهم.

- الصفة القضائية والتي تتمثل في ما يصدره المحكم أو محكمة التحكيم من أحكام تحكيمية، يتم تنفيذها طواعية أو بلجوء صاحب المصلحة لطلب الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة، حتى يتمكن من التنفيذ ولو بالقوة العمومية.

¹ - خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص 29.

² - محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-

2008، ص 25.

حيث وظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها على اعتبار المحكم يبحث في صحة أو شرعية إدعاءات الخصوم إلا أن مصدرها تعاقدية على أساس أنه نابع من اتفاق.

ويترتب على هذا الاتجاه نتائج تختلف على النتائج المترتبة على تبني أحد الاتجاهين السابقين، فقرارات التحكيم تعتبر عقدا قبل صدور الأمر بتنفيذها، وبالتالي تخضع للقواعد العامة للعقود وبمثابة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ وبالتالي تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية¹.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه لا يعتبر اتجاها فقهيا مستقلا طالما لم يستحدث أمرا جديدا وإنما أقر أشياء موجودة ولا معنى للطبيعة المختلطة بل يجب تحديد هذه الطبيعة².

رابعا - نظرية الطبيعة القضائية المستقلة الخاصة

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم مستقل بنظامه وأصالته، حيث ظهر قبل القضاء فهو أداة قانونية لحل النزاعات بتحقيق العدالة بطرق تختلف عن القضاء، ويرفضون أنصار هذا الاتجاه النظرية العقدية بحجة عدم وجود عقد في التحكيم الإجباري كما يرفضون النظرية القضائية بحجة القضاء سلطة من سلطات الدولة، يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام والقانون، في حين التحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، هي التعايش بين أطراف النزاع في المستقبل فضلا عن تحقيق العدالة³.

الرأي المختار: التحكيم آلية بديلة عن القضاء لحل منازعات معينة في أجل معين بواسطة محكمين مختارين، يستمدون سلطتهم من اتفاقية التحكيم، لا يتمتعون بصفة

¹- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، المرجع السابق، ص 44.

²- محمد بواط، المرجع السابق ، ص 30.

³- محمد بواط، المرجع السابق ، ص 31.

الدوام والعمومية، تنتهي ولايتهم بمجرد البث في النزاع بإصدار حكم تحكيمي ملزم يكسب حجية الشيء المقضي به.

مما يرقى بهذه الآلية أن تكتسي الطبيعة القضائية المستقلة الخاصة.

مما سبق بيانه، وباعتبار الحل البديل يعني مجموعة التقنيات القانونية والاتفاقية المستعملة من قبل الأطراف لحل نزاع خارج قضاء الدولة¹، فالطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية حسب ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي وسيلة بديلة لحل النزاعات التي تمس المصالح الاقتصادية لدول أطراف الصفة، ممثلين بالمصلحة المتعاقدة من جهة وعنصر أجنبي على الأقل ينتمي إلى المتعامل المتعاقد الذي عبر عنه المشرع الجزائري بالمتعامل الاقتصادي.

الفرع الثاني: التطبيقات القانونية والقضائية

نتعرض لبعض تطبيقات هذه الاتجاهات وفق بعض التشريعات والاجتهادات القضائية والاتفاقيات الدولية.

أولاً- التطبيقات التشريعية

1- التشريع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالطبيعة العقدية وهذا ما نستخلصه من خلال المادة 458 مكرر² من المرسوم التشريعي 93-9 المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم، لقانون الإجراءات المدنية وهذا على أساس عدم قابلية أحكام التحكيم للاستئناف باعتبار أن القانون خول الأطراف حرية الاتفاق على استبعاده وفي ظل القانون 08-09 المذكور نجد المادة 1033 منه تنص على : "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي

¹ عبد الصادق ربيع، التحكيم التجاري : من التشكيك إلى المصادقية، دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، فيفيري 2009، المملكة المغربية، ص21.

صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم".

ومن هذه النصوص نخلص أن المشرع الجزائري أعتمد على الطبيعة العقدية للتحكيم، عندما خول لأطراف النزاع إمكانية الاتفاق على استبعاد استئناف الأحكام التحكيمية، بمعنى الأطراف أحرار في جعل الحكم قابلا للاستئناف من عدمه، في التحكيم الوطني.

2 -التشريع التونسي:

بالرجوع للمادة (الفصل) 39 من القانون 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 والمتعلق بمجلة التحكيم (قانون التحكيم التونسي) والتي تنص "لا يجوز الطعن بالاستئناف.

1-في أحكام التحكيم ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك صراحة،...¹.

نلاحظ أن المشرع التونسي انتهج نفس النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري، بأخذه بالطبيعة العقدية للتحكيم الداخلي، بعدما خول لأطراف النزاع إمكانية الاتفاق على استبعاد استئناف أحكام التحكيم الداخلية.

3 -التشريع المصري:

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 39 من قانون رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 ابريل 1994 والمتعلق بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية² : " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك ".

¹ - سبق الإشارة إلى المرجع (نقلا عن مناني فراح، المرجع السابق، ص 268)

² - قانون رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 ابريل 1994، نقلا عن محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 418.

نلاحظ أن المشرع المصري أيد الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية لنظام التحكيم بإخضاع القواعد المطبقة على موضوع النزاع لإدارة الأطراف.

ثانيا - الاجتهادات القضائية

1- القضاء المصري

قضت محكمة التمييز المصرية في ابريل 1941 بأن "أحكام المحكمين لا تقبل الاستئناف بتاتا لأنها من قبيل العقود، ولا سبيل للطعن فيها إلا بالبطلان"¹

2- القضاء الفرنسي

تحظى الطبيعة القضائية بتأييد واسع في القضاء الفرنسي وخاصة في التحكيم التجاري الدولي، وهذا بالنظر إلى عدد القضايا التي تعرض عليه في مجال الطعن في قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم الدولية بباريس C.C.I

فمحكمة باريس قد أكدت في عدة قرارات أن "القرار التحكيمي ليس عملا عاديا، لكن تجب مماثلة للحكم القضائي، والذي يرتب نفس النتائج أما الصفة التنفيذية التي يتخذها إلا من خلال الأمر بالتنفيذ"².

ثالثا - الاتفاقيات وهيئات التحكيم الدولية

تكاد تجمع أغلب الاتفاقيات الدولية ونظم ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

1 - اتفاقية نيويورك لسنة 1958

أخضعت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم

¹ - نقابة المحامين الأهلية، مجلة المحاماة، مطبعة مجازي القاهرة، 1941، السنة 21، ص 1019 ، نقلا عن خليل بوضويرة، الرسالة السابقة، ص27، تهميش 3.

² - خليل بوضويرة، المرجع السابق ، ص 30.

الأجنبية لقانون الإرادة، حيث تنص المادة الخامسة منها على " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:..." (د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق"، هذا يعني أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف سبب كاف لرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم من الجهة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف، مما يبرر الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم في اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

2 - نظام مركز التحكيم الدولي بالغرفة الدولية التجارية

من خلال ما ورد في نص المادة 17 من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية (طبقاً للنظام الساري من أول يناير 1998) والتي تنص على¹:

" 1- للأطراف حرية الاتفاق على القانون الواجب الذي يتوجب على محكمة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا على ذلك تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تراه ملائماً.

2- في كل الأحوال، تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد والممارسات التجارية ذات الصلة".

يتبين بوضوح أن هيئة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية تبنت الطبيعة العقدية لنظام التحكيم الدولي.

¹ - نقلاً عن محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 526.

ملخص الفصل الأول

التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية هو نظام قانوني بديل لحل النزاعات التي تمس المصالح الاقتصادية لدول أطراف الصفقة، ممثلين بالمصلحة المتعاقدة من جهة وعنصر أجنبي على الأقل ينتمي إلى المتعامل المتعاقد الذي عبر عنه المشرع الجزائري بالمتعامل الاقتصادي، باستعمال مجموعة التقنيات القانونية والاتفاقية من قبل الأطراف لحل منازعات تنفيذ الصفقة، في أجل معين، بواسطة محكمين مختارين، يستمدون سلطتهم من اتفاقية التحكيم، لا يتمتعون بصفة الدوام والعمومية، تنتهي ولايتهم بمجرد البث في النزاع بإصدار حكم تحكيمي ملزم، يكسب حجية الشيء المقضي به.

مما يرقى بهذا النظام أن يكتسي الطبيعة القضائية المستقلة الخاصة.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: خصوصية نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية

يقوم التحكيم الاختياري مهما كان نوعه على اعتبارين أساسيين هما: إرادة الخصوم في اللجوء إليه واختيار أشخاص المحكمين، وسماح المشرع لهذه الإرادة بترتيب آثارها¹ وينتج على هذين الاعتبارين الاعتراف بسلطة المحكمين في الفصل في بعض النزاعات وحلول أحكامهم محل أحكام القضاء.

وإذا كان قبول التحكيم التجاري الدولي من طرف أشخاص القانون العام للرجعة في النهوض بالتنمية التي تفرضها حاجات متطلبات الشعب أمام ضعف الإمكانيات الداخلية من وسائل الإنتاج ونقص التطور التكنولوجي، يقابلها من الطرف الأجنبي رغبته في الحماية القانونية وإيجاد الحلول للنزاعات المحتملة بطريقة سلسلة بعيدة عن إجراءات القضاء المعقدة، فإن نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية ينفرد بخصوصيات معينة قلما نجدها في نظم قانونية أخرى، هذا للطبيعة القانونية الصفقات العمومية في حد ذاته وتكمن تلك الخصوصيات في الضوابط التي تنظم أهلية أشخاص القانون العام وتحديد طبيعة النزاع من جهة (المبحث الأول) واختصاص القضاء الإداري في مرافقة العملية التحكيمية من جهة ثانية (المبحث الثاني)

¹ - نويوة هدى، المرجع السابق ، ص 10.

المبحث الأول: تنظيم القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية

أولى المشرع أهمية بالغة عند تنظيم أهلية أشخاص القانون العام، عند اللجوء للتحكيم بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، وهذا نظرا للأهمية التي توفرها هذه الأهلية لأطراف العلاقة التعاقدية.

وعلى هذا الأساس ضبط المشرع أهلية المصلحة المتعاقدة لطلب التحكيم في جانبين، تمثلت الأولى في ضبط الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، ما يسمى فقهما القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم (المطلب الأول) والجانب الثاني، يتعلق بقيود القابلية الشخصية والموضوعية¹ في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم

القابلية الشخصية للتحكيم هو تمتع أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم بالأهلية القانونية للنظر في النزاع كطريق من طرق فض النزاعات²، تمنح هذه الإجازة لأشخاص القانون العام لفض للمنازعات التي تكون طرفا فيها كمنازعات الاستثمار وعقود الدولة والصفقات العمومية انطلاقا من التأصيل الفقهي (الفرع الأول) والتأصيل القانوني (الفرع الثاني).

¹ - دوفان ليديه ولعجال ياسمينه، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جانفي 2017، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 293.

² - المرجع نفسه، ص 295.

الفرع الأول: التأصيل الفقهي

من المعلوم أن التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي تثور بين أشخاص القانون الخاص في المسائل التي يملكون مطلق التصرف فيها قد أوسع نطاقه منذ مدة مناسبة، إلا أن اللجوء إليه من المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخص من القانون العام، كالعقود الإدارية عموماً والصفقات العمومية خصوصاً، ما يزال في بداية الطريق ومحاطاً بالتردد والحذر الشديد، الأمر الذي خلق انقسام في الرؤى بين الفقهاء، فاتجاه عارضه ودفع برفضه والتحذير منه، واتجاه آخر استقبله بالرضا والتأييد.

أولاً - الاتجاه الفقهي المعارض للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إن أنصار الاتجاه الذي يعارض لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي في منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، يبنون أسبابهم وقيمون آراءهم على الأسانيد الفقهية التالية:

ـ إن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات العقود الإدارية الدولية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، يؤدي إلى المساس المعيب بسيادة الدولة والاعتداء على اختصاص قضائها¹، حيث تأبى سيادة الدولة أن تتلقى حلولاً من هيئات خاصة يختارهم أطراف الخصومة، حيث لا يجوز في رأيهم أن يكون الحل من غير قضاء الدولة الذي يحكم بقوة القانون وتنظمه سلطة قضائية مستقلة.

ـ إن التحكيم التجاري الدولي يسعى لتحقيق المساواة بين طرفي العقد وذلك بعدم التمييز بينهما، على أساس العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي اللجوء إليه في الصفقات

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق ، ص 214.

العمومية يهدم القواعد المتعارف عليها في العقد الإداري لتمييزه المنفرد في نطاق القانون العام¹.

- بما أن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام وبالتالي لا تملك الإدارة تعديله بقرارها أو اتفاقها مع الغير²، وهو مبدأ قانوني أكدته قضاء مجلس الدولة الفرنسي بقوله: " إن الإدارة لا تستطيع تعديل قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية وإنما يتعين ذلك بقانون وكل تعديل للاختصاص بأداة أقل منه يصبح غير مشروع".

- إن الإدارة كأحد الأشخاص القانونية العامة تتمتع بأهلية محددة ينظمها ويقرها لها القانون.

- جل القوانين لا تجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكون اختصاص المحاكم الإدارية من النظام العام، فإن العقود الإدارية عموماً والصفقات العمومية خصوصاً (بصفقتها عقود إدارية) من النظام العام وبالتالي لا يجوز التحكيم في منازعاتها.

- انطلاقاً من المبادئ التي أستقر عليها القانون الدولي بتمتع كل دولة بحصانتها القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، وبالتالي فهي تحرص على أن لا تخضع لغير قضائها في علاقتها المتبادلة مع دول أخرى³.

ثانياً - الاتجاه الفقهي المؤيد للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إذا كان أنصار الاتجاه المعارض يسندون آراءهم للأسباب السالفة الذكر فإن

¹ - بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص 55.

² - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 139.

³ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 213.

أنصار الاتجاه المؤيد يبنون حججهم على الأسانيد التالية:

- يكون قبول اللجوء للتحكيم التجاري الدولي بسبب شرط يفرضه الطرف الأجنبي لا ينعقد العقد بدونه، وقد تقبله المصلحة المتعاقدة على مضيض سواء لانضمام دولتها لاتفاقيات دولية أو بسبب الاستعجال الملح.

- يكون اشتراط الطرف الأجنبي في التعاقد، أن تتم تسوية منازعاته عن طريق التحكيم رغبة منه في عدم المثل أمام القضاء الوطني، ربما لقلّة ثقته في القاضي الوطني، لاستشعاره باحتمال تحيزه ضده محاباة للدولة التي ينتمي إليها¹.

- يكون سبب اشتراط الطرف الأجنبي التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لكفاءة المحكمين وتخصصهم، الشيء الذي يكون غير متوفر في القاضي الوطني، وخاصة أن جل قضاة الدول النامية غير متخصصين في المجالات التقنية التي تتطلبها بعض الصفقات كصفقات الأشغال واللوازم.

- رغبة المتعامل المتعاقد (المتعامل الاقتصادي) تفادي طرح منازعاتهم على القضاء مع ما تتم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد مع احتمال استطالة أمر النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، وإمكانية الطعن في الأحكام وتقديم إشكالات التنفيذ، قد تحكمها اعتبارات المماثلة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة نوع من الظلم.

- إن المحكم على خلاف القاضي، لا يلزم أن يكون رجل قانون فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال، مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة النزاع، دون أن يكون مضطرا للاستعانة بالخبير.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 137.

- إن المحكم يتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار القانون الذي يراه معبرا من الإرادة الضمنية للأطراف، أو الذي يراه أكثر ملاءمة تبعا لطبيعة النزاع المعروض عليه.

الفرع الثاني: التأصيل القانوني في التشريع الجزائري

مرت العلاقة بين التحكيم التجاري الدولي والصفقات العمومية في القانون الجزائري بمرحلة عدم القابلية للتحكيم وفقا للعامل التاريخي (أولا)، ومرحلة تكريس القابلية للتحكيم وفقا للعامل الاقتصادي (ثانيا).

أولا- مرحلة عدم القابلية للتحكيم

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للجوء أشخاص القانون العام للتحكيم بصفة عامة، تبريرا بأولوية السيادة الوطنية جاعلة الأولوية للقانون والقضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم¹، وتكرس مبدأ حضر أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم بصور قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966² بموجب الفقرة الثالثة من المادة 442 منه والتي نصت على أنه: "...لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

إلا أن هذا الرفض لم يكن على إطلاقه، فاستثناء كانت هناك قابلية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالمحروقات سواء بمقتضى اتفاقية أفيان التي كرس مبدأ الحقوق المكتسبة للطرف الفرنسي، هذا بعدما غير المستعمر الفرنسي القوانين المتعلقة بالمحروقات حيث كانت المنازعات المتعلقة بها تؤول إلى مجلس الدولة الفرنسي بموجب المادة 41 من الأمر 58-1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958 والمتضمن القانون البترولي الصحراوي فأصبحت تخضع إلى التحكيم الدولي عوض أن ينتقل

¹ - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 18.

² - الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 47، الصادرة في 09 يونيو 1966.

إلى المحكمة العليا الجزائرية وبالتالي أصبحت المحاكم الجزائرية غير مختصة¹، أو بمقتضى العقود البترولية التي أبرمتها الدولة الفرنسية والتي بقيت سارية بعد الاستقلال حيث لا تستطيع الدولة فسخها لأن ذلك يكلفها تعويضات تقع على عاتق الخزينة العمومية، مما يؤكد أن أهلية الدولة كشخص معنوي عام في الخضوع للتحكيم الدولي في تلك الفترة، كان مفروضا وليس اختياريا²، ولم تتخلص الجزائر من هذه الإشكالية إلا بعد استرجاع سيادتها الكلية على قطاع المحروقات بعد تأميمه سنة 1971، فرغم جلاء المبدأ العام الذي أرسته الفقرة الثالثة من المادة 442 السابقة الذكر، قبلت به الجزائر سنة 1968 بشأن عقد أبرمته مع الشركة البترولية GETTY (المعروف باتفاقية جيتي - سوناطراك)³

وفي ميدان الصفقات العمومية، أخذ المشرع بهذا المبدأ (مبدأ حضر اللجوء إلى التحكيم) في أول قانون ينظمه والذي صدر بموجب الأمر 67-90 المذكور حيث حدد في الباب السادس طرق تسوية المنازعات وجعل مبدأ التسوية الودية للنزاع إلزامي قبل عرض الأمر على القضاء (الذي يطبق القانون الوطني استنادا للمادة 442 من ق.إ.م) بموجب المادة 152 منه.

أما في ضل المرسوم رقم 82-145 أحالت الفقرة الأولى من المادة 104 منه تسوية الخلافات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية الساري العمل بها عند تاريخ صدوره، بما يعني الإحالة على المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية التي تمنع أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، والذين حددتهم المادة الخامسة من المرسوم باعتبارهم متعاملون عموميون وهم:

¹ -عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر، 2004،

ص 2 .

² - دوفان ليديه ولعجال ياسمينه، المرجع السابق، ص 295.

³ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 3.

جميع الإدارات العمومية؛ جميع المؤسسات والهيئات العمومية؛ جميع المؤسسات الاشتراكية؛ أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات؛ كل مؤسسة يكون رأس مالها عمومي.

والجدير بالذكر أن المؤسسات العمومية الاقتصادية، رغم أنها أصبحت تتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية وكذلك حق التقاضي، بموجب القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988¹، إلا أنها ضلت مؤسسة اشتراكية طبقا للمادة 02 من القانون، والتي تنص على أن "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي مؤسسات اشتراكية" وبالتالي يبقى محضورا عليها اللجوء إلى التحكيم.

ثانيا - مرحلة القابلية للتحكيم (جوازيه اللجوء إلى التحكيم)

بسبب تطور الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالداخل والمعطيات الدولية الجديدة بالخارج، غيّر المشرع موقفه من حضر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وبدأ ينفرج، ولكن تدريجيا وتم ذلك عبر مرحلتين:

مرحلة ما بعد صدور المرسوم التشريعي 93-90 ومرحلة ما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 - مرحلة ما بعد صدور المرسوم التشريعي² 93-09

بموجب المرسوم التشريعي 93-09³ المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، ألغيت المادة 442 المذكورة سابقا، نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على

¹ - القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2، الصادرة في 13 يناير 1988، المادة 02 منه.

² - يقصد بالمراسيم التشريعي : المراسيم التي صدرت في ظل غياب المجلس الوطني الوطني على إثر المرحلة الانتقالية التي عرفت الجزائر.

³ - مرسوم تشريعي مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر عدد 27، الصادرة في 27 أبريل 1993.

أنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية" وبالتالي فتح المشرع المجال لأشخاص القانون العام لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعلاقة التجارية الدولية بمعنى التحكيم التجاري الدولي.

وهذا يعني بقاء الحضر على النزاعات غير الدولية والسؤال الذي يطرح نفسه، هل الصفقات العمومية التي أبرمت بعد صدور هذا المرسوم والتي بها عنصر أجنبي تعتبر من قبيل العلاقات التجارية الدولية، وبالتالي يمكن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي لحل منازعاتها؟

في حقيقة الأمر، لا يوجد نص صريح في تلك الفترة يحيل إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لحل منازعات الصفقات العمومية، التي يكون المتعامل المتعاقد طرف أجنبي، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والذي سبق ذكره والتي جاء فيها: "تسوي الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

وحسب المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي التي تعتبر التحكيم دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج، بما يوحي بأن المشرع حدد التحكيم الدولي بمعياريين مجتمعين معا:

معياري قانوني يقوم على العنصر الأجنبي، إذ يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة وهو المعيار الأكثر ملاءمة وانتشار في العقود التجارية الدولية، كما يتمثل المعيار القانوني في القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء على الإجراءات أو على الموضوع¹.

ومعيار اقتصادي لا يأخذ لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق إنما يركز على طبيعة النزاع وعلاقته بالمصالح التجارية الدولية وهنا يبرز إشكال آخر،

¹- نويوة هدى، المرجع السابق، ص23.

ما مدى تجارية الصفقات العمومية، فإذا أخذنا بالمفهوم الضيق لتعريف التجارية كما جاء بيانه في الفصل الأول فهناك أنواع من الصفقات العمومية لا تعتبر تجارية وبالتالي لا تعتبر منازعاتها تتعلق بمصالح التجارة الدولية، مما يجعل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي حسب هذا المفهوم محضورا.

أما إذا أخذنا بالمفهوم الموسع، اعتبرنا منازعات الصفقات المتعلقة بالجانب المالي لتنفيذ الصفقة تمس بالمصالح التجارية الدولية وبالتالي يمكن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي إذا توفر معيار الدولية كما جاء في الفصل الأول.

2 - مرحلة ما بعد صدور القانون 08-09 : تماشيا مع نظام الازدواجية القضائية التي عرفتة عدة دول، كفرنسا ومصر وبعد الاستفتاء على تعديل دستور¹ 1996، دخلت الجزائر مرحلة الازدواجية القضائية سواء على مستوى الهياكل بأحداث مجلس للدولة ومحاكم إدارية ومحكمة تنازع، أو على مستوى الإجراءات بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولعل من أهم الإصلاحات التي جاء بها أنه أجاز وبصريح العبارة لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية²، حيث اهتم المشرع بهذه القابلية مرتين:

مرة بموجب المادة 975 تحت القسم الأول بعنوان " في الإجراءات " من الفصل الثاني المعنون " في التحكيم " من الباب الخامس المتعلق ب: " الصلح والتحكيم " في الكتاب الرابع تحت عنوان " الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية " التي نصت على أنه: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية ".

¹ - صدر بالمرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 بعد الإعلان الدستوري المؤرخ 01

ديسمبر 1996 على نتائج استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 335.

وبالرجوع للمادة 800 من نفس القانون نجدها، قد حصرت أشخاص القانون العام الذين لهم أهلية التقاضي في جميع القضايا أمام المحاكم الإدارية، حيث نصت على ما يلي:

"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

أما المرة الثانية فبموجب الفقرة الثالثة من المادة 1006 التي جاءت في الفصل الأول المعنون "في اتفاقيات التحكيم" من الباب الثاني تحت عنوان "في التحكيم" من الكتاب الخامس بعنوان "في الطرق البديلة لحل النزاعات" حيث نصت تلك الفقرة "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

من خلال دراسة متأنية لفحوى النصين يمكن أن نخلص بالنتائج أو الملاحظات التالية:

أ- رغم أن عبارة التحكيم كانت على عموميتها في النصين إلا أن اقتران التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمنازعات المتعلقة بالاتفاقيات الدولية أو بالعلاقات الاقتصادية الدولية يوحي بأن قصد المشرع هو التحكيم التجاري الدولي الذي هو موضوع دراستنا وليس التحكيم الوطني وحجتنا في ذلك:

- عموما لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم التجاري الدولي يكون تحت ضغط شروط المتعاقد الأجنبي، والذي عادة لا يتق في القضاء الوطني، ويقبلها المتعاقد الوطني إما للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية، أو على مضض للحاجة الملحة التي يتطلبها المرفق العام.

- اللجوء للتحكيم الوطني في الصفقات العمومية هو هدر لنظرية العقد الإداري وانتزاع للاختصاص النوعي للقضاء الإداري الوطني بمعنى تحجج أي طرف محلي بعدم الثقة في القضاء الوطني هو مساس بسيادة الدولة.

- لقد اوجب المشرع التسوية الودية ضمن قانون الصفقات العمومية الجديد (المرسوم الرئاسي الجديد 15-247)، حيث ألزم إدراجها في دفاتر الشروط بموجب الفقرة الرابعة من المادة 153¹ بعدما كان هذا اختياري في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 وبالتالي قطع الطريق أمام من يتحجج بطول وتعقيد إجراءات التقاضي.

- عمليا يصعب اللجوء للتحكيم الوطني في الصفقات العمومية، لصعوبة إدراج اتفاقية التحكيم في دفتر الشروط الذي يعتبر من العناصر الجوهرية في عقود الصفقات العمومية.

ب - قد يفهم من نص الفقرة الثالثة من المادة 1006 المبينة أعلاه، أن المقصود من الأشخاص المعنوية العامة، أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص (المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري)، بمعنى أن هؤلاء لا يجوز لهم اللجوء للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الداخلية إلا في إطار الصفقات العمومية، وحينها يفقد التحكيم الغاية التي شرع من أجلها على أساس، التحكيم من صميم القانون الخاص، بالإضافة أن المؤسسات العمومية الاقتصادية أصبحت غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية بموجب المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247² ولكن بالرجوع إلى النص الفرنسي، يُفهم أن الأشخاص المعنويين في الفقرة هم أشخاص القانون العام فقط دون أشخاص القانون الخاص³.

¹ - تنص الفقرة الرابعة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور على ما يلي: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة"

² - تنص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية

لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب."

³ Art 1006 du C.P.C.A : «...Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf... »

ج - هناك من يرى أن لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات بالعلاقات الاقتصادية الدولية والاتفاقيات الدولية مشروط بارتباطها بالصفقات العمومية، بمعنى أن تكون في إطارها¹، مبررين ذلك بالنص الأصلي (النص الفرنسي) الذي استعمل عبارة:

(...ainsi qu'en matière de marchés publique) ، التي لا تعني في نظرهم إضافة إلى عقود الصفقات العمومية كأسلوب تعاقد، تمارسه الدولة منفصل تماما عن الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية، بل تعني تنظيم الحالات الواردة في الاتفاقية الدولية تحت إطار مادة الصفقات العمومية²، ونحن نرى غير ذلك انطلاقا من الحجج التالية:

*قبول هذا الطرح يعني استبعاد لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار وعقود الامتياز وعقود الدولة³ التي تختلف اختلافا جوهريا عن عقود الصفقات العمومية في أنها ليست محل نفقات الخزينة العمومية بل العكس فهي وسيلة مورد للخزينة العمومية، ولو على المدى المتوسط والبعيد وأن التفاوض عند إبرام عقودها مُعتبر، مما يسهل إدراج اتفاقية التحكيم كبند من بنود العقد، الشيء الذي يصعب في حالات الصفقات العمومية.

وبالتالي يمكن القول أن المجال الخصب للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، يكون في مثل تلك العقود، وليس في الصفقات العمومية.

*بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثالثة من المادة 1006 المذكورة أعلاه، يمكن القول: [يجوز للأشخاص المعنوية العامة (بمفهوم أشخاص القانون العام كما جاء في النص الفرنسي) أن تطلب (بمفهوم أن تلجأ) التحكيم في علاقتها الاقتصادية الدولية وفي

¹ - دوفان ليدية ولعجال ياسمينية، المرجع السابق، ص301.

² - دوفان ليدية ولعجال ياسمينية، المرجع السابق، ص302.

³ - عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية - النظرية المعاصرة، ط 02، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 192 وما بعدها.

إطار الصفقات العمومية]، حيث و أداة ربط تفيد الإضافة، وهذا انطلاقا من مبادئ المنطق الرياضي التي تفيد بأن نفي أداة الفصل (أو) هو أداة الربط (و)¹

ج- عند مطابقتنا للنصين السابقين (المادة 975 والفقرة الثالثة من المادة 1006 من (ق.إ.م.إ) باللغة العربية نجد أن المشرع استعمل عبارة "...، أن تجري تحكما في الحالات الواردة.... " في المادة 975 بينما استعمل عبارة "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا...." في المادة 1006. في حين النص الفرنسي استعمل نفس الصيغة:

«...Ne peuvent pas compromettre...»

ونحن نحذ مصطلح "اللجوء إلى التحكيم" بدل مصطلح " طلب التحكيم" التي يعني رفع دعوى تحكيمية كمدعي، بعد نشوب النزاع واستعمال مصطلح طلب التحكيم، يفيد أن شخص القانون العام يحمل صفة المدعي دوما، بمعنى انه طرف ضعيف، في حين الواقع يثبت عكس ذلك، مما لأشخاص القانون العام من امتيازات السلطة العامة.

بينما مصطلح اللجوء إلى التحكيم يفيد العملية التحكيمية برمتها ابتداء من اتفاقية التحكيم وانتهاء بتنفيذ حكم التحكيم أو الطعن فيه.

** يكفي أن نشير في نهاية هذا المطلب أن التأصيل الفقهي لعب دور مهم في بلورة العلاقة بين التحكيم التجاري الدولي والصفقات العمومية، ولكن يبقى النظام الاقتصادي العالمي الجديد سبب رئيسي في الدفع بالتأصيل القانوني، فما طبيعة هذا التأصيل؟ هذا ما سنحاول معرفته في المطلب الثاني.

¹ بابا احمد بن حبيب، ترجمة محمد حازي، الجبر 1، ط 10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

المطلب الثاني: مدى أهلية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

تعتبر إرادة المشرع من بين الأسس التي يعتمد عليها أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية حيث بيّنا تأصيلها الفقهي والقانوني في المطلب الأول من هذا الفصل ولكن ما طبيعة هذه الإجازة ؟ هل هي مطلقة أم مقيدة؟

فبالرجوع إلى النصوص التي تنظم التحكيم التجاري الدولي على مستوى قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو التي تنظم الصفقات العمومية، وبالأحرى المرسوم الرئاسي الجديد (15-247)، والذي أشارت ولأول مرة لعلاقة التحكيم التجاري الدولي بالصفقات العمومية¹، يتبين لنا أن هذه الإجازة محدودة والتي عبر عنها الفقه بالإباحة المقيدة²، سواء على مستوى أهلية المصلحة المتعاقدة (الفرع الأول) أو على مستوى موضوع النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد أهلية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم الدولي في الصفقات العمومية

الأصل أن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم تكون حرة طليقة، تجسدها اتفاقية التحكيم، التي هي عقد كباقي العقود، خاضعة لسلطان الإرادة، باعتبارها ركيزة أساسية في العملية التحكيمية، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية تدخلت إرادة المشرع لتحديد من هذه الحرية وتضع لها قيود وهذا لخصوصية تلك الصفقات التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة بمال عام يخضع لرقابة وفق نظام معين³.

¹ - المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، الفقرة 7 من المادة 153 منه.

² - دوفان ليديّة و لعجال ياسمينّة، المرجع السابق، ص 304.

³ - المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، الفصل الخامس من الباب الأول منه.

ويتجلى هذا التدخل عبر نصوص مواد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمرسوم الرئاسي 15-247، أين جعلت قيود على أهلية المصلحة المتعاقدة تتمثل في الإذن أو الموافقة المسبقة من السلطة المختصة (أولا) وإلزامية اللجوء إلى الحلول الودية (ثانيا)

أولا- شرط الموافقة المسبقة من السلطة المختصة

لم يُعبّر المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذا القيد بشرط الموافقة المسبقة ولكن بمصطلح المبادرة حيث نصت الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة 976 من (ق.إ.م.إ.)

"عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

عندما يكون التحكيم متعلقا بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة على التوالي، من من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثليها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها."

وقد تثير هذه النصوص لبس وغموض، يترتب عنهما بروز إشكاليتين جوهريتين تتمثل الأولى في مصطلح المبادرة والثانية في النطاق الزمني لتلك المبادرة.

1 - إشكالية مصطلح المبادرة

مصطلح المبادرة يطرح عدة إشكالات، لأن المبادرة تعني أن صاحبها هو السباق لطرحها ولا أحد سبقة لها¹، وبإسقاط هذا المعنى على التحكيم نستخلص الملاحظات التالية:

¹ - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 142.

- أن السلطة الوصية هي صاحبة الفكرة أي هي السبابة لطرحها، وبالتالي على صلة بموضوع التحكيم قبل صاحب المشروع (المصلحة المتعاقدة)، الذي يفترض أن يكون السباق لمعرفة كل خبايا الصفقة، أما الوصاية فهي جهة إخطار أو إعلام فقط، لتتخذ الإجراءات المناسبة اللاحقة.

- إن فكرة المبادرة تعني عدم إمكانية الطرف الآخر (المتعامل المتعاقد) من طلب التحكيم رغم أن هذا الأخير على قدم المساواة مع المصلحة المتعاقدة في طلب اللجوء إلى التحكيم، بل يفترض أن يكون هو السباق لأنه لا يملك الآليات التي تملكها المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في استعمال السلطة العامة.

- لم يحدد المشرع النطاق الزمني لهذه المبادرة، هل عند إدراج اتفاقية التحكيم، أم عند طلب التحكيم (عريضة افتتاح الدعوى).

- إن فكرة المبادرة تبقى عديمة الجدوى إذا لم تتجسد في إذن أو ترخيص أو موافقة

وربما أستدرك المشرع هذا اللبس من خلال تضمين فقرة في المادة 153 من المرسوم الرئاسي الجديد المذكور أين نصت الفقرة السابعة منها على: "ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

والملاحظ أن هذه الفقرة تعتبر أول مصدر للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية ضمن قانون الصفقات العمومية حيث لم يسبق الإشارة إليه في القوانين السابقة، وبالتالي يعتبر المرسوم الرئاسي الجديد (15-247)، نقلة نوعية في هذا المجال.

ولكن، هل هذه الفقرة عالجت موضوع التحكيم التجاري في الصفقات من كل جوانبه وأزالت اللبس في موضوع الموافقة المسبقة (المعبر عنها بالمبادرة في قانون

الإجراءات المدنية والإدارية كما جاء بيانه سابقاً؟ وهل إدراج هذه الفقرة في قانون الصفقات الجديد، هو بمثابة تفسير لما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي يرتب أثره على الصفقات التي أبرمت في ظل المرسوم الرئاسي 10-263، أم هو نص مستقل وليس نص تفسيري وبالتالي لا يرتب أي أثر إلا على الصفقات التي أبرمت بعد تطبيقه.

من خلال تحليلنا لمضمون الفقرة السابقة الذكر يتبين لنا أنها لم تعالج الموضوع من كل جوانبه ولن تزيل اللبس المتعلق بالموافقة المسبقة بل أثارت إشكالات أخرى جديرة بالتنويه بها في الفقرات التالية:

*المرسوم الرئاسي الجديد تطرق لموضوع التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية ضمن القسم المتعلق بالتسوية الودية للنزاعات، في حين قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتبر التحكيم من الطرق البديلة¹.

والفرق بينهما هو أن أحكام التحكيم ترتقي إلى درجة الأحكام القضائية من حيث الحجية² بينما نتائج التسوية الودية لا تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه.

*المبادرة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتعلق بالتحكيم الذي تطبق أحكامه أمام الجهات القضائية الإدارية، بمعنى التحكيم التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيه سواء في إطار الاتفاقيات الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، بغض النظر عن جنسية المتعامل المتعاقد بينما الموافقة المبينة أعلاه (المرسوم الرئاسي 15-247) تتعلق حصراً بالتحكيم الذي يكون المتعامل المتعاقد أجنبياً.

وربما في هذا الإطار تزداد قوة حجتنا عندما أشرنا سابقاً لقصد المشرع من التحكيم في الصفقات العمومية بأنه التحكيم التجاري الدولي وليس التحكيم الوطني.

¹ - القانون 08-09 المذكور، الكتاب الخامس منه.

² - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 21.

*الأشخاص المعنيين بالمبادرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هم حسب الحالة الوزير أو الوزراء المعنيين، إذا كان التحكيم متعلق بالدولة والوالي إذا تعلق بالولاية ورئيس البلدية عندما يتعلق بالبلدية والممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية أو ممثل الوصاية عنها إذا كان التحكيم يتعلق بمنازعاتها.

بينما في قانون الصفقات الجديد اشترط أن تكون الموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة بعد الاقتراح الذي يقدمه الوزير المعني ويترتب عن هذا فرضيتين:

إما المنازعات التي لا تكون الدولة طرفا فيها، لا يجوز اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي فيها وإما منازعات أشخاص القانون الأخرى (غير الدولة) غير معنية بالموافقة المسبقة وهنا يتجلى التناقض بين النصين.

والجدير بالذكر أن كل من النصين لم يحدد نطاق الزمني لهذه الموافقة، هل عند إدراج اتفاقية التحكيم، أم عند اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما سنعالجه في النقطة التالية

2- إشكالية النطاق الزمني للموافقة المسبقة

على خلاف القانون المصري الذي كان واضحا في تحديد النطاق الزمني للموافقة المسبقة بجعله قبل الاتفاق على التحكيم، بعدما أضاف فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون 27 لسنة 1994 والمتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، بعد تعديله بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997¹ فإن المشرع الجزائري لم يكن موفقا من خلال الفقرة الواردة في المرسوم الرئاسي الجديد في توضيح الارتباط الزمني بين الموافقة المسبقة واتفاقية التحكيم، ولكون لهذه الأخيرة خصوصية معينة في الصفقات العمومية متعلقة أساسا بطريقة الإبرام لدى نحاول معرفة كيفية إدراجها (أ) ثم نستنبط العلاقة بينها وبين الموافقة المسبقة على ضوء ما جاء به المشرع (ب)

¹ - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 419.

أ - كيفية إدراج اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية

تعتبر اتفاقية التحكيم أول خطوة في عملية التحكيم، ولئن كان المشرع لم يقدم تعريفا لها إلا أنه بين صورها المتمثلة في شرط التحكيم والذي عرفته المادة 1007 من (ق.إ.م.إ.)، بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاع التي قد تثار بشأنه على التحكيم واتفاق التحكيم المعرف بموجب المادة 1011 من (ق.إ.م.إ.) على أنه: "...الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه " وبإسقاط التعريف القانوني لكل منهما على موضوع الصفقات العمومية يُستنتج بأن¹:

شرط التحكيم في الصفقة العمومية بأنه الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة (المحددة بموجب نص المادة 06 من المرسوم رقم 15-247) والمتعامل المتعاقد معها في صفقة عمومية متصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة على التحكيم واتفاق التحكيم في الصفقة العمومية بأنه الاتفاق الذي يقبل أطراف الصفقة العمومية بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.

ولئن كان اتفاق التحكيم لا يدرج كبند في الصفقة وبالتالي لا تثير إشكالية إدراجه إنما تثار في شرط التحكيم، عندما تتم عملية الإبرام وفق الإعلان على طلب العروض² الذي له علاقة وطيدة بدفاتر الشروط والتي تعتبر عناصر مهمة في الصفقة وجزء لا يتجزأ منها.

ويعرّف دفتر الشروط بأنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بالمشاركة وكيفية اختيار المتعاقد معها، كذلك قواعد المنافسة³ والشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، حيث أن

¹ - موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات

القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 181 .

² - المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، المادة 40 منه.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 150.

هذه الدفاتر تحين دوريا ويتم إعدادها من طرف الإدارة، بالاستعانة بخبرات إطاراتها أو بمكاتب دراسات متخصصة قبل الإعلان عن طلب العروض.

وهنا تكمن الإشكالية حيث لا يمكن إدراج شرط التحكيم الذي هو بمثابة عقد مستقل خاضع لإرادة الطرفين في صفقة خاضعة لدفتر شروط معد سلفا وبإرادة المصلحة المتعاقدة وحدها.

وعلى هذا الأساس فإن المجال الخصب لإدراج شرط التحكيم هو عندما تكون طريقة الإبرام بالتراضي البسيط¹، الذي هو استثناء عن القاعدة العامة في طريقة إبرام الصفقات العمومية وفق إجراء طلب العروض، كما جاء في المادة 39 من المرسوم الرئاسي الجديد (15-247).

وحالات الاستثناء حددتها حصرا المادة 49 من نفس المرسوم الرئاسي ولعل من أبرزها، حالة الضرورة الملحة والتي نرى أنها من الأسباب الرئيسة في اللجوء للتعاقد مع الطرف الأجنبي.

ب- الارتباط الزمني بين الموافقة المسبقة واتفاقية التحكيم

بمطابقة النص العربي للفقرة السابعة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور مع النص الفرنسي الذي جاء كما يلي:

« Le recours par les services contractants, dans le cadre du règlement des litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, à une instance arbitrale internationale, est soumis, sur proposition du ministre concerné, à l'accord préalable pris en réunion du gouvernement. »

¹- نويوة هدى، المرجع السابق، ص 47.

نلاحظ أن النص لم يشير لاتفاقية التحكيم وبالتالي لا يمكن تحديد زمن الموافقة المسبقة من خلالها وإنما النص الفرنسي كان واضحاً بأن الموافقة المسبقة تكون بعد نشوب النزاع وفي هذه الحالة نكون أمام فرضيتين:

الفرضية الأولى: عدم وجود اتفاقية تحكيم قبل الموافقة المسبقة وفي هذه الحالة تعتبر هذه الأخيرة بمثابة رخصة لإبرام اتفاق التحكيم وليس إذن ببدا إجراءات العملية التحكيمية.

الفرضية الثانية: وجود اتفاقية قبل الموافقة المسبقة وقد تكون قبل نشوب النزاع وفي هذا الحالة تكون الاتفاقية في صورة شرط تحكيم والموافقة المسبقة تعتبر إذن ببدا إجراءات التحكيم وكأنها اعتراف الحكومة بمسؤوليتها عن نتائج التحكيم، أما إذا كانت بعد نشوب النزاع، تكون في صورة اتفاق تحكيم والموافقة المسبقة مجرد إذن كسابقتها.

وهنا نشير أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم الموافقة المسبقة، لأن الجزائر صادقت على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي كاتفاقية نيويورك¹، لكون الاتفاقيات الدولية تسمو على القانون الداخلي².

ثانياً- إلزامية اللجوء إلى الحلول الودية

كون اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية ليس هو الوسيلة الأنجع لحل منازعات الصفقات العمومية، ولكون ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية للحفاظ على المصلحة العامة أولى من المصالح الخاصة للأطراف، قيد المشرع لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التحكيم بنفاذ جميع سبل الحلول الودية.

¹ - المرسوم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، ج ر عدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988، ص 1256.

² - التعديل الدستوري لسنة 2016، بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016، المادة 150 منه.

وفي هذا الإطار أوجب البحث عن حل ودي للنزاعات، وفي حالة عدم الاتفاق، استحدث المشرع آلية جديدة بعرض النزاع أمامها تتمثل في سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1 - إلزامية بحث المصلحة المتعاقدة عن حل ودي

بموجب الفقرة الثالثة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها بما فيها المبرمة مع الطرف الأجنبي محددًا ضوابطه وحدوده في:

أ - الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين حيث يجب على المصلحة المتعاقدة أن تأخذ بعين الاعتبار ظهور ظروف جديدة لم تكن في الحسبان، والتي قد تفرض على المتعامل المتعاقدة تحمل نفقات أكثر مما يجب على الإدارة المعنية إنصافه وعدم التكرار لحقه في التوازن المالي، خاصة أن نص المادة في غاية من الوضوح، فهي تبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفق الظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية.

ب - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، لكون لعامل الزمن في الصفقة أهمية كبيرة، ألح تنظيم الصفقات على إيجاد الحلول في أسرع وقت، فالتوصل إلى حلول ودية وضبط الاتفاق في وثائق رسمية يكون انفع بالنسبة لزمان تنفيذ الصفقة¹.

ج - البحث عن تسوية في أسرع وقت وبأقل تكلفة نهائية، وحتى لا يتسبب النزاع في زعزعة استمرارية الصفقة، فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة².

¹- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2012-2013.

²- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 315، 314.

2- إلزامية عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

في حالة فشل المصلحة المتعاقدة في إيجاد حل للنزاع المطروح أمامها، بمعنى عدم اتفاق الطرفين، فالمشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بإدراج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية قبل كل مقاضاة أمام العدالة، عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين التي تنشأ لدى كل وزير أو هيئة عمومية وكل وال بموجب المادة 154¹ من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور، موازاة مع هذا وفي حالة التعامل المتعاقد الأجنبي فإن النزاع يعرض على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للبت فيه، وهذا بمقتضى المطة الثامنة من الفقرة الثانية من المادة 213² من المرسوم الرئاسي نفسه.

الفرع الثاني: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم التجاري الدولي

لمعرفة نطاق التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية لابد من تصنيف منازعات الصفقات العمومية عموماً ثم تحديد المنازعات التي يجوز فيها التحكيم.

أولاً - تصنيف منازعات الصفقات العمومية

تشمل منازعات الصفقات العمومية، المنازعات التي تثور أثناء الإبرام والتي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بخصوص تفسير أو تنفيذ بنود الصفقة، وبالتالي لا

¹ - تنص المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور : "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين"

² - تنص المطة الثامنة من الفقرة الثالثة من المادة 213 من المرسوم 15-247 المذكور: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات. تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية :..."

- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب..."

تشمل المنازعات التي تكون النيابة طرفاً فيها¹ والمتمثلة في قضايا الفساد في الصفقات العمومية، التي يكون أحد أطرافها شخصاً طبيعياً يحمل صفة الموظف العمومي طبقاً للمادة 02 من قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته² المنصوص عليها في القسم الثامن من الفصل الثالث من الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور.

وعلى هذا الأساس تصنف منازعات الصفقات العمومية إلى منازعات مرحلة الإبرام أي مرحلة ما قبل التعاقد ومنازعات مرحلة التنفيذ.

1- منازعات مرحلة الإبرام

هي منازعات متعلقة عموماً بالقرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة قبل الإرساء النهائي للصفقة على متعهد معين، ومن أهم تلك القرارات المنح المؤقت للصفقة والتي تعتبر من بين أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية³، هذا ما جاء في الفقرة الثامنة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نصت على " يجب أن يكون المنح المؤقت موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم "

وتحل منازعات هذه المرحلة، إما عن طريق الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية وفقاً للمادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 أو أمام القضاء الاستعجالي الإداري وفقاً للمادتين 946 و 947 من (ق.إ.م.إ.)، وبما أن قرارات تلك المرحلة تعتبر قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية، والقرار المنفصل هو قرار لا يدخل في الرابطة العقدية وإن كان يمهّد لانعقادها ويساهم في تكوينها⁴ فإن المنازعات الناشئة عن تلك المرحلة تعتبر من اختصاص قضاء الإلغاء، وليس من اختصاص القضاء الكامل.

¹ - بن بوزيد دغبارة نورة، المرجع السابق، ص 441 .

² - القانون 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 321.

⁴ - كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 102.

2- منازعات مرحلة التنفيذ

وهي المنازعات التي يعبر عنها الفقه بمنازعات القضاء الكامل¹ ويدخل تحت هذه المنازعات، تلك المتعلقة ببطلان العقود وفسخها والتعويض عن الأضرار وتوقيف الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات ومنازعات الفوائد التأخيرية ومراجعة الأسعار.

ثانيا- المنازعات التي تدخل في نطاق التحكيم في الصفقات العمومية

المشرع لم يحدد مجال النزاعات التي يجوز فيها طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية إلا أنه حسب المادة 1006 من (ق.إ.م.إ.)، يقتصر اختصاص التحكيم بصفة عامة على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط، مما يؤدي إلى استبعاد منازعات الصفقات العمومية التي ليست لها علاقة بالحقوق المالية ومن بين المنازعات غير معنية بالتحكيم نذكر على سبيل المثال:

- النزاعات الناشئة قبل إبرام الصفقة والمتعلقة بالإشهار والمنافسة والمنح المؤقت
 - النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها².
 - النزاعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ والتي لا تتعلق بالالتزامات المالية.
- ومن هنا يمكن ذكر بعض نزاعات الصفقات العمومية التي يلجأ في حلها للتحكيم التجاري الدولي:

- منازعات عدم تسديد المستحقات لعدم أو نقص الاعتمادات.
- منازعات ملحق الأشغال الإضافية (Avenant Travaux supplémentaires)
- منازعات ملحق الأشغال التكميلية (Avenant Travaux complémentaires)

¹- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 332.

²- كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 110.

- منازعات متعلقة باسترداد ضمان حسن الإنجاز (Caution de bonne exécution)
- منازعات متعلقة بعيوب الانجاز (الضمان العشري). (Assurance décennale)
- منازعات مراجعة الأسعار. (Révision des prix)
- منازعات متعلقة بالفوائد التأخيرية.

المبحث الثاني: خصوصية عملية التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية

إن أهمية اختصاص القضاء الوطني من الفصل في المنازعات، وخطورة استبعاده بعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم، يستدعيان تجسيد رقابة الدولة عن طريق قضائها من أجل التأكد من وجود اتفاق التحكيم وعدم تقييد إرادة الأطراف من قبل المشرع.

غير أن هذه الرقابة إذا تمت ممارستها بشكل جامد ومعمق ودون مراعاة للمقتضيات التي دفعت الأطراف لولوج طريق التحكيم، خاصة ما تعلق بسرعة الفصل في المنازعات واستبعاد الإجراءات القضائية المعقدة، فإن ذلك سيحول دون فعالية هذا الطريق كبديل للقضاء في مجال الفصل في المنازعات بوجه عام وبيع بعض منازعات الصفقات العمومية بوجه خاص.

ولكون التحكيم مثله، مثل الدعوى القضائية يبدأ بإجراءات تتعقد بها الخصومة التحكيمية وتستمر إلى غاية إصدار حكم التحكيم، ليعرض ذلك الحكم للتنفيذ كغيره من الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة أو قضاء المحاكم الأجنبية ولكن بإجراءات وخصوصية وأحكام تختلف عن الأحكام العادية¹. ولكون منازعات الصفقات العمومية كأصل عام من اختصاص القضاء الإداري².

¹ - نويوه هدى، المرجع السابق، ص 72 .

² - كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 103 .

ولكون التحكيم في الصفقات العمومية أدرج ضمن الكتاب الرابع من (ق.إ.م.إ) تحت عنوان "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" ووفقا للمادة 976 من (ق.إ.م.إ) التي تنص على: "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات الإدارية".

فإن من أهم خصوصية التحكيم التجاري الدولي في هذه الحالة هو اختصاص القاضي الإداري في مراقبة العملية التحكيمية، لدى نحاول معرفة دور الجهات القضائية الإدارية أثناء الخصومة التحكيمية (المطلب الأول) ودورها بعد صدور الحكم التحكيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الجهات القضائية الإدارية أثناء الخصومة التحكيمية

إن الخصومة التحكيمية هي مجموعة الإجراءات المتتابة، يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في اتفاقية التحكيم وتنتهي بصدور حكم في موضوعها¹.

ولكون سلطان الإرادة هو الذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة التحكيمية، أين يحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما، وإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خياره يعود لمحكمة التحكيم لوضع الإجراءات إما بنفسها أو بالإحالة على نظام تحكيم كغرفة التجارة الدولية أو أي قانون تحكيم آخر².

وهذا ما أشارت إليه المادة 1043 من (ق.إ.م.إ) حيث نصت على: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 168.

² - المرجع نفسه، ص 171.

على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدد الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام معين".

إلا أن هناك حالات تقتضي تدخل السلطة القضائية وبالأحرى الجهات القضائية الإدارية في الصفقات العمومية سواء في تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير إجراءات التحكيم.

الفرع الأول: تدخل السلطة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم

إن مسألة تشكيل محكمة التحكيم وتعيين المحكمين هي في غاية الأهمية والتعقيد، فخلافا للقضاة، بالنسبة للمحاكم العادية الذين يتم تعيينهم بمرسوم رئاسي¹ ويتم توزيعهم وتثبيتهم في مكان عملهم وفقا لما ينص عليه القانون، فإن المحكمين في محكمة التحكيم يتم تعيينهم للفصل في النزاع المعني فقط وتنتهي مهمتهم بانتهاء النزاع، لدى فإن تعيينهم يخضع لما اتفق عليه أطراف النزاع في اتفاقية التحكيم وحسب القانون الإجرائي²، بمعنى الأصل في هيئة التحكيم أنها تتشكل بناء على نظام اتفاقي يتمشى وخصوصية التحكيم التجاري الدولي، التي تحترم فيه حرية وإرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم إما بتعيينهم للمحكمين بأنفسهم أو باختيارهم.

ومع هذا وكاستثناء، لا يمنع تدخل السلطة القضائية في بعض الحالات من تعيينهم أو في الفصل في اختصاصهم عند الاقتضاء.

أولا- تدخل القضاء الإداري في تعيين المحكمين

¹ - التعديل الدستوري لسنة 2016 المذكور، المطة 8 من المادة 92 منه .

² - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 80.

قد تواجه الخصوم عقبات إما في تعيين المحكمين أو في صعوبة التعيين كعدم اتفاق المحكمين المعنيين على اختيار المحكم الثالث بعد تعيينها من قبل الأطراف.

وتختلف حلول هذه العقبات باختلاف صور التحكيم، اعتبارا من أن التحكيم الدولي يأخذ إحدى صورتين.. الصورة الأولى ما يطلق عليه بالتحكيم الحر (الخاص Ad Hoc) أو الاتفاقي والصورة الثانية ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي (النظامي Institutionnel).

فالتحكيم الخاص هو الذي يتولى الأطراف إقامته في نزاع معين ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق بشأن هذا النزاع¹ وفي هذه الحالة يعود الاختصاص في تعيين المحكم والمحكمين، عند وجود صعوبات أو غياب التعيين، إلى القضاء الإداري وهذا تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 976 من (ق.إ.م.إ) كما جاء بيانه سابقا، على هذا الأساس فالخصم الذي يهمله التعجيل أو السير في إجراءات التحكيم أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم بواسطة أمر على عريضة، يودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية طبقا للفقرة الثانية من المادة 1041 من (ق.إ.م.إ) التي تنص: "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي: "رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر..."

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 117.

أما التحكيم المؤسسي فهو الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية، وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا تحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لها¹.

ففي هذه الحالة يعود إلى تلك الهيئات تعيين المحكمين وفق قوانينها الداخلية فمثلا، غرفة التجارة الدولية²، عالجت هذا الموضوع في المادة 9 من نظامها الساري من أول يناير 1998.

ثانيا- تدخل القاضي الإداري في الفصل في اختصاص المحكم

عملت الأنظمة القانونية على مبدأ إجرائي هام يتعلق بمنح محكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) والذي عُرِف بأنه ولاية هيئة التحكيم في الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه³.

ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تضمن للتحكيم فعاليتها وينطوي على جانبين: جانب إيجابي، يهدف إلى الاعتراف للمحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه وجانب سلبي، يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة الاختصاص، إلا بعد فصل المحكم فيها بالأولوية⁴. وإذا كان الجانب الأول مكرس في جل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 54.

² - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 539.

³ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 146.

⁴ - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانون، عدد 02، السنة الخامسة، المجلد 10، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 199.

فإن الجانب الثاني والمتعلق بالأثر السلبي، يشكل خصوصية فرنسية كرستها محكمة النقض والمادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية بصيغته المعدلة في 2011¹.

وحسب المادة 1044 من (ق.إ.م.إ) فإن محكمة التحكيم هي التي تفصل في الاختصاص المناط بها، على أن يثار الدفع بعدم الاختصاص قبل الدفع في الموضوع، فإن لم يثره الطرف المتمسك به في وقته سقط حقه في إيدائه وفي حالة تقديمه للمحكمة عليها أن تفصل فيه بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع فهنا يتعين عليها الفصل فيهما بموجب حكم واحد.

ورغم أن المشرع الجزائري استلهم من القانون الفرنسي الكثير من قواعد التحكيم، إلا أنه لم يذهب إلى حد الأخذ بالأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" وبالرجوع المادة 1045 من (ق.إ.م.إ) التي تنص "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع، إذا كانت الخصومة قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف في موضوع النزاع".

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن المشرع الجزائري، يقترب من التوجه الفرنسي في مسألة الرقابة على اختصاص محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، حيث اعتبرها استثنائية تمارس بصفة سطحية للتأكد من الوجود المادي لاتفاق التحكيم، باعتباره أساس اختصاص محكمة التحكيم، فهي بذلك رقابة تهدف إلى حماية إرادة الأطراف، إلا أن المشرع حصر ممارسة هذه الرقابة في المرحلة التي تسبق بداية خصومة التحكيم، أما في حالة اتصال محكمة التحكيم بالنزاع، فإن القاضي لا يمكنه النظر في مسألة اختصاص المحكم إلا بعد صدور حكم المحكم².

¹ - المرجع نفسه، ص 200.

² - تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 210.

الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري عند سير إجراءات التحكيم

يتجلى تدخل القضاء الإداري في سير إجراءات التحكيم في الصفقات العمومية في الحالات الاستثنائية التي تضطر المحكمة التحكيمية أو أطراف النزاع بالاستئجار بالقضاء.

أولا - تدخل القضاء الإداري في رد وعزل المحكم

قد تمتد صلاحية القاضي الإداري إلى رد وعزل المحكمين في حالة عجز محكمة التحكيم على ذلك.

1 - تدخل القضاء في رد المحكم

إن المحكم بمجرد تعيينه وتشكيل محكمة التحكيم يصبح مستقل عن الطرف الذي أختاره وبالتالي يتجرد من تسلطه على الطرف الذي عينه وبالرجوع إلى المادة 1016 من (ق.إ.م.إ) يمكن أن نستخلص الحالات التي يجوز فيها رد المحكم وهي:

أ- عدم توفره على المؤهلات المتفق عليها مما يؤدي إلى التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على محتوى الحكم الذي سيصدره حين فصله في النزاع.

ب - وجود علاقة مصلحة أو اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف.

ج - وجود سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

وحسب المادة 1016 من (ق.إ.م.إ)، فإنه لا يجوز للطرف الذي عين محكم أن يطلب رده إلا إذا لم يكن يعلم بسبب هذا الرد إلا بعد التعيين وأن طلب الرد الذي يبيده أحد الأطراف في مواجهة محكم من المحكمين، يجب أن يبلغ إلى محكمة التحكيم الذي يكون المحكم المطلوب رده أحد أعضائها وأن يبلغ ذلك إلى الخصم الآخر دون أي تأخير.

وفي حالة الخلاف بين الأطراف في رد أحد المحكمين، يعرض الأمر على القاضي المختص، بمعنى على رئيس المحكمة الإدارية المختصة محليا، والتي يكون

مكان التحكيم في دائرة اختصاصها وذلك بتقديم طلب من الطرف الذي يهمله التعجيل بموجب عريضة مبينا فيها سبب الرد، ويفصل رئيس المحكمة المختصة في طلب بموجب أمر غير قابل للطعن .

2 - تدخل القضاء الإداري في عزل المحكمين

يقال أن المحكم قاض تحت الطلب يؤدي عمله ويستمد سلطته من اتفاق الأطراف¹، فإذا كان تعيينه باتفاق الأطراف، فالأصل أن عزله يكون باتفاق الأطراف أيضا بمعنى لا يجوز عزله بالإرادة المنفردة، حتى ولو كانت إرادة الطرف الذي اختاره. غير أنه إذا تم تعيينه عن طريقة المحكمة الإدارية فيمكن عزله بنفس الطريقة تطبيقا لقاعدة من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العزل، وذلك بطلب أحد الأطراف عندما يتعذر على المحكم القيام بالمهمة المناطة به بدون سبب مقبول.

ثانيا- دور القضاء الإداري في الإثبات والإجراء التحفظي

1 -مساعدة القاضي الإداري لمحكمة التحكيم في البحث عن أدلة الإثبات:

قد تواجه محكمة التحكيم صعوبات في الحصول والبحث عن الأدلة لاسيما في مواجهة الإدارة، فعادة ما تمتنع هذه الأخيرة عن تقديم وثائق قد تكون حاسمة في فصل الدعوى التحكيمية، بحجة المحافظة على السر المهني.

ولكون مهمة محكمة التحكيم هي البحث عن الدليل وهذا حسب المادة 1047 من (ق.إ.م.إ) التي تنص: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

وهنا يبدو جليا 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 النزاع².

¹ - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 88.

² - نويوة هدى، المرجع السابق، ص 96.

وانطلاقاً من أن الحق في الإثبات هو حق من حقوق الدفاع ولا يقتصر على تمكين كل خصم من إقامة ما تحت يده من أدلة بل تمكينه من الحصول على الدليل من خصمه أو من غيره¹.

لهذه الأسباب أجاز المشرع بمقتضى المادة 1048 من (ق.إ.م.إ) لمحكمة التحكيم أو لمن يهيمه الأمر من الأطراف بعد موافقة هذه الأخيرة أن يطلب من السلطة القضائية المختصة مساعدتهم في تقديم الأدلة وذلك بموجب عريضة.

وعلى هذا الأساس فتدخل القاضي الإداري المختص من أجل تمكين محكمة التحكيم من الحصول على الدليل أمر ضروري ولكوننا بصدد التحكيم الدولي الداخلي فالاختصاص يعود للمحكمة الإدارية التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم.

ونخلص في هذا الإطار، إمكانية مراجعة القضاء سواء من طرف محكمة التحكيم أو أي طرف في النزاع بعد حصوله على ترخيص منها وهذا حتى لا يؤدي الأمر إلى تدخل القاضي الإداري المختص في عمل محكمة التحكيم.

2 - تدخل القضاء الإداري في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية والمؤقتة وتظهر أهمية هذه الإجراءات في حالة النزاعات التي يكون موضوعها مصالح تجارية أو اقتصادية لا تقبل التعطيل.

لدى أجاز المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 1046 لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية شريطة أن تنص اتفاقية التحكيم على ذلك وأن يتم ذلك بطلب من يهيمه الأمر من أطراف النزاع ولكون هيئة التحكيم لا تملك أهلية إرغام الطرف المعني بهذا الإجراء لدى يتم الاستعانة بقضاء الدولة الذي يطبق في هذا الشأن قانونه².

¹ - طلعت محمد دويدا، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 174.

² - عبد العزيز خنفوسي، المرجع السابق، ص 55.

وهذا تماشياً مع نص الفقرة الثانية من نفس المادة 1046 من (ق.إ.م.إ) التي تنص على أنه: "إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ويلاحظ بأن الطرف المعني لا يمكن له اللجوء مباشرة إلى القضاء الوطني بطلب هذا الإجراء، بل ينبغي طلبها من الهيئة التحكيمية التي تكون مختصة أصلاً، أما دور القضاء فهو احتياطي يرجع إليه المحكمين عند رفض الامتثال لهذه الإجراءات¹.

والملاحظ أن هذه الفقرة لم تحدد القاضي المختص ومادماً في حالات الصفقات العمومية فالقاضي المختص هو القاضي الاستعجالي الإداري وفقاً للماد 918 من (ق.إ.م.إ) التي تنص "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال"

ويمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدابير، طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 1046 من (ق.إ.م.إ).

المطلب الثاني : دور الجهات القضائية الإدارية بعد صدور الحكم التحكيمي

بإصدار الحكم التحكيمي تصل إجراءات التحكيم إلى غايتها المرجوة وهي الفصل في موضوع النزاع، ويحوز الحكم حجية الشيء المقضي فيه، بمعنى أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه الدعوى².

وإذا كان الحكم الصادر عن القضاء العادي يكون قابلاً للتنفيذ لأنه يصدر من جهة رسمية، بينما الجهة التي تصدر حكم التحكيم لا تملك صلاحية وضع صيغة التنفيذ عليه، مما يقتضي الاستعانة بسلطة رسمية لتأمر بتنفيذه³، والسؤال الذي يطرح

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 432.

² محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 255.

³ معوض عبد التواب، المستحدث في الحكيم التجاري الدولي، دار النشر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1997.

نفسه، ما هو دور الجهات القضائية الإدارية عند تنفيذ التحكيم الدولي في الصفقات العمومية وعند الاقتضاء في حالة الطعن فيه؟

للإجابة على هذا السؤال، نحاول معالجة موضوع تنفيذ الحكم التحكيمي (الفرع الأول) ثم نتطرق لحالات الطعن فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الصفقات العمومية

نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم وخاصة الطبيعة الاتفاقية، فإن المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حدا حذو العديد من التشريعات المقارنة في جعل القضاء هو الجهة التي تضي صيغة التنفيذ على الأحكام التحكيمية حيث لا تتمتع هذه الأخيرة بالقوة التنفيذية بمجرد صدورها إلا بعد عرضها على قاضي التنفيذ، سواء تعلق بالأحكام التحكيمية الدولية التي تصدر داخل الجزائر أو خارجها.

وقد يحصل خلاف بين الأنظمة القانونية للدول بشأن تنفيذ الأحكام الدولية التي تصدر خارج الدولة التي يريد التنفيذ عليها فمن غير المستساغ أن يصدر حكم التحكيم في دولة ويطلب من دولة أخرى الاعتراف به وتنفيذه، لدى جاءت اتفاقية نيويورك لتوحيد القواعد فيما يتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وبما أن الدولة الجزائرية ملزمة بتطبيق اتفاقية نيويورك باعتبارها صادقت عليها بتحفظ في 05 نوفمبر 1988 بموجب المرسوم 88-233¹، لذلك نحاول معرفة كيفية تنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر خارج الجزائر وفق بنود هذه الاتفاقية وتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر.

¹-مرسوم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتعلق بمصادقة الجزائر بتحفظ على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، ج ر عدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

أولاً: تنفيذ الحكم التحكيمي في الصفقات العمومية وفق اتفاقية نيويورك

عادة ما تلجأ المصالح المتعاقدة عند اللجوء إلى التحكيم التجاري في الصفقات العمومية إلى غرفة التجارة الدولية لدى نحاول معرفة هذا المركز قبل معرفة اتفاقية نيويورك.

1-مركز التحكيم الدولي بغرفة التجارة الدولية في باريس:

أنشئ سنة 1923، يعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية، حيث أنشأ نظاماً موحداً وقواعد محددة للتحكيم، ترشد بها الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن طريق الغرفة كما وضعت العديد من قواعد وأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود وضعها في صياغة عقودهم الدولية¹.

ومن أهم قواعد الغرفة²:

أ- تضمين عقود الأطراف، الذين يرغبون في اللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشأ في العقود الدولية، الشرط النموذجي التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام".

ب - أتاحت غرفة التجارة الدولية في حالة رغبة الأطراف في جعل الغرفة هي سلطة تعيين المحكمين طبقاً لقواعد لجنة القانون التجاري للتحكيم UNCITRAL في أن تشمل عقودهم الشرط التالي وهو شرط التحكيم النموذجي:

"يسوى أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو إنهائه أو بطلانه أو عن طريق التحكيم وفقاً لنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم كما هو ساري حالياً. تكون سلطة التعيين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعاً للإجراءات التي اعتمدتها الغرفة".

¹- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 150.

² - المرجع نفسه، ص 151.

2 - اتفاقية نيويورك 1958

أعد مشروع هذه الاتفاقية المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولية في 13 مارس 1953، تم تقديمه للأمم المتحدة في المؤتمر الدولي الذي انعقد في نيويورك خلال الفترة من 20 ماي إلى 10 جوان 1958 وهي متعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وتنفيذها حيث تلزم الدول المصادقة عليها بضمان الاعتراف بقراراتها واعتبارها قابلة للتنفيذ في ولايتها القضائية على غرار قرارات التحكيم المحلية¹.

حيث نصت الفقرة الأولى من مادتها الثانية على: "تعترف كل الدول المتعاقدة بالاتفاقية الخطية التي يكون الفرقاء التزموا بموجبها أن يخضعوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ فيما بينهم بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية متعلقة بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".

تتكون هذه الاتفاقية من 16 مادة وهي تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنضمة إليها آخذة بمعيار مكان إصدار الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها وهذا عملاً بالفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية².

3- تنفيذ حكم التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك

نصت المادة الأولى من الاتفاقية في أولى فقراتها على سريان القواعد التي تضمنها على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على اقليهما ويجب على من يصدر الحكم لصالحه ويريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم أن يتقدم بطلبه مرفقاً بالوثائق التالية:

- أصل الحكم الرسمي أو نسخة معتمدة.

- أصل اتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة.

¹ - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 154.

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 133.

-تقديم ترجمة رسمية أو معتمدة أو بواسطة مترجم محلف إذا كان الحكم صادر بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ونفس الشيء بالنسبة له.

-ويقدم طلب التنفيذ للجهة المختصة وفقا لقانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.

والملاحظ أن الاتفاقية أجازت للجهة المختصة بالاعتراف وإضفاء الصيغة التنفيذية، رفض الاعتراف وإضفاء الصيغة التنفيذية إذا توفرت إحدى الحالات التي عدتها المادة الخامسة منها، سواء من تلقاء نفسها أو بموجب طلب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم يقدمه الخصم الذي يحتج على الحكم التحكيمي.

ثانيا- تنفيذ الحكم التحكيمي في الصفقات العمومية بموجب القانون الجزائري

فبالنسبة لأحكام التحكيم الوطنية، فإن قوانين الدول عادة ما تنظم مسألة تنفيذ هذه الأحكام، أما إذا كان الأمر يتعلق بتنفيذ حكم دولي فالأمر يتطلب الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه.

فالاعتراف لا يعني التنفيذ، أما إذا نفذ فيعني أنه تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية، و يعني الاعتراف أن الحكم قد صدر صحيح وملزم للأطراف، أما التنفيذ فيعني الطلب على الخصم الذي صدر الحكم ضده أن ينفذ ما جاء في الحكم التحكيمي، في حالة امتناعه يتم إجباره بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ فيه¹.

1 -إجراءات تنفيذ حكم التحكيم

يعتبر الأصل في تنفيذ الأحكام، هو التنفيذ الاختياري وفي حالة غياب ذلك يلجأ إلى التنفيذ الإجباري عن طريق القضاء، وهناك طريقتين إما عن طريق الأمر بالتنفيذ أو عن طريق إدماج حكم التحكيم.

¹ -خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص 134.

أ- أمر بالتنفيذ: حيث يتولى القضاء المختص عن طريق القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم لكن شريطة أن يكون مستوفيا لكافة الشروط الشكلية والموضوعية.

ب- إدماج حكم التحكيم في حكم قضائي: يقوم على إدماج الحكم الصادر من هيئة التحكيم في حكم قضائي في البلد الذي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيه.

وبما أن أمر التنفيذ هو الأكثر شيوعا، بالتالي يطرح سؤالين مهمين: ما هي الجهة القضائية المختصة بمنح الأمر بالتنفيذ في الصفقات العمومية وكيف يتم ذلك؟

2- إجراءات الحصول على الأمر بالتنفيذ

رغم أن المشرع فصل بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، إلا أنه بخصوص مسألة تنفيذ هذه الأحكام فقد أحالنا على القواعد المطبقة على التحكيم الداخلي بنص المادة 1054 على تطبيق الأحكام الواردة في المواد 1035 إلى 1038 من (ق.إ.م.إ) وعليه:

أ- يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الجزائر، هذا حسب الفقرة الثانية من المادة 1051 من (ق.إ.م.إ)

ب - يودع أصل الحكم واتفاقية التحكيم أو بنسخ منهما¹، مستوفية شروط صحتها في أمانة ضبط المحكمة المختصة من الطرف الذي يهمل الأمر أو المعني بالتعجيل².

3- طبيعة الأمر بالتنفيذ:

لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الدولي المتعلق بصفقة عمومية بدون أمر بالتنفيذ، فلا يعتبر حكم التحكيم سندا في حد ذاته، بل هو جزء من السند التنفيذي، ويصدر رئيس

¹ - القانون 08-09 المذكور، المادة 1052 منه.

² - القانون 08-09 المذكور، المادة 1053 منه.

المحكمة المختصة الأمر بالتنفيذ بعد تقديم الطلب في شكل عريضة طبقاً للمادة 311 من (ق.إ.م.إ.).

ويعد الأمر بالتنفيذ عملاً ولائياً وليس قضائياً¹ وهو الأمر الذي يتماشى مع دور القاضي الذي ينحصر في رقابة هذا الحكم إذا كان مطابقاً مع أحكام القانون، إما في ما يخص شكل هذا الأمر فالمشرع لم يبين هل يصدر على ذيل عريضة أو يوضع على ورقة الحكم أو على هامشه، مما يعني أنه يصدر وفق أحكام القواعد العامة في الأوامر الولائية، وبالتالي يصدر بديل العريضة.

وتبعاً لذلك يقوم طلب التنفيذ إلى القاضي المختص في شكل عريضة وهي تحوز كأصل عام على الحجية ويتظلم فيها بواسطة دعوى البطلان المبتدئة أمام نفس القاضي الذي أصدر الأمر².

4 - الأثر المترتب على الأمر بالتنفيذ

يترتب على الأمر بالتنفيذ الاعتراف به من جهة ومنحه القوة التنفيذية من جهة أخرى، وهي الوسيلة القانونية التي حددها المشرع لإزالة الشرط الواقف الذي يمنع أعمال فعالية القوة التنفيذية الكامنة في حكم المحكم منذ صدوره³.

الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية

تنقسم أحكام التحكيم الدولية في الصفقات العمومية إلى نوعين، إما أحكام تحكيم دولية تصدر في الجزائر، سواء تحت إشراف مركز تحكيم دولي (تحكيم مؤسسي) أو

¹ - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، 1997، ص 289.

² - خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص 135.

³ - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 215.

بواسطة محكمين يختارون بطريقة حرة (تحكيم خاص)، أو أحكام تحكيم تصدر خارج الجزائر، عادة ما تكون مركز تحكيم دولي ممثلا في غرفة التجارية الدولية ببائيس.

أولا - أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر

إن أحكام التحكيم التي تصدر في الجزائر ليست كلها على قدم المساواة، فإذا كانت أحكام التحكيم الوطنية قابلة للمراجعة فيها بكل طرق الطعن العادية وغير العادية، ما عدا المعارضة، فإن أحكام التحكيم الدولية لا تقبل إلا طريقا واحدا وهو الطعن بالبطلان الذي يعتبر أهم ميزة يميز أحكام التحكيم عن الأحكام القضائية، في حين أمر الاعتراف أو التنفيذ تقبل الاستئناف في حالات حددها المشرع.

1- الطعن بالبطلان

يعتبر الطعن بالبطلان دعوى ببطلان حكم التحكيم بمعنى لا يعد طريقا من طرق الطعن في الأحكام التحكيمية، حيث تعتبر دعوى مبتدئة ومستقلة ووسيلة متميزة عن طريق الطعن العادية التي تخضع لها أحكام القضاء العادي¹.

أ- حالات الطعن بالبطلان: إن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر في منازعات الصفقات العمومي قابل للإبطال ضمن الشروط التي حددتها المادة 1056 من (ق.إ.م.إ) بعد الإحالة إليها بموجب الفقرة الأولى من المادة 1058 والتي جاءت بما يلي: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

وبالرجوع للمادة 1056 من (ق.إ.م.إ) المحال إليها نجدها حصرت في الحالات التالية:

- فصل محكمة التحكيم في النزاع بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو بعد انقضاء مدة الاتفاقية.

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 478.

-مخالفة تشكيلة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد للقانون.

- فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

-عدم مراعاة مبدأ الوجاهة.

-عدم تسيب حكم التحكيم أو وجود تناقض في الأسباب .

-مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

ب - إجراءات الطعن بالبطلان: طبقا لنص المادة 1059 من (ق.إ.م.إ) فإن

الطعن بالبطلان يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصه ولا يقبل الطعن بالبطلان إذا لم يرفع في الشهر الذي تم فيه تبليغ الحكم التحكيمي، يتضح من ذلك على الطرف الطاعن أن يبلغ الطرف المطعون ضده وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حتى يتمكن من تقديم دفاعه.

والجدير بالملاحظة أن المشرع منح الاختصاص للمجلس القضائي للنظر في دعوى بطلان الأحكام التحكيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، رغم أن دعوى بطلان الأحكام التحكيمية تعتبر دعوة مستقلة مبتدئة كما جاء بيانه سابقا والمجالس القضائية تعتبر درجة ثانية من التقاضي بالإضافة أن المحاكم الإدارية هي المختصة في الفصل في منازعات الصفقات العمومية.

لهذا الأسباب نرى ضرورة إعادة المشرع النظر في الجهة القضائية المختصة في الطعن بالبطلان وذلك بتحويل الاختصاص، إما للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان المحكمة التحكيمية أو مجلس الدولة.

ثانيا - أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر

إن حكم التحكيم المتعلق بمنازعات تنفيذ صفقة عمومية والصادر بالخارج لا يقبل الطعن بالبطلان ولا أي طريق آخر من طرق الطعن سواء العادية منها أو غير العادية

في الجزائر، لكن القرار القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم الصيغة التنفيذية والاعتراف به يقبل الاستئناف دون حصره في أسباب معينة.

وبالرجوع للفقرة الثانية من المادة 1051(ق.إ.م.إ) فإن المحكمة التي يطلب منها أمر التنفيذ هي محكمة محل التنفيذ لكون مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

والجدير بالملاحظة أن هذا النص يثير إشكال في الواقع العملي أو بالأحرى عندما تكون الصفقة هي صفقة الأشغال تشمل عدة ولايات فأى محكمة إدارية يطلب منها أمر التنفيذ أو أمر الاعتراف.

ولا تستطيع المحكمة رفض طلب التنفيذ، لوجود خطأ في تحصيل الوقائع أو في فهم وتطبيق القانون أو عدم ملائمة الحكم، فهي ليست جهة استئناف، وإنما ينحصر اختصاصها في إصدار الأمر بالتنفيذ أو رفض طلب التنفيذ¹.

ملخص الفصل الثاني

من خلال تحليلنا للنصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، نخلص أن هناك غموض يكتنف تلك النصوص عندما نحاول إسقاطها على منازعات الصفقات العمومية لأنها لن تجيب بوضوح عن الجوازية التي منحها المشرع لأشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية وخاصة المتعلقة بالموافقة المسبقة، كما يطرح إشكال على مستوى تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية، عند النظر في الاستئناف المتعلق بأوامر الاعتراف والتنفيذ للأحكام التحكيمية أو النظر في طلب الطعن بالبطلان.

¹ - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص281.

الخاتمة

الخاتمة

كانت للدول النامية حساسية إزاء التحكيم لما له من مشكلات خاصة، جعلتها حذرة ورافضة لتسوية منازعات عقودها المبرمة مع الشركات الأجنبية بعيدا عن القضاء الوطني المختص.

إلا أن متطلبات التنمية الاقتصادية، وظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة، جعلت التحكيم أمرا يفرضه الوضع الدولي، لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية، مما حدا بهذه الدول بإقراره في تشريعاتها الداخلية.

ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذا التطور حيث أفرد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بابا مستقلا بالتحكيم الوطني والدولي وأجاز فيه بموجب المادتين 975 و1006 اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في مادة الصفقات العمومية.

وحتى نبرز أهم المشاكل التي يثيرها التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية التي تبرم مع أطراف أجنبية، حاولنا من خلال هذه الدراسة معرفة ما مدى ملاءمة النصوص التشريعية والتنظيمية وفعاليتها في بلوغ الهدف من وراء اللجوء لآلية التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية.

حيث تناولنا في الفصل الأول الطبيعة القانونية للصفقات العمومية بتوضيح علاقتها بالعقود الإدارية وإشكالية المعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من (ق.إ.م.إ) الذي أثار جدلا حادا بين الفقهاء في علاقة الصفقات العمومية بالعقود الإدارية.

وبينا الشروط أو المعايير الخاصة للصفقات العمومية المحددة في القوانين التي نظمتها والتي جاءت عبر عدة مراحل تماشيا على الوضع السياسي والاقتصادي للبلاد.

وتعرضنا في نفس الفصل للطبيعة القانونية للتحكيم لربطها بالتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، مبيينين مختلف الاتجاهات الفقهية التي اختلفت في تحديدها بين الطبيعة العقدية والقضائية والطبيعة الخاصة حيث أشرنا إلى التطبيقات التشريعية والقضائية وللاتفاقيات الدولية لهذه الاتجاهات.

أما في الفصل الثاني فتناولنا خصوصية التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية والمتمثلة أساسا فيما مدى قابلية أشخاص القانون العام إلى اللجوء إليه، موضحين المراحل التي مرت بها علاقة تلك الأشخاص بنظام التحكيم: من مرحلة الحضر إلى مرحلة الجوازية المقيدة بشرط الموافقة المسبقة من طرف السلطة المختصة.

حيث تبين لنا أن المشرع لم يكن موفقا بالقدر الكافي في تحديد ضوابط هذا القيد سواء على مستوى المصطلحات أو على مستوى النطاق الزمني باعتبار آثار الموافقة تختلف، باختلاف وقوعها قبل اتفاقية التحكيم أو بعدها.

كما وضعنا أنواع المنازعات القابلة للتحكيم وهي المنازعات المتعلقة بالتنفيذ مع استبعاد المنازعات المتعلقة بالإبرام، باعتبارها لا تدخل في العقد، ولاستحالة إدراج اتفاقية التحكيم، الذي هو ركن أصل في نظام التحكيم.

وفي المبحث الثاني من نفس الفصل، تناولنا خصوصيات العملية التحكيمية سواء أثناء الخصومة التحكيمية أو بعد صدور الحكم التحكيمي، وركزنا على اختصاص القضاء الإداري باعتبارها الجهة القضائية المختصة في منازعات الصفقات العمومية.

حيث يتدخل القاضي في تشكيل أعضاء المحكمة التحكيمية وعزل ورد المحكمين والفصل في اختصاصهم، استثناء وعند الاقتضاء، عندما يكون التحكيم الدولي حر وتم داخل الوطن، لاعتبار هذه الإجراءات خاضعة لإرادة الأطراف

والمحكمة التحكيمية، ولا يتدخل القاضي الإداري إلا عند عجز تلك الجهات وبطلب ممن يهيمه الأمر.

أما بعد صدور الحكم التحكيمي فإن القاضي الإداري يلعب دور مهم سواء في إضفاء الصيغة التنفيذية بإصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ إذا توفرت إحدى الشروط المحددة في المادة 1056 من (ق.إ.م.إ) أو في النظر في استئناف أوامر التنفيذ أو أوامر رفض الاعتراف والتنفيذ

بينما في مجال الطعون، فقد أبدع المشرع نوع جديد من الطعون لا نجدة في النظام القضائي وهو الطعن بالبطلان والذي يعتبر دعوى مبتدئة ومستقلة، يمكن رفعها أمام الجهة القضائية المختصة متى توفرت الشروط المبنية في المادة 1056 من (ق.إ.م.إ).

وعلى ضوء هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

لم يكن المشرع موفقا بالقدر المطلوب في إيجاد الحلول للإشكالات، التي تطرح عند اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية، سواء من حيث ملائمة النصوص التشريعية والتنظيمية أو من حيث فعاليتها.

أولاً: من حيث ملائمتها:

1- أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية دون أن يأخذ بعين الاعتبار لخصوصية الصفقات العمومية، على أنها عقود تبرم بعد إعداد دفتر الشروط، تتفرد المصلحة المتعاقدة بإعداده، وعلى أنه جزء من العقد، لا يمكن تغيير بنوده، بمعنى أنه لا يمكن إدراج اتفاقية التحكيم في دفتر الشروط.

2- لم المشرع يأخذ بعين الاعتبار، بأن القضاء الإداري هي الجهة القضائية المختصة في النظر في نزاعات الصفقات العمومية، عندما أحالت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تطبيق المواد المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن الوارد في القسم الثالث من الفصل السادس، على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية والمحصلة هو اختصاص المجلس القضائي في النظر في استئناف الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ في الأحكام التحكيمية المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية.

ثانيا- من حيث فعاليتها

1-عموما، التحكيم التجاري الدولي في منازعات الصفقات عديم الفعالية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة لارتباط الصفقة بمرق عام يعمل باستمرارية والدوام، لدى استدراك المشرع الوضع بإنشاء مرصد للصفقات العمومية توكل له مهمة النظر في المنازعات الذي يكون فيها المتعامل المتعاقد طرف أجنبي.

2- رغم أن المشرع حاول استدراك الغموض واللبس فيما يخص مفهوم المبادرة الواردة في المادة 976 بإدراج فقرة في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247-15 بربط الجوازية بالموافقة المسبقة إلا أنه لم يوضح النطاق الزمني لتلك الموافقة ولا كيفية تجسيدها.

التوصيات

يبدو أن المشرع أدرك خطورة إبرام الصفقات العمومية مع الأطراف الأجنبية، لما يؤول إليه الوضع عند نشوب نزاع، يحل عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، الذي غالبا ما يكون لصالح المتعامل المتعاقد الأجنبي، هذا لعدم حياد هيئات التحكيم الدولية من جهة وضع قدرات الدفاع لدى المصلحة المتعاقدة من جهة ثانية،

لدى حصر المشرع اللجوء إلى طلب العروض الدولية في حالة عدم تمكن الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني من الاستجابة للحاجيات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة وهذا بموجب المادة 85 من المرسوم 15-247.

ولمعالجة هذا التوجس والحذر نقدم الاقتراحات التالية على مستوى 3 محطات:

أولا - عند إعداد دفاتر الشروط

عادة ما يستغل المتعامل المتعاقد الأجنبي فرصة وجود ثغرات ونقائص في دفتر الشروط نتيجة لسوء الصياغة أو لعدم دقة المعطيات، فيفتعل مشاكل للمطالبة بتعويضات قد تفوق قيمة الفائدة التي يتحصل عليها من المشروع نفسه.

لدى نقترح أن تتم صياغة دفاتر الشروط من طرف لجان تتكون من خبراء ومختصين في الميدان، تكون على مستوى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأ بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، وذلك باستعمال آليات التسيير الحديثة المتمثلة في آلية العمل الجماعي (Cercle de qualité) وآلية التدقيق (Audit)، اللذان تبثت نجاعتهما في بلوغ هدف صفر خطأ (Zéro défaut).

ثانيا - على مستوى النصوص التشريعية والتنظيمية

نقترح أفراد قسم جديد يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو إصدار مرسوم رئاسي يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 15-247 بإدراج مواد جديدة توضح كيفية إدراج اتفاقية التحكيم في الصفة العمومية وكذلك مسألة الموافقة المسبقة، عند الاقتضاء إصدار مراسيم تنفيذية لتوضيح تطبيق الفقرة السابعة من المادة 153 وكيفية إنشاء سلطة ضبط الصفقات

العمومية وتفويضات المرفق العام والإسراع بتفعيلها وذلك بمنحها السلطات الكافية لنقوم بمهامها على أحسن وجه.

وكذلك إعادة النظر في الجهة القضائية المختصة في الطعن بالبطلان وذلك بتحويل الاختصاص، إما للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان المحكمة التحكيمية أو مجلس الدولة.

ونقترح أن تكون المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة هي المختصة في إصدار أمر الاعتراف والتنفيذ للأحكام التحكيمية الدولية التي تصدر خارج الجزائر، مع اختصاص مجلس الدولة في النظر في استئناف الأمر بالتنفيذ أو برفض التنفيذ.

كما نقترح أن تبرم باسم الدولة (الوزير المعني) الصفقات الممولة من طرفها بدلا من المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي، ذلك لتفادي الجدل القائم في مضمون المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا - على مستوى الإستراتيجية العامة

*انطلاقا من مبدأ: "لا تنمية ولا تقدم بدون استقامة، ولا استقامة بدون الإيمان بالفكرة وتحديد الهدف." وانطلاقا من أنه: "لا خير في أمة، تأكل مما لا تزرع وتلبس ما لا تنسج وتركب ما لا تصنع."

*نقترح على أصحاب الحل، التفكير بجدية وإخلاص في إعداد إستراتيجية على المدى المتوسط والبعيد للنهوض بتنمية حقيقية تُبنى على فكرة: "صناعة الرجال"، التي هي رأس مال الأمم بالاستعانة بمناهج الدول الإسلامية غير العربية كماليزيا واندونيسيا وتركيا، لنكون جيل ينهض بهذه الأمة نحو الرقي والتقدم، وحينها يكون التفاوض على أساس المصالح المشتركة، لا على مبدأ الغلبة للأقوى.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا-النصوص الرسمية

1-الدساتير

-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، بعد الإعلان الدستوري المؤرخ 01 ديسمبر 1996 على نتائج استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996.

-التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

2- القوانين والأوامر والمراسيم التشريعية

-الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 47، الصادرة في 09 يونيو 1966.

-الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.

-الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

-الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتعلق بالقانون التجاري، ج ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

-القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، صادرة بتاريخ 13 يناير 1988.

-المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 ابريل 1993، يعدل ويتمم الامر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر عدد 27، الصادرة في 27 ابريل 1993.

الأمر 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالإيجار الاعتمادي، ج ر عدد 03، الصادرة في 14 يناير 1996.

-القانون 04-08 المؤرخ في 14 غشت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر عدد 52، الصادرة في 18 غشت 2004.

-القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

-القانون 08-06 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر عدد 10، الصادرة في 27 فبراير 2008.

-القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

3-النصوص التنظيمية

أ- المراسيم والمراسيم الرئاسية

-المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن قانون صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982.

-المرسوم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، المتعلق بمصادقة الجزائر بتحفظ على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، ج ر عدد 48 الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

-المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 28 يوليو 2002.

-المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58، الصادرة في 7 أكتوبر 2010.

-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

ب- المراسيم التنفيذية

-المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 19 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

-المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999، يحدد كيفية إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 82 ، الصادرة في 21 نوفمبر 1999.

-المرسوم التنفيذي 14-139 المؤرخ في 20 ابريل 2014، والمتضمن كيفية تصنيف وتأهيل المؤسسات التي تنشط في ميدان البناء والأشغال العمومية والري، ج ر عدد 26، الصادر في 7 ماي 2014

ج- القرارات الوزارية

قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ابريل 2016، يحدد كفاءات تصنيف المؤسسات ومجموعة المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار الصفقات العمومية، ج ر عدد 07، الصادرة في 7 فيفري 2017،

ثانيا- الكتب

- بابا أحمد بن حبيب، ترجمة محمد حازي، الجبر 1، ط 10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 21.

- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1998.

- كمال عليوش قربوع ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2، الجزائر، 2004.
- موسى بودهان، قانون الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- محمد دويدا طلعت، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص174.
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005.
- ناصر لباد، الاساسي في القانون الإداري، ط02، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2011 .
- عبد التواب معوض، المستحدث في الحكيم التجاري الدولي، دار النشر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1997.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الاسكندرية، مصر، 2005.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015.
- عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات - ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006.
- عز الدين كلوفي، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيتلي، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.

- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم،دارا لجامعة الجديدة ،الإسكندرية، مصر،2008.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، المرجع في كتابة البحوث القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية-النظرية المعاصرة-، ط 02،دار هومة، الجزائر، 2009،
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2006.
- فراح مناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 146.
- سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، دار الفكر، القاهرة، مصر،1991.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دارا لفكر،القاهرة، مصر،2008.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مص، 2002.

ثالثا- الرسائل والمذكرات

1- رسائل الدكتوراه

- نور الدين بوالصلصال، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه علوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010 - 2011.

- خليل بوضويرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفق للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة 2007 - 2008.

2- مذكرات ماجستير

- هدى نويوة، التحكيم في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012.

- حمزة خضري، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004-2005.

- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2013-2014.

- كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2012 - 2013.

- محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008.

- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013 - 2014.

-عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري- دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005

رابعاً- المقالات

- ياسمينة لعجال و دوفان ليديه، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 16، جانفي 2017 . ص 293.

- كريم تعويلت، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المجلة الأكاديمية للبحث القانون، عدد 02، السنة الخامسة، المجلد 10، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 199.

- مليكة موساوي، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 181.

- نورة بن بوزيد دغبار، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 05، 2016، ص 443.

-عبد الصادق ربيع، التحكيم التجاري: من التشكك إلى المصادقية، دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، فيفيري 2009، المملكة المغربية، ص 21.

-عبد العزيز خنفوسي، القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية بمركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، نوفمبر 2011، ص 57.

الفهرس

صفحة	المحتويات
2	مقدمة
7	الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية
8	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية.
8	المطلب الأول: العلاقة بين الصفقات العمومية والعقود الإدارية
8	الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري
11	الفرع الثاني: مفهوم الصفقات العمومية
17	الفرع الثالث: مدى تطابق معايير العقد الإداري مع معايير الصفقات العمومية
19	المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالصفقات العمومية
20	الفرع الأول: شرط الكتابة وفق المعيار الشكلي
21	الفرع الثاني: شرط العتبة وفق المعيار المالي
22	الفرع الثالث: شرط المحل وفق المعيار الموضوعي
29	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي
29	المطلب الأول: تحديد تجارية ودولية التحكيم في الصفقات العمومية
29	الفرع الأول: مفهوم التحكيم في الصفقات العمومية
34	الفرع الثاني: تجارية التحكيم في الصفقات العمومية
37	الفرع الثالث: معايير دولية التحكيم في الصفقات العمومية
40	المطلب الثاني: الاتجاهات المختلفة حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري في الصفقات العمومية
41	الفرع الأول: النظريات المتنازعة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم
45	الفرع الثاني: التطبيقات القانونية والقضائية
50	الفصل الثاني : خصوصية نظام التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية
50	المبحث الأول: تنظيم القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم التجاري الدولي في

	الصفات العمومية
51	المطلب الأول: القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم
51	الفرع الأول: التأصيل الفقهي
54	الفرع الثاني: التأصيل القانوني في التشريع الجزائري
63	المطلب الثاني: مدى أهلية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي
63	الفرع الأول: تقييد أهلية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم الدولي في الصفقات العمومية
72	الفرع الثاني: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم التجاري الدولي
75	المبحث الثاني: خصوصية عملية التحكيم التجاري الدولي في الصفقات العمومية
76	المطلب الأول: دور الجهات القضائية الإدارية أثناء الخصومة التحكيمية
77	الفرع الأول: تدخل السلطة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم
80	الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري عند سير إجراءات التحكيم
84	المطلب الثاني : دور الجهات القضائية الإدارية بعد صدور الحكم التحكيمي
85	الفرع الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الصفقات العمومية
90	الفرع الثاني : الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية
95	الخاتمة
102	قائمة المراجع
109	الفهرس