جامعة باجي مختار - عنابـــــــــة -

UNIVERSITE BADJI MOKHTAR-ANNABA-

والعلوم السياسيةكلية الحقوق

قسم الحقوق

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص:قانون إداري ومؤسسات دستورية

الموضوع:

إجازة التحكيم في الصفقات العمومية في ظل القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية

من إعداد الباحثة:

بلهوشات ليندة

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور بلغيث عمارة

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
أد/ بلقاضي محمد الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار عنابة	رئيسا
أد/ بلغيث عمارة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار عنابة	مشرفا ومقررا
أد/خلف فاروق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي	عضو ممتحن
أد/ ايقلولي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة مولود معمري تيزي وزو	عضو ممتحن
أد/ بن عمران محمد لخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر باتنة1	عضو ممتحن
د/ قرانة عادل	أستاذ محاضر أ	جامعة باجي مختار عنابة	عضو ممتحن

السنة الجامعية2021-2022

إهداء

إلى أساتذتي الأفاضل.....إعترافا مني بفضلهم وشكرا لهم.....

إلى والداي..... أدام الله بقاءهما.....

إلى أهلي زوجي وأطفالي.... حفظهم الله.....

أهدي ثمرة مجهودي.

ليندة بلهوشات

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

صدق الله العظيم

الآية 65 من سورة النساء

مقدمة

نص المشرع الجزائري في القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على التحكيم في الكتاب الخامس منه، تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات. حيث خصص الباب الثاني من هذا الكتاب للتحكيم مميزا بذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

التحكيم وسيلة بمقتضاها تستغني الأطراف المتعاقدة عن اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاعهم. والتحكيم بهذا المعنى يخرج المنازعة من اختصاص القضاء ويمنحها لأشخاص طبيعية أومعنوية خاصة غير القضاة للفصل فيها، حيث تقوم الأطراف المتعاقدة بموجب اتفاق التحكيم بتعيين محكم أو مجموعة من المحكمين للفصل في النزاع أو الخلاف الذي يثور بينهم بمناسبة تنفيذ العقد.

يجد التحكيم مصدره في العلاقات الدولية والعلاقات العقدية بين الأطراف. كما يجد التحكيم أساسه في إتفاق الأطراف المتنازعة المبني على مبدأ سلطان الإرادة.

نص المشرع الجزائري في المادة 975 من القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على: **"لايجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية."** كما نص المشرع أيضا في المادة 1006 من نفس القانون على:" **يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

نص المشرع الجزائري في القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على التحكيم في الصفقة العمومية، كما نص في المادة 1007 منه على: "**شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم**"، في حين نص في المادة 1011 من نفس القانون على:"**اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤوه على التحكيم.**"

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم وإنما اكتفى بتعريف صوره المتمثلة في شرط التحكيم واتفاق التحكيم حيث يعتبر من خلالهما التحكيم أنه اتفاق بعرض نزاع قبل وقوعه أو بعد وقوعه على التحكيم

لتسويته، فالتحكيم هو وسيلة لتسوية النزاع مبني على اتفاق الأطراف المتعاقدة أو المتنازعة في شكل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم.

أما الصفقة العمومية فقد عرفتها المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنها:" **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفقا الشروط المنصوص عليه في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.**"

أما المادة 06 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقد نصت على:" لا **تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :**

-الدولة.

-الجماعات الإقليمية.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

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

وتدعى في صلب النص"المصلحة المتعاقدة"."

كما نصت المادة 800 من القانون08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على:" **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.**

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

يتضح من هذه المواد أن الصفقة العمومية هي عقد إداري بقوة القانون تبرم بين طرفين أحدهما شخص معنوي عام بحيث يتضمن هذا العقد الاتفاق على القيام بأشغال أو توريد لوازم أو القيام بخدمات أو دراسات لصالح الشخص المعنوي العام وهو الذي يطلق عليه في الصفقة العمومية بالمصلحة المتعاقدة.

الصفقة العمومية هي عقد اداري مكتوب يختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري وفقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه.

الصفقة العمومية عقد إداري مرتبط بالمرفق العام والمصلحة العامة حسب نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكورة أعلاه، حيث تستعمل الأشخاص المعنوية العامة امتيازات السلطة العامة سواء في ابرام أو تنفيذ الصفقة العمومية كسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العامة، أو سلطة تعديل الصفقة العامة بإرادتها المنفردة أو سلطة فرض العقوبات والجزاءات المالية والإدارية على المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء.

إن مفهوم التحكيم ومفهوم الصفقة العمومية مفهومين متعارضين، فالتحكيم يجد مصدره وأساسه وتنظيمه في القانون الخاص، الذي يبنى على أساس اتفاق وإرادة الأطراف المتعاقدة في اللجوء إليه سواء كان شرطا أو اتفاق، أما الصفقة العمومية كعقد إداري فتجد مصدرها وأساسها وتنظيمها في القانون العام الذي تستعمل فيه الدولة وجماعاتها الإقليمية ومؤسساتها العمومية الإدارية امتيازات السلطة العامة بموجب الشروط اللائحية التنظيمية المفروضة على المتعاقد معها في العقد بهدف حسن سير المرفق العام واستمراريته ومن أجل أيضا تحقيق المصلحة العامة.

اختلف الفقه حول الاتفاق المتضمن اللجوء إلى التحكيم في عقود الصفقات العمومية، سواء قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو بعده، فمنهم من يرى بأن التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة وبقضائها وعليه يرفضه ومنهم من يرى خلاف ذلك ويؤيده.

1-أهمية الموضوع

-التحكيم وسيلة حديثة من وسائل تسوية المنازعات، خاصة في مجال العقود سواء الداخلية أو الدولية الأمر الذي تتجلى أهميته في التنصيص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية كالقانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والمرسوم الرئاسي15-247 المتضمن الصفقات العمومية.

-التحكيم اتفاق مبني على سلطان الإرادة، حيث يعتبر جانب من الفقه هذا الاتفاق أنه ذو طبيعة عقدية هذا التكييف الذي يتضارب مع مفهوم الصفقة العمومية والتي تعد أيضا عقد، الأمر الذي أدى بنا إلى البحث في العلاقة الموجودة بين العقدين ومدى تأثير كل منهما على الآخر، كذلك البحث في طبيعة العلاقة بين التحكيم وبين الصفقة العمومية.

-التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء في تسوية المنازعات، نظرا لما له من خصائص مميزة كسرعة الفصل في المنازعة، سلطة اختيار أطراف النزاع للمحكم الفاصل في النزاع، والذي يعتبر شخص خاص بعيد عن القضاء، وسلطة الأطراف في اختيار الإجراءات والقانون المطبق على النزاع خاصة

في العقود ذات الطابع الدولي، هذه الخصائص جعلت إجراءات تسوية المنازعات إجراءات مرنة وسهلة وسريعة ومبنية على سلطان الإرادة عكس ماهو عليه الأمر في إجراءات التقاضي أما قضاء الدولة.

–التحكيم يفتح المجال للأفراد بأن يكونوا محكمين دون أن يكونوا قضاة ودون أن تكون لهم درجة علمية في مختلف التخصصات، متى كانت لهم خبرة وكفاءة في مجال الصفقات العمومية، وهو الأمر الذي يظهر في الأنظمة المقارنة، كالقانون المصري الذي خول للأفراد فتح مكاتب تحكيم خاصة كمكاتب المحامين بعد القيام بدورات تدريبية في مجال التحكيم، وذلك ليكونوا محكمين في النزاعات.

–يؤثر التحكيم سلبا على الدولة وعلى مالها العام خاصة في إطار تسوية المنازعات ذات الطابع الدولي من خلال ما قد تتحمله من تعويضات للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، الأمر الذي استلزم البحث في الصعوبات والعوائق والثغرات القانونية التي تؤثر على سير الخصومة التحكيمية خاصة في اختيار القانون الإجرائي والقانون الموضوعي المطبق على النزاع، وكيف يتم تقييد سلطة المحكم بموجب اتفاق التحكيم.

2–أسباب اختيار الموضوع

أ– أسباب ذاتية

–موضوع التحكيم من المواضيع الحديثة في مجال المنازعات الإدارية وهو موضوع يدخل في مجال تخصص الباحثة.

–حداثة موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، ومرونة اجراءاته وسرعة فصله في النزاع كوسيلة بديلة عن القضاء في حل النزاعات يستوجب البحث فيه.

ب–أسباب موضوعية

– شرط التحكيم شرط أساسي في العقود التي تبرمها الدول مع العنصر الأجنبي، وهو الدافع الأساسي للإستثمار الأجنبي داخل الدول، حيث يعتبره المستثمر أو المتعاقد الأجنبي ضمانة من ضمانات التعاقد.

–ضرورة فهم موضوع التحكيم في الصفقات العمومية ومعرفة أسباب تقنينه في الأنظمة المقارنة عامة وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خاصة وتنظيم الصفقات العمومية بعدما كان المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية القديم يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه.

-التحكيم وسيلة حديثة من وسائل تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، ولمعرفة مدى تأثيره وتأثره بسيادة الدولة، ومعرفة شروطه وإجراءاته وكيفية سير الخصومة التحكيمية كان لا بد من البحث فيه، باعتباره يدخل في مجال القانون الإداري وهو مجال تخصص الباحثة.

3-أهداف الدراسة

-التعريف بالتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات في مجال الصفقات العمومية.

-تسليط الضوء على خصوصية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وتمييزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

-تبيان القواعد القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا.

-معرفة شرووط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات الصفقات العمومية.

-معرفة دور التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ودوره في إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

-التعريف بالمحكم ودوره في تسوية منازعات الصفقات العمومية.

4-صعوبات دراسة الموضوع

-عدم الحصول على المعلومة وعدم إمكانية الحصول على سوابق في مجال التحكيم، رغم الزيارات الميدانية التي قامت بها الباحثة لكل من مصلحة العقود ومصلحة المنازعات الإدارية لكل من بلدية عنابة، وولاية عنابة، وكذا زيارة مركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بالجزائر العاصمة هذا المركز الذي أنشأ منذ 1993 وكان ولا يزال يمارس اختصاصاته لاسيما في مجال التحكيم.

-قلة المراجع والدراسات المتخصصة في مجال التحكيم في الصفقة العمومية لاسيما الدراسات التقنية والتطبيقية لعملية التحكيم، حيث أن الدراسات الموجودة في الجزائر هي دراسات نظرية ودراسات عامة تخلو من الجانب العملي.

-عدم وجود أحكام تحكيمية منشورة في مجلة خاصة بالتحكيم في الجزائر خاصة بعد 2008 وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

-حداثة موضوع التحكيم في مجال الصفقات العمومية بالجزائر خاصة في الصفقات الداخلية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة، زاد من حدة وصعوبة الدراسة، على اعتبار أن المفهوم التقليدي

للإدارة العامة وارتباط الصفقات العمومية بالمال العام جعل اللجوء إلى التحكيم في الصفقات الداخلية تقريبا غير معمول به، لأن مصاريف التحكيم أحيانا تفوق المصاريف القضائية.

-واجب التحفظ والسر المهني، جعل الاستدلال بالسوابق التحكيمية في هذا البحث منعدم.

5-الدراسات السابقة

تتمثل الدراسات السابقة في الجزائر في بعض المراجع والمقالات التالية:

-قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة.

-كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية.

-Ahmed Mahiou, L'arbitrage en Algérie-

هذه الدراسات وغيرها تعتبر دراسات عامة لموضوع التحكيم، تناقش أهلية الأشخاص المعنوية العامة في طلب التحكيم في إطار إما قانون الإجراءات المدنية القديم أو تدرس مبدأ جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية عامة دون الصفقات العمومية.

كما أنها لم تتطرق بالدراسة إلى إشكالية التحكيم في المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولم تتناول الإشكاليات المرتبطة بالشروط والإجراءات التي تنظم اتفاق التحكيم ولا أحكام سير خصومة التحكيم. وهو ما تسعى الباحثة إلى تبيانه من خلال هذه الدراسة.

6-إشكالية البحث

نص المشرع الجزائري على التحكيم في الصفقات العمومية في القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، كما أشار إليه في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ليحاول من خلال هذه النصوص تنظيم إجراءات التحكيم في الصفقات العمومية الأمر الذي يطرح الإشكال التالي:

-هل وفق المشرع الجزائري بموجب القانون 08-09 في تنظيم إجراءات التحكيم في الصفقات العمومية بما يضمن عدم المساس بسيادة الدولة؟

للإجابة على هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية:

-ماهي أسباب اللجوء إلى التحكيم في الصفقة العمومية، وماهي خصوصيته، وهل التحكيم في الصفقة العمومية يمس بامتيازات السلطة العامة؟

-هل نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا في قانون الصفقات العمومية على قواعد خاصة تحكم سير إجراءات وخصومة التحكيم في الصفقة العمومية تراعي خصوصية الصفقة العمومية كعقد إداري، أم أنه أخضع التحكيم في الصفقة العمومية للقواعد العامة للتحكيم؟

7-منهج البحث

-للإجابة على الإشكالية الأساسية للبحث والتساؤلات الفرعية اعتمدت على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي بالإضافة إلى المنهج المقارن من خلال الخطة التالية.

8-خطة البحث

سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الجانب النظري والجانب الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية وهذا بتقسيمه إلى بابين:

- باب أول بعنوان الإطار النظري للتحكيم في الصفقات العمومية والذي سنقسمه إلى فصلين، فصل أول بعنوان التحكيم بين الضرورة ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي، وفصل ثان بعنوان التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية.

- باب ثان بعنوان الإطار الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون 08-09 والذي سنقسمه بدوره إلى فصلين، فصل أول بعنوان اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية، وفصل ثان بعنوان خصومة التحكيم في منازعات الصفقة العمومية.

تمهيد

الصفقة العمومية عقدا إداريا بتحديد القانون يبرم بين الشخص المعنوي العام صاحب السلطة والسيادة وبين شخص خاص وفقا لشروط وإجراءات خاصة تناولها تنظيم الصفقات العمومية.

ارتبط مفهوم الصفقة العمومية بالمرفق العام، حيث تلعب الصفقة العمومية دورا أساسيا في تلبية حاجات المرفق العامة، ولهذا تغيرت تسمية تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 ليصبح تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تعتبر الصفقات العمومية أهم آليات تنفيذ السياسة العامة للدولة ومخططاتها، كما أنها تتعلق بإدارة وتسيير المرفق العام من خلال توفير حاجاته، وتوفير الحاجات العامة للجمهور، وعليه نجد قواعدها لها علاقة بمختلف فروع القانون سواء قواعد القانون الخاص مثل القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة للقوانين من حيث تنظيم العقود، والقانون الدولي الخاص الذي يحدد قواعد تنازع القوانين متى ارتبط العقد بعنصر أجنبي، كما يرتبط مجال الصفقات العمومية بقواعد القانون العام كقانون المالية الذي يحدد الغلاف المالي للصفقة، أي مجال النفقات العامة للدولة.

للصفقات العمومية علاقة بقانون الأملاك الوطنية هذا القانون الذي يحدد نوع الأملاك التابعة للأشخاص المعنوية العامة وطرق اكتسابها للأملاك وطرق استعمالها وتسييرها والتي تستعملها من أجل القيام بمشاريع ذو نفع عام، كما يرتبط موضوع الصفقات العمومية بالقانون الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة مع الدول الأخرى في إطار تنظيم سياسة الاستثمار والقرض والخوصصة من ناحية، ومن ناحية أخرى العقود التي تبرمها الدولة مع متعاملين أجانب.

إن هذه العلاقات التي تميز عقود الصفقات العمومية جعلت من قواعدها تتأرجح بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص من جهة ومن جهة ثانية بين قواعد القانون الداخلي وقواعد القانون الدولي، الأمر الذي أثر على ضبط قواعد تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما يظهر من خلال سلسلة التشريعات والتنظيمات التي وضعتها الدولة منذ الاستقلال إلى يومنا، وسلسلة التعديلات التي مستها.

تأثر النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر بمختلف المراحل التي مرت بها الدولة من أوضاع سياسية وأزمات اقتصادية دولية وداخلية، وبهدف البحث عن الموارد البشرية، المالية، الخبرة والإمكانيات التكنولوجية، ومن أجل النهوض بالتنمية وإنجاز مشاريع البنية التحتية، لجأت الدولة إلى التعاقد مع متعاملين أجانب.

كما لجأت الدولة في كل مرة إلى تغيير قواعد تنظيم الصفقات العمومية وتغيير أساليب إبرام الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي لتوفر حاجاتها الضرورية، الأمر الذي طرح معه فكرة التحكيم ومدى جوازه، فالمتعامل الأجنبي يلجأ إلى التحكيم الذي يعتبره ضمانة من ضمانات التعاقد مع الدولة ذات السيادة، في حين ترى الدولة في التحكيم في عقودها ومنازعاتها مساسا بسيادتها وبإختصاص قضائها، فما هو موقف الدولة اتجاه التحكيم في مجال الصفقات العمومية في إطار الوسطية بين الضرورة الناتجة عن التطورات الاقتصادية التي يشهدها العالم وبين مبدأ السيادة؟

ماهو موقف الفقه والقضاء والتشريع من التحكيم في الصفقات العمومية، سواء قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 أو بعده، وهل القانون 08-09 استطاع حسم الخلاف من خلال ما تضمنه من نصوص تنظم التحكيم؟

للإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم الباب إلى فصلين، فصل أول بعنوان التحكيم بين الضرورة ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي والذي سنحاول دراسته من خلال مبحثين، مبحث أول والمعنون بالتحكيم ضرورة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي ومبحث ثان بعنوان التحكيم ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي.

أما الفصل الثاني فسنتناول فيه التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقة العمومية الداخلية، والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، مبحث أول بعنوان خصوصية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية، أما المبحث الثاني فعنوانه إشكالية التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية.

الفصل الأول: التحكيم بين الضرورة ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي

يجد التحكيم أساسه ومنشأه في العلاقات الاقتصادية الدولية التي تسعى إلى الاستقلال عن النظم القانونية الوطنية، هذه العلاقات التي تلعب فيه الشركات المتعددة الجنسيات دورا فعالا ومؤثرا على أنظمة الدول، والمجال الذي تسيطر وتضع فيه قواعدها التي تخدم مصالحها كقواعد التجارة الدولية بما فيها قواعد التحكيم، الأمر الذي ترتب عليه التفاوت في تقدير هذه الآلية، فالبعض يرى في التحكيم خطرا على المصلحة العامة الوطنية فيحد من مجال اللجوء إليه ويفرض عليه جملة من القيود والتعقيدات، أما البعض الآخر فيبالغ في مزايا التحكيم وفي توسيع نطاقه.

تنظم الدولة علاقاتها مع الغير على أساس فكرة المساواة في السيادة وفكرة النظام العام في الوقت الذي تشهد فيه العلاقات الدولية بصفة عامة ازدهارا، وكذا العقود الدولية بصفة خاصة تطورا وتعقيدا مما استلزم معه وجود وسيلة لتسوية النزاعات في المجال التجاري والاقتصادي الدولي، وبذلك بات التحكيم الوسيلة الفعالة والأكثر انتشارا في تسوية المنازعات.

وعليه سنتناول بالدراسة كيف أثرت التطورات الاقتصادية الحديثة على النظام القانوني للصفقات العمومية، وكذا التطرق إلى موقف كل من المشرع الجزائري القضاء والفقه من التحكيم في الصفقات العمومية بين ضرورة وحتمية اللجوء إليه وبين مدى مساسه بالسيادة خاصة بعد الإستقلال من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول نتناول فيه التحكيم ضرورة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول نتطرق فيه إلى فكرة ضرورة تدويل الصفقات العمومية في الجزائر خاصة في مرحلة مابعد الإستقلال أين كان التحكيم أنذاك ضرورة ملحة، وكيف كانت الدولة تلجأ إليه إستثناءا في الإتفاقيات والعقود الدولية رغم حظره في النصوص القانونية الداخلية ، ومطلب ثان بعنوان شرعية التحكيم في العقود الدولية، والذي نبحث في موضوع أهمية التحكيم وكونه وسيلة قديمة ومهمة تجد شرعيتها وأساسها في العلاقات الدولية التي منذ القديم كان ينظمها التحكيم ولم يكن هناك سابقا قضاء يعلو سلطة وسيادة الدول.

أما المبحث الثاني فعنوناه بالتحكيم ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي، حيث ندرس فيه كل مايتعلق بمفهوم السيادة تعريف، أنواع، ومامدى تأثير التحكيم فيها، وذلك من خلال مطلبين، مطلب أول بعنوان ماهية مبدأ السيادة في القانون العام، ومطلب ثان بعنوان تأثير التحكيم على مبدأ السيادة في صفقات الدولة.

المبحث الأول: التحكيم ضرورة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي

في غياب سلطة قضائية دولية تعلو إرادة الدول وفي إطار المساواة في السيادة بين الدول بات التحكيم قضاءا لتسوية المنازعات العقدية باعتباره عدالة خاصة تلجأ إليها الدول يخول الأطراف المتعاقدة تحديد شروط وإجراءات تسوية النزاع عن طريق هيئة خاصة يتفقون على إنشائها حيث تستمد هذه الأخيرة اختصاصها من إرادة الأطراف المتعاقدة.

إن اتحاد الدول في إطار منظمة الأمم المتحدة وسعي الدول المتخلفة إلى المطالبة بإعادة صياغة قواعد القانون الدولي التي لم تشارك في وضعها في فترة من الفترات، وبهدف التنمية والمساواة في السيادة كل ذلك نتج عنه نظام دولي جديد اعتمد على فكرة تدويل القوانين والعقود وتدويل قواعد تسوية المنازعات.

إن التطورات الاقتصادية التي شهدها العالم جعلت من التحكيم وسيلة من وسائل تسوية المنازعات على المستوى الدولي، حيث فرضت هذه الوسيلة نفسها على بعض الدول في مرحلة تاريخية ولأسباب اقتصادية وبذلك ظهرت العقود الدولية وظهرت وسائل تسوية المنازعات الدولية.

وعليه نتساءل هل الصفقات العمومية تأثرت بفكرة تدويل العقود وهل لجأت الدولة فيها إلى التحكيم أم رفضته؟

إذا كانت الإجابة بنعم أين تكمن مظاهر تدويل الصفقة العمومية، ومن أين استمد التحكيم في الصفقة العمومية شرعيته في هذه العقود؟

للإجابة على هذه التساؤلات قسمت المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تدويل الصفقة العمومية

المطلب الثاني: التحكيم وآثار تدويل الصفقة العمومية

المطلب الأول: تدويل الصفقة العمومية

وضع التقدم العلمي والتكنولوجي بصمته الاقتصادية في الأنظمة القانونية، حيث بدأت الدول منذ نهاية القرن 19 لاسيما الدول السائرة في طريق النمو والدول الحديثة الاستقلال تخطو بخطواتها –في إطار سياسة العولمة والحوكمة– باتجاه نظام اقتصاد السوق، حيث أصبحت العقود الإدارية في ظل هذا النظام أسلوبا للخصخصة، وعلى هذا الأساس ظهر مفهوم تدويل العقود الإدارية في القوانين الحديثة كأداة للعولمة[1]، وتشعب دور القطاع الخاص في التنمية، وخضوع الدول في سنها لقوانينها إلى مبدأ الحوكمة، كل هذه الأسباب أثرت على الأنظمة الداخلية للدول الأمر الذي يطرح جملة من التساؤلات التالية:

–هل خضعت عقود الصفقة العمومية في التشريع الجزائري لفكرة تدويل العقد؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، هل لجأت الدولة إلي التحكيم كآلية أساسية وضرورية من آليات تسوية المنازعات على مستوى العلاقات الدولية وبذلك يعتبر التحكيم ضرورة في الصفقات العمومية أم أن الجزائر واكبت مختلف تطورات الأنظمة القانونية المقارنة التي اعتمدت على التحكيم في مختلف عقودها الإدارية سواء الداخلية أو الدولية مثل مصر، المغرب ودول الخليج[2].

سأجيب على هذه التساؤلات من خلال التطرق إلى فكرة تدويل الصفقات العمومية وذلك بعد توضيح مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، ثم توضيح مظاهر وأسباب تدويل الصفقة العمومية لنصل في الأخير إلى الآثار المترتبة عن فكرة تدويل الصفقة العمومية ألا وهي فرض اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية الدولية.

1 حازم بيومي المصري، التطورات الاقتصادية الحديثة وأثرها على مركز المتعاقدين في العقد الإداري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص8.
2 نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2010، ص75.

الفرع الأول: مفهوم الصفقة العمومية ومظاهر تدويلها

من أجل تسليط الضوء على موقف المشرع من التحكيم في الصفقات العمومية كان لزاما علينا التطرق إلى مفهوم الصفقة العمومية الدولية وإلى مظاهر تدويلها من أجل معرفة هل أن الدولة لجأت فيها إلى التحكيم؟ وهل كان التحكيم ضرورة حتمية أم أن الدولة سايرة التطورات الموجودة على المستوى الدولي وفقا لمبدأ المساواة في السيادة؟

أولا: مفهوم الصفقة العمومية[1]

لإعطاء مفهوم للصفقة العمومية سأحاول البحث في تعريفها ومعايير تمييزها من خلال التطرق إلى القوانين والتنظيمات الخاصة بها.

1-تعريف الصفقة العمومية

نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على:" **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليه في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.**".

حددت هذه المادة مفهوم الصفقة العمومية على أنها عقد مكتوب يبرم بين طرفين أحدهما المصلحة المتعاقدة والآخر متعامل إقتصادي على أن يتضمن العقد القيام بأشغال عامة أو شراء لوازم، أو تقديم خدمات أو القيام بدراسات تحتاجها المصلحة المتعاقدة، كما اشترطت المادة 3 من نفس المرسوم الكتابة في الصفقة العمومية، الأمر الذي يفهم منه أنه ليس كل ما تبرمه المصلحة المتعاقدة

1 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور، الطبعة الثانية، الجزائر،2009، ص28.

/المرسوم رقم 82-145 الصادر في 10 أبريل 1982 والمتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة في 13 أبريل 1982، معدل ومتمم.

/المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991المتضمن الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57 صادرة في 13 نوفمبر1991، معدل ومتمم.

/المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 28 يوليو2002، معدل ومتمم.

/المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في7 أكتوبر2010والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58 الصادرة في07 أكتوبر 2010، معدل ومتمم.

/ المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر2015 الساري المفعول.

مع متعامل اقتصادي هو صفقة عمومية بل هناك شرووط ومعايير يجب توفرها حتى نقول عن العقد أنه صفقة عمومية[1].

2-معايير تمييز الصفقات العمومية

تتميز الصفقات العمومية عن العقود الأخرى من خلال المعايير التالية:

المعيار العضوي، المعيار الشكلي، المعيار المالي والمعيار الموضوعي.

أ-المعيار العضوي في تمييز الصفقة العمومية[2]

نصت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.**

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية، أو البلدية أو إحدى المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."[3]

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار العضوي في تحديد المنازعة الإدارية وتحديد طبيعة العلاقة التي يحكمها القانون العام وفي تحديد الاختصاص القضائي الإداري، وهي العلاقة التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

نصت المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على: "**لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:**

-الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

---

1 المادة2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مصدر سالف الذكر.

2عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص36-59.

/عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، دون طبعة، الجزائر، 2012، ص ص16-31.

/حمامة قدوج، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه، فرع القانون العام، إدارة ومالية عامة، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة، الجزائر، 2009-2010 ص18.

3 المادة 800 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فبراير 2008 والمتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 الصادرة في 23 أبريل2008.

– المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

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

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"[1].

يتبين من هذه المادة أن المنظم الجزائري حدد وفقا للمعيار العضوي من هي المصلحة المتعاقدة وهي الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري شريطة أن تمول مشاريع هذه الأخيرة من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية تمويل كلي أو جزئي وتسمي في الصفقة التي تبرمها بالمصلحة المتعاقدة.

إن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري في الحالة الأخير تبرم صفقات عمومية فهل يعني هذا أن منازعات تنفيذ صفقاتها من قبيل المنازعات الإدارية؟

تطبيقا للمعيار العضوي المكرّس بمقتضى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، فإن منازعات المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع التجاري ليست منازعات إدارية لأنها لا تدخل ضمن الأشخاص المعنوية المذكورة في هذه المادة، إلا أنه رجوعا لما نصت عليه المادة 45 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية: " **تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري.**"[3]

وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه قانون المحاسبة العمومية[4] ففي القرارات والعقود التي تكون باسم ولحساب الدولة، وتمويل المشاريع الذي يكون تمويل كلي أو جزئي من ميزانية الدولة أو جماعاتها الإقليمية أي من الخزينة العامة ومن أجل الرقابة على النفقات العامة وحماية للمال العام فقد

---

1 المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون طبعة، عنابه، الجزائر، 2009، ص269.

/عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص19.

3 المادة 45 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02 الصادرة في 13 يناير 1988، المعدل والمتمم.

4 المواد من 60 إلى 80 و المادة 88 من الأمر 95-20 المؤرخ في 17 يوليو 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية عدد 39 صادرة في 23 يوليو1995، المعدل والمتمم .

إستثنت هذه التشريعات هذه المؤسسات وأخضعتها لرقابة القضاء الإداري على أساس أن عقودها صفقات عمومية ممولة من الخزينة العامة، كما أن تنظيم الصفقات العمومية اعتبر عقودها صفقات عمومية بشرط أن تكون نفقاتها من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية[1].

نستنتج في الأخير أن عقود المؤسسات العمومية التي تخضع للقانون التجاري باعتبارها شركات تجارية تخضع للقانون التجاري ولإختصاص القضاء العادي، إلا أنه استثناءا عندما تمول عقود هذه المؤسسات الخاضعة للتشريع التجاري من ميزانية الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية سواء الدولة أو الولاية أو البلدية، وحماية للمال العام تعتبر عقودها في هذه الحالة صفقات عمومية تخضع للرقابة على النفقات العمومية التي يختص بها مجلس المحاسبة، وتخضع لرقابة القضاء الإداري باعتبارها عقود إدارية.

ب- المعيار الشكلي في تمييز الصفقة العمومية[2]

نصت المادة 3 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على: "**تبرم الصفقات العمومية قبل الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية.**"، كما نصت المادة 12 من نفس التنظيم على: **... ومهما يكن من أمر، فلا بد من إبرام صفقة التسوية خلافا لأحكام المادة 3...**".

نلاحظ من خلال هذه المواد أن الصفقة العمومية عقد مكتوب ويجب أن تتم الكتابة قبل الشروع في عملية التنفيذ[3].

وما يؤكد على شرط الكتابة أن المنظم الجزائري فرض على الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية والتي تبرم صفقات عمومية في ظروف استعجاليه طارئة واستثنائية حالت دون إمكانية اللجوء إلى إجراءات الإبرام أن تقوم لاحقا وبعد تنفيذ الصفقة العمومية إلى تحرير صفقة تسوية خلال 6 أشهر من التوقيع على المقرر المعلل والمرخص لتنفيذ الصفقة والموقع عليه من

---

1 المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

/المادتين 55-56 من القانون 88-01، هاتين المادتين لم تلغى رغم الغاء القانون 88-01، حيث اعتبرت هذه المواد عقود المؤسسة العمومية عقود إدارية في علاقتها مع الدولة أو الجماعات الإقليمة أو في علاقتها بالمال العام حسب القانون 90-30 المعدل والمتمم والمتضمن الأملاك الوطنية والأمر95-20 المعدل والمتمم والمتعلق بمجلس المحاسبة، مصدر سالف الذكر.

/رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 2002، ص276.

2 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 47-48.
/عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص29.

3 المواد 03-12 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدرنفسه.

المصلحة المتعاقدة وهذا ما نصت عليه المادة 12 فقرة1 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

تكمن أهمية الكتابة في الصفقة العمومية في تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وتحدد العقوبات والجزاءات في حالة الإخلال بالبنود التعاقدية ولذلك فالكتابة مهمة جدا وتحمي خاصة الطرف الضعيف المتعامل مع المصلحة المتعاقدة كما تحدد التزامات المتعامل الأجنبي الذي قد لا يعرف ما هي امتيازات السلطة العامة في هذا البلد خاصة إذا كان المتعامل الأجنبي لا يعرف ازدواجية القانون والعقد الإداري[2].

والشكلية في الصفقة العمومية لا تظهر في الصفقة في حد ذاتها، وإنما تبدأ بوضع وتحيين دفاتر الشروط، هذه الدفاتر التي تضعها الإدارة المركزية في إطار ممارستها لسلطة التنظيم، حيث تحدد فيها معايير وشروط إبرام الصفقات العمومية وفقا لحاجاتها وهذا ما يتضح من قراءة المادة 26 من المرسوم الرئاسي والتي نصت على: "**توضع دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية** ..."، كما حددت المادة 26 فقرة 2-3-4 أنواع دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات العمومية[3].

تحين دفاتر الشروط دوريا على مستوى المصلحة المتعاقدة من طرف لجنة الصفقات العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247: "**تختص لجنة الصفقات بتقديم مساعداتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون حسب الشروط المحددة في المادة 82 من هذا المرسوم.**".

دفاتر الشروط هي تجسيد للشكلية في إبرام الصفقة العمومية، حيث تحتوي على بيانات كما أشرنا سابقا يفرض التنظيم على المتعهدين سحب الدفاتر المتكونة من العرض التقني والعرض المالي، كما يفرض عليهم ملأها والتوقيع عليها قبل المشاركة في المنافسة، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على: "... **دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة" قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد...**"[4].

نخلص مما سبق أن معيار الشكلية كمعيار مميز للصفقة العمومية يكون قبل إبرام الصفقة وذلك من خلال دفاتر الشروط، كما يكون بعد إبرام الصفقة وهو الصفقة النهائية المكتوبة والموقع عليها من

1 المادة 12 فقرة1 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.
2 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 47-48.
3 المادة 26 من المرسوم الرئاسي15-247، المصدرنفسه.
4 المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر نفسه.

طرفي العقد، كما أن الشكلية تهدف إلى إثبات وحفظ الحقوق والإلتزامات المتبادلة ووسيلة للرقابة القضائية على الصفقات العمومية.

ج-المعيار الموضوعي في تمييز الصفقة العمومية[1]

نصت المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على:" **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليه في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.**"[2].

يتبين من هذه المادة أن موضوع الصفقات العمومية ينحصر في 4 مواضيع هي الأشغال، اللوازم الخدمات والدراسات.

ج-أ-صفقة الأشغال العامة: هي اتفاق بين الإدارة العامة وشخص خاص، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة العامة والتي تهدف من وراء اتفاقها إلى تحقيق المصلحة العامة، كما تعرف على أنها عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص خاص بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد[3].

أما المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقد نصت على:"... **تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.... إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.**".

---

1 عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص21.

/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص40-41.

2 المادة 2 من المرسوم الرئاسي15-247، مصدر سالف الذكر.

3 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2004، ص ص117- 120.

/سعيد عبد الرزاق باخيير، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2007-2008، تهميش1، ص243.

جاءت المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية بمفهوم جديد لصفقة الأشغال حيث أنه إذا كان الصفقة تتضمن أشغال وتتضمن خدمات يرجع تكييف الصفقة المركبة من عمليتين إلى الصفقة الأصلية كموضوع أساسي في التعاقد[1].

ج-ب-صفقة اللوازم أو التوريد: هي اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد أشخاص القانون الخاص يلتزم فيه هذا الأخير بتوريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، كما تعرف على أنه اتفاق بين شخص عام وشخص خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام مقابل ثمن معين، وعليه فعقد التوريد عقد يتعلق دائما بمنقول عكس عقد الأشغال الذي ينصب على عقار[2].

أما المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فقد استعمل مصطلح عقد اللوازم خلافا للمراسيم السابقة له والتي كانت تستعمل مصطلح التوريد، حيث حددت المادة 29 مفهوم عقد اللوازم من خلال: " **تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد...**"[3].

ما يلاحظ على هذا النص أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري وسع من مفهوم صفقة اللوازم مقارنة بالمراسيم السابقة، حيث أدرج فيها الإيجار والبيع بالإيجار للوازم التي تحتاجها المصلحة المتعاقدة، كما ربط مفهوم صفقة اللوازم بحاجة المصلحة المتعاقدة، مما يعني أن عقود اللوازم لا تكون صفقات عمومية إلا إذا اقترنت بحاجة المرفق العام.

كما استحدث تنظيم الصفقات العمومية الصفقة المركبة من عدة عملية وهذا ما يستنتج من نص المادة 29 السالفة الذكر والتي نصت على: "...**إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم....إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم...**"[4].

يلاحظ أيضا على هذه المادة أن تنظيم الصفقات العمومية أخذ بمفهوم الصفقة المركبة من الناحية الموضوعية، إلا أنه في تحديد موضوع الصفقة وتحديد الغلاف المالي لها نجده قد فرض على

---

1 المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

2 جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ص117 - 120.

3 المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر نفسه.

4 المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر نفسه.

المصلحة المتعاقدة إتباع الشروط والإجراءات المنصوص عليه في هذا التنظيم، كما فرض أيضا على المصلحة المتعاقدة الرجوع إلى الموضوع الأساسي للصفقة من ناحية وتقدير قيمة الأشغال أو قيمة الخدمات أو اللوازم من ناحية ثانية، فإذا كانت قيمة اللوازم أكبر من قيمة الأشغال وقيمة الخدمات اعتبرت الصفقة صفقة لوازم، وهذا عكس ما ذهب إليه القضاء المصري الذي اعتبر كل عقد مستقل عن الأخر في حالة اختلاط عقد التوريد –أي اللوازم– مع عقد آخر[1].

ج–ج–صفقة الخدمات: عرفت المادة 29 السالفة الذكر في الفقرة الأخيرة منها صفقة الخدمات على أنها اتفاق بين الشخص المعنوي العام وشخص خاص يتضمن تقديم خدمات، وهي بذلك تعد صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات، كإبرام صفقة تركيب أجهزة الكاميرات للمراقبة أو تركيب المكيفات الهوائية أو صفقات الإطعام الجامعي أو صفقات النقل للموظفين...[2].

قد تكون صفقة الخدمات خالصة وقد تقترن بأشغال عمومية أو تقترن باللوازم، وهنا ميز المنظم الجزائري في تحديد نوع وموضوع الصفقة بين الغرض الأساسي من إبرامها وبين قيمة الخدمة كما أشرنا إليه سابقا.

ج–د–صفقات الدراسات: وهي تلك الصفقات التي تشتمل عند إبرامها خدمات فكرية ودراسات ومخططات للمشروع المزمع القيام به كما تشتمل أيضا على مهمة المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع[3].

إن صفقات الدراسات هي صفقات تبرمها الإدارة العامة مع مكاتب الدراسات، فهي لا تنتهي بمجرد وضع الدراسة بل تمتد إلى عملية تنفيذ وتجسيد الدراسة عمليا في الواقع، وعليه تشرف مكاتب الدراسات على تنفيذ الأشغال، كما تتحمل المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام، وهذا ما يمكن استنتاجه من المادة 29 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي حددت الهدف من صفقات الدراسات[4].

---

1 حازم بيومي المصري، المرجع السابق ص 22-23.

/حكم المحكمة الإدارية العليا في 25جانفي1969، الموسوعة القضائية، الجزء18، ص1134 والمشار إليه في نفس مرجع حازم بيومي المصري، المصدر نفسه، ص23.

2 المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدرسالف الذكر.

3 المادة 29 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 73-75.

4 المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

نخلص من خلال هذا العرض أن المنظم الجزائري جاء بالجديد في تحديد موضوع الصفقات العمومية خاصة في الصفقات التي تتضمن عمليات مركبة بين الأشغال واللوازم أو الأشغال والخدمات أو اللوازم والخدمات أو الدراسات والأشغال تحت صفقة واحدة، فقد حاول أن يجمع الصفقات المتصلة من حيث الموضوع مثل صفقة الدراسات وصفقة الأشغال في صفقة إجمالية.

كما حدد تسمية الصفقة من حيث الموضوع على التصرف الغالب على الصفقة والمقدار المالي الذي يعتبر أكبر مقابل في العقد وذلك ليتفادى إبرام عدة صفقات منفصلة عن بعضها البعض ويتفادى إبرام عقود واستشارات لا ترتقي إلى قيمة الصفقة العمومية من حيث المقدار المالي لها وليتفادى بطء الإجراءات، وهذا ما يتبين من قراءة المادة 29 والمادة 35 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

د-المعيار المالي في تمييز الصفقة العمومية[2]

نصت المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق على حد أدنى لإبرام صفقة الأشغال والتوريد والتي حددتها بإثنا عشرة مليون دينار جزائري(12.000.000 دج)، كما نصت على الحد الأدنى المطلوب في صفقة الدراسات والخدمات وهو ست ملايين دينار جزائري(6.000.000دج)، فما يساوي أو يقل عن هذا الحد لايلزم الإدارة بإبرام الصفقة العمومية وفقا لما نص عليه هذا التنظيم[3].

كما نصت المادة 21 من نفس التنظيم على حد أدنى مالي في إطار إبرام العقد وفقا لأسلوب الاستشارة، التي هي طريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية حيث تمثل هذا الحد في مليون دينار جزائري(1.000.000دج) بالنسبة لإستشارات الأشغال واللوازم، وخمسمائة دينار جزائري(500.000دج) بالنسبة لاستشارات الدراسات والخدمات.

كما نصت المادة 22 من نفس التنظيم على: "...**ويمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا[4].**"

---

1 المادة 35 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

2 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص50-53.

/عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 30-31.

المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المصدر نفسه.

3 المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

4 المادة 22 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر نفسه.

يفهم من هذا النص أن الوزير المكلف بالمالية هو المختص بإصدار قرار تحيين العتبة المالية للصفقة العمومية وهذا يراعي حركية وتيرة الاقتصاد الوطني ومواكبة نسب التضخّم وضمان لمبدأ استمرارية المرفق العام ومن الطبيعي أن إصدار مرسوم رئاسي يتطلّب مدّة أطول مقارنة بقرار وزاري، ورغم أنّ الرخصة منحت لوزير المالية لإحداث تغيير في الحد الأدنى المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية إلا أن ذلك فيه مساس بقاعدة توازي الأشكال.

هـ-معيار الشروط الاستثنائية[1]

يقصد بالشروط الاستثنائية تلك الشروط التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها والتي تخولها ممارسة جملة من السلطات والامتيازات التي لا وجود لها في قواعد القانون الخاص[2]، كسلطة الفسخ التي نصت عليها المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية: "**إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجال الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة...**"[3].

كما نصت المادة 152 من تنظيم الصفقات على:" **لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة.**"[4].

يفهم من هذه المادة أن المصلحة المتعاقدة عند فسخ العقد بسبب تقصير المتعاقد معها فهي تلجأ إلى البنود التعاقدية التي خولتها سحب كفالة ضمان التنفيذ، كما تحمل المتعاقد معها الذي تم فسخ الصفقة معه المسؤولية التعاقدية وإصلاح الضرر المترتب عن ذلك، إضافة إلى تحميله التكاليف الإضافية التي تترتب عن إبرام صفقة ثانية بسببه.

تظهر أيضا امتيازات السلطة العامة من خلال المادة 147 فقرة 2 والتي نصت على منح المصلحة المتعاقدة-الإدارة العامة- فرض عقوبات مالية على المتعاقد معها وفقا للنسب التي حددتها

1 نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010، ص ص 320-321.

2 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 53-54.

/عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص ص 26-28.

3 المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

4 المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، إن هذه السلطات الممنوحة للإدارة العامة بموجب التنظيم[1]، سواء في الصفقات العمومية أو في دفاتر الشروط[2] التي تعدها الإدارة العامة مسبقا قبل اللجوء إلى إبرام الصفقة العمومية، تخول المصلحة المتعاقدة ممارسة امتيازات السلطة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء عكس ما هو عليه الحال في القانون الخاص[3].

كما سمح تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة تسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ الصفقة دون اللجوء إلى القضاء[4]، وهذا ما نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي15-247:"... **يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها...**"

نخلص مما سبق أن الصفقات العمومية عقود إدارية متميزة عن العقود الأخرى من حيث المعيار العضوي، الشكلي، الموضوعي والمالي كما أضافت المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية سلطة تسوية نزعات تنفيذ الصفقات العمومية من خلال إنشاء لجنة التسوية الودية للنزاع، كما ميزت هذه المادة بين النزاع المرتبطة بمتعامل متعاقد وطني ومتعامل متعاقد أجنبي لنتساءل بذلك:

ما المقصود بالصفقات المبرمة مع متعامل متعاقد وطني ومتعامل متعاقد أجنبي؟ وأين تظهر مواقع التميز بينهما في تنظيم الصفقات العمومية؟ وماهي الآثار المترتبة عن ذلك؟

ثانيا: مظاهر تدويل الصفقة العمومية

في إطار العولمة، ظهرت فكرة الدولية والتي تهدف إلى توحيد القواعد المتعامل بها في علاقات المجتمع الدولي، هذه المفاهيم التي دخلت الأنظمة القانونية عن طريق منح المعاهدات الدولية درجة القانون الداخلي أو درجة أسمى منه وعليه نتساءل ما المقصود بدولية الصفقة العمومية وماهي مظاهر ذلك؟

1-مفهوم دولية الصفقة العمومية

الصفقة العمومية هي عقد إداري بتحديد القانون، ولإعطاء تعريف للصفقة العمومية الدولية كان لابد من تعريف العقد الإداري الدولي؟

---

1 المادة 147 فقرة2 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 26 من المرسوم 15-247 تعتبر دفاتر الشروط بأنها عناصر مكونة للصفقة العمومية، المصدر نفسه.

3 شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص46.

4 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر نفسه.

أ-تعريف العقد الإداري الدولي[1]

الدولة كما تبرم عقود إدارية داخلية تبرم عقودا دولية مستعملة في ذلك امتيازات السلطة العامة وهي عقود إدارية دولية تندرج تحت تسمية عقود التجارة الدولية[2] وهي تلك العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية كعقود شراء الأسلحة للحفاظ على نظامها العام وأمنها، وعقود امتياز المرافق العامة وغيرها من العقود الإدارية الدولية، يطلق على تسمية العقود الإدارية الدولية عقود الدولة، حيث يجتمع فيها خاصيتان، ارتباطها بمصالح التجارة الدولية، من خلال دخول وخروج القيم والأموال والسلع عبر الحدود، واحتواءها على بند استثنائي واتصالها بالمرفق العام.

يقصد بمعيار السلطة العامة[3] هو المعيار الذي بمقتضاه تستطيع الإدارة أن تأمر وتنهي، وهو المعيار الذي يرتبط فيه العقد بالحقوق والسلطات الانفرادية للإدارة العامة كسلطة التوجيه سلطة التعديل، سلطة الرقابة وسلطة فرض العقوبات والجزاءات على المتعاقد معها والتي يتم النص عليها في بنود العقد وفي دفاتر الشروط العامة للعقد لاسيما الشروط اللائحية التنظيمية.

أما معيار المرفق العام[4] فيعرف بمفهومين هما المفهوم العضوي والمفهوم الموضوعي، فالمفهوم العضوي للمرفق العام يقصد به الجهاز أو الهيئة أو المؤسسة التي تمارس نشاط داخل الدولة وبالتالي فكل إدارة عامة هي مرفق عام، أما المفهوم الموضوعي للمرفق العام فهو جملة الوظائف والأنشطة التي يقوم بها الهيئة أو الإدارة العامة بهدف تحقيق خدمة عامة ومنفعة عامة للجمهور، وعليه فالعقود الإدارية الدولية هي العقود التي تبرمها الدولة باستخدامها امتيازات السلطة العامة المنصوص عليها في العقد تحقيقا لمرفق عام ومنفعة عامة للجمهور، وفي نفس الوقت تتعلق بمصالح التجارة الدولية[5].

1محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان،2003، ص ص31-36.

/حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص ص 8 - 15.

/عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر،2011، ص ص316 -322.

2 هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص7.

3جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص16.

4جابر جاد نصار، المرجع نفسه، ص 18.

/مال الله جعفر الملك الحمادي، المرجع السابق ص ص94 -101.

-Duguit, traité de droit administratif, 3éd, p 61.

-M. Hauriou, précis de droit administratif, 12 éd, p17 et p 64.

5 هاني محمود حمزة، المرجع نفسه، ص 15.

وعليه يمكن أن نكيف بعض عقود التجارة الدولية التي تتوفر فيها خصائص العقد الإداري بأنها عقود إدارية دولية لوجود المعيار العضوي وهو الشخص المعنوي العام، وارتباط هذه العقود بالمرفق العام من خلال تلبية حاجات عامة للإدارة أو للمجتمع، ووجود امتيازات السلطة العامة[1].

ب-معايير تدويل العقد الإداري:

يقصد بتدويل العقد هو منحه الطابع الدولي، سواء الطابع التجاري الدولي أو الطابع الاقتصادي الدولي أو الطابع الإداري الدولي، إن فكرة التدويل جاءت في إطار العلاقات داخل المجتمع الدولي، وهي تلك العلاقات التي تكون بين الدول أو بين الدول والمنظمات الدولية أو بين الدولة كشخص معنوي عام وأشخاص القانون الخاص، وعليه نتساءل هل تم تدويل الصفقات العمومية في الجزائر، وإذا كان كذلك ماهي مظاهر التدويل في قوانينها وماهي الآثار المترتبة عن ذلك ؟

الفقهاء في بحثهم عن معايير تدويل العقد ركزوا على معيارين أساسيين هما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[2]، حيث يلعب هذين المعيارين دور فعال على المستوى الدولي وحتى على المستوى الداخلي من خلال البحث عن القانون الواجب التطبيق متى كان هناك عنصر أجنبي في علاقة ما.

-المعيار القانوني في تدويل العقد[3]

يرتكز هذا المعيار في تحديد مدى دولية العقد في تحليل الرابطة التعاقدية، للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد، فالمعيار القانوني في تدويل العقد هو ارتباط العقد الإداري بأكثر من نظام قانوني وطني، كارتباط محل العقد بقانون البلد الذي أبرم فيه أو البلد الذي ينفذ فيه أو ارتباط العقد

1 مصطفى عبد المنعم الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية،2008، المحلة الكبرى، مصر، ص26-28-27.
/ حازم بيومي المصري، المرجع السابق. ص11-12.
/ عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 321.

2 فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة أولى، مصر، 2014، ص ص60-67.

3عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 321.

بعنصر أجنبي ومن تم اعتبر العقد دوليا، وهذا ما ذهب إليه الفقيه Batiffol[1]، أما الفقيه kassis فيحصر المعيار القانوني في جنسية الأطراف واختلاف محل إقامتهم أو محل منشأتهم فقط[2].

تعتبر العناصر المكونة للمعيار القانوني والتي أوردها الفقيه Batiffol، عناصر مواكبة للتطورات السريعة لنظرية العقد الإداري على المستوى الدولي وبالتالي فهي عناصر واردة على سبيل المثال لا الحصر في تحديد دولية العقد الإداري.

لقد حاول كل من الفقيهين إعطاء مفهوم للعقد الدولي، وهو العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، إلا أن لكل منهما وجهة نظر خاصة به، فالفقيه Batiffol وضع مفهوم واسع للمعيار القانوني، في حين رأي الفقيه kassis ، هو رأي معقول لأنه حصر فكرة تدويل العقد من الناحية القانونية في جنسية أطراف العقد أو اختلاف مقر تواجدهما أو تواجد منشأتهم، وهنا تأيد الباحثة هذه الفكرة التي تدخل العنصر الأجنبي في العلاقة حتى يعتبر العقد دولي[3].

-المعيار الاقتصادي في تدويل العقد الإداري[4]:

هو معيار قضائي يقوم على أساس مدى تأثير العقد على اقتصاديات أكثر من دولة، فجانب من الفقه يعتبر أن التبادل الحركي للبضائع عبر الحدود الدولية يعتبر عامل من عوامل تدويل العقد الإداري، في حين قررت محكمة النقض الفرنسية في سابقة قضائية في 14 فيفري 1934 أن العقد الإداري يعد دوليا متى اجتاز نطاق الاقتصاد الوطني، أما جانب آخر من الفقه يرى أن العقد الدولي هو العقد الذي يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التجارة الدولية[5]، حيث أن هذه الأخيرة تتيح للقاضي سلطة تقديرية في تحديد دولية العقد الإداري.

هذا المعيار في نظر الباحثة هو معيار غامض التحديد من ناحية المفهوم وواسع التكييف من ناحية التطبيق حيث يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحليل العلاقة العقدية والبحث عن مقتضيات التجارة الدولية والتي يكون القاضي خاصة الإداري غير عالم بها.

1-Hennerie Batiffol, Encyclopédie juridique, répertoire de droit international, tome1, contrats et conventions ,Dalloz, n°9, 1968, p564.

2-Antoine kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. Paris, 1995, p24.

3 حازم بيومي المصري، المرجع السابق. ص11-12.

4 عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 321.

5 هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص ص 30-35.

2-مظاهر تدويل الصفقة العمومية في التشريع الجزائري:

أ-مظاهر تدويل الصفقة العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]

نصت المادة 1006 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "... **ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية**".

كما نصت المادة 1039 من نفس القانون على:" **يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.**".

نستنتج من هذه المواد أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الاقتصادي في تحديده لمفهوم العقد الدولي وهو المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

ب-مظاهر تدويل الصفقة العمومية في القانون المدني[2]

نصت المادة 10 فقرة 2-3 من القانون المدني على:"...**أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي أو الفعلي.**

غير أنه إذا مارست الاشخاص الاعتبارية الاجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

يتضح من هذه المادة أن الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، أما إذا مارست الأشخاص الأجنبية المقيمة في الجزائر نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.

كما أضافت المادة 50 من نفس القانون أن من حقوق الشخص الاعتباري هو الحق في الموطن، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز نشاطه فإذا كانت الأشخاص الأجنبية تمارس نشاطها في الجزائر فنستنتج حسب هذه المادة أن موطنها الجزائر، وبالتالي تخضع للقانون الجزائري، وعليه

1 المادتين 1006-1039 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.

2 المادتين 10-50 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري في القانون المدني وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أخذ بالمعيار الإقتصادي وبالمعيار القانوني في تحديد دولية العقد.

ج-مظاهر تدويل الصفقات العمومية في تنظيم الصفقات العمومية[1]

لإعطاء مفهوم للصفقة العمومية الدولية كان لابد من البحث من خلال التطورات التي شهدها مجال الصفقات العمومية في الجزائر، حيث أن هذه الأخيرة مرت بعدة قوانين وتنظيمات منذ الاستقلال إلى يومنا هذا بداية من مرحلة جزأرة القوانين، التي صدر عقبها الأمر 67-90 وصولا إلى المرسوم الجديد المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهو المرسوم الرئاسي 15-247.

نص الأمر 67-90 على إمكانية إبرام الصفقات العمومية مع المتعامل المتعاقد الأجنبي، إلا أنه لم يميز بين المتعامل المتعاقد الأجنبي المقيم والمتعامل المتعاقد الأجنبي الغير مقيم، مما دفع اللجنة المركزية للصفقات العمومية أنذاك إلى إصدار المنشور رقم 68-01 المؤرخ في فيفري 1968 والذي حاولت من خلاله تعريف المتعامل المتعاقد المقيم في الجزائر آنذاك على أنها مؤسسات أجنبية مقيمة بالجزائر هذا المنشور والقانون بين تأثير القانون الفرنسي على الصفقات العمومية، فالقانون الفرنسي الذي كان مطبق في الجزائر كان يشجع المؤسسات الاحتكارية بالمجيء إلى الجزائر في إطار مخطط قسنطينة.

إن المتصفح للأمر 67-90 يجد أن المشرع الجزائري كان متسرعا في وضع قواعده وفي عدم تمييزه بين المؤسسات الأجنبية مما يفهم منه أن العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي وفقا لمعيار الجنسية هو عقد دولي مهما كان مقر ممارسة النشاط، إلا أن المنظم الجزائري استدرك الوضع في المرسوم التنفيذي رقم 82-145 بأن أقام تمييز آخر بين النوعين من المتعاملين الأجانب على أساس الضمانات المقدمة من كل نوع من المؤسسات الأجنبية سواء المقيمة أو غير المقيمة، ويتضح ذلك من خلال المادة 24 ممن المرسوم 82-145 والتي رتبت المتعاملين المتعاقدين كالآتي: "...**1-المتعاملين العموميين الوطنيين.**

2-المؤسسات الخاصة الوطنية.

3-المؤسسات الأجنبية التي تمنح ضمانات للدولة.

4-المؤسسات الأجنبية التي تمنح ضمانات التنفيذ الجيد..."

1 الأمر 67-90 - المرسوم 82-145 - المرسوم الرئاسي 15-247، متضمنة الصفقات العمومية، مصادر سالفة الذكر.

يتبين من ترتيب المتعاملين في هذا المرسوم أن المنظم الجزائري أراد إعطاء الأولية للمؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية وبالتالي الخروج عن مبدأ المساواة بين المتنافسين، إلا أن ما يتعلق بنوع الخدمة والضمانات المقدمة ومعايير اختيار المتعهد تجعل من المؤسسات الأجنبية تقصي المؤسسات الأخرى نظرا لما لها من قوة اقتصادية ومالية.

أما المرسوم 91-434 فقد نص في المادة 18 منه على أن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات مع المتعاملين الوطنيين ومع المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر والمتعاملين الأجانب بدون الإشارة إلى أي ترتيب، وبهذا نلاحظ في إطار سياسة الاقتصاد الحر التي تبناه دستور 1989 أن المرسوم91-434 أكد على أهمية المؤسسات الأجنبية سواء المقيمة أو غير المقيمة على التراب الوطني، ودورها في تلبية الحاجات الوطنية[1].

كما بقية فكرة اللجوء إليها أمر ضروري ومفروض، وذلك راجع بالدرجة الأولى إلى التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي شهدها العالم في الكثير من المفاهيم والمصطلحات بحكم ارتباطها بالأنظمة والإيديولوجيات السائدة في العالم آنذاك، وهو ظهور النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي أدى إلى أزمة اقتصادية حادة عرفتها الجزائر آنذاك جعلتها تسعى إلى جدولة ديونها.

فارتباط الجزائر ببرنامج الأمم المتحدة للتنمية وبرنامج صندوق النقد الدولي والبنك العالمي ومنظمة السوق الأوروبية المشتركة وغيرها من المنظمات الدولية والتوقيع على المعاهدات والإتفاقيات الدولية أدى بها إلى الخضوع لشروط هذه المنظمات ومن بينها فرض فكرة الحكم الراشد في سياستها التنموية[2].

هذه الفكرة التي ثبت ظهورها سنة 1980 في المنشورات الصادرة عن الأمم المتحدة ومنشورات البنك العالمي وصندوق النقد الدولي، وما عقب منشوراتها من اعتماد الحكم الراشد الذي يهدف إلى تقليص دور الدولة في إجراءات التنمية، وخلق مؤسسات لتنظيم السوق تكون متعددة الأطراف تتدخل لإرساء الإصلاحات الاقتصادية والرأسمالية، كما يهدف هذا الحكم إلى إضعاف كل ماهو مركزي وانفرادي لصالح العمل التعاقدي في إطار المجتمع المدني وجعل وظائف الدولة موزعة.

1 المرسوم رقم91-434 المتضمن الصفقات العمومية، المصدر المشار إليه سابقا.

2 نادية بن يوسف، الإتفاقيات الدولية وجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مجلة طنجيس للقانون والإقصاد، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بطنجة، طنجيس عدد 11 سنة 2011، ص ص 115-126.

أما المرسوم الرئاسي 02-250 فقد نص في المادة 17 منه على:"**يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى ابرام صفقات تعقد مع المتعاملين الوطنيين ومع المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر، وإلى صفقات تعقد مع المتعاملين الأجانب.**".

أما المادة 18 من نفس المرسوم فقد عرفت المتعامل المتعاقد الأجنبي على أنه: "**يقصد بالمتعاملين الأجانب، في مفهوم هذا المرسوم، المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي كما نصت عليه المادة 83 أدناه وضمانات حسن التنفيذ.**"[1].

نستنتج من المواد السابقة أن المؤسسات الأجنبية المقيمة ليست متعامل أجنبي وعليه فالصفقات الدولية هي الصفقات المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي غير مقيم في مفهوم هذا النص.

أما المرسوم الرئاسي 10-236 فقد نص في المادة 22 منه على أنه :" **يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.**".

يتضح من هذه المادة من خلال استعمالها لصيغة "**الخاضعة للقانون الجزائري**" أن المنظم الجزائري قصد المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر، كما منح في المادة 23 من نفس المرسوم هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وبذلك يعتبر المؤسسات الأجنبية الغير مقيمة والتي لا تخضع للقانون الجزائري على أنها متعامل أجنبي وهذا ما يتضح من المادة 23 فقرة 2 التي نصت على:" ....**يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما هو مبين في الفقرة السابقة ومؤسسات أجنبية....**"[2].

أما المادة 44 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فقد نصت على: "...**في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى...**".

هذه المادة أجازت اللجوء إلى المؤسسات الأجنبية في إطار إبرام صفقاتها، وبالتالي تعد الصفقة في هذه الحالة دولية.

---

1 المرسوم الرئاسي02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

2 المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

أما المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقد نص في المادة 38 منه على:" **يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/أو المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم.**"[1] إن المرسوم الجديد بدوره أجاز للمصلحة المتعاقدة في مفهوم هذا المرسوم إبرام صفقات مع متعاملين وطنيين أو أجانب إلا أنه لم يميز في مفهوم المؤسسات الأجنبية بين المقيمة والغير مقيمة.

نستنتج مما سبق أن المؤسسات التي يكون مركزها في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الجزائري في الجزائر وبالتالي تخضع للقانون الجزائري، وهذا ما اتجه إليه المنظم الجزائري عند اعتماده على صياغة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية سواء الجديدة أو التنظيمات السابقة له حين ميز بين مصطلح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وهي كل المؤسسات المقيمة في الجزائر أي التي تمارس نشاطها في الجزائر، والمؤسسات الأجنبية الغير مقيمة في الجزائر[2].

الفرع الثاني: أسباب تدويل الصفقات العمومية

تنوعت أسباب تدويل الصفقات العمومية في النظام الجزائري فمنها ما يُرد إلى أسباب اقتصادية وأسباب اجتماعية ومنها ما يرد إلى أسباب قانونية، حيث سأحاول توضيح هذه الأسباب من خلال مايلي:

أولا: المشاكل الإقتصادية والإجتماعية كسبب من أسباب تدويل الصفقة العمومية

إن مشكل التخلف في جل الميادين لاسيم بعد الإستقلال وبالتحديد بعد رحيل المؤسسات والشركات الفرنسي وكذا رحيل إطاراتها التي كانت تشرف على مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، الثقافي وحتى القضائي في الجزائر لم يكن من السهل مواجهته في تلك المرحلة.

1 المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

2 المواد 10-49-50 من القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مصدر سالف الذكر.

/الأمر 67-90، المرسوم 82-145، المرسوم 91-434، المرسوم الرئاسي 02-250 والمرسوم الرئاسي 15-247 المنظمة للصفقات العمومية، مصادر سالفة الذكر.

فضلا عن سياسة التنمية التي انتهجتها الجزائر رغم بعض النتائج الايجابية التي حققتها إلا أنها فشلت في تحقيق التنمية، كما أن النقص في الموارد المالية وعدم القدرة على التحكم في التكنولوجيا لم تسمح للمؤسسات العمومية من أن تلعب دورا كاملا في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية[1].

ازداد الأمر تعقيدا مع بداية الثمانينات بسبب نقص في الموارد المالية للدولة والأزمة الاقتصادية والاجتماعية والبطالة والفقر وكذا الصعوبات المالية وعدم التحكم في التكنولوجيا ومشكلة البطالة والمديونية الخارجية وحاجة الدولة إلى المتعامل الأجنبي للتنمية في مجال البنية التحتية، وحاجتها لتميل المشاريع الكبرى خاصة بعد الاستقلال وبعد الخراب الذي خلفه الاستعمار الفرنسي من جهة ومن جهة ثانية عدم قدرة المؤسسات الوطنية في تلك الفترة، على انجاز المشاريع الضخمة كمشاريع البنية التحتية، وعليه قامت الدولة من خلال سياسة توجيه الطلبات العمومية نحوى المؤسسات الأجنبية بعد الاستقلال[2]سواء في الأمر 67-90 والمرسوم 82-145 وما عقبها من إصلاحات[3]، وتغيير في المنهج الاقتصادي في دستور 1989.

كل تلك الأسباب دفعت بالدولة إلى تدويل الصفقة العمومية كما أشرنا سابقا وذلك من خلال إدخال العنصر الأجنبي في العقد، وفي سياستها التنموية.

ثانيا: صياغة نصوص الصفقات العمومية كسبب من أسباب تدويل الصفقة العمومية

وفي إطار سياسة جزأرة القوانين صدر الأمر 67-90 لينظم الصفقات العمومية في الجزائر إلا أن المشرع في تلك الفترة لم يوفق في صياغة نصوصه حيث اعتبر هذا الأمر من حيث الصياغة امتداد للقانون الفرنسي الليبرالي الذي يقوم على مبدأ المساواة أمام المتنافسين في منح الصفقة العمومية.

وعليه فتح المشرع الجزائري باب المساواة أمام المتنافسين ليطبق القانون على المتعاملين المتعاقدين الوطنيين والأجانب في نفس الوقت، كما أن كيفية إبرام الصفقات والمتمثلة في طلب العروض كقاعدة عامة في الأمر 67-90 وكذا المنشور الوزاري رقم 08 المؤرخ في01 أكتوبر 1970

1 قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص ص 55-60.

2 عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية 2014، دار هومة، الجزائر، من ص ص153-160.

3 حمامة قدوج، المرجع السابق، ص20.

والصادر عن وزير التجارة والمتضمن تمديد قانون الصفقات العمومية على المؤسسات العمومية[1]، وبذلك طبقت قاعدة طلب العروض على الصفقات الوطنية والدولية حيث ترتب عنها نتائج وخيمة في تلك الفترة وهي توجيه سياسة الطلبات العمومية نحوى المؤسسات الأجنبية، التي حسب طلب العروض تمتلك القوة والسيطرة والنفوذ في احتكار السوق الوطنية من طرف المؤسسات المتعددة الجنسيات، مقارنة بالمؤسسات الوطنية التي تم إقصاءها بسبب ضعف مؤهلاتها التقنية والفنية مقابل منافسيها.

كما نص المرسوم 02-250 على المنافسة خاصة في المادة 20 منه، هذا الأسلوب الذي خول للمؤسسات الأجنبية احتكار السوق الوطنية، وعليه فالمشرع والمنظم الجزائري لم يعملا على حماية القطاع الوطني في تلك الفترة بتقريره مبدأ المساواة أمام المتعاملين الوطنين والأجانب، كذلك لم يوفق في تطبيق هذه القواعد على الصفقات الوطنية والدولية[2].

يظهر أيضا سبب اللجوء إلى المتعامل الأجنبي في عدم تحديد النصوص القانونية لأأساليب التعاقد تحديدا دقيقا، فالتراضي كطريقة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية له حالات خاصة غير واضحة ودقيقة مما يفتح المجال الواسع للإدارة في اللجوء إليه وبالتالي اللجوء إلى العنصر الأجنبي في التعاقد[3]، فالمادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت على: " **تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي.**".

إن رغبة المنظم الجزائري وحاجته في اللجوء إلى التعاقد الأجنبي تظهر من خلال اللجوء إلى التراضي، فالتراضي يعتبر سبب من الأسباب التي تخول المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى المتعامل الأجنبي، والتراضي هو استثناء عن القاعدة نصت عليها مختلف التنظيمات السابقة[4].

---

1 Chérif Beneadji, évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse doctorat, université d'Alger, 1991 p110.

2 المادة 20 من المسوم الرئاسي 02-250 والمادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 والمادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 هذه المواد نصت على طلب العروض، وعلى أسلوب التراضي، مصادر سالفة الذكر.

/المادة 18 من المرسوم 91-434، مصدر سالف الذكر، والتي نصت على إمكانية إبرام الصفقات العمومية مع مختلف المؤسسات دون أي ترتيب فيما بينها.

3 المرسوم 82-145، مصدر سالف الذكر، وهو أول مرسوم شجع التمويل الخارجي للصفقات العمومية وأتاح الفرصة للجوء إلى التراضي في إبرام الصفقات العمومية وبالتالي تدويل الصفقة العمومية.

4 المواد 26-27-43-44 من المرسوم 10-236، مصدر سالف الذكر.

/ المواد40-41-45-49-50 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر، وكل التنظيمات المنظمة للصفقات العمومية، هذه المواد نصت على طرق إبرام الصفقات العمومية وحالاتها.

حيث أجاز المشرع في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية وحتى المرسوم الرئاسي الجديد15-247 المتضمن الصفقات العمومية وبالتحديد في المادة 38 منه والتي نصت على: "**يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/أو المؤسسات الأجنبية، طبق لأحكام هذا المرسوم.**".

إن فكرة تدويل الصفقة العمومية كانت ولا تزال واردة لاسيما في صياغة المادة81 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على إعداد كفالة التعهد لكل شركة على حدة إذا كان التجمع المقدم للتعهد هو تجمع مختلط بين شركات خاضعة للقانون الجزائري وشركات أجنبية.

كما نصت المادة 84 من المرسوم على أن يتم النص في دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسة العامة للتنمية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة وفقا للشروط المحددة في التنظيم، كما أجاز التنظيم الجديد اللجوء إلى المناولة الأجنبية في حالة عدم استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها وهذا ما نصت عليه المادة 85 من نفس تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

فالمنظم الجزائري في إطار سياسة التنمية والإصلاحات الاقتصادية أجاز من خلال صياغته للنصوص القانونية ومن خلال اعتماد المنافسة الدولية في هذه النصوص ومن خلال نصه على أسلوب التراضيفيها، كل هذه الأسباب أدت إلى تدويل الصفقة العمومية بإبرام صفقات مع متعاملين أجانب وهذا في حالة عدم قدرة المؤسسات والشركات الخاضعة للقانون الجزائري على القيام بذلك، أو في حالة التمويل الأجنبي للصفقات والهدف الأساسي دائما هو التنمية والنهوض بالدولة وهي أهم دافع في تدويل الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: التحكيم وآثار تدويل الصفقة العمومية

إن المتصفح للبنود الواردة في بعض العقود الإدارية الدولية مثل عقود" FIDIC" [2] نجدها تتضمن القواعد المنظمة لدفاتر الشروط الدولية التي يلجأ إليها الأطراف المتعاقد وفقا للإرادتهم التعاقدية.

هذه الدفاتر والشروط تتطابق في بعض النصوص مع ما نص عليه تنظيم الصفقات العمومية الجزائري من حيث طرق الإبرام المتعامل بها كقواعد المنافسة وإرساء المناقصة، وطريقة تقييم العروض وكيفية تصحيح العروض وطرق تسوية النتازعات، كلها تؤكد على أن الصفقة العمومية، في

1المواد 38-81-84-85 من المرسوم 15-247 مصدر سالف الذكر .

2 " FIDIC" هي الأحرف الأولى ل: international des ingénieurs conseilsfédération"- والتي أعدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص281.

إطار التدويل، تعتمد على القواعد العامة لتنظيم الصفقات العمومية الدولية، والتي تجد مصدرها في هذه الصيغ من العقود الدولية[1].

وكذا الصيغ الواردة في اتفاقيات النقد والقرض التي وضعها صندوق النقد الدولي[2] كنماذج معمول بها في إطار الصفقات الممولة من هذا الصندوق والذي لجأت إليه الدولة في تمويل بعض صفقاتها، الأمر الذي نتج عنه وضع قواعد موحدة للعقود الإدارية الدولية ولدفاتر شروطها.

الفرع الأول: آثار تدويل الصفقة العمومية

أولا: التدويل وأثره على امتيازات السلطة العامة

أهم ما يميز الصفقة العمومية كعقد إداري هو امتيازات السلطة العامة، حيث يمكن للدولة في العقد الإداري أن تمارس مختلف السلطات بإرادتها المنفردة ولو لم ينص عليها العقد، كسلطة الإشراف، سلطة توجيه، سلطة تعديل العقد وسلطة توقيع العقوبات والجزاءات على المتعاقد معها، كما تتجسد امتيازات السلطة العامة كذلك في الشروط اللائحية التنظيمية التي تضعها الإدارة العامة مسبقا في دفتر الشروط والذي يكون لها سلطة تحيينه، وكذا تحيين العقد وفقا للتغيرات والتطورات التي تراها المصلحة المتعاقدة ضرورية[3].

كما للإدارة العامة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة، متى رأت ضرورة المصلحة تقتضي ذلك في المقابل نجد أن المتعاقد مع الإدارة لا يملك إلا سلطة المطالبة بالمقابل المالي في العقد أو طلب إعادة التوازن المالي للعقدأو المطالبة بالتعويض في حالة فسخ العقد.

إن هذه الحقوق والسلطات هي السلطات المستمدة من نظرية العقد الإداري الذي تجد جذورها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقضاء الدول التي استعمرتها فرنسا[4]، الأمر الذي يطرح معه فكرة امتيازات السلطة العامة في العقود التي تبرمها هذه الدول مع متعاملين أجانب لا يعترفون بالعقد

---

1 حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص ص 147-181.

/ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، لبنان، 2003، ص254، ص 326.

2 محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع نفسه، ص254، والتي أشارت إلى أن عقود الفيديك في طبعته الرابعة لعام 1987 هو النموذج الأكثر ذيوعا وانتشارا والمتطلب لكافة المشروعات الممولة من البنك الدولي والذي بدوره أشار إلى القوة القاهرة كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

3 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق من ص ص 102-120.

3 هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص ص 19-24.

الإداري، وعليه نتساءل ماهي حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة في إطار تدويل العقد الإداري وما هي الآثار المترتبة عنها؟

بالرجوع إلى المادة 71 من المرسوم رقم 82-145 والمادة 67 من المرسوم رقم 91-434، وكذلك المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 نجد أن هذه المواد[1] نصت على أنه إذا ترتب عن رفض المصلحة المتعاقدة قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بهذه المصلحة، فإنه يمكن أن تقدم استثنائيا تسبيقا جزافيا يفوق النسبة المحددة في هذه القوانين، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من المرسوم الرئاسي 02-250:" **إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي، ضرر أكيد بهذه المصلحة بمناسبة التفاوض على الصفقة، فإنه يمكن هذه المصلحة أن تقدم استثناءا، تسبيقا جزافيا يفوق النسبة المحدد في المادة 65 من هذا المرسوم وذلك بعد الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة. وتمنح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة.**".

يفهم من هذه المادة التي أحالت إلى المادة 65 من نفس المرسوم، أن التسبيق الجزافي هو تسبيق تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها في بداية تنفيذ الصفقة[2]، كالتسبيق الجزافي الذي يدفع قبل الشروع في تنفيذ الأشغال العامة والذي حدد حسب المادة 65 بنسبة أقصاها15%.

نلاحظ أن المنظم الجزائري قد قبل بصريح العبارة الرضوخ لشروط المؤسسات الأجنبية الممولة للصفقات العمومية والمتمثل في جواز دفع لها تسبيق جزافي يفوق النسبة المحدد في القانون، وذلك استثناءا وبشروط وإجراءات حددها المرسوم، مما يدل على أن المؤسسات الأجنبية الممولة للصفقات العمومية تضغط على الدولة في إطار ممارستها للسلطة ولتحديدها القانوني.

كما أن البنك الدولي أيضا يجبر الدول المقترضة التي تلجأ إليه، إلى تكييف تنظيمها مع تعليمات هذا البنك، وحيث أن الجزائر انضمت إلى اتفاقية البنك الدولي بمقتضى المرسوم63-320 والذي نص في مادته الأولى على مايلي:" **يرخص للجمهورية الجزائرية الانضمام للاتفاق الخاص بالبنك الدولي للإنشاء والتعمير بتاريخ 22جويلية1944.**"[3].

---

1 المادة 71 من المرسوم رقم 82-145، والمادة 67 من المرسوم رقم 91-434، والمادة 66 من المرسوم الرئاسي 02-250، مصادر سالفة الذكر.

2 المادتين 109 -110من المرسوم الرئاسي15-247 المنظم للصفقات العمومية، والتي عرفت التسبيق وحددت شروط دفعه، مصدر سالف الذكر.

3 المادة الأولى من المرسوم رقم 63-320 المؤرخ في 30أوت1963 والمتضمن الانضمام إلى اتفاقية البنك الدولي، الجريدة الرسمية عدد 63 الصادرة في 1963.

تدل هذه المادة على أن الجزائر والدول المقترضة ملزمة بالخضوع لدفاتر الشروط النموذجية المحددة من طرف البنك الدولي أو إلى نماذج عقود معترف بها على المستوى الدولي ومقبولة لدى البنك الدولي وبالتالي على المصلحة المتعاقدة المستفيدة من القرض إعداد دفاتر الشروط النموذجية الخاصة بصفقاتها طبقا للدفاتر المقبولة من البنك.

وبمفهوم المخالفة تمارس الدولة في جوانب أخرى امتيازات السلطة العامة وهذا ما يظهر في المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي نصت على: "**يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شراكة مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون.....ويجب أن يتضمن عرض المتعهد الأجنبي، تحت طائلة رفض عرضه، التزاما بتلبية الشرط المذكور في الفقرة أعلاه..... وإلا ترتب عليه فسخ الصفقة...**"[1]، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إن هذه المادة بدورها تضع التزامات على عاتق المؤسسات الأجنبية في إطار ممارسة الدولة للسلطة العامة من خلال فرض الدولة على هذه المؤسسات الأجنبية قبل تقديم تعهدها التعهد بالاستثمار مع المؤسسات المقيمة في الجزائر وإلا فسخت معها الصفقة لمخالفتها للتعهد المقدم مع العرض.

مما سبق نستنتج أن نصوص تنظيمات الصفقات العمومية تقيد امتيازات السلطة العامة أحيانا في مجال إبرام الصفقة العمومية، وتمنحها ممارسة سلطتها وفرض شروطها على المتعاقد معها ولو كان أجنبي أحيانا أخرى الأمر الذي يجعلنا نتساءل ماهي أثار تدويل الصفقة على تحديد المسؤولية؟

ثانيا-التدويل وأثره على المسؤولية

إن الخضوع والتبعية والتقييد في ممارسة سلطات الدولة لا يظهر فقط من خلال التسبيق الجزافي الذي أشرنا إليه سابقا، وفي حالة التمويل الدولي للصفقة المشار إليه سابق، وإنما يظهر أيضا في مجال الإعفاء من المسؤولية حيث يستطيع المتعامل المتعاقد الأجنبي الدفع بالقوة القاهرة أو بشرط تجميد التشريعات الوطنية للتهرب من المسؤولية.

1المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

أما بالنسبة للقوة القاهرة نجد أن الشرط الخاص بتحديدها يختلف من دولة لأخرى باختلاف النظام، وعليه توجد بعض الدول التي تحدد الظروف التي تكون بصدد القوة القاهرة[1]، والبعض الآخر لا يقوم بحصرها[2]، حيث تعتبر كل الظروف التي تخرج عن إرادة الطرفين والغير متوقعة ولا يمكن دفعها قوة قاهرة.

المشرع الجزائري تطرق إلى القوة القاهرة في المادة 106 -176- 307 من القانون المدني[3] حيث يمكن للمتعاقد أن يتحلل من مسؤوليته إذا كان التنفيذ مستحيلا لسبب خارج عن إرادته، أما المنظم الجزائري في تنظيمات الصفقات العمومية فقد نص في المادة 95 من الأمر 67-90 والمادة 78 من المرسوم 91-434 والمادة 78 من المرسوم الرئاسي 02-250 على فكرة القوة القاهرة والتي تعفي من المسؤولية.

أيضا المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت على البيانات الإلزامية للصفقة العمومية[4] والتي من بينها النص على كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة ما يلاحظ على هذه المادة أن المنظم الجزائري لم يعتمد على أي طريقة من طرق تحديد القوة القاهرة، بل ترك تحديدها وفقا للطريقة الأنجلوساكسونية إلى إرادة الأطراف المتعاقدة عند إبرام الصفقة العمومية.

ثالثا-التدويل والقانون الواجب التطبيق على الصفقة العمومية

إن صياغة تنظيمات الصفقات العمومية في المادة55 من المرسوم82-145[5] والمادة 51 من المرسوم 91-434[6] والمادة 50 من المرسوم 02-250 [7]وحتى المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من خلال فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق يفهم منه أن المنظم الجزائري ترك المجال

1عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 1989، ص 159، أشار إلى الطريقة الأنجلوساكسونية في صياغة القوة القاهرة، والتي تعتمد على تحديد كل حالات القوة القاهرة على سبيل الحصر وتحدد آثارها على سبيل الافتراض.

2عمار معاشو، المرجع السابق، ص 159 أشار إلى الطريقة الفرنسية في صياغة القوة القاهرة والتي حددت شروطها دون تحديد حالاتها، وهو ما أخذ به المنظم الجزائري في مجال الصفقات العمومية في المادة 147 فقرة 4-5 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر، كما نصت المادة 95 من نفس المرسوم على البيانات الإلزامية للصفقة العمومية والتي من بينها تحديد كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة.

3 المواد 106-107-307 من القانون المدني، مصدر سالف الذكر.

4 المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر نفسه.

5 المادة 55 من المرسوم رقم 82-145، مصدر سالف الذكر.

6 المادة 51 من المرسوم 91-434، مصدر سالف الذكر.

7 المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مصدر نفسه.

للمتعاقدين للاتفاق على تطبيق أو عدم تطبيق القانون الوطنية، وهذا ما يتضح على سبيل المثال في المادة 153 المشار إليها سابقا من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على:" ... **يجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها...**"، هذه المادة جاءت تحت عنوان التسوية الودية للنزاعات[1].

لنطرح التساؤل التالي هل البحث عن عناصر القانون المذكورة في المادة 153 يفهم منها أن في صفقات المؤسسات الوطنية يحق الاتفاق على استبعاد القانون الوطني من التطبيق على نزاعاتها، أم المنظم الجزائري قصد بذلك الصفقات المبرمة مع المتعامل الأجنبي سواء المقيم في الجزائر أو المتعامل الأجنبي الغير مقيم، وهل أن المشرع اعتبر لجنة التسوية الودية للنزاع بمثابة هيئة تحكيم داخلي تفصل في النزاع وهنا لها البحث في عناصر القانون المقترح في العقد؟

إن النص اعتراه الغموض، في حين كان من الأصلح ترك هذا الشرط والحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق للاتفاقيات الدولية.

رابعا-التدويل وفكرة التحكيم في الصفقة العمومية

بالرجوع إلى عقود الأشغال الدولية وبالتحديد إلى عقود "الفيديك" التي أشرنا إليها أعلاه[2]، وعقود البوتBOT وهي الأحرف الأولى للكلمات الإنجليزية Build-Operate-Trasfer والتي تعني عقود البناء التشغيل ونقل الملكية، هذه العقود التي تتضمن عدة عقود تحت مصطلح عقود البوت، مثل عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، عقود البناء والإيجار ونقل الملكية، عقود الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية، وهي العقود التي أشار إليها التنظيم الجديد للصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 والذي جاء تحت تسمية عقود تفويضات المرفق العام ليصبح تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

هذه العقود أي عقود البوت[3] هي عقود معقدة ومركبة تتضمن قواعد قانونية مختلطة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، حيث تبرم وفقا لإجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ووفقا لمبدأ المنافسة وهي عقود ذات طبيعة إدارية.

---

1 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.
2 حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص ص 147-181.
3 مصطفى عبد المنعم الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، دون طبعة، مصر، 2008، ص15، حدد تعريف وصور عقود البوت وإجراءات إبرامها وحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

كما أن اتفاقية نيويورك لعام 1958[1] واتفاقية واشنطن[2] واتفاقية البنك الدولي نجدها كلها تضمنت في بنودها الإشارة إلى التحكيم كطريق من طرق تسوية المنازعات، هذه الاتفاقيات التي صادقت عليها الدولة.

إن أهم الشروط التي وضعتها الإتفاقيات الدولية السابقة هي شرط اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها الدول والتي ترى فيها حاجة الدولة إلى الموارد والتكنولوجية الحديثة من أجل التنمية، الأمر الذي طرح إشكالية مدى جواز لجوء الدولة وأشخاصها المعنوية العامة الداخلية إلى التحكيم في عقودها خاصة العقود الإدارية والتي تمارس فيها الدولة سلطتها وامتيازاتها

وحيث أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية بنص القانون ارتأينا البحث في إشكالية مدى جواز اللجوء إلى التحكيم فيها لتسوية المنازعات المترتبة عنها خاصة الصفقات الداخلية وذلك من خلال البحث في شرعية التحكيم في العلاقات الدولية، وكذا البحث في موقف التشريع والقضاء والفقه من التحكيم في الصفقات العمومية، وهل أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في الصفقات العمومية مثل ما فعل المشرع المصري والمغربي حين أجاز التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية دون تمييز أم أن المشرع خص التحكيم في نوع معين من الصفقات وهي الصفقات المبرمة مع المتعامل الأجنبي دون غيرها من الصفقات؟

الفرع الثاني: التحكيم في العقد الدولي

لقي التحكيم ازدهارا وانتشارا في الآونة الأخيرة نظرا لما يتسم به من ميزات من ناحية ونظرا لما انفرد به في العلاقات الدولية من ناحية أخرى باعتبار أن سلطة الدولة لا تعلوها سلطة أخرى، ولا توجد سلطة قضائية دولية موحدة للقواعد التي تحكم المجتمع الدولي الذي يتميز بصراعات المصالح في مختلف المجالات، وعليه نتساءل من أين يستمد التحكيم شرعيته، وهل يمكن إعماله حتى في العلاقات الداخلية للدولة أم أنه يقتصر على العلاقات الدولية.

أولا: شرعية التحكيم في العقود الدولية

1-الشرعية القانونية للتحكيم في العقود الدولية

1 المرسوم رقم 88-233المؤرخ في05 نوفمبر1988 والمتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، جريدة رسمية عدد 48 الصادرة في 23 نوفمبر1988.

2 المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر1995 والمتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، جريدة رسمية عدد 66 الصادرة في 05 نوفمبر1995.

التحكيم اتفاق بين طرفين يستمد فيه المحكم، وهو الشخص الذي يفصل في النزاع، سلطته من إرادة الأطراف وبهذا قد يخرج عن تطبيق القواعد القانونية الوطنية ويطبق القواعد التي ارتضاها طرفي النزاع[1].

وبهذا المفهوم يرى جانب من الفقه[2] أن التحكيم يستمد شرعيته من إرادة الأطراف، هذه الإرادة التي تستند إليها كافة العقود التي ينظمها القانون، إلا أن ما يميز عملية التحكيم، هو أن عمل المحكم هو عمل قضائي تحكمه المبادئ الأساسية التي تحكم الوظيفة القضائي، كما أن اتفاق التحكيم يتجاوز في مضمونه مضمون العقود الأخرى التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة من خلال البحث في النزاع والوصول إلى حكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه، فالتحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات سلطان الإرادة ومقتضيات التنظيم القانوني للمجتمع.

كما أن أصل الوظيفة القضائية هو التحكيم، فقبل قيام الدولة لم يكن أمام الخصوم سوى الالتجاء إلى التحكيم ولم يكن هناك من ضمان لتنفيذ حكم المحكم سوى العهد الذي قطعوه على أنفسهم باللجوء إلى التحكيم لتسوية خلافاتهم، وبقيام المجتمع وقيام الدولة وجدت المصلحة العامة وبذلك أخذت الدولة على عاتقها مسؤولية تأمين المصلحة العامة وتأمين السلام الاجتماعي[3].

ورغم ظهور القضاء إلا أن التحكيم تطور وبقي هو الأصل التاريخي للوظيفة القضائية، وأصبح القضاء هو البديل للتحكيم، خاصة في حالة تعذر إعمال التحكيم بسبب عدم اتفاق الأطراف أو في حالة وجود سبب يمس بالمجتمع بذاته كالمساس بالأمن والنظام العام.

غياب السلطة القضائية في المجتمع الدولي وما شهده العالم مع نهاية القرن19 من ازدهار في التجارة الدولية وظهور الشركات المتعددة الجنسيات وتعدد الاتفاقات الدولية، بين اتفاقات ثنائية واتفاقات متعددة الأطراف كل ذلك أدى بالعلاقات التجارية الدولية نحو التحرر من قانون الدولة كقواعد الإسناد في القانون الداخلي والخضوع لقواعد أخرى مصدرها قانون تجاري مهني وقوامه العقود النموذجية والعادات السائدة في العلاقات الدولية مما استلزم وجود قضاء يحكم الخلافات التي تترتب عن العلاقات التجارية الدولية، وحيث أن القانون الداخلي والقضاء الداخلي غير ملم بالقواعد والأعراف الحاكمة للتجارة الدولية وللعقود الدولية المركبة والمعقدة.

---

1 أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، مصر،2006 ، ص 223.

2 مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 1998، ص 51.

3 مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 53.

ونظرا لغياب الدولة العالمية والسلطة القضائية الدولية التي تخضع لها الدول فقد اضطرت الدول في العلاقات التجارية الدولية أن تلجأ إلى التحكيم كنظام قضائي وحيد في مجال المعاملات الدولية.

وبذلك أصبحت العقود الدولية النموذجية تحتوي غالبيتها على شرط التحكيم في العلاقات بين الدول والشركات الأجنبية، وبين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمار، كما انتشرت مراكز وهيئات التحكيم الدائمة المتخصصة في إدارة عمليات التحكيم، وصارت لهذه الأخيرة إجراءات خاصة بها[1].

2-الشرعية الواقعية للتحكيم في العقود الدولية

إن الدور الإيجابي الذي يلعبه التحكيم في العلاقات الدولية مقارنة بغياب سلطة قضائية تعلو إرادة الدول جعلت من التحكيم النظام القضائي الوحيد لتسوية النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية، فالتحكيم لم يرتكز فقط على الشرعية القانونية التي مردها سلطان الإرادة، وغياب سلطة القضاء وإنما يستمد شرعيته من وقائع مبررة ومفسرة لوجوده وهو ما سنتناوله في النقاط التالية:

أ-الوقائع المبررة لوجود التحكيم[2]

تتمثل الوقائع المبررة للتحكيم في المزايا التي يحققها هذا الأخير، حيث يؤكد الفقهاء، على أن التحكيم يحقق مزايا عديدة مقارنة بالقضاء يمكن إجمالها في العناصر التالية:

إن طول وتعقيد الإجراءات أمام المحاكم يؤدي إلى ازدياد عدد المنازعات نظرا لزيادة السكان وزيادة معامل التعامل بين الناس، هذه الزيادات التي لا تقابلها زيادة في عدد القضاة[3] مما يؤدي إلى كثرة القيود الشكلية والزمنية التي يفرضها القانون حتى ينظم عمل القضاة وينظم المسار القضائي للمنازعات لاسيما من خلال تعدد درجات التقاضي وانتظار المواعيد وإتباع الإجراءات، كل ذلك يتطلب فترات من الزمن قد تطول، في الوقت الذي تحتاج فيه المنازعات المرتبطة بالمرفق العام والخدمة العامة وكذا مرافق الأمن والدفاع وغيرها من المرافق السرعة في إنجازها.

1 اتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن، صادقت عليهما الجزائر على التوالي، بموجب المرسوم رقم 88-233 والمرسوم رقم 95-346، مصدر سالف الذكر.

2 مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 53.

3 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص68-69.

إن التحكيم في هذه الحالات هو العلاج لبطء العدالة، فالمحكم المختار يكون متفرغا للفصل في النزاع المحكم فيه، كما أن الخصوم يمكنهم من الاتفاق على إجراءات سريعة وبسيطة للوصول إلى حكم قابل للتنفيذ دون المرور على درجات التقاضي[1].

كما أن نقص الخبرة والكفاءة لدى الكثير من القضاة خاصة في الدول الحديثة الاستقلال والحديثة النشأة والدول النامية حال دون قدرة القضاة على الوصول إلى حل عادل وسريع للمنازعات التي تبلغ حد كبير من التعقيد، خاصة المنازعات المرتبطة بالمعاملات الدولية كمعاملات التجارة الدولية وعقود الأشغال الدولية وعقود الامتياز والاستثمار كل ذلك يؤدي إلى نفور المتعاملين من هذه الدول خوفا من الخضوع في منازعاتهم لقضائها واتجاههم إلى جعل الاختصاص لقضاء دولة أخرى أو لقضاء التحكيم[2].

ميل القضاء إلى اعتبار المنازعة الدولية مثل المنازعة الداخلية ومعاملتها بنفس المعاملة[3] رغم ما تتميز به المعاملة الداخلية عن المعاملة الدولية، الأمر الذي كان سببا للجوء المتعامل الأجنبي إلى التحكيم، فالعلاقات الدولية كثيرا ما يكون القاضي فيها ملزما بتطبيق قانون أجنبي تحدده قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، في الوقت الذي لا يكون فيه القاضي ملم بأحكام ذلك القانون الأجنبي من تحقيق أو عدم تحقيق للعدالة.

كما أن العلاقات الدولية صارت خاضعة لقواعد موضوعية مستقلة عن القواعد الوطنية خاصة في العلاقات التي تتم في مجال العقود كما أشرنا سابقا فهذه العلاقات أصبحت لها عقود نموذجية[4] معمول بها تتضمن بنود وشروط قد لا تتواجد في الأنظمة القانونية لبعض الدول مثل ما كان عليه الحال في بعض الدول الفرانكفونية والتي تجد في هذه النماذج من العقود شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي.

---

1 عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، دون طبعة، مصر،2008، ص ص 41-43. /شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطها، دار الفكر والقانون الطبعة الأولى، مصر، 2011، ص ص94-99.

2 شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص98. /عصمت عبد الله الشيخ، المرجع نفسه، ص42.

3 مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص61-62.

4 المادة الأولى من المرسوم رقم 63-320 المؤرخ في 30أوت1963 والمتضمن الانضمام إلى اتفاقية البنك الدولي، والوارد في الجريدة الرسمية العدد 63، غير منشورة./ المرسوم 88-233 والمرسوم 95-346، متضمنين على التوالي مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن، مصدر سالف الذكر./ حازم بيومي المصري، مرجع سابق، ص ص147-181./ أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، 2005، ص 70./مصطفى عبد المنعم الحبشي، مرجع سابق، ص ص15- 18.

هذه العقود والعلاقات تحكمها العادات والأعراف المهنية الدولية مما يحتاج معه إلى قاضي متخصص وهذا ما لا يوفره وما لا يضمنه القضاء الوطني، وفي نفس الوقت نجد أن التحكيم هو الحل الوحيد والأمثل في مثل هذه العلاقات، حيث توجد قوائم اسمية لمحكمين عرب وأجانب في هيئات التحكيم الدائم الوطنية منها والدولية على حد سواء هؤلاء المحكمين الذين يكونون متفرغين ومتخصصين في مثل هذه العقود والمعاملات الدولية ولهم خبرة في هذا المجال[1].

تتميز بعض المنازعات بالطابع الفني خاصة تلك المنازعات المرتبطة بثورة العلم والتكنولوجيا التي شهدها المجتمع المعاصر مثل المنازعات المرتبطة بمسؤولية المقاول والمهندس المعماري ومسؤولية الناقل البحري والجوي أو مسؤولية الطبيب، أو المسؤوليات المترتبة عن عقود الشراكة في مجال الاستثمار والأعمال المصرفية، هذه المنازعات وغيرها، لا يستطيع القاضي الفصل فيها دون الاستعانة بأهل الخبرة ممن لهم دراية بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها، وبذلك صار الفصل في هذه النزاعات بحاجة إلى خبير في مجاله[2]، وهو غاية التحكيم حيث يلجأ الخصوم إلى التحكيم منذ البداية ليقوموا باختيار المحكم ممن يتمتع بالخبرة وبصفة القاضي في نفس الوقت، وهذا اختصار في الوقت والإجراءات والنفقة[3].

إن العقود التي ظهرت مؤخرا، والتي أفرزتها الحياة الاقتصادية، كعقود مركبة ومستحدثة، هي عقود بالغة التعقيد، وسريعة التطور مثل العقود المتعلقة بالاستثمار، عقود التنمية، اتفاقات البحوث واستعمال براءات الاختراع والحصول على المعرفة الفنية في مجالات التصنيع والتجارة وغيرها[4]، كما أن هذه العقود نشأت بعيدة عن القواعد القانونية التقليدية، كما تواجه مسائل فنية بالغة التعقيد وتظل

---

1 طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2011، ص ص 44-61.

2 المواد 125-126-129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصت المادة 126 على": **يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة**."، القاضي قد تصعب عليه بعض النزاعات فيحتاج توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة أو خبرة أو مترجم أثناء القيام بالخبرة، وعليه يستعين بذوي الخبرة.

3 محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، 2009، مصر، دون طبعة، ص ص17-22.

4 حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية،دون طبعة، لبنان 2003، ص ص 174-193 حددت نماذج من عقود الدولة كعقود تسليم المفتاح، وعقود تسليم المنتج في اليد، عقد المساعدة الفنية، عقد الخدمات، عقد المقاولات العامة، عقد المشروع المشترك، عقود المشاركة.

/ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر،2006، ص ص33- 50، أشار فيها إلى الأشكال التقليدية والأشكال الحديثة للعقود التي تبرمها الدولة في إطار الاستثمار.

سنوات طويلة حتى تثير انتباه فقهاء القانون إليها واهتمامهم بتحليلها والتعرف على موضعها في النظام القانوني، حيث أن القاضي يكون في كثيرا من الأوقات في حيرة من تحليلها والتصدي لها، الأمر الذي يتفاداه الأطراف المتنازعة من خلال دعوة أنفسهم إلى اختيار طريق التحكيم ضمانا لما ينشأ من منازعة قد تفرزها هذه العقود، كما أن المتنازعين يفضلون اللجوء إلى التحكيم نظرا لما يتميز به من سرية وحماية لسمعتهم ومعاملتهم مع الغير خاصة الغير المنافس، فالتحكيم مثلا يخفي أمر التأخير في التنفيذ إذا كان هو سبب المنازعة أو إذا كان سبب المنازعة هو عيب خفي في توريد أو تصنيع بعض المنتوجات، فالتحكيم يحجب العيب على المنافسين والغير، خاصة وأن المنتوج الجديد قد تظهر فيها عيوب.

التحكيم يتميز بالسرية في تحديد موضوع النزاع، وعليه فإن أطراف العلاقة كثيرا ما يرون أن من مصالحهم المشتركة الاتفاق على عدم طرح النزاع على القضاء وإنما على التحكيم[1].

ب-الوقائع المفسرة لوجود التحكيم

إن ازدهار التجارة الدولية وانتشار العقود التي تنظم معاملاتها في المجتمع الدولي خاصة في مجال الاستثمار، لاسيما في نهاية القرن التاسع عشر[2]، ساهم في اتجاه الدول إلى المشاركة في الأنشطة الاقتصادية، وفي التجارة العالمية وإنشاء مشروعات مشتركة، كما ظهرت مؤسسات التمويل والإقراض الدولية والتي لعبت دور فعال في ازدهار التجارة، أيضا ظهور صناديق الاستثمار الدولية والإقليمية، ودخول البنوك العالمية كممولة للصفقات العالمية بهدف إنشاء المشاريع المشتركة الضخمة التي تطالب بها الدول من أجل نموها الاقتصادي، وإنشاء أساطيل النقل عبر البحار، وعملية نقل البضائع بين القارات المختلفة، والتأمين على هذه العمليات من طرف شركات تأمين عالمية، كل ذلك دعا إلى وضع نظام دولي جديد لتسوية المنازعات التي تنشب عن عملية تنفيذ هذه العقود، الأمر الذي أدى إلى زيادة اللجوء إلى التحكيم الدولي، والذي اعتبر نظاما قضائيا عالميا، بل أصبح مجالا خصبا للدراسات والمؤتمرات وإبرام الاتفاقيات على المستوى الدولي[3].

إن استقلال الدول التي كانت مستعمرة خاصة دول شمال إفريقيا ودول أسيا، كذلك ظهور دول جديدة منفصلة عن دول قديمة واتجاه هذه الدول نحو إحداث نظام قانوني خاص بها محل النظم

1 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 20.

2 رقية رياض، التحكيم وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص 8.

3 عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص ص157-159.

/قادري عبد العزيز، المرجع السابق، من ص ص55-60.

/رقية رياض، المرجع نفسه، ص4-5.

الغربية المستعمرة والتي كانت سائدة، هذه الأسباب دفعتها للبحث عن متطلبات التنمية من خلال خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية فيها، وقد كان من نتيجة ذلك في ميدان التجارة الخارجية أن أصدرت معظم الدول النامية تشريعات أخرى تنظم الاستثمار ونقل التكنولوجيا بشكل يضمن التوفيق بين المصالح المباشرة لأطراف هذه العقود، مما استلزم معه اللجوء إلى التحكيم لتنظيم هذه العلاقات الغير متوازنة بين الدول الضعيفة وهي الدول النامية والدول القوية وهي الدول الغربية والشركات المتعددة الجنسيات.

عولمة النظام الليبرالي[1]، وتطوره وانتشاره عقب حرب الخليج وما سعى له هذا النظام كنظام دولي جديد يقوم على العولمة، ترتب عنه تغيير العديد من الدول من سياستها الاشتراكية إلى سياسة ليبرالية عبر إصلاحات قانونية، تلك السياسة التي تسمح بطبيعتها بظهور المشروعات الاقتصادية العملاقة وسيطرتها على صياغة العقود وفرض الشروط التعاقدية التي تحقق مصالحها بما فيها شرط التحكيم.

ظهور الشركات المتعددة الجنسيات وسعيها في التخلص من النظم القانونية الوطنية التي تعتبر عائقا أمام نشاطها، كما سعت هذه الشركات أيضا إلى إيجاد نظام قانوني خاص بها، موحد يقوم على المفاهيم الغربية، أساسه سلطان الإرادة، وحرية الأطراف وحرية التعاقد، وبالفعل كان التحكيم هو النظام الوحيد الذي استخدم لتحقيق تلك الأهداف، باعتباره يسمح للأطراف باختيار القواعد التي يرونها أصلح لهم مثل اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

نخلص مما سبق أن تزايد المعاملات بين الدول العربية والدول الغربية، وبالتحديد بين الدول النامية والدول المتقدمة في مجال عقود التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المشروعات المشتركة وغيرها من العقود دفع بالدول العربية كمصر والأردن والمغرب وكذا الجزائر إلى تبني التحكيم كوسيلة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، مما يجعلنا نتساءل ماهو الأساس القانوني للتحكيم في عقود الصفقات العمومية الدولية؟

ثانيا: الأساس القانوني للتحكيم في العقد الدولي

يقوم التحكيم على أساسين هما، سلطان الإرادة والذي يتمثل في إبرام الاتفاق المتضمن اللجوء إلى التحكيم هذا الاتفاق الذي يكيفه جانب من الفقه على أنه عقد قائم بذاته ومستقل عن العقد المتضمن العلاقة التجارية أو الاستثمارية بين طرفي العقد الأصلي، حيث يتخذ هذا العقد أو الاتفاق على التحكيم شكل شرط التحكيم، أو اتفاقية تحكيم، في حين يتمثل الأساس الثاني في وجود نص قانوني يجيز اللجوء إلى التحكيم الأمر الذي يطرح التساؤل التالي:

1مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص53.

من أين يستمد للتحكيم شرعيته في صفقات الدولة الجزائرية؟

1-التحكيم في الاتفاقيات الدولية

تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية أهم مصدر من مصادر القانون الدولي، وهي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تضعها الدول وتلتزم بها حيث تصبح بالنسبة لها قواعد ملزمة تترتب عنها جزاء في حالة مخالفتها.

تم تنظيم العلاقات الدولية بموجب الاتفاقيات الدولية، ففي عام 1958 أبرمت اتفاقية نيويورك، التي حلت محل اتفاقية جنيف لعام 1927، وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. ثم تلاها الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم الدولي والموقع عليها بتاريخ 21أبريل1961 في جنيف والتي تبعتها اتفاقية الترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية والتي وقعتها الدول المنضمة للاتفاقية في 17ديسمبر1962[1].

وفي 17مارس1965 تم التوقيع على الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية بين الدول ورعايا الدول الأخرى، هذه الاتفاقية التي أنشأت المركز الدولي للتحكيم في المنازعات الاستثمارية.

كما تم إنشاء عدة مراكز للتحكيم الدولي في الدول الكبرى مثل المعهد الهولندي للتحكيم. وهيئة التحكيم الأمريكية، ومجمع المحكمين المعتمد بلندن، ومحكمة التحكيم بغرفة التجارة في زيورخ. وهيئة التحكيم بغرفة التجارة في ستوكهولم في السويد، ومحكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس ICC[2].

مما سبق يتبين أن التحكيم يجد أساسه القانوني في القواعد القانونية الدولية التي وضعتها الاتفاقيات الدولية والتي حددت شروط وإجراءات اللجوء إلى المراكز التابعة لها من أجل تنظيم عملية التحكيم، أو أنها نظمت شروط وإجراءات الاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، وبذلك ساهمت الدول الغربية وعلى غرارها المنظمات العربية الدولية[3] في ازدهار وانتشار التحكيم من خلال وضع القواعد المنظمة له وإنشاء المراكز الخاصة بإعماله، مما يجعلنا نتساءل:

ماهو موقف الدولة الجزائرية من التحكيم؟

1 رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية-درسة مقارنة، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة 2010، ص ص 114-116.
2 رقية رياض، المرجع السابق، ص8.
3 رقية رياض، نفس المرجع، ص10-11.

2-موقف الجزائر من الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم

أول اتفاقية صادقت عليها الجزائر بعد الاستقلال هي اتفاقية ايفيان لسنة 1962 والتي تناولت في شقها السياسي استقلال الجزائر والاعتراف بسيادتها، أما في شقها الاقتصادي فتناولت التعاون بين الجزائر وفرنسا[1]، ومن أجل ضمان فرنسا لمصالح شركاتها فقد نصت في الشق القانوني للاتفاقية على الضمانات القانونية المتمثلة في التحكيم كوسيلة لحل النزاعات بين الجزائر وفرنسا.

وقد تدعم التحكيم لاحقا من خلال العقود والاتفاقيات المبرمة سواء بين الجزائر وفرنسا، خاصة اتفاق 26جوان1963، واتفاق 29جويلية1965 وبروتوكول اتفاقية 19أكتوبر1968 بين الجزائر- شركة سوناطراك- وشركة جيتي الأمريكية[2].

ونظرا لما خلف النظام الاستعماري من خراب واستغلال وما ترتب عن اتفاقية ايفيان من مساس بسيادة الدولة واستبعاد قضائها من نظر المنازعات، حاولت الجزائر أن تتخلص من اتفاق 26جوان1963 من خلال طلب مراجعته في جويلية 1965 على اعتبار أنه يمس بسيادة الدولة.

كما رفضت الجزائر آنذاك الانضمام إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في10جوان 1958 والمتضمنة الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في الوقت الذي كانت فرنسا قد عملت بها منذ وجودها في الجزائر.

إلا أنه لاحقا ولأسباب اقتصادية واجتماعية وسياسية ونظرا لإصلاحات التي جاء بها دستور 1989 فقد غيرت الدولة من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، وبدأت تتجه نحو تحرير الاقتصاد من خلال سياسة الخوصصة وفتح باب الاستثمار أمام لخواص والأجانب في تمويل وتنفيذ صفقاتها[3]، وبالفعل قامت الجزائر على غرار هذه الإصلاحات بالمصادقة على عدة معاهدات واتفاقيات دولية تنظم التحكيم وتعترف بتنفيذ أحكامه مثل اتفاقية واشنطن واتفاقية نيويورك[4] .

---

1 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 10-12.

2 محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، دون طبعة، الجزائر 2008، ص12. /مرسوم 63-384 المؤرخ في 14سبتمبر1963 والمتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم وملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26جوان1963، الجريدة الرسمية عدد67 لسنة 1963.

3 المادة الأولى من المرسوم رقم 63-320 المؤرخ في 30أوت1963 والمتضمن الانضمام إلى اتفاقية البنك الدولي، والوارد في الجريدة الرسمية العدد 63 لسنة 1963.

4 المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في05 نوفمبر1988 والمتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، جريدة رسمية عدد 48 الصادر في 23نوفمبر1988.

كما أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية، كالاتفاق الجزائري الدانماركي المتعلق بالقرض والذي يحيل الأطراف إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع[1]، وكذلك الاتفاق الجزائري المغربي لعام1963 والمتضمن النقل الجوي والذي نص على شرط التحكيم في المادة22 منه[2].

مما سبق يتبين أن الجزائر كانت في إطار السياسة الاشتراكية رافضة للتحكيم وللانضمام للمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي رأت فيها استغلال ومساس بالسيادة الوطنية واعتبرتها قواعد لم تشارك في وضعها إلا أن موقف الدولة تراجع لتقوم بالمصادقة على هذه الاتفاقيات وبذلك فتحت باب الجدل حول مدى جواز التحكيم في العقود لاسيما الإدارية منها، وعليه نتساءل هل إعمال التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، فيه حقا مساس بسيادة الدولة، أم أن طبيعة هذه المنازعات لا تمس بالسيادة؟ وما المقصود بسيادة الدولة.

المبحث الثاني: التحكيم ومبدأ السيادة في الصفقات العمومية

أثار التحكيم في مجال العقود الدولية بالدرجة الأولى باعتباره أسبق ظهورا على التحكيم في العقود الداخلي، جدلا كبيرا بين فقهاء القانون خاصة القانون العام، حيث اعتبروه ماسا بسيادة الدولة، هذا الجدل والخلاف الذي ظهر أيضا من خلال مواقف القضاء الداخلي، خاصة عندما يعرض عليه نزاع يتضمن إشكالية عدم تعين المحكمين أو إشكالية تحديد اختصاص المحكم وغيره من الدعاوى التي تجعل القضاء عند نظر النزاع يحكم أحيانا بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم.

وحيث أن القضاء يواكب التوجهات القانونية في الدولة نجد بأن الجزائر كغيرها من الدول النامية منعت اللجوء إلى التحكيم في أوقات إلا أنها تراجعت وأجازت التحكيم في أوقات أخرى، كما أن مواقفها القانونية تباينت أيضا من خلال صياغة النصوص التي أحيانا نجدها تحظر اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة وأحيانا أخرى تجيز التحكيم معتمدة دائما على فكرة السيادة، وعليه نتساءل:

/المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر1995 والمتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، جريدة رسمية عدد 66 الصادرة في 05 نوفمبر1995.

1 الأمر73-25 المؤرخ في 05 جوان1973 والمتضمن الاتفاق الجزائري الدانماركي الخاص بالقرض، الجريدة الرسمية عدد49 الصادرة في 19 يونيو1973.

2 المرسوم رقم 63-294المؤرخ في 12أوت1963، والمتضمن نشر الاتفاق الجزائري المغربي المؤرخ في 30أبريل1963، الجريدة الرسمية عدد 58 سنة 1963.

ما المقصود بسيادة الدولة سواء في العلاقات الدولية أو العلاقات الداخلية، وماهو مضمون مبدأ السيادة، وهل أثر التحكيم على هذا المبدأ أم لا؟

سأجيب على هذه التساؤلات من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية مبدأ السيادة في القانون العام

المطلب الثاني: تأثير التحكيم على مبدأ السيادة في صفقات الدولة

المطلب الأول: ماهية مبدأ السيادة في القانون العام

تطور مفهوم السيادة في القانون الدولي بفضل جهود البلدان النامية، فبعد أن كان مفهوم السيادة له مدلول سياسي يتمثل في الاستقلال السياسي والسيادي للدولة، أصبح له مدلول ثاني هو المدلول الاقتصادي والمتمثل في السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.

كما تطور المدلول الاقتصادي لمفهوم السيادة، من السيادة المطلقة إلى السيادة المقيدة، وذلك في إطار العولمة وسياسة الاقتصاد الحر للدول المتقدمة، وفي إطار سياسة التنمية التي انتهجتها الدول النامية للنهوض بمخلفات الاستعمار إلى درجة الرقي ومواكبة التطورات.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ السيادة في القانون العام الدولي

تعد السيادة المرجع الأساسي الذي تقوم عليه تصرفات الدولة، وهي الخاصية الأساسية التي تستمد منها الدولة الحق في مباشرة كافة الاختصاصات المتصلة بوجودها، وتثبت السيادة للدولة

بمجرد توافر مقوماتها المادية، وهي وجود مجموعة بشرية، الاستقرار على إقليم جغرافي محدد المعالم ووجود سلطة سياسية حاكمة في الدولة، وبذلك اقترن مصطلح السيادة في العصر الحديث، بمعاني السمو والاستقلال،الكرامة، والتضحية والفداء، وبهذه المعاني صار من واجب السلطة السياسية في الدولة أن تمارس كل الصلاحيات والسلطات للحفاظ على السيادة بما فيها السيادة السياسية، السيادة القانونية والسيادة القضائية، سواء كانت هذه السيادة ترجمة للعلاقات الداخلية في الدولة أو في علاقاتها الخارجية مع الدول الأخرى.

تأثر مفهوم السيادة في العلاقات الخارجية أي الدولية بما تتميز به هذه الأخيرة من معاملات عقدية وغير عقدية حيث استوجب في هذه العلاقات البحث عن آليات قانونية لتنظيم العلاقات وتسوية النزاعات وبذلك بات التحكيم هو الآلية الأساسية في تسوية المنازعات العقدية الدولية كما تأثر مفهوم السيادة وتحول من سيادة مطلقة تباشر من خلالها الدولة السلطات والصلاحيات بكل حرية واستقلالية، إلى سيادة مقيدة بقواعد القانون الدولي والذي ارتضت الدولة إعماله في علاقاتها، وهذا ما يمكن تبيانه من خلال العناصر التالية:

أولا: تعريف مبدأ السيادة في القانون العام الدولي

ثانيا: تطور مبدأ السيادة في القانون العام الدولي

أولا: تعريف مبدأ السيادة في القانون العام الدولي

عرف الفقيه "George Burdeau" سيادة الدولة على أنها خاصية تمتع الدولة بالاستقلال الخارجي في مواجهة الدول الأخرى وفي الداخل تمتع الدولة بسلطة فرض القانون والنظام العام في مواجهة رعاياها مع تحقيق التعاون الاجتماعي[1].

كما عرف "هاني محمود حمزة" السيادة على أن لها معنيين، السيادة في القانون الدولي العام وهي السلطة العليا للدولة والتي لا تعلوها أي سلطة، فالسيادة الخارجية تتجسد في عدم الخضوع والتبعية لأية دولة أجنبية[2]، والسيادة في القانون الدولي الخاص والتي أثارت خلاف، حيث اختلف مفهوم

1 George Burdeau, traité de science politique, deuxième Edition, Tome 11, L'état, librairie générale de droit et de jurisprudence, R.Pichan et R.Durand-auzias, Parie 1967, p 340.

2 هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص158.

السيادة في مفهوم القانون الدولي الخاص، بين قائل بفكرة السيادة الوطنية وآخر بفكرة السيادة الإقليمية ويقصد بالسيادة الإقليمية أنه ليس للدولة سلطة خارج إقليمها، وقد تأثر الفقه الألماني بفكرة السيادة الإقليمية، لذلك تراه ينظر إلى القانون الدولي الخاص على أنه قانون حدود فيما بين النظم القانونية وما قواعده إلا قواعد اختصاص، وظيفته تحديد نطاق تطبيق القانون الوطني، وعليه يرى هذا الاتجاه في إعطاء مفهوم السيادة على أنها سيادة إقليمية، إلا أن القاضي غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي إلا من باب المجاملات الدولية.

أما البعض الآخر مثل الفقيه "مانشيني" فقد ناد بفكرة السيادة الشخصية، ومعناها أن القوانين لم توضع كي تطبق في إقليم معين، وإنما وضعت لكي تحكم الأشخاص الذين يحملون جنسية الدولة أينما ذهبوا[1].

كما عرف الفقيه الفرنسي "Jean Bodin " السيادة بأنها السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع للقوانين[2]، كما ميز الفقهاء بين الأعمال السيادة والأعمال الإدارية، فالعمل السيادي هو ذلك العمل المحصن من أي رقابة قضائية سواء إدارية أو عادية، على عكس العمل الإداري الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري، إن الإشكال الذي يطرح هنا هو أن كل من العمل السيادي والعمل الإداري يصدر عن السلطة التنفيذية وعليه نتساءل كيف يمكن التمييز بين العمل السيادي والعمل الإداري.

يرى جانب من الفقه أن معيار الباعث هو المعيار المميز لأعمال السيادة، فمتى كان الباعث من العمل هو باعث سياسي يعتبر العمل سيادي، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن معيار طبيعة العمل هو المعيار المميز لأعمال السيادة أي إذا كان العمل الذي تقوم به الحكومة تنفيذا لنص دستوري أم تنفيذا للقوانين واللوائح، وهل صدر بوصفها حكومة أم بوصفها إدارة[3].

هذين المعيارين غير واضحين في التمييز بين أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية من الناحية العملية، وعليه فأعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة عامة وفي نطاق وظيفتها السياسية والتشريعية الداخلية والدولية، أما الأعمال الإدارية هي تلك الأعمال التي تقوم بها عادة في حدود وظيفتها الإدارية وحيث أن مجال التعاقد هو مجال الوظيفة الإدارية ومجال

---

1 هاني محمود حمزة، المرجع نفسه، ص158.

2 رقية رياض، المرجع السابق، ص 164.

3محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر،2001، ص 589.

تلبية الحاجات العامة، فيمكن للسلطة التنفيذية أن تمارس العمل الإداري الذي تخضع فيه إلى الرقابة القضائية وتعتبر هنا تصرفاتها تصرفات إدارية.

ثانيا: تطور مبدأ السيادة في القانون العام الدولي[1]

شهدت فكرة السيادة تطورا كبيرا عبر العصور، فالسيادة قديما كانت تعبر على سيادة الأراضي وسيادة ضم الأراضي، هذه العلاقات التي كان أساسها القوة، ولم يكن هناك أساس لصياغة قانونية معينة لمفهوم السيادة، وبظهور الدول ذات السيادة في العصر الحديث، ظهرت الدول ذات السيادة كأعضاء في المجتمع الدولي في إطار ما عرف بالقانون الطبيعي، وتكرر استعمال مصطلح السيادة في القانون والسياسة، وبدأ الحديث في القانون الدولي عن سيادة الدول، أينا أخذ مفهوم السيادة شكل آخر وتعريفا أوسع بعد ما كانت في العصور الوسطى تعبر عن المساواة بالآخرين مساواة مطلقة.

ونظرا لكون المستعمرات والأنظمة الاستبدادية هي السائدة أنذاك فقد عبر مصطلح السيادة على السيادة الناقصة والتي تعبر عن التبعية والخضوع، ومن أجل استرجاع السيادة الكاملة سعت الشعوب إلى المطالبة بالاستقلال.

وبدأ الفلاسفة ورجال القانون في بداية العصر الحديث يصورون مختلف مفاهيم السيادة في إطار القانون الدولي، بعد انهيار سيطرة الحكام ورجال الدين، وسعي الشعوب إلى المطالبة بالاستقلال وبسلطة تقرير المصير، وبذلك بدأ مفهوم السيادة يتلخص في عدم الخضوع إلى أي سلطة خارجية، وحرية الدولة في إدارة شؤونها وفقا لرغبتها المطلقة والمستقلة.

كذلك اقترن مفهوم السيادة الكاملة بسيادة الدولة فوق إقليمها البري والبحري والجوي، ومن هنا ظهر النظام الكامل للقانون الدولي العام المرتكز على تقرير هذه الحقوق في نصوص المعاهدات، وبدأت الدول تقبل بالقانون الدولي باعتباره قانون الأمم الأعلى الواجب الاحترام والالتزام به في علاقاتها الدولية[2].

ولم تتعارض فكرة السيادة الكاملة مع خضوع الدولة بإرادتها المطلقة لقواعد القانون الدولي، حيث أن التزام الدول بهذه القواعد كان بمطلق اختيارها وبإرادتها الحرة وبقرارها المنفرد الذي يظهر في إبرامها المعاهدة من ناحية، وتوقيعها وتصديقها عليها من ناحية أخرى، وسلطتها في الاعتراف بهذه المعاهدات والاتفاقيات على أنها قانون داخلي في دساتيرها والتي تصدرها بقوانين لتكون ضمن نسيجها التشريعي الداخلي لها.

1 رقية رياض، المرجع السابق، من ص ص157- 185.

2 رقية رياض، المرجع السابق، ص ص 157-185.

بهذا التصرف المتمثل في إبرام المعاهدات، تعتبر الدولة قد ارتضت تحديد سيادتها المطلقة، من خلال الاعتراف بالقانون الدولي كقانون وكقاعدة إلزامية لسلوك الدول، وبالتالي تتحول الدولة إلى دولة ذات سيادة مقيدة في مجال العلاقات الدولية.

وحيث أن التحكيم هو أهم وسيلة تنظم العلاقات النزاعية بين الدول، وحيث أن التحكيم كما أشرنا في المبحث الأول أصبح منظم بموجب اتفاقيات دولية متعددة الأطراف سواء اتفاقية واشنطن أو اتفاقية نيويورك أو اتفاقية صندوق النقد الدولي واتفاقيات إقليمية مثل اتفاقية جامعة الدول العربية وما نتج عنها من منظمات عربية متخصصة فكل تلك الاتفاقيات قد صادقت عليها دول العالم وبذلك تكون قد ارتضت على نفسها تقييد سيادتها في المجال الدولي[1].

لقد طرح هذا الموقف لدى الفقه المقارن إشكالية مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية والذي يعد فيه مساس بسيادة الدولة[2]، كما ميز الفقه بين السيادة الداخلية والسيادة الدولية في مثل هذه المنازعات وما ترتب عنها من الإخلال بالنظام العام، ليظهر بذلك أيضا التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي[3] في الاعتراف بالتحكيم في عقود الدولة وأشخاصها المعنوية العامة.

الفرع الثاني: مضمون مبدأ السيادة في القانون العام الداخلي

يعد الدستور القانون الأساسي للدولة، حيث يعرف على أنه مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة التي تؤسس الدولة من خلال تحديد شكلها ونظام الحكم فيها، كما تحدد هذه القواعد سلطات الدولة من خلال تبيان كيفية إنشائها وتبيان سلطاتها واختصاصاتها والعلاقة فيما بينها، كما تبين أيضا الحقوق والحريات الأساسية للمجتمع داخل الدولة.

مرت الدولة الجزائرية بأربع دساتير حيث حاولت من خلال هذه الدساتير التأكيد على مبدأ سيادة الدولة، إلا أن هذا المبدأ تغير مفهومه بين فترة وأخرى، هذا التغيير الذي أثر على المنظومة القانونية الجزائرية من خلال جملة الإصلاحات التي عرفتها الجزائر في مختلف الدساتير ومختلف القوانين

1 ابراهيم محمد العناني، المجدي في التحكيم على المستوى الدولي، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، مصر 2010، ص59-60.

2 رجب محمد السيد الكحلاوي، المرجع السابق، ص 10.

/ حسن محمد هند، المرجع السابق، ص ص102-119.

/ شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص ص 111-153.

3 اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2004، الطبعة الأولى، ص ص 390-404.

والتنظيمات، مما يجعلنا نتساءل ما المقصود بمبدأ السيادة؟ وكيف تأثر مفهومها بالأوضاع الداخلية والخارجية للدولة؟

أولا: مفهوم مبدأ السيادة في القانون العام الداخلي

1-المفهوم السياسي لسيادة الدولة

أضفى الفقيه الفرنسي "بودان" لأول مرة في مؤلفاته الستة حول الجمهورية والصادرة في عام 1516، على سيادة الدولة الصبغة السياسية، حيث ربط مفهوم الدولة ذات السيادة بمفهوم الاستقلال المطلق، فالمفهوم السياسي لسيادة الدولة يراد به استقلال الدولة وعدم التبعية لأي سلطة أخرى، أي استقلال الدولة وعدم التدخل في شؤونها الداخلية والخارجية[1].

إن المفهوم السياسي للسيادة هو مفهوم سلبي لا يتضمن أي تعبير صريح عن السلطة السيادية للدولة ولهذا حل المفهوم القانوني محل المفهوم السياسي في تحديد معنى السيادة.

2- المفهوم القانوني لسيادة الدولة

السيادة هي ملك السلطات الحكومية، وحيث أن حكم الدولة قائم على أكثر من سلطة كالسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، هذه السلطات التي تأسس على الحقوق، كحق التشريع، حق التنظيم حق حفظ الأمن والنظام العام، حق العدالة، وحق تأسيس جيش وبالتالي فالدولة تمارس هذه السلطات[2]، وعليه فالدولة في المفهوم القانوني هي التي تكون لها أهلية القيام بالأعمال والتصرفات، أي هي ذلك الشخص القانوني الذي له أهلية التصرف بكل حرية واستقلالية، وعدم التبعية والخضوع، سواء داخليا أو دوليا.

تولد المفهوم القانوني لسيادة الدولة من أجل تجريد الملك من الحقوق السلطوية، وتوزيعها على الشعب الذي أصبح هو مصدر السلطة والسيادة في الأنظمة القانونية، الأمر الذي نستنتجه من مجال القانون الدستوري الذي يفصح عن توزيع السيادة في إطار الدولة الفدرالية وتوزيع السلطات في الدولة البسيطة، حيث نجد السلطة التشريعية ، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

1عبد الله بوقفة، القانون الدولي العام-السيادة- الدولة والقانون، دار الهدى، دون طبعة، الجزائر، ص 66.

2عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 67.

من خلال ما سبق نستنتج أن للسيادة مظاهر عديدة في المفهوم الدستوري وهي:

السيادة الداخلية والسيادة الخارجية والتي تتمثل في المدلول السياسي والقانوني للدولة والتي تعبر عن السلطة المستقلة في تسيير شؤون الدولة داخليا وخارجيا دون التبعية والخضوع إلى أية جهة أخرى، وهناك السيادة القانونية والسيادة السياسية والتي تعبر عن سلطة الدولة في مجال سن القوانين بكل حرية واستقلالية، وهذا هو مفهوم السيادة القانونية، أما السيادة السياسية فهي سلطة فرض الأوامر والقرارات السياسية وتنظيم شؤون الدولة داخليا ودوليا والحفاظ على النظام العام بمختلف عناصره.

3-ارتباط مفهوم السيادة بصاحب السيادة

حاولت النظم الدستورية إضفاء الطبيعة الدستورية على مبدأ السيادة من خلال تحديد من هو صاحب السيادة، فعلى سبيل المثال نجد بأن الدولة الجزائرية على غرار الدول الأخرى ارتأت أن السند المنشئ للحقوق هو الدستور من خلال إقرار مبدأ السيادة، وبالفعل بالرجوع إلى الدساتير الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ورغم اختلاف الطابع المميز لها من دستور برنامج يتماشى والنظام الاشتراكي إلى دستور قانون يتميز بالطابع اللبرالي نلاحظ بأن هذه الدساتير أكدت دائما على أن الدولة الجزائرية هي دولة ذات سيادة بمفهومها السياسي والقانوني[1].

ثانيا: تطور مفهوم السيادة في القانون العام الجزائر

1- سيادة الجزائر أثناء الحكم الاستعماري الفرنسي

إن ضعف السلطة في الجزائر خلال النصف الثاني من القرن 18 وما بعده، والذي قابله تطورا فيه العلاقات الاقتصادية الجزائرية الأوربية دفع فرنسا إلى الاستيلاء على الجزائر قبل أن تسبقها دول أخرى متحججة بحادثة المروحة التي أدت إلى استعمار الجزائر وسلب ثرواتها ليبدأ بذلك الاعتداء على السلطة والسيادة الجزائرية الأمر الذي أدى بالشعب وحركات التحرر إلى السعي والنضال من أجل استرجاع السيادة الوطنية، حيث اقترن مفهوم السيادة آنذاك بمفهوم الاستقلال السياسي للدولة الجزائرية، وبالفعل استقلت الجزائر في 5 جويلية 1962 بعد توقيع اتفاقية ايفيان التي تضمنت في

1 المواد من 10 إلى 27 من دستور 1963 والمواد 5-10-12-25-27-89-120 من دستور 1976 والتي نصت على الأحكام الدستورية المتعلقة بمبدأ سيادة الدولة الجزائرية، وكذا المواد 6-7-12-25-26-61-98 من دستور 1989 وهي نفس المواد المكرسة في دستور 1996 المعدل والمتمم والذي ينص على أن الشعب هو مصدر السيادة يمارسها عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين كسيادة قانونية أو عن طريق رئيسه المنتخب كسيادة سياسية داخلية أو دولية.

شقها السياسي استقلال الجزائر، وفي شقها الاقتصادي التعاون بين الجزائر وفرنسا وقد قبلت الجزائر بذلك من أجل الحصول على الاستقلال السياسي[1].

ولقد اعتبرت اتفاقية ايفيان اتفاقية ماسة بالسيادة من خلال تقييد سيادة الدولة على ثرواتها الاقتصادية وعلى آليات وسلطة الدولة في تسوية منازعات العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية[2]، وفي استبعاد اختصاص القضاء الوطني من نظر المنازعات وبالتالي المساس بالسيادة القضائية وبالنظام العام الجزائري.

2-مفهوم السيادة في المرحلة الممتدة من 1962 إلى1971

وفي الوقت الذي كانت فيه الجزائر متعطشة للاستقلال السياسي فقد قبلت باتفاقية ايفيان، ولم تركز على الاستقلال الاقتصادي، إلا أن الرئيس الراحل هواري بومدين أقر في خطابه[3]:" **نحن ملزمون هذه السنة بإبرام بعض الاتفاقيات لمدة طويلة متعلقة بالصحراء،مما يجعل الاستقلال المتحصل عليه بفضل تضحيات الشعب الجزائري استقلال شكليا واسميا فقط.**".

إن هذا الخطاب يؤكد ان مفهوم السيادي كمفهوم سياسي متمثل في الاستقلال هو مفهوم سلبي وناقص لأن السيادة الكاملة حسب خطاب الرئيس الراحل آنذاك هي الاستقلال السياسي والقانوني أي سيادة سياسية واقتصادية، وحيث أن الجزائر في هذه المرحلة لم تتحصل على الاستقلال الاقتصادي في تسيير ثرواتها وممتلكاتها على كامل إقليم الدولة، فكانت السيادة ناقصة بمفهوم الاستقلال السياسي ولذلك سعت إلى الحصول على الاستقلال الاقتصادي.

3-السيادة في المرحلة من 1971 إلى 1988.

تميزت هذه المرحلة بالجهود التي بدلتها الدولة الجزائرية على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي من أجل استرجاع السيادة الكاملة بمفهومها الاقتصادي.

ناضلت الدول النامية بما فيها الجزائر على مستوى الأمم المتحدة، من أجل إحداث تغيير جذري في قواعد القانون الدولي الكلاسيكي، ليمتد مبدأ المساواة ومبدأ السيادة إلى السيادة على الثروات الطبيعية كضمانة لاستقلال البلدان النامية، ولقد أدرج بالفعل هذا المبدأ في المناقشات حول العهد

1سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري- دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستوري 1963-1976، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 2013، ص ص 8-42.

2محمد كولا، المرجع السابق، ص ص12-13.

3محمد كولا، المرجع نفسه، تهميش ص17-18.

الخاص بحقوق الإنسان عام 1952 من طرف الشيلي، ومفاده هو أن كل دولة لها سلطة على مواردها وثرواته الطبيعية التي تكون بين أيدي الأجانب، وبذلك لها سلطة استرجاع كامل حقوقها المرتبطة بسيادتها على أساس أن الدولة لا يمكنها أن تتخلى على ثرواتها إلا بإرادتها ورغبتها الحرة.

أدرج مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية، في المادة 1 فقرة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، كما أدرج أيضا في مادة 21 فقرة 1 من ميثاق إفريقيا لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981[1]، وبذلك تغير مفهوم السيادة على المستوى الدولي والداخلي من السيادة بمفهوم الاستقلال السياسي إلى السيادة بمفهوم الاستقلال الاقتصادي وعلى إثر ذلك عمدت الجزائر إلى تطبيق سياسة التأميم التي بدأت بتأميم المحروقات عام 1971[2]، لتثبت سيادتها الكاملة على ثرواتها الاقتصادية وهذا ما تجسد من خلال الميثاق الوطني والدستور الجزائري لعام 1976.

4- مرحلة ما بعد دستور 1989 من السيادة المطلقة إلى السيادة المقيدة[3]

نظرا للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي عاشتها الجزائر في سنة 1988 ونظرا للأزمة الاقتصادية العالمية وما ترتب عنها من انخفاض في سعر البترول وفي قيمة العملة الوطنية كما بيناه سابقا، فقد عمدت الدولة إلى الإصلاحات السياسية والاقتصادية من أجل الخروج من الأزمة التي عاشتها، حيث وضع دستور 1989 هذا الدستور الذي غير من النظام السياسي المعتمد ومن النظام الاقتصادي[4].

وبالفعل عقب صدور دستور 1989 الذي انتهج النظام اللبيرالي صدرت جملة من القوانين في إطار سياسة الإصلاحات كقانون الأملاك الوطنية وتنظيم الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية، والقانون التوجيهي للمؤسسة العامة لتتماشى هذه القوانين وغيرها مع النظام الدستوري الجديد

1 المرسوم رقم87-37 المؤرخ في 03 فيفري 1987 والمتضمن المصادقة على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، جريدة رسمية عدد 06 الصادرة في04 فبراير1987.

2 المادة 71 من الأمر71-24 المؤرخ في 12 أفريل 1971المعدل والمتمم للقانون البترولي الصحراوي رقم58-1111 المؤرخ في22 نوفمبر1958 والمتعلق بأبحاث الوقود واستغلاله ونقله جريدة رسمية عدد 30 الصادرة في 13أبريل1971.

3 رقية رياض، المرجع السابق، ص ص 178- 191.

4 سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1989، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 2013، ص ص 26-44.

وبذلك فتحت الدولة باب الاستثمار أمام الخواص سواء كانوا وطنيين أو أجانب[1] وأعطت الحرية للاقتصاد من خلال خوصصة القطاع العام[2].

كما أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية في مجال الاستثمار ووقعت على عدة اتفاقيات خاصة بطرق تسوية المنازعات، وعليه ظهر نوعين من الأعمال التي تقوم بها الدولة والتي تترتب عنها تفرقة بين أعمال السيادة والأعمال التجارية.

بات التمييز بين العلاقات الدولية واضحا بين الجانب السياسي والذي يمس باستقلال وسيادة الدولة وبين الجانب الاقتصادي والتجاري الذي هو جانب خاص[3] والذي تدخل بموجبه الدولة في علاقات مع الغير.

إن المساس بالجانب السياسي للدول وباستقلالها وبسلامة ترابها كان هو معيار تحديد مفهوم السيادة المطلق في العلاقات الدولية، أما ما يدخل في العلاقات التجارية ونظرا لتطور وظائف الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة تمارس نشاطات كانت حكرا على الأفراد في المجال الاقتصادي والتجاري فقد ترتب عنه مفهوم جديد للسيادة هو السيادة المقيدة[4]، والذي يمثل رضاء الدولة وتنازلها بمحض إرادتها عن سيادتها من خلال إبرام اتفاقية أو معاهدة تنظم علاقة ذات طابع تجاري.

وحيث أن الجزائر على غرار العديد من الدول، لجأت إلى التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية واشنطن واتفاقية نيويورك واتفاقية صندوق النقد الدولي والتي أشرنا إليها سابقا، لتقبل الدولة وبإرادتها المنفردة التوقيع على المعاهدات والاتفاقيات الدولية وممارسة سلطة إبداء التحفظات عند التوقيع، فهذا يعني أنها وافقت وبإرادتها المنفردة على تقييد سيادتها[5]، فالتوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية يعتبر إقرارا ضمنيا بتقييد جزئي لسيادة الدولة في مجال العلاقات التجارية الدولية، وبذلك تحول مفهوم السيادة من السيادة المطلقة في العلاقات السياسية إلى السيادة المقيدة في العلاقات التجارية.

---

1 عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر 2014، ص ص 67-90.

2 عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص ص90-93.

3 عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص31-32

4 رقية رياض، المرجع السابق، ص ص 178-180.

5 رقية رياض، المرجع السابق، ص158.

إن الإرادة المنفردة للدولة في إطار المجتمع الدولي، وفي إطار الخضوع لأحكام ومبادئ القانون الدولي، تؤدي إلى الالتزام بما أقرته ووافقت عليه الدول، أي أن الدولة تلتزم بالمعاهدات والاتفاقيات والعقود التي صادقت عليها أو أبرمتها مع غيرها.

من خلال ما سبق حاولت إعطاء مفهوم للسيادة لتميزها عن الأعمال الاقتصادية والتجارية، فالأعمال السيادية هي الأعمال التي تدخل في إطار ممارسة الدولة لسلطاتها السياسية والدستورية سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي والتي تكون لها علاقة بالجانب السياسي، فعلى المستوى الداخلي تعد من أعمال السيادة الأعمال المتضمن سن القواعد القانونية وهي أعمال التشريع وأعمال التنظيم، حيث أن السلطة التشريعية تمارس السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه[1] أما سلطة التنظيم فتتمثل في السلطة التي تمارسها السلطة التنفيذية.

والتنظيم هو عبارة عن قواعد قانونية عامة ومجردة تصدر عن السلطة التنفيذية في شكل لوائح وتنظيمات وقد أسندت سلطة التنظيم حسب الدساتير الجزائرية وتعديلاتها لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول إلا أن الفرق بينهما هو أن رئيس الجمهورية ينظم في المجالات التي لم يخصص لها قانون في حين سلطة التنظيم للوزير الأول تمارس في مجال التنظيم.

إن سلطة التنظيم بهذا المعني هي عمل من أعمال السيادة أي أن التنظيم هو تشريع فرعي يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة[2]، خاصة سلطة التنظيم لرئيس الجمهورية والمتمثلة في سن القواعد القانونية المنظمة لمجال الصفقات العمومية، هذا المجال الذي لم يخصص له قانون، طبقا لما نص عليه الدستوري الجزائري المعدل والمتمم والذي حددت مجالات سن القوانين من طرف البرلمان[3].

أيضا تعبر من أعمال السيادة القوانين والتنظيمات التي تتخذ في إطار الحفاظ على النظام العام، ويقصد بالنظام العام الحفاظ على الأمن، الصحة، السكينة والآداب العامة[4].

إن الحالات والمجالات التي تم الإشارة إليها سابقا هي الحالات التي تدخل في إطار أعمال السيادة مما يطرح السؤال التالي:

1المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 والمتضمن إصدار التعديل الدستوري لدستور 1996، جريدة رسمية عدد82 الصادرة في30 ديسمبر 2020.

2 محمد الصغير بعلي، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون طبعة، عنابة، الجزائر، 2002، ص 9.

3المواد 139-140 من المرسوم الرئاسي 20-442 والمتضمن التعديل الدستوري، المصدر نفسه.

4محمد الصغير بعلي، التنظيم الإداري، المرجع السابق، ص 9-77-80.

هل تعد منازعات تنفيذ الصفقات العمومية من أعمال السيادة، وبالتالي فإعمال التحكيم فيها ماس بالسيادة، أم أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية ليست من أعمال السيادة وبالتالي يجوز فيها التحكيم سواء في الجانب الدولي أو في الجانب الداخلي وهو ما سيكون محل الدراسة في الفصل الثاني من هذا الباب.

المطلب الثاني: تأثير التحكيم على مبدأ السيادة في صفقات الدولة

تباينت مواقف الدولة الجزائرية في اعتماد التحكيم في عقودها الإدارية المختلفة والمبرمة مع متعاملين أجانب سواء في مجال الامتياز البترولي، أو في مجال تمويل الصفقات، أو في مجال النقل البحري أو الجوي حيث اختلفت علاقاتها بين دول ومتعاملين أجانب غربيين أو عرب، إلا أننا نلاحظ أنها أحيانا تقبل التحكيم وأحيانا ترفضه وهذا مايمكن توضيحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التحكيم في صفقات الدولة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09

الفرع الثاني: التحكيم في صفقات الدولة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09

الفرع الأول: التحكيم في صفقات الدولة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09

سنحاول من خلال هذا الفرع تسليط الضوء على المواقف المتباينة لكل من التشريع والقضاء والفقه من التحكيم في الصفقات الدولية من خلال إدراج بعض النصوص التي لجأت فيها الدولة إلى التحكيم، لتسليط الضوء على مدى مساسها بالسيادة، ومن تم البحث في شرعية هذه النصوص.

أولا- الموقف المتباين من التحكيم في صفقات الدولة قبل صدور القانون 08-09

1-التحكيم ومبدأ السيادة في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر

كانت الجزائر بعد الاستقلال مباشرة في حيرة من نفسها بسبب الخراب الذي خلفه الاستعمار في مختلف المجالات السياسية، القانونية، الثقافية، الاقتصادية والاجتماعية، مما استلزم معه تمديد العمل بالقانون الفرنسي على التراب الجزائري بموجب القانون رقم 62-157[1] إلا ما كان منه مخالفا للسيادة الوطنية، وذلك إلى حين وضع قوانين جزائرية ودستور جزائري ينظم شؤون الدولة الجديدة المستقلة.

وحيث أن القانون الفرنسي آنذاك كان يعترف بالتحكيم الدولي استثناءا وفي العلاقات الدولية دون الداخلية، فقد عمدت فرنسا في اتفاقية ايفيان لضمان نفوذها ومصالحها الاقتصادية على التراب

1 قانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والمتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، الجريدة الرسمية السنة الثانية، عدد 20 لسنة 1963.

الجزائري، إلى النص في اتفاقية ايفيان في شقها الاقتصادي خاصة في الفصل الخامس منها، على "**أن النظر في المنازعات البترولية يكون من اختصاص محكمة تحكيم دولية**"، رغم أن عقود الامتياز البترولية في نظر القانون الفرنسي هي عقود إدارية تكون منازعاتها في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي، وعليه اعتبر بعض الفقهاء هذه الاتفاقية التي حولت اختصاص النظر في النزاع من القضاء الفرنسي إلى قضاء التحكيم دون القضاء الجزائري بمثابة خرق للسيادة الوطنية[1].

أ-التحكيم في اتفاق 26جوان1963

اعتبر التحكيم إلزامي وفرض على الدولة في اتفاق 26 جوان 1963 هذا الاتفاق الذي أبرم بين الجزائر وفرنسا والمتضمن التعاون في المجال الاقتصادي بين الدولتين، هذا الاتفاق الذي اعتمد بموجب المرسوم رقم 63-384 [2]، حيث اعتبر الفقه هذا الاتفاق على أنه ماسا بالسيادة الوطنية من زاويتين هما:

-أن اتفاقية ايفيان في شقها الاقتصادي فرضت على الدولة الجزائرية كمقابل للحصول على الاستقلال السياسي، وحيث أن الدولة كانت متعطشة لاستقلالها فقد قبلت بالشروط التي أوردتها اتفاقية ايفيان وفي نفس الوقت لم يتم المصادقة على اتفاقية ايفيان ولا نشرها في الجريدة الرسمية الجزائرية، كما أن المساس بالسيادة الوطنية في اتفاق 1963 يظهر من خلال استبعد القضاء الوطني من النظر في النزاع واستبعد القضاء الفرنسي من النزاع ليحل قضاء التحكيم محلهما، رغم أن القانون الفرنسي الذي كان مطبق في الجزائر كان يحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من طرف الدولة وأشخاصها المعنوية العامة.

إن استبعاد القضاء الوطني من نظر النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها اعتبر عند العديد من الفقهاء أنه اعتداء على اختصاص القضاء الوطني[3]، وهذا يظهر خاصة من خلال ما كان ينص عليه قانون مجلس الدولة الفرنسي أنذاك وقانون مجلس الدولة المصري وعلى غرارهما القانون العضوي 98-01 المتضمن إنشاء وتحديد اختصاصات مجلس الدولة الجزائري.

---

1 محمد كولا، المرجع السابق، ص 13 والتهميش الوارد في نفس الصفحة تحت رقم 25 للأستاذ بن شنب علي.

2 محمد كولا، المرجع نفسه، ص14-15-16.

3 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2006، مصر، ص73.

/-Mazghani Ali , souveraineté de l’état et participation à l’arbitrage, Revu Arbitrage, 1985, p569.

ترى الباحثة في هذا الموقف أن قانون مجلس الدولة الجزائري هو قانون يبين اختصاصات مجلس الدولة[1]، ليميز بين النزاع الإداري والنزاع العادي، ولم ينص أو يشر إلى منع أو جواز اللجوء إلى التحكيم.

كما انه بالرجوع إلى الأنظمة المقارنة وأيضا القانون الإجرائي الجزائري سواء القديم أو الجديد نلاحظ أن القضاء يلعب دور فعال في رقابة أحكام التحكيم، وهذا دليل على علاقة القضاء بمنازعة التحكيم ورقابتها، وسلطته في الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم.

وعليه فالدفع بأن التحكيم يمس بالسيادة القضائية للدولة من خلال الخروج عن اختصاص القضاء الوطني يعد مبرر لا أساس له من الناحية القانونية، خاصة وأن الدولة كشخص معنوي عام عندما تخضع لقضاء تحكيم بعيدا عن قضائها الوطني يكون على أساس اتفاق وإرادة الطرفين باعتبار أن التحكيم هو اتفاق ثنائي الأطراف، وهو عقد مستقل وقائم بذاته عن العقد المتضمن العلاقة التجارية أو علاقة التعاون، وهذا يدل على أن الدولة ارتضت اللجوء إلى التحكيم بإرادتها الحرة.

كما أن التنازل عن حقها في اللجوء إلى القضاء هو جائز مادام أن التقاضي هو حق من الحقوق وهذا الحق معترف به دستوريا وعليه يجوز للشخص التنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء وله الحق في التنازل عن سيادته في العلاقات الاقتصادية والمالية، وليس العلاقات السياسية والأمنية والسيادية[2].

ما تلاحظه الباحثة أيضا على اتفاق 1963 أنه نص على التحكيم وعلى استبعاد القضاء الوطني نهائيا.

– أبرم دون رضاء الدولة التي لم تبدي رضائها على ما تضمنه الشق الاقتصادي لاتفاقية ايفيان وهو ما يخالف الدستور لعام 1963 والذي اعترف فقط بالمعاهدات والاتفاقات التي تصادق عليها الجزائر.

– كما أن الدستور الجزائري لعام 1963 جاء لاحقا لاتفاقية ايفيان، وأن تاريخ نشر الاتفاق لعام 1963 الذي أبرم في باريس بتاريخ 26 جوان 1963، لم يتم المصادقة عليه إلا لاحقا بموجب المرسوم رقم 63–384 والمشار إليه سابقا، فالمصادقة على الاتفاق كان بتاريخ 14 سبتمبر 1963[3].

1 عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص ص 161-162.

2 السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2010، مصر، ص58-59.

3محمد كولا، المرجع السابق، ص 15.

–أن الدولة الجزائرية عند قبولها بالشق الاقتصادي المتضمن التعاون بين الدولتين في اتفاقية ايفيان والذي تضمن اللجوء إلى التحكيم ليس سببا في المساس بالسيادة وإنما الاتفاق في حد ذاته، لأن الاتفاق على التحكيم يكون بالإرادة الحرة للشخص في حين نلاحظ أن الإرادة في قبول التحكيم في اتفاقية ايفيان وما ترتب عنها من اتفاقات، كاتفاق 1963 هو اتفاق معيب الإرادة، لأن فرنسا فرضت اتفاقية ايفيان مقابل استقلال الدولة سياسيا، فهذا الاتفاق مخالف للسيادة الوطنية من ناحية، ومن ناحية أخرى هو اتفاق مخالف للقانون الفرنسي الذي كان يحضر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في ذلك الوقت كما بيناه سابقا[1].

فمجلس الدولة الفرنسي كان متشددا في تلك الفترة في عدم جواز النص على التحكيم في العقود الإدارية إلا بنص تشريعي فالقانون الفرنسي لعام 17 أبريل لعام 1906 لم يرخص باللجوء إلى التحكيم إلا في تصفية نفقات الأشغال العمومية والتوريد وعليه لا يجوز تمديد التحكيم في المجالات والعقود الأخرى في تلك الفترة[2].

رغم أن اتفاق 1963 بين الجزائر وفرنسا جاء معيب الإرادة ومتشدد في المساس بالسيادة حين استبعد القضاء الجزائري نهائيا من نظر النزاع، إلا أنه من الناحية القانونية خاصة بالرجوع إلى القانون الصادر في 27 مارس 1963 والمنشور التنفيذي له المؤرخ في09 ماي1963[3] نقول بأن هذا الاتفاق يجد أساسه الشرعي أي القانوني، في اعتبار المعاهدات والاتفاقيات التي تصادق عليها الدولة أعلى درجة من القانون ويقصد به هنا القانون الفرنسي الذي كان سائدا، كما أن قرار المحكمة العليا الجزائرية قد اعتبرت اتفاقية ايفيان مصادق عليها من طرف الجزائر وفرنسا وبالتالي تسمو على القوانين[4]وبالتالي فالتحكيم من الناحية القانونية هنا هو جائز وقانوني.

ب–التحكيم وسيادة الدولة في اتفاق29 جويلية 1965 المنظم للعلاقات الجزائرية الفرنسية[5]

---

1 حسن محمد هند، المرجع السابق، ص67.

2 هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص ص 52-55.

/رجب محمد السيد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2010، 74-85.

/عيسى علويط، التحكيم في العقود الإدارية بالتطبيق على القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم القانون، القاهرة، 2009، ص ص57-59.

3 محمد كولا، المرجع السابق، ص15.

4محمد كولا، المرجع نفسه، ص ص15-16 وكذا تهميشه رقم 30 في الصفحة 16.

5 الأمر 65-287 المؤرخ في 1965/11/18 والمتضمن المصادقة على اتفاق 29 جويلية1965 الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية جريدة رسمية عدد 95 الصادرة في 19 نوفمبر1965.

أبرم هذا الاتفاق في 29 جويلية 1965 بين الجزائر وفرنسا في إطار تنظيم العلاقات الجزائرية الفرنسية في مجال استغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، حيث تضمن هذا الاتفاق النص على التحكيم لتسوية النزاعات المترتبة عن هذا الاتفاق، كما اعترفت هذا الاتفاق لرئيس المحكمة العليا الجزائرية أو لنائبه، في ممارسة سلطة اختيار الموفق الثالث كرئيس لهيئة التوفيق في حالة عدم إمكانية اتفاق طرفي النزاع على تعينه، وبهذا يكون هذا الاتفاق اعترف نسبيا بسيادة الدولة وبقضائها في التدخل في عملية التوفيق، في حين منح سلطة التدخل في عملية تعيين المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق فيما يخص تعينه، فتعود سلطة التعيين لرئيس محكمة العدل الدولية، كما منعت المادة 172 فقرة 2 من الاتفاق ممارسة حق الطعن في الحكم التحكيمي[1].

إن الشروط التي أوردها الأمر 65-287 المؤرخ في1965/11/18 والمتضمن المصادقة على اتفاق 29 جويلية1965 الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية يعد مخففا نسبيا من حدة المساس بالسيادة مقارنة مع ما سبقه من اتفاق، لأنه اعترف للقضاء الجزائري في حق التدخل لحل الخلاف المتمثل في تعيين الموفق الثالث، في حالة عدم إمكانية اختيار الأطراف له، إلا أنه بالمقابل فهذا الاتفاق لم يمنح لرئيس المحكمة العليا نفس الحق في مجال التحكيم.

ج-التحكيم وسيادة الدولة في الاتفاق الجزائري الأمريكي لسنة1968

جاء هذا الاتفاق بعد صدور أول قانون جزائري تضمن الإجراءات المدنية عام 1966 وهو الأمر رقم: 66-154[2]، والذي نص في المادة 442 منه على حظر اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة، كما أن المادة 7 من نفس القانون والتي نصت على المعيار العضوي في تحديد النزاع الإداري تعتبر التصرفات التي تقوم بها الدولة تصرفات إدارية، ورغم النص الصريح في قانون الإجراءات على منع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم، إلا أننا نجد بأن الجزائر نصت على التحكيم في الاتفاق المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية جيتي بتروليوم كومباني، هذا الاتفاق الذي أبرم في عام 1968 وتم المصادقة عليه بموجب الأمر رقم 68-591 المؤرخ في

1الأمر 65-287 الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، مصدر سالف الذكر.

2الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، جريدة رسمية عدد 47 الصادرة في 09 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

31أكتوبر 1968 والمتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر بين شركة سوناطراك وشركة جيتي[1].

إن المتصفح لهذا الاتفاق يلاحظ أن المادة 63 منه نصت على:" **تجرى إجراءات التحكيم بالجزائر إلا إذا قرر الطرفان خلاف ذلك.**" لأول مرة استطاعت الجزائر بعد الاستقلال أن تفرض سيادتها من خلال تحديد مكان إجراء التحكيم مما يخدم مصلحة الشركة الجزائرية سوناطراك، كما منح هذا الاتفاق للقضاء الجزائري ممثلا في رئيس المحكمة العليا سلطة تعيين رئيس محكمة التحكيم[2].

إن هذا الاتفاق مقارنة بسابقيه، يدعم سيادة الدولة من خلال ارتضائها اللجوء إلى التحكيم والاتفاق على تنظيمه وتدخل قضائها في تعيين المحكمين في حالة عدم توصل الأطراف إلى تعينه وكذلك منح القضاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، ولكن بالمقابل نتساءل ما مدى شرعية هذا الاتفاق الذي جاء مخالفا لقانون داخلي هو قانون الإجراءات المدنية الجزائري أنذاك والذي سبقه من حيث تاريخ الإصدار.

نص القانون المؤرخ في 27 مارس 1963 والمنشور التنفيذي له المؤرخ في 09 ماي 1963 على سمو الاتفاقيات والمعاهدات المصادق عليها على القانون، وبالمقابل نجد أن دستور 10 سبتمبر 1963 منح لرئيس الجمهورية سلطة التوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بعد استشارة البرلمان وهذا مانصت عليه المادة 42 منه[3]، إلا أنه لم ينص على مدى اعتبار المعاهدات أعلى درجة من القانون وعليه ترى الباحثة أنه مادام البرلمان يستشار في هذه المعاهدات كاستشارة إجبارية اللجوء إليها من طرف رئيس الجمهورية فهذا يعطي معنى المساواة بين القانون الصادر عن البرلمان والمعاهدات التي يبدي فيها البرلمان رأيه، ورغم أن الدستور الجزائري لعام 1963 لم يستمر طويلا، حتى صدر الدستور الصغير عقب التصحيح الثوري في 19 جوان 1965، وعقبه صدور الأمر 65-182 المؤرخ في 10جويلية 1965 والمتضمن تأسيس الحكومة[4]، هذا الأخير نص في المادة الثالثة منه

1الأمر رقم 68-591 المؤرخ في 31 أكتوبر 1968 والمتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بالبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني، وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاطات البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة، الجريدة الرسمية عدد 88 الصادرة في 01 نوفمبر 1968.

2 المادة 63 من الأمر رقم: 68-591، مصدرسالف الذكر.

3 المادة 42 من دستور10سبتمبر 1963، مصدر سالف الذكر

4 الأمر رقم 65-182 المؤرخ في 10 يوليو1965 والمتضمن تأسيس الحكومة، جريدة رسمية عدد 58 الصادرة في 13 يوليو 1965.

على أن الحكومة تمارس مهامها تحت سلطة مجلس الثورة ورقابته كما نص في المادة 5 منه على أن الحكومة وبموجب تفويض من مجلس الثورة تمارس السلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة وكيان الأمة، أما المادة 6 منه فقد خولت الحكومة إصدار الأوامر والمراسيم في إطار ممارستها للسلطات وبذلك تم توسيع سلطات الحكومة في مختلف المجالات التشريعية والتنظيمية إلى حين انتخابات رئاسية وإعداد دستور جديد للدولة[1].

إن المتصفح للنصوص القانونية التي أشرنا إليها سابقا، يلاحظ أن رئيس الحكومة في سنة 1968 ووفقا للدستور الصغير لعام 1965 له ممارسة سلطات الدولة بموجب الأوامر والمراسيم، وعلى هذا الأساس تم المصادقة على اتفاق 1968 بموجب الأمر 68-591 رغم عدم وجود نص قانوني صريح يعترف بأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية أعلى درجة من القانون إلا القانون الصادر في 27مارس 1963 ومرسومه التنفيذي الذي أشرنا إليه سابقا واللذان يعتبران لاغيان بعد صدور بيان 19 جوان 1965، كما أن القانون 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية صدر قبل إبرام الاتفاق الخاص بالتعاون بين شركة جيتي والجزائر لعام 1968[2].

وباعتبار أن قانون الإجراءات يحظر اللجوء إلى التحكيم، يتبين لنا أن لجوء الدولة هنا إلى التحكيم يعد خرقا للقانون وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية وترتيبها الزمني، خاصة عند مقارنة الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية مع الأمر 68-591 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الجزائر وشركة جيتي، يتبين أن هذا الاتفاق أدرج كقانون داخلي بموجب أمر، وحيث أن الأمرين لهما نفس الدرجة القانونية وجاءا في فترتين زمنيتين متعاقبتين، وبغياب نص دستوري يبين مصير المعاهدات التي تصادق عليها الجزائر، نستنتج أن الأمرين تضمنا فكرتين متعارضتين، الفكرة الأولى حظر اللجوء إلى التحكيم من قبل الدولة، والفكرة الثانية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

وحيث أن التحكيم هو اتفاق يقوم على أساس سلطان الإرادة[3]، فلا يمكن أن تتنصل الدولة من التزاماتها التي قبلتها وبإرادتها المنفردة، ولها أن ترفضه بإرادتها المنفردة وحيث أنها اتفقت عليه وانصرفت إرادتها إليه فهي ملزمة به، وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية في قضية هضبة الأهرام عندما أبطلت قرار هيئة التحكيم ضد الحكومة المصرية والصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس على

---

1 عبد الله بوقفة، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص117.

2 الأمر رقم 68-591 الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر، مصدر سالف الذكر.

3 حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والنوزيع، الطبعة الثالثة ، عمان، الأردن،2014، ص ص 45-47.

/المواد 1007-1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

أسباب مفادها أن إرادة الدولة المصرية في الخضوع للتحكيم لم تكن ثابتة مما يفهم منه انعدام إرادة الدولة في التنازل عن حصانتها وهو ما أيدته أيضا محكمة النقض الفرنسية[1].

وعليه فإرادة الدولة تظهر من خلال اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر التزام مترتب عن العقد وبالمقابل يمكن أن نعتبر هذا الاتفاق من الناحية القانوني غير دستوري لأن الدستور الصغير لعام 1965 لم ينص على ترتيب المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الحكومة في أي درجة.

وبالمقابل وبالرجوع إلى تحليل الأوضاع السياسية التي عاشتها الدولة الجزائرية أثناء التصحيح الثوري الذي اعتبر لدى بعض الفقه انقلاب عسكرية[2] ترتب عليه تجميع وتركيز السلطة بيد مجلس الثورة، والذي ترأسه الرئيس الراحل هواري بومدين والذي تجمعت بيده السلطة في إطار تركيز السلطة التي أسندت لمجلس الثورة في تلك المرحلة ولأسباب سياسية داخل الحزب، فقد أصبح الرئيس يمارس السلطات الداخلية والخارجية بما فيها التشريع، عن طريق الأوامر والمراسيم[3] وبذلك فقد أصبحت له سلطة إبرام الاتفاقيات والمعاهدات، وإصدار الأوامر والمراسيم في مختلف المجالات.

نخلص مما سبق ومن خلال بعض الاتفاقيات التي أوردناها على سبيل المثال أن:

– التحكيم في حد ذاته لا يمس بسيادة الدولة لأنه مبني على مبدأ سلطان الإرادة هذا المبدأ الذي يجد مجال تطبيقه في العلاقات التجارية الدولية بما فيها العقود الإدارية، ودليل ذلك أن الدولة الجزائرية لجأت إلى التحكيم ونصت عليه بإرادتها المنفردة دون الاعتراض، في عدة اتفاقيات سواء مع دول غربية أو دول عربية[4].

---

1 السيد المراكبي، المرجع السابق، ص 59.

2 عبد الله بوقفة، القانون، المرجع السابق، ص95.

3 عبد الله بوقفة، المرجع نفسه، ص ص 98 -115.

/سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستوري1963و1976، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، الجزائر، ص91 - 104.

4 المرسوم رقم 63-294 المؤرخ في 12أوت1963 المتضمن نشر الاتفاقية الجزائرية المغربية في مجال النقل الجوي، المؤرخة في 30 أفريل 1963، جريدة رسمية عدد 58 لسنة 1963، والذي نص في المادة 22 منه على شرط التحكيم.

/ الأمر رقم 73-25 المؤرخ في 05 جوان 1973 والمتضمن الاتفاق الجزائري الدانماركي الخاص بالقرض، الجريدة الرسمية سنة 1973.

/ الأمر رقم 75-18 المؤرخ في 27 فيفري 1975 والمتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر وجمهورية غينيا والمتعلق بالنقل الجوي، الجريدة الرسمية عدد23 الصادرة في21مارس1975، والذي نص على شرط التحكيم.

–أن العلاقات التي كانت محل الاتفاق هي علاقات تجارية دولية تمارسها الدولة في إطار السياسة الخارجية، ولها حرية رفض التحكيم في العلاقات والمجالات السيادية مثل ماهو عليه الحال في النزاع بين الجزائر والشركة الفرنسية والمتمثل في مطالبة الشركة الفرنسية بحقها على حقل المحروقات زارزاتين الذي أممته الجزائر.

– كما أن الخطاب السياسي لسنة 1971 من طرف الرئيس الراحل هواري بومدين، لم يكن يقصد رفض التحكيم، بل كان يطالب بإعادة النظر في النظام الدولي الذي لم تشارك فيه الدول النامية[1].

وبهذا يتبين لنا أن الجزائر لا تعتبر التحكيم في المجال الاقتصادي والتجاري وفي مجال تنظيم الاستثمار وفي العقود التي تبرمها ولو كانت إدارية، وسيلة تمس بسيادة الدولة، وبذلك لجأت إليه مع تميزها بين العمل التجاري والعمل السيادي كالتأميم.

2–التحكيم ومبدأ السيادة في القوانين والتنظيمات الوطنية

أ–التحكيم في القوانين الوطنية

تم تمديد العمل القانون الفرنسي بعد الاستقلال مباشرة هذا القانون الذي كان يعترف بالتحكيم الدولي استثناءا وفي مجالات محددة في القانون إلا أنه كان يمنع التحكيم في المجالات التي لم يرد بشأنها قانون.

أ–أ–التحكيم في إطار الأمر 66–154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[2]

أول قانون جزائري نظم التحكيم هو الأمر 66–154 المتضمن الإجراءات المدنية والذي نص في المادة 442 منه على: "... **لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم**"[3]، يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري منع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم بصفة قطعية وفي مختلف علاقاتها مهما كان نوع العقد، أي أن المشرع الجزائري انتهج منهجا معارضا للتحكيم، ورغم ذلك كانت الدولة تلجأ إلى التحكيم في الاتفاقيات التي تبرمها مع دول أو مع شركات أجنبية في مجال العقود الإدارية كما بيناه سابقا.

وتبرير هذا الحظر المطلق في هذه المرحلة هو رغبة الدولة الجزائرية في الاستقلال التام السياسي والاقتصادي من ناحية، ونبذ كل ماله علاقة بالاستعمار الفرنسي بما فيه النص على التحكيم

1 تحليل الخطاب السياسي للرئيس الراحل هواري بومدين من طرف الأستاذ محمد كولا، المرجع السابق، ص22.

2 الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، مصدر سالف الذكر.

3 المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، المصدر نفسه.

والذي كان أساسه فرنسا في قوانينها التي كانت مطبقة في الجزائر خاصة في العلاقات الخاصة وفي اتفاقية ايفيان.

أ-ب-التحكيم في إطار القانون 88-01 الخاص بالمؤسسات الاقتصادية[1]

عرف الأمر 75-23 المؤسسات العمومية الاقتصادية أو ما أطلق عليها في تلك الفترة المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي بأنها شخص معنوي عام يتمتع بالاستقلال المالي والإداري وله رأس مال مملوك للمجموعة العامة التي أنشأتها وتهدف إلى ممارسة نشاط اقتصادي وفقا للقانون الذي يحدد التسيير الاشتراكي للمؤسسة[2] .

بصدور القانون رقم88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[3] ثار جدل فقهي حول مدى جواز خضوع هذه المؤسسات العمومية للتحكيم، فبالرجوع للمادة 20 فقرة 2 من هذا القانون نجدها قد نصت على: "... **ويمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقا لقواعد القانون التجاري...**". يتبين من تحليلنا لهذه الفقرة أن المشرع الجزائري أعطى اعتراف صريح بحق التصرف في ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية، وبذلك اعتبر ممتلكاتها ممتلكات خاصة بالدولة وليس ممتلكات عامة وما تتميز به الممتلكات الخاصة بالدولة وفقا لقانون الأملاك الوطنية هو جواز التصرف فيها وبيعها.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية 66-154 القديم، فما يجوز التصرف فيه يجوز المصالحة والتحكيم فيه وهذا ما يتبين أيضا من نص الفقرة 3 من نفس المادة 20 المذكورة أعلاه من القانون 88-01 "... **كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسات العمومية الاقتصادية موضوع مصالحة...**".

ما يلاحظ على هذا القانون أنه صدر قبل صدور دستور 1989، أي أنه جاء في المرحلة الاشتراكية للدولة، كما أن هذه المرحلة كانت تعتبر فيها الأملاك ملكية جماعية في إطار السياسة الاشتراكية، أي أن كل المؤسسات تعتبر في هذه المرحلة خاضعة للقانون الإداري وفقا لقاعدة وحدة القانون ووحدة القضاء التي كان يتميز بها النظام الاشتراكي، وهذا ما تؤكده المادة 5 من المرسوم رقم

1 القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02 الصادرة في 13 يناير 1988، المعدل والمتمم.

2 المادة 117 من الأمر75-23 المؤرخ في29 أبريل 1975 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، جريدة رسمية عدد 38 الصادرة في 13 ماي 1975.

3 المادة 20 فقرة 2 من القانون رقم 88-01 ، مصدر سالف الذكر

82-145 والمتضمن صفقات المتعامل العمومية والتي نصت على مجال الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية :"...**جميع الإدارات العمومية**[1].

-جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

-جميع المؤسسات الاشتراكية.

-أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات..."

إن هذه المادة تميزت بالشمولية في تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بما فيها كل أنواع المؤسسات وهذا راجع للنظام الاشتراكي الذي كان سائدا في تلك المرحلة التاريخية مما يتبين معه أن كل هذه المؤسسات والإدارة تخضع للقانون الإداري باعتبارها مرافق عامة للدولة، كما تخضع جميعها لتنظيم الصفقات العمومية[2].

أما القانون 88-01 فقد ميز المؤسسات الاقتصادية عن المؤسسات الأخرى، إلا أنه كما أشرنا سابقا جعل نص المادة 20 منه في فقرتها 2-3 تقرأ بمفهوم واسع فأحيانا تخضع المؤسسة للقانون التجاري وأحيانا أخرى وفي حالة استثنائية تخضع للقانون العام، وهذا ما يتضح من قراءة المادة 55 والمادة 56 [3]من هذا القانون 88-01 حيث نصت المادة 55 منه على:"**عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية في إطار المهمة المنوطة بها يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة، وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز، ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية.**".

إن هذه المادة اعتبرت بعض التصرفات التي تقوم بها هذه المؤسسات في مجال الممتلكات العامة للدولة هي تصرفات إدارية وبالتالي تخضع استثناءا إلى القضاء الإداري متى توفرت شروط العقد الإداري وارتباط التصرف بملك عام.

أما المادة 56 من نفس القانون 88-01 فقد نصت على:"**عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد**

1 المادة 5 من المرسوم رقم 82-145 والمتضمن صفقات المتعامل العمومي، المصدر المشار إليه سابقا.

2 المادة 5 من المرسوم رقم 82-145، مصدر سالف الذكر.

3 المواد 20-55-56من القانون 88-01، مصدر سالف الذكر.

المطبقة على الإدارة."، يفهم من هذه المادة أن بعض الأعمال والتصرفات القانونية التي تقوم بها المؤسسات العمومية الاقتصادية استثناءا تعتبر ادارية وبذلك تخضع للقانون الإداري وللقضاء الإداري.

نستنتج من النصوص التي أوردناها سابقا أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها نوعين من التصرفات، النوع الأول هو التصرفات التي تصدر منها كشركة تجارية، وكذلك التصرفات التي ترد على الأملاك التي تعود لذمتها الخاصة وهنا فهي تخضع للقانون الخاص، أما النوع الثاني من التصرفات فهي التي ترد على الأملاك التابعة للدولة كأملاك عامة، والتصرفات التي تكون باسم ولحساب الدولة، وبذلك تخضع فيها لأحكام القانون العام.

إن هذه الازدواجية في التعامل والتصرفات وكذلك الازدواجية في الأملاك التي بحوزة هذه المؤسسات كمرفق عام اقتصادي تابع للدولة، جعل من الفقهاء يتباينون في مواقفهم، بين اعتبار المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع للتحكيم أم لا؟ وهل صفقاتها صفقات عمومية من اختصاص القضاء الإداري أم القضاء العادي ؟

إن الاتجاه الأول من الفقه الجزائري يرون أن القانون88-01 قد أخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم، بدليل المادة 20 التي أوردناها سابق والتي تجيز لهذه المؤسسات التصرف والصلح في النزاعات المترتبة عن تصرفاتها[1]، أما الإتجاه الثاني من الفقه[2] فيرى أن التصريح بخضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى التحكيم حسب تحليل للفقرة2 و3 من المادة20 من قانون 88-01 يصطدم مع ما نصت عليه الفقرة1 من نفس المادة:" **تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة."**،

---

1 Ahmed Mahiou, L'arbitrage en Algérie, revue algérienne, vol 27 N°4 décembre 1989, pp 705-734.

/ Mohamed Bedjaoui, un tournant remarquable dans la Législation Algérienne relative à l'Arbitrage commercial internationale, bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la cci, vol 4 N°2, octobre 1993, p58.

/- نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1986، ص 57.

2-عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2004، الجزائر، ص 18.

-Terki Nouredine, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, revue arbitrage, p 592-593.

حيث يرى هذا الجانب من الفقه أنه وفقا لهذه الفقرة لا نستطيع التمييز بين الأصول الصافية وبين ما تملكه المؤسسات من خلال ممارستها لنشاطاتها وأرباحها.

الباحثة تتفق مع الرأي الثاني فقط في صعوبة التمييز بين الأصول الصافية للمؤسسة وبين الأصول التابعة للدولة في مجال التصرف، إلا أن الرأي الأول هو الرأي المرجح لأن التصرفات التي تقوم بها المؤسسات باسم ولحساب الدولة ومن ميزانية الدولة، عمليا يمكن تحديدها، وتمييزها، وبالتالي حسب المادة 55-56 من القانون 88-01 السالفة الذكر يجوز التمييز بين تصرفات المؤسسة، خاصة بين ما يعتبر إداري يخرج عن مجال التحكيم تطبيقا للمادة 442 من الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، وما يخرج عن الطبيعة الإدارية والذي يجوز التصرف فيه، وبالتالي يخضع للقانون الخاص أي يجوز الصلح والتحكيم فيه، فبالرجوع إلى الصفقات التي تبرمها هذه المؤسسات يمكننا أن نتحقق من مصدر الغلاف المالي الذي يغطي الصفقة العمومية هل هو من ميزانية الدولة أو الولاية أو البلدية ويهدف لإنشاء مشاريع عامة تحقيقا للمصلحة العامة وبالتالي فعقودها هي إدارية، وبخلاف ذلك إذا كان الغلاف المالي من الميزانية الخاصة بالمؤسسة وتهدف إلى إنشاء مشاريع خاصة أو مصلحة خاصة فهي عقود خاصة.

كما أكدت القوانين التي عقبت القانون 88-01 مثل القانون 93-08 الذي اعتبر في المادة 217 منه بنصها:" **تخضع الشركات ذات الأموال العمومية كليا أو جزئيا لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية.**"[1] أي أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية من حيث رأسمالها وبالتالي تخضع لقانون الإفلاس والتسوية القضائية، وعليه مادام أنها تجارية الشكل ويجوز التصرف في أموالها وبيعها فيجوز التحكيم فيها تطبيقا للمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية رقم 66-154 الملغى حاليا، رغم اعتبارها مؤسسة عمومية أي شخص معنوي عام ولكن نشاطها اقتصادي، أي حسب طبيعتها القانونية فهي شخص معنوي عام يجوز له التحكيم حسب ما يفهم من تحليل نصوص القانون 88-01[2] ليستثنيها المشرع لاحقا بموجب المرسوم التنفيذي91-434 المنظم للصفقات العمومية[3] الذي نص على الإدارات العمومية التي تمارس نشاط إداري وتخضع وفقا للمعيار العضوي للقانون الإداري والقضاء الإداري، كما استثنيت المؤسسات الاقتصادية من الحظر الخاص

1 المادة 217 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل1993 والمتضمن تعديل القانون التجاري، جريدة رسمية عدد27 الصادرة في 27 أبريل1993.

2 القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، مصدر سالف الذكر.

3 المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

بالتحكيم بموجب المرسوم التشريعي 93-09[1] الذي نص على الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام فقط. وهو ما سنحاول توضيحه من خلال العنصر التالي:

أ-ج-التحكيم في إطار المرسوم التشريعي93-09 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية[2]

صدر المرسوم التشريعي 93-09 معدل للأمر 66-154، والذي قام بإلغاء المادة 442 وجاء في المادة الأولى فقرة 2 منه على مايلي:"... **ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم الدولية.**"، يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية بدأ تدريجيا بالاعتراف بالتحكيم في العقود الدولية حيث أجازه استثناءا في العلاقات الدولية، وهذا دليل على تصحيح الوضعية السابقة التي تطرقنا لها في مجال الاتفاقيات الدولية، فبعدما كانت الدولة تدرج شرط التحكيم في اتفاقياتها كاتفاقيات الاستثمار والتعاون الدولي وغيرها دون أن يكون هناك نص قانوني يجيز لها ذلك، لجأ المشرع الجزائري إلى تصحيح الوضعية وفقا لما أثاره التحكيم من خلافات لدى الفقه والقضاء الذي كان يعتبر التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة وبحصانة قضائها[3]وعليه جاء هذا المرسوم ليزيل اللبس ويجيز استثناءا التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي تخضع للقانون العام، في الجانب الدولي دون الداخلي.

كما يفهم من المادة الأولى الفقرة الأولى من هذا المرسوم أنه يجوز للمؤسسات الاقتصادية التي يحق لها التصرف في ممتلكاتها اللجوء إلى التحكيم، وفقا لقانون الإجراءات المدنية المعدل بالمرسوم 93-09 ووفقا للقانون 93-08 المعدل للقانون التجاري الذي اعتبرها شركة تجارية وبالتالي يجوز التحكيم في العلاقات الخاصة.

إن القوانين التي أوردناها سابقا وعلى سبيل المثال وصولا إلى المرسوم التشريعي 93-09 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، قد نصت صراحة على التحكيم كاستثناء عن القاعدة العامة بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي تخضع للقانون العام وذلك في علاقاتها الدولية دون الداخلية.

---

1 المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، مصدر سالف الذكر.

2 المرسوم التشريعي رقم 93-09، المصدر نفسه.

3 السيد المراكبي ، المرجع السابق، ص ص 53-60.

/عصمت عبد الله السيخ، المرجع السابق، ص ص157 - 204.

/ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، دون طبعة، الجزائر، 2009، ص ص132- 143، التحكيم في العقود الداخلية، ص ص239 - 248 التحكيم في العقود الدولية.

إن المرسوم التشريعي طرح إشكالية التحكيم في عقود الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي أو ما يطلق عليه في هذا البحث بصفقات الدولة، حيث جانب من الفقه ومن خلال تحليلهم لمعيار دولية العقد، يرون أن العقد يعتبر دوليا إذا ارتبط بمصالح اقتصادية دولية أو ارتبط وفقا للمعيار القانوني بعنصر أجنبي[1]، وبالتالي فالصفقة العمومية التي تمول تمويل أجنبي من طرف صندوق النقد الدولي أو من شركات أجنبية ستؤدي إلى حركة في رأس المال وتحويلات مالية عبر الدول وهو ما يجسد سياسة الاستثمار التي اعتمدتها الدولة من خلال قوانين الاستثمار، كما أن مقابل تنفيذ الصفقة العمومية سيتم على مستوى العلاقات الدولية مما يترتب عنه حركة دولية لرأس المال وبالتالي وفقا للمعيار الاقتصادي والمعيار القانوني تعتبر الصفقات العمومية في المفهوم الدولي علاقات تجارية دولية.

إلا أن فقهاء القانون الإداري، يرون أن الصفقات العمومية هي قانون السلطة وقانون المرفق العام، وبالتالي تخرج عن مفهوم العلاقات التجارية الدولية، أي لا يجوز إعمال التحكيم فيها وفقا لما حظره المشرع في المادة 442 من الأمر 66-154[2]، فالتحكيم وفقا للمرسوم التشريعي بالنسبة لهم، فيخص الأعمال التجارية والاقتصادية للدولة دون الصفقات العمومية.

أما الباحثة فإنها تأيد الموقف الأول من خلال تحليل عناصر الصفقة العمومية متى احتوت على عنصر أجنبي فهي تدخل في العلاقات والعقود الدولية وبالتالي يجوز التحكيم في العلاقات الدولية بالنسبة لأشخاص القانون العام[3].

ب-التحكيم في التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية قبل 2008

بالرجوع إلى التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية والتي صدرت عبر حقبة من الزمن بداية من الأمر 67-90[4] إلى غاية المرسوم الرئاسي 02-250[5] أي قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية[6] نلاحظ أن هذه الأوامر والمراسيم قد عدلت عدت مرات، إلا أنها دائما كانت تؤكد على

1-Hennerie Batiffol, op cit, p564.

/ Antoine kassis, op cit, p 24.

2 المادة 442 من الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، مصدر سالف الذكر.

3 المادة الأولى من المرسوم التشريعي93-09، مصدر سالف الذكر.

4 الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

5 المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

6القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر المشار إليه سابقا.

طريقة المنافسة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات وتؤكد على التراضي كاستثناء في إبرام الصفقات العمومية.

كما **أن** هذه التنظيمات جميعها كانت ولا تزال تؤكد على إدراج بند في دفتر الشروط وبند في الصفقة يتضمن الإشارة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، كما نصت مختلف التنظيمات على إمكانية اللجوء إلى المتعامل الأجنبي في تلبية حاجات المصلحة العامة، وباعتبار وضعية المصلحة المتعاقدة في المجتمع الدولي كدولة نامية تواجه قلة الموارد المادية والمالية مما يجبرها على إعداد التعديلات الاقتصادية لتشجيع الطرف الأجنبي على التعاقد معها وتوفير ما تحتاجه من مواد وخدمات وتمويل كافي لتنفيذ مشاريعها وهذا ما نستنتجه من قراءة النصوص الخاصة بتنظيم الصفقات العمومية مثل جواز رفع التسبيق الجزافي للمتعامل الأجنبي بنسبة أكبر من نسبة التسبيق الجزافي للمتعامل الوطني، وهذا مانصت عليه المواد 71 من مرسوم 1982 والمادة 67 من مرسوم 1991 وكذا المادة 66 من مرسوم 2002 هذه المراسيم المنظمة للصفقات العمومية[1]، وباعتبار الصفقة العمومية تتوفر على متعامل أجنبي غير مقيم ولا يخضع للقانون الجزائري، فهنا يجوز إدراج شرط التحكيم خاصة في الصفقات المبرمة عن طريق أسلوب التراضي أو في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة.

فالتراضي كأسلوب من أساليب إبرام الصفقة العمومية يجعل من هذه الأخيرة تخضع للتفاوض بين الأطراف المتعاقدة[2] وبالتالي تتنازل الدولة عن مركزها السيادي بإرادتها المنفردة وتخضع لشروط المتعامل الأجنبي الذي يفرض شرط التحكيم في تسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

إن المتصفح للمرسوم رقم82-145 المنظم للصفقات العمومية وخاصة المادة 5 منه التي أشرنا إليها في هذا البحث أعلاه، نجدها أخضعت كل الهيئات والمؤسسات العمومية إلى تنظيم الصفقات العمومية دون تمييز، كما أكدت المادة 50 والمادة 55 منه على شرط النص على القانون الواجب التطبيق في الصفقة العمومية، وبالنسبة للمنازعات فقد نصت تنظيمات الصفقات العمومية على لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التسوية الودية للبحث عن حل ودي يكفل تحقيق التوازن المالي للصفقة كل هذه الأسباب وكذا ما نص عليه الأمر 75-44 المتعلق بنظم التحكيم الإجباري الداخلي لبعض

1 المرسوم 91-434، والمرسوم 82-145 والمرسوم الرئاسي 02-250 المتضمنة تنظيمات الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

2 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 119-120.

الهيئات والمؤسسات[1] وكذا الأمر 75-48 المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء وقرارات التحكيم الإجباري[2] كل ذلك يؤكد على جواز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية.

إن الاتفاقيات التي يتم المصادقة عليها تعتبر تشريع داخلي معمول به، وعليه يجوز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، في قرار له صادر عن مجلس قضاء الجزائر العاصمة[3] في نزاع حول عقد التوريد بين المؤسسة الجزائرية والمؤسسة اليوغسلافية، وهما مؤسسة **DIAL IMPORT** ومؤسسة**RUDNAP EXPORT**، حيث تضمن القرار القضائي لمجلس قضاء الجزائر إلغاء حكم محكمة بئر مراد رايس التي استندت إلى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والذي اعتبر شرط التحكيم غير جائز، وبذلك أقر مجلس قضاء الجزائر كدرجة ثانية من درجات التقاضي بعد رفع الاستئناف أمامه أن شرط التحكيم الدولي جائز في العقد الذي يربط الطرفين[4]، وبذلك نستنتج أن التحكيم جائز في الصفقات العمومية.

وفي قضية أخرى تضمنت عقد أشغال أبرم بين شركة ك.ل ضد المؤسسة العمومية للبناء بغرض توسيع مصنع، حيث نص العقد على أنه في حالة نزاع مرتبط بتنفيذ العقد يتم اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وبالفعل ووفقا لهذا الشرط رفع النزاع أمام الغرفة التجارية الدولية بباريس والتي أصدرت حكم تحكيمي بتاريخ 20 ديسمبر1985، إلا أن هذا الحكم في إطار الرقابة على أحكام التحكيم ألغي من طرف مجلس قضاء الجزائر بموجب قرار له صادر في 26 ديسمبر 1986 مؤسسا قراره على عدم جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم[5].

وفي قضية سابقة بين شركة سوناطراك وشركة **SMC**، اللذان أرادا تغيير أساليب تسوية النزاع وقبل المفاوضات ثار بينهما خلاف فلجأ إلى التحكيم أين رفضت شركة **SMC** تعيين محكم فطلبت سوناطراك من رئيس محكمة الجزائر تعيين محكم لكن طلبها رفض ليس على أساس المادة 442 التي

---

1 الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975 والمتضمن قانون التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، جريدة رسمية عدد 53، الصادرة في 04 يونيو 1975.

2 الأمر 75-48 المؤرخ في 17 يونيو 1975، والمتضمن تنفيذ أحكام القضاء وقرارات التحكيم، جريدة رسمية عدد 53 الصادرة في 04 يونيو 1975.

3 قرار محكمة استئناف الجزائر قرار رقم 119 بتاريخ 04 أبريل 1973 بينDIAL IMPORTو RUDNAP EXPORT مشار إليها في موسوعة التحكيم، عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، ص266.

4 موسوعة التحكيم، عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص266.

5 قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص186-187.

تحظر التحكيم وإنما لسبب آخر مما يتبين معه أن التحكيم جائز في عقود الأشخاص المعنوية العامة التي كانت في تلك الفترة تخضع للقانون العام ولتنظيم الصفقات العمومية[1].

سابقة أخرى بين شركة سوناطراك وشركة أنغولية في مجال الصفقات العمومية تضمنت فيها الصفقة بيع وتسليم مواد بترولية عام 1980 أين استندت الشركة الأنغولية على نظرية القوة القاهرة، وفعل الأمير للتملص من التزاماتها التعاقدية رفع النزاع بناء على شرط التحكيم على الغرفة التجارية الدولية بباريس للفصل فيه أين حكمت الغرفة بتغريم الشركة الأنغولية التي امتنعت عن دفع مستحقاتها بالعملة الصعبة وبذلك صدر الحكم التحكيمي معوضا للشركة الجزائرية وبالفعل تم تعويض سوناطراك[2].

وحيث أن دراستنا مرتبطة بقانون الإجراءات المدنية فحاولنا إعطاء بعض الأمثلة من الاتفاقيات والقوانين والتنظيمات والتي تؤكد موقف المشرع الجزائري التدريجي إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات، إلا أنه كان يعتبره استثناء بالنسبة لأشخاص القانون العام كما حصره في المجال الدولي بالنسبة لهم دون المجال الداخلي، وهذا تماشيا مع ما نص عليه دستور1989 ودستور1996 المعدل والمتمم والذي اعتمد على النظام الاقتصادي الحر الذي يقوم على الخوصصة والاستثمار ويقوم على تغيير في وظائف الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة.

الفرع الثاني: التحكيم في صفقات الدولة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09

بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 تغير موقف الفقه والقضاء من التحكيم فبعد أن تباينت الأراء حول يجوز أو لا يجوز الإعتراف بالتحكيم في الجزائر وخاصة بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة أصبح الوضع مختلف بنص القانون صراحة على التحكيم وتنظيم قواعده وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال مايلي:

أولا: التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09

صدر القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائر في سنة 2008 إلا أنه دخل حيز التنفيذ في سنة 2009 ليصدر المرسوم الرئاسي 15-247 والمتضمن آخر تنظيم للصفقات العمومية حيث سنحاول تبيان موقف المشرع والمنظم الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية

1 قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 188.

2 وقائع القضية منشورة في مرجع الأستاذ محمد كولا، المرجع السابق، ص34-35.

/عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر1990، ص 241.

وتبيان الإشكالية الخاصة بصياغة النصوص القانونية التي لا تزال تطرح إشكالية التحكيم في الصفقات العمومية. ومدى انسجام النص التشريعي مع النص التنظيمي؟

إن الغموض الذي كان يعتري المرسوم التشريعي 93-09 في مجال النص على التحكيم في العلاقات الدولية حسم من خلال المادة 975 والمادة 1006، فالمادة 975 من القانون 08-09 نصت على:" **لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**"

أما المادة 1006 فقد نصت على: "**يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

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

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."[1]

ما يلاحظ على المادتين أن التحكيم في المادتين وخاصة في مجال الصفقات العمومية جاء مرتبط بمجال سابق له هو الاتفاقيات الدولية حسب المادة 975 أو بالعلاقات الاقتصادية الدولية حسب المادة 1006 مما أدى ببعض الفقه الجزائري إلى اعتبار أن التحكيم جائز فقط في الصفقات العمومية الدولية دون الداخلية، هذا الاتجاه من الفقه[2] يرى:

- بأن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يأتي بالجديد، بل ساير الاتجاه العام حيث بقي يؤكد على جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي من خلال المادة 975 التي تنص على :"...**إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**" ويدعم هذا الرأي في اقتصار التحكيم على العقود الدولية بقولهم:" **لم يأتي قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجديد، بل أقر نفس التوجه الذي كان سائدا، وبالتالي قنن تصرفات الإدارة العامة**"، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الأستاذ نبيل صقر في شرحه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

---

1 المادة 1006 من القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص188، وص247.

/عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الرابعة، دار بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، سوق أهراس،2017، ص ص73-78.

3 المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر،/ نبيل صقر" شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

جانب آخر من الفقه يرى بأن المشرع الجزائري لم يأتي بالجديد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] من خلال تفسير الفقرة 2 والفقرة 3 من المادة 1006 والتي ترى بأنها تمنع الاتفاق على التحكيم الداخلي في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية الدولية.

من خلال ما سبق نستنتج أن الفقه الجزائري ركز الدراسة على تحليل المادة 975 من جهة ومن جهة ثانية ركز على التفسير اللغوي لحرف العطف الموجود في الفقرة الأخيرة من نفس المادة بنصها: « ...**إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية،** والذي قصد الإطار الدولي أي الصفقات الدولية، وعليه يرى أنصار هذا الاتجاه أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة لهم لم يأتي بالجديد ودليل ذلك أن مقارنة القانون 08-09 بالمرسوم التشريعي93-09 يتبين لنا بأن المشرع الجزائري لأول مرة نص بصريح العبارة على التحكيم في الصفقات العمومية لينهي الخلاف ويوضح الغموض الذي كان يعتري المرسوم التشريعي لسنة 1993 حين استعمل مفهوم العلاقات التجارية الدولية، وبهذا فالتحكيم جائز في مجال الصفقات العمومية.

لكن الإشكال بقي مطروح في تفسير المادة 975 والمادة 1006 خاصة بالنسبة للصفقات الداخلية الأمر الذي سندرسه في الفصل الثاني من هذا البحث.

ثانيا: التحكيم في تنظيمات الصفقات العمومية بعد 2008

1-التحكيم في المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم

1 نبيهة بومعزة" الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري" مقال منشور بمجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، عدد35، سبتمبر 2013،ص220.

صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن الصفقات العمومية بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] إلا أنه لم ينص صراحة على التحكيم رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز التحكيم في مجال الصفقات العمومية، ليبقى الغموض في تنظيم الصفقات العمومية والتساؤل لماذا لم يشر التنظيم صراحة إلى التحكيم؟

نصت المادة 115 من المرسوم الرئاسي10-236 المعدل والمتمم على:" **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي...** "[2].

نلاحظ من هذه المادة أنها أحالت تسوية النزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقة العمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نص على جواز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية وبالتالي يكون المرسوم 10-236 قد تضمن ضمنيا التحكيم كآلية من آليات تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هذا من ناحية، كما أن هذا المرسوم من خلال استعماله فكرة الحل الودي لتسوية النزاعات في هذه المادة يعد بمثابة اعتراف ضمني بالتحكيم كآلية ودية من آليات تسوية المنازعات.

2-التحكيم في المرسوم الرئاسي 15-247[3]

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن الصفقات العمومية على: "... **يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:.....**

.....ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة."

نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة ولأول مرة مقارنة بالتنظيمات السابقة على التحكيم، حيث اعترفت بجواز اللجوء إليه استثناءا في الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب دون أن تنص على

1 القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

3 المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الخاضعين للقانون الجزائري، باعتبار أن المتعاملين المتعاقدين الأجانب المقيمين على التراب الوطني يخضعون للقانون الجزائري حسب ما بيناه أعلاه في المبحث الأول، وبالتالي فعقودهم وصفقاتهم تعتبر وطنية وليست دولية.

مما سبق يطرح التساؤل التالي:

هل قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على الصفقات الدولية دون الداخلية أم أن التنظيم خالف التشريع؟ هذا ما سنحاول توضيحه في الفصل الثاني الذي خصصناه للصفقات العمومية الوطنية أي الداخلية.

خلاصة الفصل

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يأتي بالجديد في مجال الصفقات العمومية الدولية مقارنة بما كانت تتضمنه القوانين والتنظيمات والاتفاقيات المشار إليها سابقا، والمبرمة قبل صدور القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية.

هذه القوانين والإتفاقيات المذكورة سابقا أجازت اللجوء إلى التحكيم في المجال الدولي، كما أكدت على أن مجال الصفقات العمومية يدخل في مفهوم العلاقات التجارية الدولية وفقا لما تحتويه الصفقة من عنصر اقتصادي وقانوني عندما تبرم مع متعاملين أجانب غير مقيمين في الجزائر، حيث أن هذه الصفقات تضمنت شرط التحكيم الذي يضعه المتعامل الأجنبي عند التعاقد مع الدولة وفقا لأسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية وهو بذلك يفرض شروطه على الدول النامية، ويعتبر أن من أهم الضمانات التعاقدية له هو اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات ضمان لعدم حياد قضاء الدولة.

كما أن الدولة الجزائرية لجأت إلى التحكيم في بعض الأحيان رغم عدم وجود نصوص قانونية تجيز لها ذلك، وأحيانا أخرى كانت تلجأ إلى التحكيم بناء على إرادتها التي اعتبرت لدى الفقه الدولي والداخلي بمثابة رضا بتقييد سيادتها في إطار العقد شريعة المتعاقدين الذي يجد مصدره في القانون المدني وفي القانون الدولي، والذي يترتب عنه التزام الدولة بما ارتضته.

تطور مفهوم السيادة من السيادة المطلقة في المجال السياسي والدولي إلى السيادة المقيدة وهي السيادة التي تجعل من الدولة تقيد نفسها وبرضاها عند قبولها وتصديقها على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، أدى إلى تغيير موقف جانب من الفقه خاصة الدولي الذي اعتبر أن التحكيم لا يمس بسيادة الدولة، الأمر الذي ساهم في انتشار التحكيم كوسيلة بديلة من وسائل تسوية النزاعات.

بالتالي أصبح التحكيم يستمد شرعيته من هذه الإتفاقيات ومن رضا الدولة ومن كون هذه الأخيرة هي سلطة لا تعلوها سلطة أخرى، ولا يوجد قضاء يعلو الدولة، ليعدل المشرع بعد هذه الأسباب وهذه التطورات من موقفه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون رقم 75-44 ويعترف بالتحكيم سواء في العلاقات الدولية أو التحكيم الإجباري في علاقات المؤسسات الوطنية.

رغم ذلك بقيت الصياغات الغير واضحة لبعض النصوص القانونية تثير الغموض والتباين في موقف القضاء والفقه حول قبول أو رفض التحكيم في عقود الصفقات العمومية إلا أن المشرع الجزائري تدخل لاحقا بموجب القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية واعترف بجواز اللجوء إلى التحكيم في كل من المادة 975 والمادة 1006 والتي تؤكد على مجال الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

تدور منازعات تنفيذ الصفقات العمومية حول محورين أساسيين هما، استعمال الإدارة العامة لامتيازات السلطة العامة، كسلطة التعديل أو سلطة إنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة نظرا لضرورة المصلحة، وهنا قد تؤدي هذه السلطات إلى تحمل المتعاقد مع الإدارة التزامات تفوق الالتزامات والأعباء المتفق عليها وهذا ما يطلق عليه بالإخلال بالتوازن المالي للعقد إما جراء استعمال امتيازات السلطة العامة من طرف المصلحة المتعاقدة، أو بسبب خارج عن إرادة الطرفين.

أما الحالة الثانية التي قد تثور فيها منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية من أحد أطراف العقد، كعدم دفع المستحقات أو التنفيذ المتأخر للصفقة أو عدم تحصل المتعاقد مع الإدارة على مستحقاته، وغيرها من المنازعات التي تثور جراء تنفيذ العقد والتي قد تكون بسبب أحد أطراف الصفقة.

تتميز الصفقات العمومية الوطنية –أو الداخلية– باستعمال الإدارة العامة أي المصلحة المتعاقدة سلطات واسعة وامتيازات واسعة في مواجهة الطرف المتعاقد معها مقارنة بالصفقات الدولية أو ما نسميها الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب غير مقيمين كما بيناه في الفصل الأول من هذا الباب، لأن المتعامل الأجنبي كطرف قوي أوطرف محتكر للخدمة أو طرف ممول للصفقة يفرض على المصلحة المتعاقدة شروطه مثل شرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم وشرط القوة القاهرة وشرط رفع التسبيقات مما تجد الإدارة العامة نفسها طرف ضعيف في العقد، إلا أن المتعاملين الأجانب نوعان كما أشرنا سابقا هما المتعاملين الأجانب غير المقيمين والمتعاملين الأجانب المقيمين مما يجعلنا نتساءل هل تعتبر الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي مقيم صفقات وطنية أي داخلية أم لا؟

ترتبط الصفقات العمومية بالخدمة العامة والمرفق العام بمفهومه العضوي والموضوعي، فالمرفق العام هو الخدمة العامة التي تؤديها الإدارة العامة للجمهور تلبية لحاجات عامة، وهو مختلف التصرفات القانونية التي تقوم بها الهيئات والمؤسسات العمومية بهدف تلبية حاجات عامة وحاجاتها الخاصة باعتبارها مرفق عام بمفهومه العضوي.

يرتبط المرفق العام بمفهومه العضوي والموضوعي بمبادئ أساسية في تسييره وهي مبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة، مبدأ المساواة في الانتفاع ومبدأ القابلية للتطور والتكيف وفقا لتغير حاجات المواطنين وتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وحيث أن الصفقات العمومية مرتبطة من ناحية الموضوع بالمرافق العامة وحاجة المواطن وحاجة المصلحة المتعاقدة فهي بذلك مرتبطة بمبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة ومرتبطة بمبدأ القابلية للتطور وهو مرتبط بسلطات الإدارة العامة وامتيازاتها التي تخوله سلطة التعديل وسلطة إنهاء الصفقة، وفقا للتغيرات والتطورات في الحاجة

العامة، وعليه نجد أن أكبر مجال في المنازعات الإدارية هو مجال الصفقات العمومية والذي يحتاج إلى السرعة في الفصل في المنازعة واستمرارية المرفق في تقديم الخدمات دون توقيف أو تعطيل الأمر الذي دفع بالمنظم الجزائري إلى النص على آليات فعالة في تسوية نزاعات الصفقات العمومية والتي تتميز بسرعة الفصل في النزاع على عكس القضاء الذي يستوجب إجراءات خاصة ومعقدة قد تؤدي إلى طول أمد التقاضي وتحيل النزاع أحيانا إلى الخبرة القضائية وبعدها يتم الطعن في الخبرة وغيرها مما يطول معه أمد التقاضي.

وعليه حاول المشرع الجزائري دائما البحث عن آليات فعالة لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية بعيدا عن القضاء، لنتساءل بذلك هل يمكن اعتبار التحكيم وسيلة من هذه الوسائل التي تؤدي إلى التسوية السريعة للمنازعات الداخلية على غرار المنازعات الدولية؟

هل التحكيم في الصفقات الداخلية يمس بمبدأ السيادة وامتيازات السلطة العامة أم لا خاصة إذا كان التحكيم يؤدي إلى استبعاد القضاء الوطني من نظر النزاع في الوقت الذي تعتبر فيه قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام؟

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل في إشكالية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الدولية أي المبرمة مع متعامل أجنبي وهذا ما تماشى مع ما نص عليه المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 في المادة 153 منه والذي نص على أن منازعات التنفيذ في مجال الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي تخضع لهيئة تحكيم دولي في حين لم ينص على التحكيم في الصفقات الوطنية أي المبرمة مع المتعامل العمومي الوطني مما يطرح التساؤل التالي:

هل يجوز التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية في إطار المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية، هل قصد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم في العقود الدولية دون الداخلية، أم أن التنظيم خالف التشريع، هل نطبق قاعدة تدرج القوانين التي مفادها القانون الأعلى درجة هو القانون المخالف في حالة تعارض النصوص القانونية أم نطبق قاعدة الخاص يقيد العام وبذلك نطبق التنظيم ونستبعد القانون الإجرائي وهو القانون 08-09.

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال التحليل الخاص بالباحثة في هذه النقطة خاصة وأن المرسوم الرئاسي15-247 هو جديد ولم يتم دراسته بعد من قبل فقهاء القانون الجزائري وذلك من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية

المبحث الثاني: إشكالية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

تنقسم منازعات الصفقات العمومية إلى منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ، تختلف منازعات الإبرام عن منازعات التنفيذ في كون منازعات الإبرام هي تلك المنازعات التي تخص مرحلة إبرام الصفقة وهي المنازعات التي ربطها دائما المنظم الجزائري بمبدأ المنافسة والعلنية والشفافية في إسناد الصفقة لمتعامل متعاقد، فهذه المنازعات ترتبط بنوع من تصرفات الإدارة هي القرارات الإدارية كقرار الإعلان عن طلب العروض، قرار تعيين اللجان، قرار المنح المؤقت وقرار اعتماد الصفقة وهي تصرفات قانونية انفرادية، تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة العامة، في إطار استعمالها امتيازات السلطة العامة.

نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية...**"، يفهم من هذه المادة أن منازعات الإبرام منازعات يختص بها القضاء الإداري وهي اختصاص حصري للقضاء، لأن الطعون التي تمس مجال الإبرام تكون مرتبطة بالجانب التنظيمي للصفقة العمومية والتي تتم بموجب قرارات إدارية هذه الأخيرة التي ترتبط بإمتيازات السلطة العامة وبالتالي تدخل في اختصاص القضاء الإداري[1].

أما منازعات التنفيذ فهي المنازعات التي تأتي موالية لمرحلة الإبرام وتبدأ بتنفيذ الصفقة بموجب قرار بدأ التنفيذ أو قرار الأمر بانطلاق الأشغال إلى غاية انتهاء تنفيذ الصفقة العمومية، وهذه المنازعات تختص بها إما لجنة الصفقات أو لجنة التسوية الودية التي استحدثها المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 153 منه[2]، أو يختص بها القضاء الإداري كأصل، أو القضاء العادي استثناء في دعاوى التعويض.

تمارس الإدارة في إطار تنفيذ سياستها العامة سلطات وامتيازات في الصفقة العمومية كسلطة التعديل سلطة الفسخ وسلطة فرض العقوبات والجزاءات الإدارية والمالية، وفي هذا الإطار قد تصدر عدة قرارات إدارية شفوية كانت أم كتابية بهدف التنفيذ الجيد للصفقة، كما أن البيروقراطية في إطار إصدار القرارات الآمرة بالصرف قد تؤدي إلى إلحاق ضرر بمصلحة المتعاقد مع الإدارة[3].

1 إلياس الشيخاني، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، دون طبعة، طرابلس، لبنان، 2008، ص48.

2 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

3 سليم سلامة حتاملة، دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة في القانون الأردني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عدد 3 السنة 39، سبتمبر 2015، ص ص 461-463.

وحيث أن الإدارة العامة تستعمل دائما امتيازات السلطة العامة مما يجعل المتعاقد معها متضررا وهنا يلجأ إلى القضاء كطريق لتسوية منازعاته، وباعتبار حق التقاضي حق مقيد بشروط وإجراءات نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهذه الشروط والإجراءات مثل مواعيد رفع الدعوى والتبليغ وسماع الدفوع والحضور والمعاينة والخبرة كل ذلك قد يمس بمبدأ استمرارية المرفق العام، وعليه يعتبر التحكيم أحسن وسيلة سريعة وفعالة في تسوية المنازعات.

وعليه نتساءل هل إعمال التحكيم في منازعات الصفقات العمومية يمس مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ في الصفقات العمومية وهل التحكيم يمس بمبدأ السيادة، وبامتيازات السلطة العامة وبنظرية العقد الإداري؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنحاول تقسيم المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: ماهية منازعات الصفقات العمومية الداخلية

المطلب الثاني: التحكيم والإطار الموضوعي لمنازعات الصفقات العمومية الداخلية

المطلب الأول: ماهية منازعات الصفقات العمومية الداخلية

نصت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]: "**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 الصيغة الإدارية طرفا فيها** ".

اعتمدت هذه المادة على المعيار العضوي في تحديد المنازعة الإدارية وتحديد الاختصاص القضائي الإداري، حيث أن المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها تفصل فيها المحاكم الإدارية.

وعيه نتساءل ماهو مفهوم منازعات الصفقات العمومية؟

لإعطاء مفهوم لمنازعات الصفقات العمومية الداخلية لا بد من البحث في مفهوم الصفقة العمومية الداخلية، وتمييزها عن الصفقة.

الفرع الأول: مفهوم الصفقات العمومية الداخلية

1 المادة 800 من القانون رقم 08-09، مصدر سالف الذكر.

تطرق تنظيم الصفقات العمومية إلى طرق إبرام الصفقات من خلال طريقة المناقصة الوطنية والدولية، ومن خلال طريقة تسوية النزاع عن طريق التحكيم التي نصت عليها المادة 153 منه في الصفقات ذات المتعامل المتعاقد الأجنبي، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي هل عرف المشرع الجزائري ووضع معايير لتمييز الصفقات الوطنية عن الدولية؟

أولا: المتعامل المتعاقد في التشريع الجزائري

القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين، نص في المادة 49 والمادة 50 منه على الأشخاص الاعتبارية، وعلى الحقوق والالتزامات التي تترتب عن منح الشخصية القانونية لهذه الأشخاص، بالرجوع إلى هذا القانون الذي يعتبر مصدر للقانون الإداري نجد بأنه تطرق إلى مفهوم الشخص الاعتباري، وعلى القانون المطبق عليه، وهذا ما يمكن توضيحه من خلال المادة 10 منه الفقرة 3 والتي نصت على:"... **أماالأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي**[1].

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."، كما نصت المادة 50 من نفس القانون وهو القانون المدني على: "... **موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.**

الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركز نشاطها في نظر القانون الداخلي في الجزائر..."[2]. يتبين من هذه المواد أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية في نظر القانون المدني والمقيمة في الجزائر و حتى الغير مقيمة متى مارست نشاطها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري وهو ما ذهب إليه الفقه الجزائري[3]، أما القانون التجاري فقد كان له نفس اتجاه القانون المدني، حيث نصت المادة 547 منه على:" **يكون موطن الشركة مركز الشركة. تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري.**"[4].

---

1 المادة 10 من القانون المدني، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 50 من القانون المدني، المصدر نفسه.

3 قدوج حمامة، المرجع السابق، ص ص190 – 194.

/ عليوش قربوع كمال، المصدر السابق، ص ص339-340.

/ -عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص136، ص139.

4 المادة 547 من القانون التجاري، مصدر سالف الذكر.

يتبين من هذه المادة أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي تمارس نشاطها في الجزائر هي مؤسسات جزائرية من حيث الخضوع للقانون الجزائري، كما نص على ذلك أيضا القانون رقم 03-11 والمتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم في المادة 126 منه والتي اعتمدت على معيار الإقامة في التمييز بين الوطنيين والأجانب[1]، أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 فقد اعتمد في المادة 800 منه على المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضاء الإداري بغض النظر عن الطرف الآخر في المنازعة، فمتى كان النزاع فيه الدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص معنوي عام ذو طبيعة إدارية فالنزاع يختص به القضاء الإداري كأصل عام[2].

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري في عدة قوانين اعتبر الأشخاص الاعتبارية المقيمة في الجزائر أي التي تمارس نشاطها في الجزائر ولو كانت أجنبية هي مؤسسات وطنية من حيث خضوعها للقانون الجزائري وبالتالي فمنازعاتها مع المصالح المتعاقدة تعد منازعات داخلية تخضع فيها للقانون الوطني الجزائري.

ثانيا: المتعامل المتعاقد في التنظيم الجزائري

ميز المنظم الجزائري للصفقات العمومية بين الصفقات الوطنية والصفقات الدولية من خلال طريقة الإبرام، حيث نصت المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: "**يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوة للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، ....**"، أما المادة 42 من نفس المرسوم فقد نصت على: " **يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا...**"[3]، يتبين من هذه النصوص أن الصفقات الوطنية هي الصفقات التي تبرم وفقا لإجراء طلب العروض الوطني، أين تشارك المؤسسات الموجودة على التراب الوطني سواء كانت جزائرية أو أجنبية مقيمة في الجزائر وتمارس نشاطها في الجزائر.

أما الصفقات الدولية هي الصفقات التي تفتح المجال للشركات الأجنبية الموجودة خارج الإقليم الجغرافي بالمشاركة في المنافسة وهنا يكون المتعهد الذي وقع عليه الاختيار متعامل متعاقد أجنبي أي لا يخضع في الأصل للقانون الجزائري وهنا تشترط المادة 84 من نفس المرسوم على هذه المؤسسات

---

1 المادة 126 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27غشت 2003.

/-عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص139.

2 المادة 800 من القانون رقم 08-09، المصدر السالف الذكر.

/ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص46.

3 المادة 84 و المادة 42 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المصدر السالف الذكر.

التي تم اختيارها في إطار الدعوة للمنافسة الأجنبية على الاستثمار في شراكة في الجزائر، وإلا يتم فسخ الصفقة بعد اعذاره.

أيضا نصت المادة 18 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى والذي نظم الصفقات العمومية على: "**يقصد بالمتعاملين الأجانب في مفهوم هذا المرسوم المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكوميا تنص عليه المادة 83 أدناه وضمانات حسن التنفيذ.**"، يتضح من هذه المادة التمييز الصريح والواضح بين المؤسسات.

أما المرسوم الرئاسي 15-247 فقد اعتبر في المادة 83 منه المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلك المؤسسات التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، والجزائري المقيم هو الجزائري الذي له بطاقة إقامة على التراب الجزائري بغض النظر عن جنسيته، وبهذا نستنتج أن تنظيم الصفقات العمومية اعتبر المؤسسات الأجنبية المقيمة مؤسسات جزائرية وبالتالي أخضعها للقانون الجزائري[1]، وهو نفس المنهج المعتمد في التشريع الجزائري، وعليه فالتنظيم جاء متماشيا مع ما نص عليه التشريع.

الفرع الثاني: مميزات التعامل مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري

نصت المادة 85 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: "**عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم.**".

يتبين من مضمون هذه المادة أن الدعوة للمنافسة الوطنية هي الأصل في إبرام الصفقات العمومية بدليل الصيغة التي جاءت بها هذه المادة وهي "**على هذه الأخيرة**" أي أن المصالح المتعاقد عندما تجد أن الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني كفيل بتلبية حاجاتها فيتم إبرام صفقات وطنية عن طريق الدعوة للمنافسة الوطنية وهي المنافسة التي تخاطب كل المؤسسات الموجودة على إقليم الدولة بما فيها التي تحمل الجنسية أم لا مادام إقامتها ونشاطها على إقليم الدولة.

ميز المنظم الجزائري بين المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية من خلال الامتيازات الممنوحة لها، فالمادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت على:"**يمنح هامش للأفضلية بنسبة25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري**

1 المادة 18 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.
/ المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه..."[1]. منحت هذه المادة الأفضلية والأولية في إبرام الصفقات العمومية للمنتج الجزائري وللمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

أما المادة 85 فقرة 7 من نفس المرسوم فقد نصت على:"... **لا تسمح المصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها.**"، إن اللجوء إلى المؤسسات الأجنبية أو المناولة الأجنبية هو استثناء يتم في حالة عدم قدرة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المنتوج الجزائري على تلبية حاجات المرفق العام[2].

جاء المرسوم الرئاسي 15-247 معتمدا كأصل في إبرام الصفقات العمومية على اختيار المتعامل المتعاقد الخاضع للقانون الجزائري، أما التعاقد مع المؤسسات الأجنبية فيعتبر استثناء، وعليه فالمنازعات بين المصالح المتعاقدة والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري هي منازعات داخلية لأن أطرافها مقيمين في الجزائر وموضوعها صفقة عمومية مبرمة في الجزائر ومكان تنفيذها هو مكان تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة وعليه فالصفقة العمومية يحكمها التشريع والتنظيم المعمول بهما وهما قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية[3].

نخلص مما سبق أن كل من المشرع والمنظم الجزائري حاولا التمييز بين المتعامل الوطني والمتعامل الأجنبي من خلال الامتيازات الممنوحة للمنتوج الوطني والمؤسسات الوطنية سواء الصغيرة أو الكبرى كما ميز بين المتعاملين من خلال طرق ابرام الصفقة إذا كان طلب العروض وطني أو دولي وهذا ما بيناه من خلال نصوص تنظيم الصفقات العمومية، كما ميز تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بين المؤسسات من خلال القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فالمنازعات المتعلقة بمتعامل جزائري تخضع في تسويتها للقانون الجزائري، أما المنازعة المرتبطة بمتعامل أجنبي فنرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد فيه حتى نحدد القانون الواجب التطبيق.

كما أن كل من القانون المدني وتنظيم الصفقات العمومية أدرجا المؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر والتي تباشر نشاطها في الجزائر ضمن المؤسسات الوطنية وهذا تحت تسمية المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وعليه فمنازعاتها تدخل في مفهوم المنازعات الوطنية لسببين:

- السبب الأول هو أن نشاطها في الجزائر، وعليه تخضع للقانون الجزائري.

---

1 المادة 83 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 85 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المصدر نفسه.

3 المادة 153 فقرة أولى، المصدر نفسه.

– السبب الثاني هو كون العقود التي تبرمها هذه المؤسسات هي صفقات عمومية متى مولت هذه العقود تمويل كلي أو جزئي من ميزانية الدولة وذلك بناءا على المعيار المالي في تعريف الصفقة العمومية[1] وهو مانص عليه المرسوم الرئاسي 15–247.

مما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري عرف منازعات الصفقات العمومية الوطنية على أنها المنازعات المرتبطة بالصفقة العمومية والمبرمة بين أحد أشخاص القانون العام المذكور في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وشخص خاص خاضع للقانون الجزائري.

أما عن التعريف القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، نلاحظ أن القضاء الإداري الجزائري لم يقم بتعريف منازعات الصفقات العمومية بل اكتفى بالإشارة إلى المعايير التي اعتمدها في حل بعض المنازعات التي تخص الصفقات العمومية[2]، ونذكر على سبيل المثال، في قضية (ب – ك– ع) ضد بلدية زمورة، حيث كرس القضاء المعيار العضوي في نزاع صفقة عمومية حيث جاء في حيثيات قراره ما يلي:" وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات بلدية زمورة وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه3".

الفقه الإداري الجزائري لم يهتم بتعريف منازعات الصفقات العمومية على عكس الفقه الفرنسي الذي عرفها على أنها المنازعات المتعلقة بإجراء إبرام الصفقات العمومية، عندما تحيد هذه الأخيرة عن الإلتزامات المحددة في تقنين الصفقات العمومية فتكون موضوع دعاوى عديدة، كما يؤدي تنفيذ الصفقة العمومية إلى ظهور منازعات تخصها[4] .

مما سبق نستطيع أن منازعات الصفقات العمومية هي تلك النزاعات التي تنشأ عن الصفقة العمومية سواء كان ذلك في مرحلة إبرامها، أو كان في مرحلة تنفيذها والتي تفصل فيها الجهات المختصة لذلك ".

---

1 المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/ المواد:3-4 -5 - 6 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 31-32.

/ كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص ص 15-31.

3 القرار رقم 45 الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2007/12/09، مجلة المحكمة العليا ، السنة 2011، عدد خاص تحت عنوان محكمة التنازع ، ص 115.

4 Lajoys (c), droit des marchés public, galiane éditeur, Paris 2005, p 146 et 159.

منازعات تنفيذ الصفقة العمومية الوطنية هي تلك المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ الصفقة العمومية حيث تخضع في الفصل فيها لأحكام القانون الوطني وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتدخل في اختصاص القضاء الوطني دون أي منازع باعتبارها عقود إدارية[1].

إن المصالح المتعاقدة المحددة في المادة 4 والمادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 هي تجسيد لسلطة وسيادة الدولة، إلا أنه قد يحدث أن تلجأ المصالح المتعاقدة إلى التعامل مع أجنبي قد يكون غير مقيم كشركات ومؤسسات دولية تساهم في تمويل الصفقات أو تدخل في إطار المنافسة الدولية إلى المشاركة في طلب العروض هذه المؤسسات كما أشرت وفصلت فيها هي مؤسسات أجنبية غير مقيمة وكضمان في تعاملها تلجأ إلى وضع شرط التحكيم في منازعاتها وهنا لا يوجد أي إشكال[2] الإشكال الذي يطرح هو بالنسبة للمؤسسات الأجنبية أو الشركات ذات الرأسمال المختلط بين الشريك الجزائري والشريك الأجنبي والموجودة في الجزائر فهل هي متعامل أجنبي أو يعتبر متعامل وطني خاصة وأنها شركات أو مؤسسات لها إقامة في الجزائر وتمارس النشاط في إطار سياسة الاستثمار على إقليم الدولة الجزائري وبهذا هل نعتبر صفقاتها داخلية أودولية؟

المطلب الثاني: التحكيم والإطار الموضوعي لمنازعات الصفقات العمومية الداخلية

خصص هذا المطلب للتطرق إلى الإطار الموضوعي لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية والهدف من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على طبيعة منازعات الصفقات العمومية الداخلية ومدى تماشيها مع التحكيم للإجابة على التساؤل التالي، هل هي من المنازعات السيادية أم أنها تخص المجال المالي دون امتيازات السلطة العامة؟

لتوضيح ذلك سأقسم الدراسة إلى فرعين، فرع خاص بموضوع منازعات الصفقات العمومية الوطنية، وفرع خاص بالتحكيم والطبيعة الموضوعية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية الوطنية.

الفرع الأول: موضوع منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية

بعد إبرام الصفقة العمومية يدخل طرفا الصفقة العمومية في مرحلة تنفيذها، مما يترتب على ذلك حقوقا والتزامات متبادلة، تختلف كليا عن تلك الموجودة في عقود القانون الخاص، تظرا لما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات تقتضيها المصلحة العامة.

قد يحدث أن تنشأ نزاعات بين طرفي الصفقة العمومية تحول دون تنفيذها سواء قبل البدء في

1عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص28.

2 المادة 153 من المرسوم الرئاسي15-247، مصدر سالف الذكر.

التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو حتى عند التسليم النهائي للصفقة العمومية، وهذا نتيجة إخلال أحد طرفي الصفقة العمومية بالتزاماتهم أو نتيجة سبب خارج عن إرادة طرفي الصفقة، ولتوضيح ذلك اعتمدت الخطة التالية:

أولا– المنازعات الناشئة بسبب تصرفات المتعاقدين.

ثانيا–المنازعات الناشئة بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين.

أولا: المنازعات الناشئة بسبب تصرفات المتعاقدين

نتناول في هذا العنصر بعض التصرفات التي تترتب عنها منازعات خاصة بتنفيذ الصفقة العمومية والتي تكون بسبب تصرفات المتعاقدين سأبينها من خلال العنصرين التاليين:

1–المنازعات المترتبة عن إخلال المتعاقدين بإلتزاماتهم.

2–المنازعات المترتبة عن ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة.

1– المنازعات المترتبة عن إخلال المتعاقدين بإلتزاماتهم

نتناول هذا النوع من المنازعات من خلال التطرق لمجالات إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية ومجالات إخلال الإدارة العامة بإلتزاماتها التعاقدية وفقا للتقسيم التالي:

أ–المنازعات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته

قد يخل المتعامل المتعاقد في التزاماته مع الإدارة، سواء تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أم في التأخير فيه أو في القيام به بصورة غير مرضية أي معيبة[1]، وهنا للمصلحة المتعاقدة حلين هما إما إمكانية اللجوء إلى القاضي للحصول على إدانة المقاول أو المورد ليدفع للإدارة تعويضات وفوائد أين يمكن للقاضي على غرارها أن يعلن فسخ العقد على حساب الطرف العاجز[2].

أو يمكن للإدارة بإرادتها المنفردة أن توقع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته في حدود المعقول، ومن دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي سواء أكان منصوص عليها في العقد أم لا، وهذا بحكم ممارستها لامتيازات السلطة العامة، وهدف الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن المالي للعقد وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام واستبعاد الإخلال به[3]ومنه تحقيق المصلحة العامة.

ومن بين الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها نذكر على سبيل المثال الجزاءات المالية، وجزاء فسخ العقد وحظر التعامل معه.

---

1 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2009، ص149.

2 ناصر لباد، المرجع السابق، ص295.

3 بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، دون طبعة، عين مليلة، الجزائر2010، ص،111.

الجزاءات المالية هي المبالغ المالية المحددة القيمة في العقد المبرم أو في دفتر الشروط المصاحب له، تأخذها الإدارة من المتعاقد معها كجزاء لإخلاله بالتزاماته التعاقدية[1] و تظهر من خلال فرض الإدارة لغرامات مالية كغرامة التأخير، أو مصادرة مبلغ الضمان المدفوع من المتعاقد مسبقا، ونظرا لخطورة هذه الجزاءات فإن تنظيم الصفقات العمومية يشترط[2] لتطبيقها جملة من الشروط تتمثل في وجود خطأ وإخلال من طرف المتعامل المتعاقد، وإعذاره عن طريق رسالة تتضمن إعذار بتوقيع العقاب في حالة عدم الوفاء بالالتزام تبلغ وتنشر في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة من أجل تمكين المتعامل المتعاقد من الوفاء بالتزامه قبل توقيع الجزاء عليه، وللإدارة بعد كل ذلك أن تصدر قرار إداري يتضمن الجزاء الموقع بعد اعذاره.

-جزاء الإكراه هو أن تقوم الإدارة بنفسها في حالة الخطأ الجسيم للمتعامل المتعاقد معها وذلك بعد إعذاره في القيام بتنفيذ التزاماته، أو أن تختار شخص غيره ليحل محله في القيام بتنفيذ الصفقة بصفة مؤقتة وذلك على حسابه وعلى مسؤوليته، مع بقاء العقد قائما[3]، وكمثال عن جزاء الإكراه في صفقة اللوازم حالة ارتكاب المورد كمتعامل متعاقد خطأ جسيم، فإن للإدارة أن تتوجه لمورد آخر لتلبية حاجات المرفق العمومي، وإذا كان السعر أعلى من السعر المتفق عليه مع المورد المقصر، فإن هذا الأخير يتحمل المسؤولية ويلتزم بدفع فارق السعر كجزاء عن تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية[4].

أما فسخ الصفقة فنقصد به حل الرابطة العقدية كجزاء عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته[5] حيث إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد مع الإدارة تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد[6].

حظر التعامل هو جزاء يقترن برفض المتعاقد مع الإدارة الذي منحت له الصفقة تنفيذ الصفقة فيمكن للإدارة منع التعامل معه مؤقتا أو بصفة دائمة، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 بنصها: "**يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل**

1 المادة 147 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 بوعمران عادل، المرجع سابق ، ص112.

3 ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص154.

4 أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر2006، ص380.

5 ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص161.

6 المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

نفاذ أجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه... ".

وعلى صعيد آخر فقد تحدث بعض المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته بشكل غير مباشر، وهذا عندما يعهد المتعامل المتعاقد الرئيسي في بعض الصفقات العمومية، إلى الغير للقيام ببعض التزامات الصفقة العمومية في إطار المناولة وهو ما يعرف بالمناول في الصفقة العمومية[1].

ب- المنازعات المترتبة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها

قد يحدث في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالإخلال بالتزاماتها، وهذا يرتب نزاعات بين طرفي الصفقة، تتخذ مظهرين أساسين هما :

-النزاعات التي تتعلق بإخلال الإدارة بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها.

-النزاعات الناشئة بفعل ممارسة الإدارة للسلطات الممنوحة لها.

ب-أ-النزاعات التي تتعلق بإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها في العقد

النزاعات المرتبطة باخلال الإدارة بالتزاماتها المالية، هي تلك النزاعات المرتبطة إما بالمقابل المالي للصفقة وهو المقابل الذي تمنحه الإدارة للمتعاقد معها نظير تنفيذ الالتزامات الناشئة عن الصفقة العمومية المبرمة على اعتبار أن هدف المتعامل المتعاقد معها هو الحصول على الربح، ويتخذ المقابل المالي صور متعددة وهذا بحسب موضوع العقد، فقد يكون ثمنا للسلع والبضائع في صفقة اللوازم وقد يكون ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية[2].

تختلف كيفيات دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد، فقد يكون بالسعر الإجمالي أو الجزافي أو بناءا على قائمة سعر الوحدة أو بناءا على النفقات المراقبة أو السعر المختلط، كما قد يكون سعرا ثابتا أو قابلا للمراجعة، وفي هذا الإطار تختلف طريقة التسوية المالية للصفقة، فقد تكون بنظام دفع التسبيقات أو نظام الدفع على الحساب أو بنظام التسويات على الرصيد[3].

غير أنه قد يحدث وأن تخل الإدارة بالتزاماتها المالية لعدم تسديد المقابل المالي المقرر بموجب الصفقة المبرمة أو دفتر الشروط أو تتأخر في تسديده وفق الآجال المحددة، مما يلحق أضرار بالمتعاقد معها، وبالتالي يمكن للمتعامل المتعاقد استرداد حقه أمام الجهات القضائية المختصة على أساس المسؤولية العقدي للمصلحة المتعاقدة، كما يمكنه المطالبة بتوقيع غرامات تأخير عن كل يوم لم تسدد فيه الإدارة مستحقاته وهو ما يسمى بالفوائد التأخيرية.

وقد تنشأ المنازعات المتعلقة بالجانب المالي بسبب رفض الإدارة مراجعة الأسعار أو تحيينها

---

1 المواد 140،141،143 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 ناصر لباد، المرجع السابق، ص296.

3 المادتين 108-109، مصدر نفسه.

أثناء تنفيذ الصفقة وهذا ما يتضح من قراءة المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على:" **يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ المراجعة... يمكن أن يحين السعر حسب الشروط...**"، الفرق بين المراجعة والتحيين هو أن مراجعة الأسعار مرتبط بفترة صلاحية العروض، أما تحيين الأسعار فمرتبط بالفترة الممتدة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العروض وتاريخ تبليغ الأمر بالبدء في تنفيذ الصفقة[1].

كما قد تنشأ منازعات مالية عندما تقوم الإدارة بحجز مبلغ الضمان بعد التسليم النهائي للصفقة. مبلغ الضمان هو في الأصل كفالة حسن التنفيذ حيث تتحول هذه الكفالة إلى كفالة ضمان في الصفقات التي تنص على أجل التنفيذ كصفقات الأشغال التي تنص على سبيل المثال على مدة التنفيذ ب6 أشهر فإذا لم يحترم المتعامل المتعاقد هذه المدة أو لم يكن التنفيذ وفقا للمواصفات المتفق عليها فللمصلحة المتعاقدة أن تحجز على مبلغ الضمان[2]، وهو ما نصت عليه

وعلى صعيد آخر فقد تنشأ منازعات بين المناول والمصلحة المتعاقدة، هذه المنازعات غالبا ما تكون نزاعات مالية، فإذا كانت القاعدة العامة أن المناول يأخذ مستحقاته من المتعامل المتعاقد، فإن المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 اعترفت للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المناول وعلقت ذلك على صدور قرار وزاري يبين شروط وكيفيات ذلك، ولقد صدر قرار عن وزير المالية[3] بتاريخ 28 مارس 2011، حيث حددت المادة 2 منه شروط دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل الثانوي (المناول)، وأي إخلال من المصلحة المتعاقدة بعدم تنفيذ التزاماتها المالية يمكن أن ينشأ نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمناول، قد يؤدي بهذا الأخير رفع دعوى قضائية إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة بحقوقه[4].

كما يمكن أن تترتب نزاعات تتعلق بإخلال الإدارة بإلتزاماتها الغير مالية، كعدم تسليمها الموقع للمتعامل المتعاقد في الوقت المناسب وخالي من الموانع أو عدم تقديمها للمواد الضرورية لتنفيذ الصفقة[5].

---

1 المادة 100 فقرة 3، من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرق العام، مصدر سالف الذكر.

2 المادتين 130-131، المصدر نفسه.

3 قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 يتضمن الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، جريدة رسمية عدد 24 المؤرخة في 20 أفريل 2011، ص24 .

4 عمار بوضياف، تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 237.

/ Walid Laggoune, la sous-traitance dans les marchés publics en Algérie, essai de réflexion à propos du contrôle de l'Etat sur l'entreprise privée sous -traitante, R.a.s.j.e.p. n°3, année 1983, p. 99.

5 عادل بوعمران، المرجع السابق ، ص117.

2-النزاعات المترتبة عن ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة

تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات واسعة في تنفيذ الصفقة العمومية بهدف إشباع حاجات المصلحة العامة، إلا أنه يمكنها أن تستعمل هذه السلطات على نحو غير مشروع مما يشكل خطأ عقدي يرتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض، كما يمكن كذلك أن تستعمل هذه السلطات الممنوحة لها بصفة مشروعة، غير أنها تسبب أضرارا للمتعاقد معها مما يترتب معه حق المتعاقد في التعويض كالنزاعات المرتبطة باستعمال الإدارة لسلطتها على وجه غير مشروع.

تتمثل هذه النزاعات أساسا في خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في ممارستها لسلطاتها سواء في مجال الرقابة أوالتوجيه أو تجاوز تعديلاتها في العقد لنطاق المشروعية أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامة دون مبرر لها أو فسخها للعقد لمجرد التحلل من الالتزامات[1] وهنا يقوم القضاء الإداري بالرقابة اللاحقة لأعمال الإدارة وأي خطأ ترتكبه الإدارة يرتب مسؤوليتها بتعويض المتعاقد معها.

وهناك النزاعات المترتبة عن استعمال الإدارة لسلطتها بوجه مشروع، وهي النزاعات التي تنشأ نتيجة عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ويرتب له الحق في التعويض، وهذا ما يعرف بنظرية فعل الأمير[2]، وقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية في المادة 153 من المرسوم الرئاسي15-247[3]، ويترتب على توفر شروط نظرية فعل الأمير، استحقاق المتعامل المتعاقد التعويض الكامل على جميع الأعباء والتكاليف الإضافية التي تكبدها[4].

ثانيا: المنازعات الناشئة بسبب خارج عن إرادة طرفي الصفقة

قد يحدث وأن تنشأ نزاعات مرتبطة بتنفيذ الصفقة العمومية مردها أسباب خارجة عن إرادة طرفي الصفقة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد أو استحالة تنفيذ الصفقة، ممايترتب عليه حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات، نتناول هذه النزاعات في العناصر التالية:

1- نزاعات بسبب صعوبات مادية غير متوقعة:

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أن المتعاقد قد يصادف أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية لم يكن يتوقعها عند التعاقد، كأن يظهر في صفقة الأشغال العمومية أن الأرض الذي

---

1 عادل بوعمران، المرجع والصفحة السابقة.

2 ماجد راغب الحلو، المرجع السابق،,ص181.

/Mahiou (A),Cours d'institutions administratives, 3e édition, O.P.U, Alger, 1981,p. 253

3 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

4 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، دون طبعة، عنابة، 2005، ص92 .

ينفذ فيها المتعاقد التزاماته عليها ذات طبيعة استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فيرتب عليها زيادة أعباء المتعاقد بما يرفع من الأسعار المتفق عليهاوهنا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض[1].

2- نزاعات نتيجة حدوث قوة قاهرة أو ظروف طارئة:

القوة القاهرة هي حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير ممكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات[2]، وتعتبر هذه النظرية من صنع مجلس الدولة الفرنسي[3]، الذي وضع شروط لتطبيقها هي أن لا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة، وأن لا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقعا أو يمكن توقعه، وأن تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد وليس مجرد إثارة عقبات.

يترتب على توفر شروط هذه النظرية تحرير المتعاقد مع الإدارة من التزاماته بتنفيذ العقد. وهذا ما يتضمن إعفاءه من المسؤولية التعاقدية وحرمان الإدارة من توقيع جزاءات عليه، بالإضافة إلى حرمانها من التنفيذ عليه، ويجوز للمتعاقد فضلا عن ذلك أن يطلب فسخ العقد[4].

أخذ المشرع الجزائري بالقوة القاهرة كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية إلا أنه لم يحدد شروط تحديدها أو تطبيقها بل تركها لأطراف الصفقة من أجل تحديد شروط تطبيقها وذلك بالنص عليها في الصفقة كبيانات تكميلية للصفقة وهذا ما يستنتج من المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 التي نصت على:"... **كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة...**".

نجد أيضا نظرية الظروف الطارئة وهي نظرية وضعها قضاء مجلس الدولة الفرنسية الصادر في 24 مارس 1916 بمناسبة نظره في قضية غاز بوردو5، ومفادها أنه كلما جدت بعد إبرام العقد ظروف استثنائية خارجية لم تكن في الحسبان، ومن غير الممكن توقعها، أي ليست ناتجة عن الإخلال بالتزامات تعاقدية، وترتب عنها إختلال التوازن المالي للعقد لدرجة يصبح معها تنفيذ الصفقة يشكل إرهاقا أكبر بكثير من تلك التي تم توقعها عند إبرام العقد، فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب من المصلحة المتعاقدة المساهمة بتحمل جزء من التكاليف والأعباء الإضافية، بما يضمن له تعويض

---

1 ماجد راغب الحلو،المرجع السابق، ص 176- 179- 180.

/ نواف كنعان، المرجع السابق، ص 375.

2 محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، دون طبعة، طرابلس، 1998، ص12 .

3 Mahiou (A), op cit, p. 258

4 ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص 189- 190.

5 طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة 3، القاهرة، مصر، 1976، ص 454.

جزء من الخسارة التي لحقت به فالمصلحة المتعاقدة " تدفع تعويضا يمنع تجاوز عتبة اختلال التوازن الذي لا يحتمل، وهو ما يسمى التوازن الحدي"1 وليس تعويضا عن كل الأضرار، ومن أجل ذلك يجب أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وقوع الاختلال المالي الذي أصابه، وبحسن نية، من أمثلة الظروف الطارئة الحرب، أو الأزمة الاقتصادية، أو صدور أوامر أو مناشير أو قرارات من الإدارة أي من غير المصلحة المتعاقدة2 ، وهذه الحالة الأخيرة تمثل ما يقابل فعل الأمير الصادر عن الإدارة، لو كانت هي المتعاقدة.

هناك من يرى أن مجال تطبيق هذه النظرية هو العقود الإدارية والعقود التي تبرمها الإدارة وفقا للقانون الخاص[3]، غير أنه يمكن تطبيقها على صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على أساس أن فعل الإدارة يعتبر من الظروف الطارئة[4]، لتوفر كل شروط الظرف الطارئ فيه، وبالتالي يرتب نفس آثاره.

قد يحصل أن تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير متوقعة عند إبرام العقد وهذه الظروف من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد دون أن تؤدي إلى جعل تنفيذ التزاماته مستحيلة إلا أنها توقع المتعاقد في خسارة مع بقاءه ملزما بمتابعة التنفيذ ولكن مع الحق له أن تبادر الإدارة المتعاقدة إلى مد يد العون له، ومساعدته لتخطي الصعوبات الطارئة وأن تتحمل الإدارة جزء من الخسارة التي سببتها تلك الظروف الطارئة[5]وكمثال عليها ارتفاع الأسعار وانخفاض العملة وندرة المواد الضرورية لتنفيذ الصفقة...الخ .

ويشترط لإعمال هذه النظرية، الشروط التالية:

-أن يكون هناك ظرف طارئ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد يجعل التنفيذ مرهقا.

-ألا يكون لأحد المتعاقدين، يد في حدوث الظرف الطارئ.

-أن ينجر عن الظرف الطارئ، إخلال بالتوازن المالي للعقد وإرهاق شديد للمتعاقد يصعب تنفيذ التزاماته.

-استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

ويترتب على نظرية الظروف الطارئة، حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من

---

1 جورج فودال وبيار ديلفولفي، المرجع السابق، ص 353.

2 حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص ص 347-356.

3 جورج فودال وبيار ديلفولفي، المرجع نفسه، ص 355.

/ حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص ص 349.

4 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 627.

5 محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص126.

الإدارة تحت رقابة القضاء[1].

وتجدر الإشارة أن الجزائر عرفت ابتداء من1991 إلى1994 انخفاض في الدينار، مما نتج عن هذا أن أسعار السلع وخاصة المستوردة منها قد ارتفع بأضعاف، وكان لهذه الوضعية آثارا على العقود التي أبرمت مع الإدارة لاسيما منها التي مازالت في حالة تنفيذ، واستنادا لنظرية الظروف الطارئة، فقد أصبح المتعاقدون مع الإدارة في الأشغال العمومية والموردون إذا كانت السلع مستوردة يطلبون إعادة النظر في الوضعية المالية للعقد، وكونت لجنة خاصة وأصبح المقاولون يطالبون بالتعويض[2].

نستنتج مما سبق أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي منازعات من حيث الموضوع مرتبطة بالجانب المالي للصفقة العمومية وليس بالسلطة والسيادة وإنما بآثار ممارسة الإدارة العامة لمبدأ المشروعية في تصرفاتها، وعلى هذا الأساس اعتبرها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] وكذا الفقه أنها من دعاوى القضاء الكامل هذه الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود أو الحصول على مبالغ مالية معينة هذه الأخيرة التي تكاد أن تطغوا على المنازعات الأخرى في الصفقات العمومية سواء كانت منازعات متعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية أو الدعاوى المتعلقة بالحصول على المقابل المالي أو الدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي والدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار أو الحصول على مقابل الضمان وغيرها فكل هذه الدعاوى هي دعاوى مرتبطة بالجانب المالي للصفقة[4].

الطبيعة الموضوعية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية يغلب عليها الطابع المالي الأمر الذي يطرح التساؤل التالي هل آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتماشى وآلية التحكيم؟

الفرع الثاني: التحكيم والطبيعة الموضوعية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدخلية

---

1 عادل بوعمران، المرجع السابق، ص122- 123.

2 حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر العاصمة،2007، ص127.

/ناصر لباد، المرجع السابق، ص 229.

3 المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

4 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2013، ص329.

كان ولا يزال جانب من الفقه[1] يرى بأنه لا يجوز إعمال التحكيم في منازعات الصفقات العمومية على أساس أن الصفقة العمومية هي عقد من عقود القانون العام، حيث أن عقود القانون العام هي عقود تستعمل فيه الدولة وأشخاصها المعنوية العامة امتيازات السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام في تقديم الخدمات حيث تصبح الإدارة في إطار امتيازات السلطة العامة أعلى مرتبة في العقد، وأوسع سلطة.

تتمثل امتيازات السلطة العامة في سلطة الإشراف، سلطة التعديل وسلطة الرقابة وفرض العقوبات والجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، في المقابل يكون المتعاقد معها في مرتبة أقل منها[2].

كما يرى هذا الجانب المعارض للتحكيم في الصفقة العمومية أن المشرع لو أراد التحكيم الداخلي لنص عليه في تنظيم الصفقات العمومية صراحة مثل ما فعل بالنسبة للتحكيم الدولي في الفقرة الأخيرة من المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 وبعدم النص عليه يدل ذلك على عدم جواز إعماله[3].

الأمر الذي يجعلنا نتساءل هل أن التحكيم يتماشى وطبيعة منازعات الصفقات العمومية وهل يمكن أن يعتبر آلية من آليات التسوية الودية للنزاع؟

أولا: منازعات تنفيذ الصفقة العمومية منازعات مالية

منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي المنازعات التي تثور في مرحلة تنفيذ الصفقة، فقد تحدث نزاعات أثناء تنفيذ الصفقة تحول دون البدء في التنفيذ أو نزاعات أثناء التنفيذ أو أثناء التسليم النهائي، وتظهر نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته سواء برفض التنفيذ أو سوء التنفيذ أو التأخر في التنفيذ مما يترتب عنه تحمل المسؤولية اتجاه الطرف الأخر، فإذا كان الطرف هو المسؤول كان للإدارة استعمال امتيازات السلطة العامة كتعديل الصفقة أو فرض عقوبات وجزاءات إدارية ومالية على

---

1 قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 188، ص247.

/ نبيهة بومعزة، مرجع سابق، ص220. / رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص ص 127- 130.

/ نبيل صقر" شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. / عيسى علويط، المرجع السابق، ص ص 50-75.

2 حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2007، ص ص135-237.

3 جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفظ المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2005، مصر، ص169.

/ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 133.

المتعاقد معها أو تفسخ العقد كجزاء عن إخلاله بالتزاماته، وهو ما حاولنا تبيانه سابقا، وهذه الامتيازات تمارسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

وحيث أن الطرف المتعاقد مع الإدارة العامة هو طرف ضعيف وأن تعاقده مع الإدارة العامة كان بهدف الحصول على المقابل المالي، بذلك نجد أن مختلف الدعاوى التي ترفع في إطار منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي منازعات مالية مستقلة أم منازعات مالية مرتبطة بمشاكل تقنية كزيادة الأشغال أو صعوبات مادية وتقنية في التنفيذ تؤدي إلى زيادة أعباء المتعامل المتعاقد.

لتوضيح ما سبق، سأحاول تسليط الضوء على طبيعة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية ومدى تماشي آلية التحكيم في تسويتها؟

1-أنواع المنازعات المالية

النزاعات التقنية هي تلك النزاعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الجانب التقنية من الصفقة أو مرتبطة ببنودها كمخالفة أحد بنود الصفقة ومن الأمثلة على ذلك:

أ-النزاعات المتعلقة بتفسير بند من البنود التقنية[1]: من أمثلة هذه النزاعات كأن تقوم المصلحة المتعاقدة بتفسير أحد البنود الغامضة بإرادتها المنفردة وتضيف بذلك التزامات أخرى على عاتق المتعامل المتعاقد كالخلاف الناشئ بسبب نوعية المواد والخدمات والعتاد المراد الحصول عليه أو مواصفات الإنجاز وهذه الالتزامات الجديدة تزيد من نفقات المتعامل المتعاقد.

ب-النزاعات المتعلقة بتغيير نوعية معينة من الخدمات المطلوبة: كأن تفرض المصلحة المتعاقدة نوعية معينة من الخدمة بالرغم من عدم إدراجها في الصفقة كتزويدها بخدمات إعلام آلي دون تحديد نوعيتها[2].

ث-منازعات متعلقة بتغيير مخططات الإنجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة: ومثالها أن تضطر المصلحة المتعاقدة إلى تغيير مخطط إنجاز المشروع بما يرتب التزام إضافي على عاتق المتعامل المتعاقد الذي يرفض تحمل تكاليف هذا التغيير.

1 علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، عدد خاص ، الثورة والقانون، عدد 21، 22 ديسمبر 2011، ص ص 445-446.

2 عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993، ص32.

تجدر الإشارة إلى أن هذه المنازعات مرتبطة بسلطات الإدارة كسلطة تعديل الصفقة، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أنه يوجد منازعات شبه تقنية نظرا للطبيعة الخاصة لبعض الصفقات ومثالها الحالة التي يتم فيها منح مؤقت للصفقة لأحد المتعهدين، وقيام هذا الأخير بإنجاز الأشغال أو الخدمات دون حصوله على الأمر بانطلاق الأشغال وعند انتهاء الأجال المحددة وارسال الصفقة للتأشيرة ترفض الجهة المختصة قانونا منح التأشيرة للصفقة مما يترتب عليه رفض المصلحة المتعاقدة تسديد المقابل المالي للمتعهد عن الخدمات التي قام بها[1].

ج-النزاعات المتعلقة بتحيين الأسعار: يحدث هذا النوع من النزاعات عند رفض الإدارة تحيين الأسعار والذي يسمح بالتغيير القاعدي المالي للصفقة، وذلك بسبب تغييرات اقتصادية، ولا يطبق التحيين إلا في الفترة الممتد ما بين التاريخ المحدد لإيداع العروض، وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، كما يمكن قبول تحيين الأسعار في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة، إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد[2].

ح-النزاعات المتعلقة بالتأخير في تسديد مستحقات الصفقة: يحدث هذا النوع من النزاعات عند تماطل المصلحة المتعاقدة في تسوية حساب الرصيد النهائي أو رد الكفالة التي قدمها المتعامل المتعاقد ككفالة التعهد أو كفالة حسن التنفيذ أو كفالة الضمان عند الاقتضاء وذلك بعد تجاوز الحالات والمدد المقررة قانونا، مثل تاريخ استلام النهائي للمشروع[3].

خ-النزاعات المتعلقة بالفوائد التأخيرية: تنشأ هذه النزاعات إذا لم تقم المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل 30 يوم من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة، حيث يخول الأمر للمتعامل المتعاقد الحق في استلام فوائد التأخير[4].

---

1 المادة 4 والمواد 165 -166-167 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تشترط الرقابة القبلية على الصفقات العمومية والموافقة عليها قبل التنفيذ، والمادة 12 والمادة 23 من نفس المرسوم والتي تنص على حالات الاستعجال في تنفيذ الصفقة وتستوجب صفقة تسوية من أجل تسوية الوضعية المالية لنفقات المصالح المتعاقدة وضمان حقوق المتعامل المتعاقد، مصدر سالف الذكر.

2المادة 97 -98 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على مراجعة وتحيين الأسعار حالاته وكيفياته، مصدر سالف الذكر.

3المادة 110 من المرسوم نفسه نصت على كفالة رد التسبيقات، والمادة 130 نصت على كفالة حسن التنفيذ، والمادة 131 منه نصت على تحويل كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان إذا نصت الصفقة على أجل ضمان، المصدر نفسه.

4المادة 122 من المرسوم نفسه.

د-النزاعات المتعلقة بالأشغال التكميلية: يثور هذا النوع من النزاعات عندما طلب المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد إنجاز أشغال إضافية غير مدرجة في بنود الصفقة ودون الاتفاق على السعر المحدد لها رغم أن دفتر البنود الإدارية العامة ينص في هذا المجال على أن تقوم المصلحة المتعاقدة باقتراح سعر معين لهذه الأشغال التكميلية[1].

ذ-النزاعات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للصفقة: تعتبر هذه المنازعات من المنازعات المرتبطة بالجانب المالي للصفقة وهي من منازعات القضاء الكامل التي تقوم على أساس التعويض، أي دعاوى التعويض التي تتضمن التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأطراف المتعاقدة وحيث أن الإدارة لها امتيازات السلطة العامة في العقد وعليه متى أخل المتعاقد معها بالتزاماته فالإدارة لها هنا سلطة فرض العقوبات والجزاءات الإدارية والمالية على المتعاقد معها[2] أو اللجوء إلى الفسخ الجزائي[3]، في المقابل نجد أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة متى لحق به ضرر من تصرفات الإدارة فله الحق في المطالبة بالتعويض، إن دعوى التعويض تؤسس بالدرجة الأولى على أساس المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد.

التوازن المالي للصفقة العمومية[4] لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات وإنما يقصد به مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة حيث تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة التزامات الإدارة فيكون من الضروري أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة أو نقصان، فإذا كان الفقه لم يتفق حول مدلول التوازن المالي للعقد فإن الأستاذ "دوستو" قد جعل للتوازن المالي طابعا عاما بمعنى أن الإدارة تكون ملزمة دائما بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختلف فيها لأي سبب كان ومن ثم جاء قوله " بأنه من القواعد الأساسية للعقود الإدارية، يظهر قاعدة الإبقاء أو المحافظة على التوازن المالي للعقد"[5].

مما سلف نرى أن فكرة التوازن المالي للعقد جاءت لمواجهة تدخل الإدارة بهدف المصلحة العامة وتحقيق سير المرفق العام بانتظام واطراد ولكون إشباع حاجيات الجمهور وسير المرفق العام لا يفرق

1المواد 135-136-137 من نفس المرسوم15-247 والتي تنص على الملحق في إطار تسوية الأشغال الإضافية والتكميلية للصفقة حيث حدد المرسوم النسب الخاصة بالأشغال مقارنة مع سعر الصفقة وحالات وجوب أو إعفاء الملحق من الرقابة، نفس المصدر.

2 المادة 147 من نفس المرسوم والتي نصت على العقوبات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها.

3المواد من 149 إلى 152 من نفس المرسوم 15-247 والتي نصت على حالات وشروط الفسخ.

4 صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري،رسالة ماجستير في العلوم الإدارية والمالية، جامعة بن عكنون،1984، الجزائر، ص 22-23.

5 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

بين ما إذا كان التدخل من الإدارة أو من سبب خارجي فقد عممت فكرة التوازن المالي نظرا للظروف الطارئة أو الصعوبات المادية الغير متوقعة وغيرها من النظريات.

ثانيا: منازعات تنفيذ الصفقات العمومية من منازعات التسوية الودية

إن المتصفح لسلسلة قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا يتبين له أن المنظم الجزائري كان ولا يزال يعتمد في تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية على آلية الطعن الإداري الذي يهدف إلى التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء.

الهدف من التسوية الودية هو ربح الوقت في تسوية منازعات الصفقات العمومية، وعدم تعطيل المرفق العام[1]، كما أن التسوية الودية قد تؤدي إلى تسوية النزاعات بأقل التكاليف مقارنة بالقضاء. ولقد تبنى المشرع والمنظم الجزائري على غرار الأنظمة المقارنة[2] التسوية الودية عبر مراحل تاريخ سأحاول تبيانه من خلال:

1-تبني مبدأ التسوية الودية للمنازعات في المرسوم الرئاسي02-250[3]

نصت المادة 102 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والملغى على ما يلي:"... **غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يأتي :**

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

-التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة....".

يتبين من هذه المادة أن المنظم الجزائري تبنى آلية التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية وقد أوجب على الإدارة في حالة وقوع خلاف بين الطرفين أن تبحث عن الحل الودي وذلك

1 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص189.

2 علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص ص 401-449.

3 المادة 102 من تنظيم الصفقات العمومية معدل ومتمم وملغى، مصدر سالف الذكر.
/عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، مصدر سالف الذكر،ص ص320- 322.

من أجل ضمان سرعة إنجاز الصفقة العمومية وبأقل التكاليف، وهذا ما نستنتجه من قراءة الفقرة الخامسة من نفس المادة التي نصت على:"...**يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة. أمام اللجنة الوطنية للصفقات التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال الثلاثين(30) يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية...**".

يرى الأستاذ عمار بوضياف أن هذا الطعن هو وجوبي[1]، وهو ما تؤيده الباحثة وذلك من خلال اشتراط المنظم الجزائري على المتعامل المتعاقد قبل رفع أي دعوى قضائية أن يرفع طعنا أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية، إلا أن صياغة هذه الفقرة من المادة 102 جاءت غير دقيقة حيث بدأت بعبارة "**يمكن**" وانتهت بصيغة الأمر من خلال "**وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية**"، وعليه فالنص يحتاج إلى تدقيق لغوي وإعادة صياغة وهو الأمر الذي لم يظهر جليا في المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي ألغى المرسوم الرئاسي 02-250.

2-الحل الودي لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236[2]

اعتمد المنظم الجزائري في المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على نفس المبدأ وهو آلية التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية وهذا ما يظهر في المادة 115 منه، إلا أنه ما يلاحظ على المادة 115 منه أن المنظم الجزائري حذف الصياغة التي كانت موجودة في نهاية الفقرة الخامسة من المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 والتي كانت تفيد الأمر سابقا، أي أن الطعن كان وجوبيا وهو مانستنتجه من صياغة المادة"...**وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية**"، ليصبح بعد ذلك الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية جوازيا حسب مفهوم المادة115 من المرسوم الرئاسي 10-236 وهو ما ذهب إليه الأستاذ عمار بوضياف.[3]

3-التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي15-247[4]

نصت المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت عنوان التسوية الودية للنزاعات على:"...**يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه،**

1 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 190.

2 المرسوم الئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مصدر سالف الذكر.

3 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص322.

4 المواد 153-154-155 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

/ فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، مداخلة اليوم الدراسي الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، القطب الجامعي محمد بوضياف، المسيلة، موقع الجامعة www.univ-msila.dz تاريخ الدخول إلى الموقع 2016/12/17.

أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها....وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة155 أدناه، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة....".

استحدث المنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية، الأمر الذي يجعل الباحثة تتساءل ماهي هذه اللجنة وما هي طبيعتها القانونية، هل هي لجنة إدارية أم قضائية أم هي هيئة تحكيم؟

للإجابة على هذه التساؤلات ونظرا لحداثة الموضوع سأحاول الاعتماد على النصوص القانونية وتحليلها من أجل تحديد طبيعة هذه اللجنة.

أ-تشكيلة واختصاصات لجنة التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية[1]

نصت المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 على تشكيل لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية، حيث تنشأ لجان على مستوى مركزي ولجان على مستوى محلي.

-على المستوى المركزي تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية، لجنة التسوية الودي للنزاعات، تتكون من ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا للجنة، ممثل عن المصلحة المتعاقدة، ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع وممثل عن المديرية العامة للمحاسبة، حيث يعين هؤولاء الأعضاء من بين الكفاءات في الميدان المعني، ويتم تعيينهم بموجب مقرر صادر عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية، حيث تختص هذه اللجان بدراسة منازعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

1 المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

-على مستوى محلي تنشأ لدى كل والي، لجنة تسوية ودية تتكون من ممثل عن الوالي رئيسا، ممثل عن المصلحة المتعاقدة، ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع وممثل عن المحاسب العمومي المكلف، يتم اختيار هؤولاء الأعضاء من بين الكفاءات في الميدان المعني، ويتم تعينهم بموجب مقرر صادر من الوالي المعني، حيث تختص اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح الغير ممركزة للدولة.

لرئيس لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية، سواء على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي الاستعانة وعلى سبيل الاستشارة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة، كما يعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاءها[1].

توضع أمانة اللجنة التي تتلقى تقارير مفصلة سواء من طرف المتعاملين المتعاقدين أو المصالح المتعاقدة لدى رئيس اللجنة[2].

ب-الطبيعة القانونية للجنة التسوية الودية

لم يتطرق الفقه إلى دراسة الطبيعة القانونية للجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية وذلك لإستحداثها في المرسوم الرئاسي 15-247، إلا أن الباحثة ستحاول دراسة ذلك من خلال ما نص عليه هذا المرسوم المتضمن الصفقات العمومية.

بالرجوع إلى المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 وبالاعتماد على التشكيلة البشرية لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية يتبين أن المنظم الجزائري أصبغ على هذه اللجنة الصبغة الإدارية حيث تتكون من ممثلي الإدارة العامة سواء على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي كما بيناه سلفا[3].

فهذه اللجنة يعينها الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي بموجب مقرر إداري كما توضع هذه اللجنة على مستوى كل جهة عينتها، أما من حيث شروط اختيار الأعضاء فهذه اللجنة يتم

1 المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2المادة 154-155 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المصدر نفسه.

3 المادة 154، المصدر نفسه.

اختيارها من كفاءات في الميدان المعني بالصفقة العمومية بشرط أن لا يكون هؤلاء الأعضاء قد شاركوا في إجراءات إبرام أو مراقبة أو تنفيذ الصفقة العمومية.

أما من حيث اختصاص هذه اللجنة فهي لجنة تسوية النزاعات، الهدف الذي أنشأت من أجله هو تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين.

وبالرجوع إلى المادة 153 نجدها اعتبرت إجراء التسوية الودية إجراء وجوبي قبل اللجوء إلى القضاء أي أن الأطراف المتنازعة عليهم اللجوء إلى هذه اللجنة لتسوية منازعاتهم قبل اللجوء إلى القضاء مما قد يؤدي إلى إنهاء الخلاف وتفادى اللجوء إلى القضاء.

إن اختصاص التسوية الودية يوحي بأن هذه اللجنة الإدارية لها اختصاص شبه قضائية من حيث الفصل في النزاع وهو ما يتضح من خلال المادة 153 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي نصت على:"... **يجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية والمطروحة أمامها.**"[1].

أما من حيث ما يصدر عن هذه اللجنة فالباحثة ترى بأن الآراء التي تصدر عن هذه اللجان هي أراء ملزمة للمصلحة المتعاقدة وللمتعامل المتعاقد، وهذا ما يستنتج من قراءة المادة 155 فقرة 6-7 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على: "... **يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب المادة213 من هذا المرسوم.**

وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية(8) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وتعلم اللجنة بذلك.[2]"

يتبين من صياغة هذه المادة أن قرار المصلحة المتعاقدة يكون وفقا لرأي لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وعليه تكيف الباحثة هذه اللجنة على أنها لجنة إدارية شبه قضائية تنظر في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية وتصدر أراء ملزمة للمصالح المتعاقدة التي تتخذ قرارا في إطار ذلك الرأى ويبلغ إلى اللجنة، وبذلك يمكن اعتبارها هيئة تحكيم داخلي تمارس التحكيم الإجباري في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

1 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 155، المصدر نفسه.

من خلال ما سبق نخلص أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي منازعات ذات طابع مالي لا تمس بالعقد ولا بامتيازات السلطة العامة ولا تمس بالنظام العام، كما أنها منازعات تسوى وفقا لمبدأ التسوية الودية التي تبنتها مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية منذ الإستقلال إلى يومنا هذا.

وحيث أن التحكيم طريق ودي في تسوية المنازعات يمتاز بالسرعة والسرية في الفصل في النزاع فنستنتج أنه يجوز إعمال التحكيم في منازعات الصفقات العمومية نظرا لطبيعتها المالية خاصة أن إرتباط الصفقة العمومية بالمرفق العام والمصلحة العامة تستوجب السرعة والإستمرارية في تقديم الخدمات الأمر الذي لا يوفره القضاء الذي يمتاز بطول الوقت وبطء الإجراءات في الفصل في النزاع.

المبحث الثاني: إشكالية التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية

كان ولا يزال موضوع التحكيم في مجال الصفقات العمومية الوطنية يطرح العديد من الإشكالات، فقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كانت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديم صريحة في عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لتسوية المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية الوطنية، كما كان المرسوم التشريعي لعام 1993 المعدل لقانون الإجراءات المدنية بدوره لا يجيز التحكيم إلا في العلاقات التجارية الدولية ورغم ذلك نجد قضايا قليلة جدا طرحت إشكالية التحكيم في الصفقة العمومية، حيث أن القضاء أحيانا رفض شرط التحكيم في العقود الإدارية وأحيانا أخرى لا يطرح هذا الإشكال.

في حين نجد أن الفقه تباينت مواقفه في هذا الموضوع فمنهم من اعتبر تنظيم الصفقات العمومية لا يرفض التحكيم ومنهم من اعتبر التحكيم في الصفقة العمومية فيه مساسا بمبدأ السيادة والنظام العام الداخلي وبالحصانة القضائية خاصة في الصفقات الداخلية، إلا أن الموقف اختلف بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص صراحة على التحكيم في الصفقات العمومية ورغم ذلك أثار هذا النص الجديد الخلاف فيما يخص الصفقات العمومية الداخلية، فمنهم من يفسر النص على أنه يخص الصفقات الدولية دون الداخلية ومنهم من يفسر النص على إطلاقه ويجيز التحكيم في مختلف الصفقات.

وعليه ولتبيان إشكالية التحكيم في الصفقات العمومية سأحاول تقسيم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التحكيم في الصفقات العمومية الوطنية قبل صدور القانون08-09

المطلب الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية الوطنية بعد صدور القانون 08-09

المطلب الأول: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية قبل صدور القانون08-09

تضمن كل من قانون الإجراءات المدنية القديم الملغى والمرسوم التشريعي لعام 1993 وغيرها من النصوص التشريعية المشار إليها في الفصل الأول من هذا البحث، على التحكيم كآلية من آليات تسوية المنازعات إلا أن هذه النصوص لم تشر إلى الصفقات العمومية الوطنية، وإنما إلى التحكيم التجاري الدولي، أو إلى التحكيم الإجباري لمؤسسات القطاع العام، وحيث أن موضوع التحكيم يتسم بالسرية في تسوية النزاعات في الجانب الدولي، وقليل من الناحية التطبيقية وتكاد تكون منعدمة لاسيما في العقود الداخلية، وعليه اعتمدت الباحثة على موقف الفقه حول التحكيم في الصفقة العمومية فمنهم من يرى أن التحكيم في الصفقة العمومية الوطنية جائز ومنهم من يرى بأن التحكيم في الصفقة العمومية غير جائز وهو ما سأحاول توضيحه من خلال دراسة موقف الفقه المؤيد والمعارض للتحكيم في الصفقة العمومية الوطنية أو الداخلية أي التي تبرم بين المصلحة المتعاقدة ومتعامل اقتصادي خاضع للقانون الجزائري.

الفرع الأول: موقف التشريع والقضاء من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

أولا: موقف المشرع من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

بالرجوع إلى القوانين والتنظيمات التي صدرت بعد الإستقلال وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، نجدها أحيانا ترفض التحكيم بصفة عامة وأحيانا أخرى تجيزه في المجال الدولي لنتساءل بذلك ماهو موقف المشرع اتجاه الصفقات العمومية الداخلية هل أجاز التحكيم أم لا؟

1-الحظر المطلق للتحكيم في الصفقات العمومية الوطنية في الأمر66-154[2]

نصت المادة 442 فقرة ثالثة من قانون الإجراءات المدنية على :"...**ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم.**"[3]، نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري تبنى النصوص والأحكام التي كانت تنظم التحكيم في فرنسا أنذاك والتي مفادها حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، وعليه فالمشرع الجزائري في الأمر 66-154 اعتمد الحظر المطلق للتحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص المعنوية العامة.

---

1 القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 الأمر66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ملغى، مصدر سالف الذكر.

3 المادة 442 من الأمر نفسه.

2-التحكيم الاختياري الداخلي في الصفقات العمومية في الأمر 71-80

نصت المادة 75 من الأمر رقم 71-80[1] المعدل والمتمم للأمر66-154 على:" **تتمم المادة442 من الأمر66-154... كما يلي:**

المادة442:... وبالنسبة لعلاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها فإنه يجوز لها أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات....".

يتبين من المادة 75 من الأمر71-80 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية أن المشرع الجزائري أجاز صراحة ولأول مرة للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم الإختياري الداخلي[2] في المنازعات التي تثور فيما بينها وذلك في الجانب المالي أو الناجمة عن تنفيذ العقود الإدارية مثل عقد الخدمات أو التوريدات أو الأشغال وهي من المنازعات المالية في عقود الصفقات العمومية المنصوص عليها في الأمر 67-90[3].

3-التحكيم الإجباري الداخلي في الصفقات العمومية الوطنية في الأمر75-44[4]

بموجب الأمر 75-44 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتحكيم في الصفقات العمومية، حيث نصت المادة الأولى منه على:" **لا تعرض أبدا على المحاكم، بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم."[5].**

---

1 المادة 75والمادة 76 من الأمر71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر1971 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 2 الصادرة في 07 يناير 1971.

2 عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، طبعة ثالثة، سنة 2008، ص ص 244 - 248، فيما يخص التحكيم الإجباري الداخلي والتحكيم الاختياري الداخلي في كل من الأمر71-80 والأمر75-44، المصدر المشار إليه في التهميش 1-3 من هذه الصفحات.

3 الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

4 الأمر75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975 يتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، الجريدة الرسمية عدد 53 الصادرة في 04 يوليو1975.

5 المادة الأولى من الأمر 75-44، المصدر نفسه.

ركز نص المادة الأولى من الأمر 75-44 على غرار الأمر 71-80 على المنازعات المالية والمنازعات المرتبطة بالحقوق الناتجة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال العامة أو الخدمات وهي العقود التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية والتي تعتبر عقود إدارية وحيث أن النظام الجزائري آنذاك كان نظام اشتراكي وفقا لما بيناه سابقا، فإن هذه الهيئات والمؤسسات والوحدات والتعاونيات كانت عبارة عن مرافق عامة تقدم خدمات عامة وفقا لمبدأ الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج الذي يقوم عليه المذهب الاشتراكي وعليه جاء هذا الأمر تحت عنوان التحكيم الإجباري لبعض الهيئات حيث اعتبر هذه التجمعات هيئات.

كانت المادة 442 من الأمر 66-154[1] المتضمن قانون الإجراءات المدنية تحظر التحكيم على الأشخاص المعنوية العامة وهذا ما يتضح من نصها التالي:"... **ولا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم.**"، إلا أن الأمر 75-44 جاء لاغيا لهذه المادة بموجب المادة 22 منه والتي نصت على:" **تلغى جميع النصوص القانونية المخالفة لأحكام هذا الأمر ولاسيما لأحكام المادة 442 الفقرتان 4 و5 والمادة 442 مكرر والمادة 452 الفقرتان 2-3 والمادة 456 الفقرات 2و3و4 من قانون الإجراءات المدنية.**".

هذه المادة ألغت المادة 442 التي كانت تحظر التحكيم على الأشخاص المعنوية العامة، كما أجازت المادة الأولى من هذا الأمر وهو 75-44 التحكيم في الصفقات العمومية وهذا ما يتبين من نص المادة الأولى المذكورة أعلاه والتي فرضت على الهيئات العامة التحكيم الإجباري الداخلي في منازعات تنفيذ عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات، وهي من عقود الصفقات العمومية أي عقود إدارية وبالتالي يكون المشرع بموجب هذا الأمر قد لجأ إلى التحكيم بعدما كان يحظره في ظل الأمر 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية الملغى.

4-التحكيم الإجباري الداخلي في الصفقات العمومية الوطنية في الأمر 75-48[2]

وبالرجوع إلى الأمر 75-48 المتضمن تنفيذ أحكام القضاء وقرارات التحكيم نجد أنه من ناحية يتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم، ومن ناحية أخرى نجد أن المادة الأولى[3] منه قد وسعت من الهيئات المستفيدة من قرارات التحكيم أي الهيئات التي تكون طرف في منازعة التحكيم وهي:

---

1 المادة 442 من الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، مصدر سالف الذكر.

2 الأمر 75-48 المؤرخ في 17 يونيو 1975 والمتضمن تنفيذ أحكام القضاء وقرارات التحكيم، جريدة رسمية عدد 53، الصادرة في 04 يونيو 1975.

3 المادة الأولى من الأمر 75-48 المصدر نفسه.

كل الجماعات العمومية والمؤسسات العمومية والمؤسسات الاشتراكية وغيرها وهو ما يتبين من نصها التالي:" **يمكن الجماعات العمومية والمؤسسات العمومية والمؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي والصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تملك فيها الدولة أغلبية الأسهم، المستفيدة من أحكام القضاء أو قرارات التحكيم الصادرة في النزاعات الواقعة بينها والمتضمنة إدانة مالية أن تحصل على مبلغ الإدانات لدى الخزينة...**".

يتضح من استقراء المادة الأولى من الأمر 75-48، أن المنازعات القائمة بين الجماعات العمومية والمؤسسات العمومية والمؤسسات الاشتراكية والهيئات المذكورة في هذه المادة في المجال المالي هي من اختصاص التحكيم ويتم تنفيذ قرارات التحكيم المتضمنة إدانة مالية من طرف الخزينة العامة.

5-الحظر المطلق للتحكيم الداخلي في الصفقات العمومية والوطنية في المرسوم 93-09[1]

جاء المرسوم التشريعي رقم93-09 معدل ومتمم للأمر66-154المتضمن قانون الإجراءات المدنية حيث اتخذ فيه المشرع الجزائري موقفا جديدا تضمن الحظر المطلق للتحكيم في الصفقات العمومية الوطنية بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وذلك من خلال إلغائه المادة 442 من القانون 66-154 بموجب المادة الأولى فقرة 2 منه والتي نصت على:"...**ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية.**"[2].

ما يلاحظ على المرسوم التشريعي 93-09 أنه لم يشر في مقتضياته إلى الأمر 75-44 الذي ألغى المادة 442 من الأمر 66-154 كما تم تبيانه سابقا، فالمرسوم التشريعي ألغى مادة ملغاة سابقا، من ناحية ومن ناحية أخرى لم يتضمن المرسوم التشريعي إشارة إلى إلغاء الأمر 75-44 الذي كان ولا يزال أنذاك ينص على التحكيم في الصفقات الوطنية الداخلية، كما أن المرسوم التشريعي نص على التحكيم الاختياري، في حين الأمر 75-44 نص على التحكيم الإجباري.

أجازت المادة الأولى فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-09 للأشخاص المعنوية العامة اللجوء استثناءا للتحكيم في علاقتهم التجارية الدولية، وبذلك أصبح التحكيم جائز في الجانب الدولي ومحظور في الجانب الداخلي مثل ما هو عليه الحال آنذاك في فرنسا التي اعتبرت التحكيم في العقود الداخلية

1 المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 والمعدل والمتمم للأمر66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد27 الصادرة في27 أفريل 1993.

2 المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، المصدر نفسه.

يمس بالنظام الداخلي الفرنسي في حين يجوز التحكيم في العقود الدولية التي لا تخالف النظام العام الدولي ليصل المشرع الجزائري في الأخير وعلى غرار سلسلة من الإصلاحات القانونية مس عدة مجالات مثل مجال الاقتصاد مجال المؤسسات ومجال الاستثمار هذه السلسلة التي امتدت من فترة السبعينيات إلى تاريخ صدور القانون رقم08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، والذي نظم التحكيم كوسيلة من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري كان مترددا في اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فأحيانا نص عليه وأحيانا أخرى حظره في الفرة ماقبل صدور القانون 08-09 خصة في الصفقات العمومية الدخلية.

ثانيا: موقف القضاء من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

في إطار الأمر 71-80 والأمر 75-44 كان القضاء يعترف بالتحكيم تطبيق لهذه النصوص القانونية على المنازعة المعروضة عليه، إلا أن الإشكال الذي ثار آنذاك هو تفسير الأمر75-44 وتفسير الطابع الإلزامي للتحكيم من قبل القضاء، فبالرجوع إلى سابقة قضائية ذهبت فيها محكمة استئناف الجزائر في تفسيرها لهذا الأمر على أن التحكيم هو اختياري، وبالتالي لم يكن هناك اجتهاد في صراحة النص حول جواز اللجوء إلى التحكيم وإنما في مدى إلزامية التحكيم[1].

في سابقة قضائية أخرى، قرر مجلس قضاء الجزائر[2] عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية في قراره الصادر 26 ديسمبر1986 في نزاع بين شركة " **ك-ل**"ضد **المؤسسة العمومية للبناء** واللتان أبرمتا عقد في 20 مايو1983 يتضمن أشغال عمومية بغرض توسيع مصنع حيث تضمن الاتفاق اللجوء إلى التحكيم للغرفة التجارية الدولية.

وبالفعل القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية في 20 ديسمبر 1985 قد ألغي من طرف قضاء الجزائر على أساس عدم جواز اللجوء إلى التحكيم وبالتالي تصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة، هذه السابقة تبين لنا أن المجلس القضائي -غرفة إدارية- كان يرفض فكرة اللجوء إلى التحكيم من قبل المؤسسات العمومية ورغم صراحة الأمر71-80 والأمر75-44، إلا أن القضاء رفض التحكيم ولم يصب في حكمه الذي صدر قبل صدر المرسوم التشريعي93-09.

1 محكمة استئناف الجزائر في: 25ديسمبر1973، مجلة المحاماة، عدد11، الصادرة في1975/01/01، ص30، والمشار إليه في موسوعة التحكيم للأستاذ عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق.

2 القضية مشار إليها في مرجع الأستاذ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص186.

في سابقة قضائية ثانية تصد لها قضاء الجزائر في حكمه في 3 مايو 1973 أين أقر صحة شرط التحكيم المبرم بين هيئة تابعة للدولة وهي "**سونطراك**" –والتي كانت تعتبر هيئة وطنية في إطار سياسة التأميم والنظام الاشتراكي آنذاك– وبين شركة (**SMC**).

على إثر النزاع الذي وقع بين سونطراك و(**SMC**) رفضت شركة(**SMC**) تعيين محكم، فطلبت شركة سوناطراك من رئيس محكمة الجزائر تعيينه لكن طلبها رفض ليس على أساس المادة 442 التي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وإنما رفض لأسباب أخرى،[1]الأمر الذي يفهم منه أن القضاء لم يطرح إشكالية جواز اللجوء إلى التحكيم وعليه فيجوز بالنسبة له إعمال التحكيم، مما يتبين معه أن القضاء هنا لم يصب في حكمه ولم يطبق القانون تطبيقا سليما واعتبر شرط التحكيم في العقد شرط صحيح، حيث أن القضاء أصاب في حكمه في تلك الفترة على أساس الأمر 71–80 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية رقم 66–154 أنذاك.

الفرع الثاني: موقف الفقه من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

لغياب النص الصريح على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في الصفقات العمومية الوطنية، تباينت مواقف الفقه بين المؤيدين والمعارضين، وبين النص التشريعي والنص التنظيمي، فمنهم من يرفض التحكيم في الصفقات العمومية ومنهم من يجيزه وهو ما سأحاول توضيحه من خلال ما يلي:

أولا: موقف الفقه الرافض للتحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

يؤسس الفقه الرافض للتحكيم موقفه على النقاط التالية:

–أن الصفقة العمومية هي عقد من عقود القانون العام الذي تستعمل فيه الدولة وأشخاصها المعنوية العامة امتيازات السلطة العامة التي تجعلها أعلى مرتبة في العقد وأوسع سلطة من حيث الإشراف، التعديل والرقابة وفرض العقوبات بإرادتها المنفردة على الطرف المتعاقد معها، هذا الأخير الذي يكون في مرتبة أقل منها،[2] وإعمال التحكيم هنا سيجعل الصفقة العمومية تتأرجح بين قواعد القانون الخاص

1 القضية مشار إليها في مرجع كل من:

/ عمار بوضياف، المرجع السابق، من ص 121إلى ص135.

/ قمر عبد الوهاب، نفس المرجع، ص188.

2 حمد محمد حمد الشلماني" امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر،2007 ص ص135- 237.

التي تنظم عقد اتفاق التحكيم من جهة، وبين قواعد القانون العام التي هي مجال تنظيم الصفقات العمومية من جهة أخرى وبهذا فالتحكيم يمس بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري.

-أن كل من المشرع والمنظم الجزائري لم ينصا على التحكيم في الصفقات العمومية صراحة، لا في قانون الإجراءات المدنية الملغى، ولا في تنظيمات الصفقات العمومية التي صدرت في تلك الفترة،ولو أرادا التحكيم في الصفقات العمومية لنصا عليه صراحة مثل ما فعل بالنسبة لعقود التجارة الدولية، وعليه لايجوز إعماله[1].

-أن التحكيم فيه اعتداء على سيادة الدولة، وفيه مساس بحصانة قضائها[2]، ويظهر هذا الاعتداء خاصة من خلال خضوع الدولة وأشخاصها المعنوية العامة لهيئة تحكيم، كما يظهر أيضا هذا الاعتداء من خلال استبعاد المحكم للقانون الوطني، فالمحكم له سلطة واسعة في مجال استبعاد القانون الواجب التطبيق على المنازعة سواء في حالة لم يحدده الأطراف المتعاقدة، أوفي حالة اتفق الأطراف على إعماله متى رأى المحكم فيه مخالفة للنظام العام[3].

يرى المعارضون أيضا أن التحكيم فيه مساس بالنظام العام[4]، حيث يبعد القضاء من المنازعة الإدارية ويسندها إلى هيئة تحكيم، في الوقت الذي تعتبر فيه قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام في الدولة، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهو ما حدده الدستور والقانون العضوي 98-01 المنشأ لمجلس الدولة الجزائري.

هذه الأسانيد مردود عليها من قبل الفقهاء المؤيدين للتحكيم.

---

1 جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص169.

/ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 133.

2 رقية رياض، المرجع السابق، ص140.

3عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص346-347.

/عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، جوان 2001، ص78.

4 شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص140.

ثانيا: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في الصفقات العمومية الداخلية

هذا الجانب من الفقه المؤيد للتحكيم في الصفقات العمومية يبررون موقفهم على أساس مايلي:

-أن التحكيم لا يمس بسيادة الدولة[1] لأن الدولة وأشخاصها المعنوية العامة لها القدرة على اللجوء إلى أي تصرف بإرادتها المنفردة بناءا على الشخصية القانونية المعترف بها قانونا، كما أن الدولة لها سلطة إصدار القوانين الداخلية التي تمنع أو تجيز لها ولأشخاصها المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، وبالمقابل فالأشخاص المعنوية العامة تساهم في قبول أو رفض التحكيم وتساهم في اختيار المحكمين، وللدولة وجماعاتها الإقليمية فرض تطبيق القانون الداخلي على النزاع.

-التحكيم يقوم على مبدأ الاختصاص والكفاءة والخبرة في تعيين المحكم والفصل في النزاع[2] عكس القضاء الذي لا يكون قضاته متخصصين في منازعات الصفقات العمومية التي التي تحتاج إلى خبراء في مجال الأشغال العمومية والتموين والمعاينة وغيرها وهو ما لا يستطيع القاضي القيام به إلى بعد تعيين الخبير.

-التحكيم هو اتفاق بين أطراف المنازعة، يتخذ صورة شرط التحكيم الذي يدرج في العقد الإداري قبل تنفيذه وقبل نشوب الخلاف، أو يتخذ صورة اتفاق التحكيم الذي يأتي بعد إبرام العقد الإداري وبعد نشوب الخلاف الخاص بتنفيذ العقد، وعليه فاتفاق التحكيم مهما كانت صورته، يكون مستقل عن عقد الصفقة العمومية ولا يؤثر أحدهما على الآخر[3] فالصفقة تدخل حيزالتنفيذ بمجرد إبرامه وفقا للقانون والقواعد المنظمة له، أما التحكيم فيتم إعماله في حالة وجود نزاع ووفقا لقواعده الإجرائية.

-يرى المؤيدين للتحكيم أن سلسلة التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية والصادرة منذ الاستقلال إلى غاية 2008، مثل المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم جاءت نصوصها عامة تحيل إلى التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى القضاء، كما يبررون موقفهم هذا بأن المشرع لم يحظر التحكيم في تنظيمات الصفقات العمومية فلو كان حظره لنص على ذلك بصريح العبارة كما فعل سابقا في المادة 442 من القانون رقم66-154المتضمن الإجراءات المدنية-الملغى- وعليه يستنتجون أنه يجوز إعمال التحكيم[4].

1 جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص167، وأنظر - قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص144.

2 شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص98.

3 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلاد العربية الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة، مصر، ص275.

4 جورجي شفيق ساري، المرجع نفسه، ص198-199.

من خلال هذه المبررات ترى الباحثة أن التحكيم في الصفقة العمومية لا يمس بمبادئ العقد الإداري ولا بسلطة الدولة خاصة وأن شرط التحكيم مستقل عن العقد ولا يؤثر فيه من ناحية الإبرام أو التنفيذ، بل يرتبط بتصفية النفقات العامة المتنازع فيها.

كما أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي منالمنازعات المالية وهي منازعات مرتبطة بالحقوق المالية التي يثيرها المتعامل المتعاقد مع الإدارة من أجل طلب إما المقابل المالي أو المطالبة بالتعويض المالي عن الخسائر التي تلحق به، جراء استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة.

فأساس منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هو الحقوق المالية التي يطالب بها المتعامل المتعاقد الإدارة في لأي سبب من الأسباب التي تم تبيانها سابقا سواء كانت استعمال امتيازات السلطة العامة كإعمال نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة وغيرها مما يؤديبالإخلالبالتوازن المالي للعقد[1]، وهنا فالتعويض عن الأضرار أو التعويض عن أثار ممارسة امتيازات السلطة العامة هو مجال التحكيم وليس المساس بسلطة وامتيازات الإدارة العامة، وهذه النظريات في تحديد المسؤولية وفي تحديد التعويض هي نظريات معترف بها في القانون الإداري والقضاء الإداري ومعترف بها أيضا في القانون المدني في إطار نظرية الإثراء بلا سبب والتي تجيز طلب التعويض، وعليه فما يجوز التقاضي فيه يجوز التحكيم فيه، وهذا ما يبرر موقف المشرع الجزائري في نصه في الأمر 71-80 والأمر 75-44 على التحكيم في المنازعات المترتبة عن الحقوق المالية وعن تنفيذ عقود الأشغال والتوريدات والخدمات.

كما أن الصفقات العمومية هي قبل إبرامها كانت دفاتر شروط، فالمتعهدين الذين يريدون المشاركة في المنافسة من أجل الحصول على الصفقة العمومية يقومون باقتناء دفاتر الشروط وملئها والتوقيع عليها كتعهد خاص بالمنافسة[2]، والمعروف في القانون الإداري أن دفاتر الشروط تحتوي على نوعين من الشروط، النوع الأول وهي الشروط اللائحية التنظيمية التي تمارس من خلالها الإدارة امتيازات السلطة العامة كسلطة الرقابة وسلطة التعديل وسلطة فرض العقوبات والجزاءات وهي الشروط التي يتضمنها العرض التقني، أما النوع الثاني من الشروط الموجودة في الدفاتر هي الشروط الاتفاقية أي الشروط المالية، التي تسمح للطرفين المتعاقدين التفاوض فيها وهي الشروط المفرغة في العرض المالي[3].

1عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 140.

/حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 108.

2المواد 26-63-67 من المرسوم الرئاسي15-247، مصدر سالف الذكر.

3المواد26-63-67 من المرسوم الرئاسي15-247 المصدر نفسه.

نخلص مما سبق أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي منازعات مرتبطة بالحقوق المالية كالمقابل المالي للصفقة والمنازعات المرتبطة بممارسة الإدارية لامتيازات السلطة العامة كسلطة التعديل والتي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وعليه يقوم المتعامل المتعاقد بالمطالبة بمستحقاته المالية أو المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد وعليه يجوز التحكيم في هذا المجال وهو مجال تنفيذ الصفقات العمومية وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين أجاز استثناءا التحكيم في مجال تصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد وهي عقود الصفقات العمومية في فرنسا وفي الجزائر وعقود إدارية في مصر.

كما أن الدولة والمتعاقد معها لا يلجآن إلى التحكيم إلا في حالة نزاع يتضمن تفسير العقد، أو نزاع خاص بتنفيذه ولا يتم ذلك إلا وفق لإرادة الدولة وأشخاصها المعنوية العامة التي تجسد هذه الإرادة في البنود الاتفاقية التي تحددها في الصفقة كشرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، والدولة هنا أي في اتفاق التحكيم الداخلي لها حرية تنظيم قواعده من خلال وضعها لنصوص قانونية تضبط الجانب الإجرائي للتحكيم، وما دام لها إرادة وسلطة في قبول التحكيم وتنظيم قواعده فهو جائز في مجال الصفقات العمومية الداخلية خاصة وأن المشرع يخضع مثل هذا النوع من التحكيم الداخلي إلى التحكيم بالقانون ويخضعه لرقابة القضاء سواء رقابة قبل صدور الحكم التحكيمي أو بعد صدوره وهو محور دراسة الباحثة في الباب الثاني الفصل الأول من هذه الدراسة، وبالتالي فالتحكيم في الصفقات العمومية لا يؤثر على نظرية العقد الإداري ولا يمس بامتيازات السلطة العامة في الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية بعد صدور القانون 08-09

صدر القانون 08-09 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد وهو ثاني قانون إجرائي في الجزائر بعد الأمر 66-154، ما يلاحظ على هذا القانون أنه جمع الإجراءات المدنية والإدارية معا في تقنين واحد، كما نص في أحكامه الانتقالية والختامية على دخوله حيز النفاذ بعد سنة من صدوره، كما ألغي بموجبه الأمر 66-154.

نص القانون 08-09 على التحكيم في الصفقات العمومية ليعود بذلك المشرع الجزائري مرة أخرى بعد الأمر 71-80 والأمر 75-44 للتحكيم[1]، وهنا حاول المشرع صراحة تحديد مجال التحكيم وهو الصفقات العمومية ورغم صراحة النص إلا أن الفقه خاصة فقه القانون العام وبالتحديد فقهاء القانون الدولي أثار إشكالية تمثلت في كون المشرع نص على التحكيم في الصفقات العمومية في الجانب الدولي دون الداخلي ليعود الإشكال الخاص بالتحكيم الداخلي مرة أخرى على صعيد الفقه رغم

1 الأمر 71-80، والأمر 75-44، مصادر سالفة الذكر.

صراحة النص، الأمر الذي أدى بالباحثة لتقديم بعض التوضيحات سواء من خلال تحليل النصوص العربية واللجوء إلى النص الفرنسي لتوضيح إرادة المشرع.

كما أن الإشكال الثاني الذي يطرح في إطار القانون 08-09 هو توحيده للقواعد المنظمة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية والإدارية تحت منهجية التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، مما يطرح التساؤل هل هذا يعني إهمال المنازعة الإدارية من خلال إخضاعها لنفس القواعد القانونية في الوقت الذي كان على المشرع أن يفرد الصفقات العمومية والتحكيم فيها بقواعد خاصة بها.

أيضا كإشكال يطرح نلاحظ أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يشر صراحة إلى التحكيم الداخلي في حين نص صراحة على التحكيم الدولي في نهاية المادة 153 منه وعليه نتساءل هل يجوز إعمال التحكيم في الصفقات الوطنية في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 أم أن المشرع فعلا قصد التحكيم الدولي دون الداخلي، لتوضيح ذلك سنقسم الدراسة إلى فرعين:

الفرع الأول: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية في القانون 08-09[1]

-يرى جانب من الفقه[2] أن المشرع الجزائري جاء بالجديد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 مستدلين رأيهم بالمادة 975 من نفس القانون والتي نصت على: "**لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**"

إن الأشخاص المعنيين بهذه المادة هم الأشخاص الذين نصت عليهم المادة 800:"**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 الطابع الإداري طرفا فيها.**".

من خلال المادة 800 والمادة 975 السالفتي الذكر نستنتج بأن من أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه ولأول مرة أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية صراحة.

1 المواد 800-975-976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص332

–باستقراء المادة 975 والمادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] واللتان نصتا على التوالي على: "**لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**" .

"**تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية. عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلي هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين. عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي. عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.**"[2].

نلاحظ أن المادة 975 جاءت في الكتاب الرابع من القانون 08–09 تحت عنوان: في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، وبالتحديد في الباب الخامس منه بعنوان: في الصلح والتحكيم، حيث يتبين من صياغتها أن المشرع الجزائري وضع صيغة التخصيص من خلال العبارات التالية: "**لا يجوز...إلا في...وفي...**"، والتي تظهر فيها بأنه حدد مجالين استثنائيين للأشخاص المعنوية العامة والتي يجوز لها فيها اللجوء إلى التحكيم، وهما:

– مجال الاتفاقيات الدولية حيث لم يحدد نوع أو مجال الاتفاقيات الدولية، فقد تكون على سبيل المثال اتفاقيات القرض التي تتضمن تمويل الصفقات، أو اتفاقيات التأمين الخاصة بالنقل البحري، أو اتفاقيات الاستثمار المرتبطة بالصفقات أو غيرها... وهنا يجوز التحكيم فيها متى نصت على ذلك.

– مجال الصفقات العمومية ويبدوا أنه لم يحدد أيضا نوع الصفقات العمومية الداخلية أو الدولية، فالدولية يمكن أن تكون وفقا للاتفاقيات الحكومية وبالتالي يتبين أن المشرع أدرج مفهوم الصفقات الدولية في مجال الاتفاقيات أو الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب، كما يمكن أن يلجأ إلى التحكيم في الصفقات الوطنية، ومادام التخصيص الثاني لمجال التحكيم جاء بصيغة العمومية، فالعام يفسر على إطلاقه وبالتالي يمكن اللجوء إلى التحكيم في كل أنواع الصفقات العمومية.

كما يتبين لنا أن هذه المادة من الناحية المنهجية جاءت في الباب الخاص بالإجراءات الإدارية وبالتحديد في الباب الخامس بعنوان الصلح والتحكيم في المواد الإدارية مما يتبين لنا أن المشرع

1المادتين 975-976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 975 من قانون لإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

الجزائري أدرجها في التحكيم الداخلي خاصة أن المادة 976[1] حددت الأشخاص المعنوية العامة كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ومنحتها حق المبادرة باللجوء إلى التحكيم مباشرة دون قيد أو شرط وهنا يكون التحكيم حر ولم يشترط الموافقة المسبقة لجهاز الحكومة أو كيفية اختار هيئة تحكيم دولية، كما أن المادة 977 والتي نصت على:" **تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.**"[2].

يتبين من هذه المادة أنها وحدت القواعد الخاصة بالباب المنظم للتحكيم الداخلي على التحكيم أمام الجهات القضائية الإدارية، ولم تحل إلى الباب المنظم للتحكيم الدولي، في حين نجد المادة 1006 من نفس القانون نصت على:"... **ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.**"[3]

تمت صياغة هذه المادة بحرف "**أو**" والذي يفهم منه أن المشرع وضع اختيارين، أي مجالين استثنائيين للأشخاص المعنوية العامة أين يجوز لها اللجوء إلى التحكيم، المجال الأول هو **علاقاتها الاقتصادية**.أما المجال الثاني هو **الصفقات العمومية.**

كما جاءت هذه المادة بالكتاب الخامس من القانون08-09 تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات والمجال الثاني المذكور في المادة جاء عام وهو الصفقات العمومية ولم يخصصه المشرع بالمجال الدولي، كما فعل في العلاقات الاقتصادية التي خصصها بالدولية، وعليه يطبق المبدأ القانوني الذي مفاده العام يفسر على إطلاقه لنستنتج بذلك أن المشرع أجاز التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية والدولية.

-أن المادة السالفة الذكر 976 لم تحدد إجراءات خاصة بالتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية الإقليمية وهي رئيس البلدية أو الوالي أو مدير المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية حيث يحق لها المبادرة بالتحكيم مباشرة دون شروط خاصة، مما يطرح التساؤل التالي: هل لها الشخصية المعنوية الدولية لتجري تحكيم دوليا بإجراءات بسيطة وسهلة في حين يحضر عليها التحكيم الداخلي، وعليه يبدو أن المشرع بتبسيط هذه الإجراءات قصد بها التحكيم الداخلي، في حين اشترط في التحكيم الدولي خاصة المرسوم الرئاسي 15-247 على أن لا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا بالموافقة المسبقة للجهاز المركزي للدولة وهو ما يتبين من خلال المادة 153 فقرة أخيرة والتي نصت على:"...**ويخضع لجوء المصلحة**

1 المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

3 المادة 1006، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة."[1].

فاشتراط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة في الصفقات المبرمة مع متعامل عمومي أجنبي تميز الصفقات الوطنية عن الصفقات الدولية.

-أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وَحَد القواعد المنظمة للتحكيم في الصفقة العمومية في باب التحكيم الداخلي وهذا ما يتضح من الفقرة الأولى من المادة 976 والتي نصت على:" **تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية**".

لقد أحال المشرع حسب هذه المادة في إطار الصفقات العمومية وفي إطار الإجراءات الإدارية والرقابة على الأحكام التحكيمية وطرق الطعن فيها حسب هذه المادة إلى القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي مما يفهم منه أن التحكيم في الصفقات العمومية جائز في كل أنواع الصفقات العمومية سواء داخلية أو دولية وهو الأمر الذي اعتمده المشرع المصري والمغربي[2].

-وضع المشرع الجزائري الاعتراف بالتحكيم في الصفقات العمومية من الناحية المنهجية تحت القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي التي تبدأ من المادة 1006 وتنتهي بالمادة 1038، وميز التحكيم الدولي وعرفه ونظمه المشرع في المواد من 1039 إلى المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي حددت مفهوم التحكيم الدولي ونظمت كل القواعد الخاصة به من تعيين المحكمين والخصومة التحكيمية وقواعد الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه[3]، وعليه يبدوا أن تصنيف وتبويب المشرع للتحكيم الداخلي وكل ما يتعلق بقواعده في قسم، والتحكيم الدولي في قسم آخر، يبين أن التحكيم في الصفقات العمومية جائزا، سواء الصفقات الداخلية أو الدولية.

-أن المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللغة الفرنسية نصت على:

« **Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus ne peuvent compromettre, sauf dans les cas prévus par les conventions**

1 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

2 رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص ص 89-100.

3 المواد من 1006 إلى 1038 تنص على التحكيم الداخلي، والمواد 1039 إلى 1061 تنص على التحكيم الدولي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

internationales que l'Algérie a ratifiées ainsi qu'en matière de marchés publics. ».

يتبن من نص المادة 975 باللغة الفرنسية، أن المشرع الجزائري ميز تمييز واضح بين مجال الاتفاقيات الدولية ومجال الصفقات العمومية من خلال عبارة " **ainsi qu'en matière** "، حيث اعتبرهما مجالين استثنائيين ومنفصلين يجوز فيهما التحكيم، مقارنة بصياغة النص باللغة العربية الذي جاء عام وغير واضح، وباعتبار أن المادة لم تميز بين الصفقات الداخلية أو الدولية فالعام يفسر على إطلاقه[1]، وعليه يجوز التحكيم الداخلي كما يجوز التحكيم الدولي في الصفقات العمومية، وهذا بالفعل ما دهب إليه مؤخرا المشرع في فرنسا مصر والمغرب ولبنان. هذه الأنظمة التي أصبحت في السنوات الأخيرة، تجيز استثناءا التحكيم في عقود الصفقات العمومية الداخلية والدولية.

ويعود سبب إجازة التحكيم استثناءا في عقود الصفقات العمومية دون العقود الإدارية الأخرى، لما تتسم به هذه العقود ومنازعاتها من التركيز على التوازن المالي للعقد، هذا الجانب المالي الذي قد يتأثر جراء استعمال الإدارة العامة امتيازات السلطة العامة، كسلطة تعديل العقد مثلا والتي يترتب عنها إرهاق المتعاقد معها وزيادة أعبائه والتزاماته التعاقدية، وعليه يخول القانون المتعاقد مع الإدارة المطالبة بمستحقاته المالية أو التعويض عما لحقه من ضرر[2]، وهذا ماسبق تبيانه في مجال منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

مما سبق يتبين أن مجال نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية هو بالدرجة الأولى مرتبط بالإخلال بالتوازن المالي للعقد والحالة الثانية هو الإخلال بالبنود التعاقدية مما يلحق ضرر بالمتعاقد مع الإدارة وهنا يحق المطالبة بالتعويض، وهما مجالين مرتبطين بالجانب المالي كأثر ناتج عن تنفيذ العقد وليس نزاع مرتبط بمدى ممارسة امتيازات السلطة العامة، وعليه يجوز التحكيم في هذا النوع من المنازعات، وهو ما دهب إليه المشرع الجزائري من خلال القانون08-09، كما أجازه في مجال التسوية الودية للنزاعات في المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية كما أجازت المادة 155 لكل من طرفي العقد اللجوء إلى لجنة التسوية دون اللجوء إلى القضاء في هذا النوع من النزاع، وهو حالة الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وبذلك غل التنظيم يد القضاء وعليه يمكن أيضا اللجوء للتحكيم.

الفرع الثاني: التحكيم في تنظيم الصفقات العمومية بعد صدور القانون 08-09[3]

1 اياد محمود بردان المرجع السابق، ص ص78-80.

2 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 140.

/ حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 108.

3 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مصدر سالف الذكر.

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي15-247 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر على أن :"... **يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:**

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

-التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصب حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة تنفيذ الصفقة المعنية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة."[1]

جاءت هذه المادة بأحكام مخالفة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية دون أن يخصص نوع الصفقات وطنية أو أجنبية، في حين نلاحظ أن المادة 153 من التنظيم الخاص بالصفقات العمومية أجازت التحكيم في الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي فقط بعد الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة مما يطرح إشكالية ما مدى انسجام النص التنظيمي مع النص التشريعي، وأيهما واجب التطبيق من حيث القوة القانوني؟

ميز المنظم الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية، بين الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي والمبرمة مع متعامل وطني في المادة 153 فقرة أخيرة منه، حيث حدد تنظيم الصفقات العمومية طرق لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية وهي تبني الحل الودي للنزاع وهو إجراء إلزامي وسابق قبل

1 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضا المرفق العام، المصدر نفسه.

اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 153 فقرة 2 بقولها:" ...**يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها...**"[1].

يفهم من الحل الودي لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية والمنصوص عليه في هذه المادة هو جواز اللجوء إلى التحكيم، مادام هناك إمكانية عدم اللجوء إلى القضاء، هذا الإجراء هو إجباري حسب صياغة النص.

نصت الفقرة الأولى من نفس المادة أي المادة 153 على أنه تسوى المنازعات المترتبة على تنفيذ الصفقات العمومية "...**في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما...**"، فهذه المادة أشارت إلى التشريع المعمول به وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي يعتبر أعلى درجة من التنظيم حسب المبدأ الدستوري تدرج القواعد القانونية، وحسب مبدأ سمو الدستور، وعليه فالتحكيم في الصفقات العمومية وبالتحديد في تنظيم الصفقات العمومية جائز، ولا يمكن أن نقول بأن هناك تعارض بين النص التشريعي والنص التنظيمي مادام النص التنظيمي يحيل إلى النص التشريعي في إطار تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

ما يمكن ملاحظته أيضا من خلال استقراء المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر:

-أن الإجراءات الخاصة بالتحكيم الدولي وهو إجراء الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة المنصوص عليه في المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده غير وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب المنظمة للتحكيم وبالتالي يتبين أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على التحكيم في الصفقات الداخلية والدولية وبإجراءات داخلية بسيطة، أما تنظيم الصفقات العمومية وبالتحديد في الصفقات الدولية فقد اشترط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة وبالتالي نلاحظ أن المرسوم قيد القانون.

-أن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 153 وبالتحديد في العقود المبرمة مع متعامل أجنبي أجاز اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية بمبادرة من الوزير مما يفهم منه أن الصفقة هي صفقة الدولة وهي التي يحق لها اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية دون الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، فهل يجوز للولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم الدولي، وماهي الإجراءات المتبعة من طرفها هل تشترط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة أم للجهة الوصية؟

1 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سلف الذكر.

التنظيم لم يوضح ذلك، مما يتضح أن التحكيم في الصفقات العمومية من الناحية الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عام وسهل وبسيط في حين في التنظيم الخاص بالصفقات العمومية كتنظيم خاص بالصفقات العمومية قيد حق اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة مع متعامل أجنبي وبالتالي التنظيم قيد القانون في هذا النوع من الصفقات وهنا نطبق قاعدة الخاص يقيد العام.

نخلص مما سبق أن هناك غموض وإبهام في صياغة المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللغتين العربية والفرنسية في إطار تحديد مجال اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، وبالمقابل نجد تنظيم الصفقات العمومية لم يشر إلا إلى التحكيم الدولي دون الداخلي وبمبادرة من الوزير فقط بعد موافقة مجلس الحكومة، وعليه نقترح جملة من التوصيات تتمثل في:

-إعادة صياغة المادة 975 في إطار إجازة التحكيم في الصفقات العمومية بشقيها الداخلي والدولي في مادة مستقلة عن الاتفاقيات الدولية أو العلاقات الاقتصادية الدولية، لما للتحكيم من ايجابيات تتماشى وخاصية المرفق العام الذي يحتاج إلى السرعة والاستمرارية في تقديم الخدمات والمصلحة العامة، والقضاء يتميز بالبطء، وعليه النص على التحكيم مع ضبط المصطلحات القانونية بصفة واضحة للقارئ.

-ضبط تنظيم الصفقات العمومية ليتماشى مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث الاعتراف بالتحكيم الداخلي والدولي وتوسيع من سلطة المبادرة بالتحكيم إضافة إلى الوزير المعني، الوالي أيضا رئيس المجلس الشعبي البلدي ومدير المؤسسة العمومية الإدارية في تنظيم الصفقات العمومية خاصة بالنسبة للتحكيم الداخلي.

-ضبط الإجراءات الخاصة بطلب التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية واشتراط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة حتى تتماشى مع ما نص عليه تنظيم الصفقات العمومية الجديد لما للتحكيم الدولي من خطر على سيادة الدولة القانونية والقضائية وعلى نظامها العام وعلى استبعاد قانونها من التطبيق.

خلاصة الباب الأول

إن دراسة التحكيم في الصفقات العمومية من المواضيع الجديدة التي تتسم بالطابع الخاص نظرا لتضارب مفهوم الصفقة العمومية مع مفهوم التحكيم، فالتحكيم كان ولا يزال يطرح جدلا كبيرا بين الفقه لأن إعماله في العقود الإدارية والصفقات العمومية فيه حسب وجهة نظرهم مساسا بسيادة الدولة.

من خلال دراستنا في الباب الأول لأهمية ومبررات اللجوء إلى التحكيم، وكيف أن التحكيم يعد ضرورة بالنسبة للدولة خاصة في إطار سياسة الإصلاحات الاقتصادية، وفي إطار جلب المتعامل المتعاقد الأجنبي وجلب العملة الصعبة كل ذلك أثر على المنظومة القانونية الداخلية أين قامت الدول وعلى غرارها الجزائر خاصة بعد التوقيع على اتفاقية نيويورك وواشنطن بتغيير قوانين بما فيها قانون المؤسسة العامة وقانون النقد والقرض وقانون الاستثمار وكذا قانون الإجراءات المدنية، حيث أصبحت الدول بما فيها الجزائر، تعترف بالتحكيم في مجال الصفقات العمومية الأمر الذي أدى بجانب من الفقه الدفع بعدم دستورية التحكيم لأنه يمس بمبدأ سيادة الدولة ويمس بحصانة قضائها الإداري خاصة في الدول الفرانكفونية.

تناولنا بالدراسة أيضا منازعات الصفقات العمومية وطبيعتها المالية وآلية التسوية الودية لمنازعات الصفقة العمومية في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية وكذا موقف الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة عبر حقبة من الزمن، لتسليط الضوء على العلاقة بين التحكيم والسيادة، لنتوصل في الأخير إلى جملة من النتائج:

-أن التحكيم في الصفقة العمومية هو ضرورة عملية لا بد من الإعتماد عليها، ليس فقط في الجانب الدولي وإنما في الجانب الداخلي، وعليه وفق المشرع الجزائري حين أجازه في كل من المادة 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن الصياغة القانونية للنصوص جاءت غامضة.

-أن الدولة عندما تلجأ إلى التحكيم أو عندما تبرم عقود، فيها شرط تحكيم، فهي تقوم بذلك بإرادة حرة من خلال التصديق على الاتفاقية أو المعاهدة أو العقد المتضمن التحكيم تصديقا كليا أو بتحفظ وهذا ما لاحظناه من خلال هذه الدراسة، عندما تحفظت الدولة الجزائرية على اتفاقية نيويورك الخاصة بالتحكيم، وهذا دليل على أن الدولة عندما تلجأ إلى التحكيم فتلجأ إليه بإرادة حرة.

-أن طبيعة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي ذات طابع مادي ومالي وعليه فالتحكيم في الصفقة العمومية يمس آثار الصفقة وهي الآثار المترتبة عن مرحلة التنفيذ وبالتالي فالتحكيم لا يمس بامتيازات

السلطة العامة ولا يمس بالشروط اللائحية التنظيمية في الصفقة العمومية، وبالتالي نخلص أن التحكيم في الصفقة العمومية لا يمس بالسيادة، وعليه فهو جائز سواء كان العقد دوليا أو داخليا.

-أن الدفع بأن التحكيم فيه مساس بحصانة واختصاص القضاء -كاختصاص دستوري ومن النظام العام- فهو دفع مردود عليه، لأن المنظم الجزائري في المرسوم 15-247 اشترط في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية أن تنظر فيها لجنة التسوية الودية قبل عرضها على القضاء من خلال وضع شرط التسوية الودية في دفتر الشروط وبالتالي نخلص أن الأصل في تسوية منازعات الصفقات العمومية هي التسوية الودية وبالتالي فالقانون والتنظيم قد اعترف بجواز الفصل في هذا النوع من المنازعات بعيد عن القضاء وبالتالي فالتحكيم جائز وليس فيه مساس باختصاص وحصانة القضاء، كما أن القضاء يلعب دورا فعالا في الرقابة على عملية التحكيم وعلى تنفيذ أحكامها وبالتالي فالمشرع أصاب حين أجازه في مجال الصفقات العمومية دون العقود الإدارية الداخلية الأخرى.

-أن التحكيم في الصفقة العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جائز سواء كانت الصفقة دولية أو داخلية وسواء كان التحكيم شرطا أو اتفاقا، إلا أن المنظم الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يوفق في صياغة المادة 153 التي نصت على شرط التسوية الودية ولم تنص صراحة على أنه شرط تحكيم إجباري في الصفقة العمومية الداخلية، على عكس نصه صراحة على التحكيم الدولي في العقد المبرم مع متعامل أجنبي.

تمهيد

نصت المادة 976 من القانون رقم 08-09 والمتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على : " **تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية...**"، كما نصت المادة 977 من نفس القانون على:" **تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.**".

جاءت هذه المواد تحت عنوان الفصل الثاني التحكيم وبالتحديد القسم الأول الإجراءات، والقسم الثاني تنفيذ أحكام التحكيم والطعن فيها، حيث يتبين من هذه المواد أن المشرع الجزائري لم يخصص للتحكيم في عقود الصفقات العمومية أحكام وإجراءات خاصة، وإنما اكتفى بالإحالة إلى ما تضمنه باب التحكيم بصفة عامة ليوحد بذلك القواعد المنظمة للتحكيم في كل من المواد المدنية والتجارية والإداري.

بالمقارنة وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية الجديد والصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم15-247، نلاحظ أنه نص ولأول مرة وبصراحة مقارنة مع التنظيمات السابقة له على التحكيم في فقرة واحدة فقط وهي الفقرة الأخيرة من المادة 153 والتي نصت على:"... **ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.**".

يتضح من المادة 153 السالفة الذكر أن المنظم الجزائري خالف المشرع الجزائري في نقطتين أساسيتين هما:

-عدم نص المنظم الجزائري بصريح العبارة على التحكيم الداخلي مثل ما نص عليه المشرع الجزائري.
-مخالفة التنظيم للإجراءات المنظمة للتحكيم في الصفقات العمومية لاسيما بالنسبة للجهات التي لها أهلية المبادرة بالتحكيم والتي لم يتوسع فيها وإنما حصرها في الوزير المعني فقط بالصفقة دون رؤساء المجالس الشعبية البلدية والولاة ورؤساء المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري.

نصت المادة 153 فقرة أولي من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على:" **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...**"، أحالت هذه المادة

في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وحيث أن التشريع هو أعلى من التنظيم سنحاول تركيز الدراسة على الجانب الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية لتوضيح الإجراءات المنظمة للتحكيم وتحليل النصوص وتسليط الضوء على مواقع النقص والغموض التي تعتري النصوص المنظمة للتحكيم بداية من اتفاق التحكيم وصولا إلى الحكم الحائز للقوة التنفيذية دون أن نغفل على التعارض بين النص التشريعي والتنظيمي في هذا الموضوع والاقتراحات المناسبة.

إن المواد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت عامة في إجازة التحكيم في مجال الصفقات العمومية، بالمقارنة نجد أن تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على التحكيم إلا في الصفقات المبرمة مع متعامل أجنبي كما أشرنا إليه سابقا، مما يطرح التساؤل التالي:

ماهي الإجراءات المنظمة للتحكيم كآلية من آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية؟ وهل أصاب المشرع الجزائري في تنظيمه للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون 08-09

الفصل الثاني: خصومة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون 08-09

الفصل الأول: اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون 08-09

جاء القانون رقم08-09 متضمنا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث حاول من خلاله المشرع الجزائري الجمع بين القواعد الإجرائية المدنية والقواعد الإجرائية الإدارية، كما قسمه وفقا لمنهجية قانونية اعتمدت 5 كتب، من بينها الكتاب الخامس بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، هذا الكتاب تضمن بابين الباب الأول بعنوان الصلح والوساطة وخصص الباب الثاني للتحكيم والذي هو محور دراستنا، حيث يلاحظ على هذا الباب أن المشرع الجزائري ولأول مرة –مقارنة بقانون الإجراءات المدنية القديم والملغى– نص على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث خصص أربع فصول لتنظيم التحكيم الداخلي، وفصل واحد وأخير من هذا الكتاب نظم التحكيم الدولي، وحسنا فعل المشرع عندما نظم التحكيم الداخلي في 4 فصول تنظيما منهجيا وقانونيا مفصلا مقارنة بالتحكيم الدولي، وهذا حسب رأي الباحثة يجسد سلطة وسيادة الدولة الداخلية والقانونية على إقليمها على عكس التحكيم الدولي الذي يفتح فيه المجال للاتفاقيات الدولية ولإرادة الأطراف المتعاقدة في تنظيمه في إطار العلاقات الدولية سواء التجارية أو الاقتصادية أو الإدارية.

وحيث أن تنظيم الصفقات العمومية هو تنظيم خاص بمجال العقود الإدارية المسماة عقد أشغال عامة، عقد لوازم، عقد خدمات وعقد دراسات، فقد حاول المشرع الجزائري أن يضبط قواعد التحكيم الداخلي في الصفقات العمومية في المواد من 1006 إلى 1038 وقواعد التحكيم الدولي في الصفقات العمومية في المواد من 1039 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ووفقا للمنهجية التي اعتمدها المشرع الجزائري بداية من اتفاق التحكيم وصولا إلى أحكام التحكيم، سأحاول تحليل وشرح الأحكام الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية معتمدة على المنهج الوصفي والتحليلي.

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم وإنما اكتفى بتعريف صوره وهما شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث عرفهما على أنهما اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاع على التحكيم[1]، أما الفقه فقد حاول وضع مفهوم للتحكيم من خلال اعتباره عدالة خاصة يتم وفقا لها سلب المنازعة من اختصاص القضاء العام، ليتم الفصل فيها بواسطة افراد عهد إليهم القيام بمهمة التحكيم[2].

---

1 المواد 1006-1007- 1011 من قانون ٱلإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية العقود الإدارية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول، سنة 2008، ص385.

/ السيد المراكبي، المرجع السابق، ص ص 10- 15.

/لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 13-17.

كما عرف القضاء الإداري التحكيم على أنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[1].

أما المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 95-346 والمتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى فقد نصت على:"...**غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات....**"[2]، نستنتج من مضمون هذه المادة أنها لم تعرف التحكيم وإنما اعتبرته طريق من طرق تسوية المنازعات.

أما المشرع الجزائري فلم يعرف التحكيم وإنما تناول التحكيم في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان اتفاقيات التحكيم حيث حدد اتفاقيات التحكيم في صورة إما شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1007 أو صورة اتفاق التحكيم المنصوص عليه في المادة 1011[3].

إن البحث في صور اتفاق التحكيم لا سيما التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي له أهمية بالغة خاصة في عقود الصفقات العمومية، هذه العقود التي ميز فيها المنظم الجزائري من حيث الإبرام بين أسلوب طلب العروض وأسلوب التراضي، فأسلوب طلب العروض يتم بناءا على إعداد مسبق لدفاتر الشروط هذه الدفاتر الذي تتضمن جملة من البنود اللائحية التنظيمية بما فيها الإشارة إلى التسوية الودية للمنازعات، هذا البند الذي فرضه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وعليه نتساءل:

ماهي الأحكام الخاصة باتفاق التحكيم في الصفقات العمومية وهل وفق المشرع الجزائري والمنظم الجزائري على حد السواء في النص على شروط وإجراءات اتفاقية التحكيم؟

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأيت تقسيم الفصل إلى مبحثين :المبحث الأول: ماهية اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .المبحث الثاني: شروط وآثار اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

1 قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية والمشار إليه في مقال الأستاذ محمد محجوبي، نفس المرجع ص387.

2المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 والمتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، جريدة رسمية عدد 66 الصادرة في 05 نوفمبر1995.

3 القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

المبحث الأول: ماهية اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

الصفقات العمومية عقود إدارية مكتوبة تبرم وفقا للشروط والإجراءات التي تضمنها تنظيم الصفقات العمومية لاسيما عندما يتجاوز الحد الأدنى للصفقة العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهي 12.000.000 دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، و6.000.000 دينار جزائري بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات.

تختلف إجراءات إبرام الصفقات العمومية وفقا لأسلوبين نصت عليهما المادة 40 والمادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهما إجراء طلب العروض وإجراء التراضي، تبدأ إجراءات إبرام الصفقة العمومية بإعداد دفاتر الشروط وتحيينها وفقا للصفقة المراد إبرامها[1]، كما ميز المشرع والمنظم الجزائري بين الصفقات المبرمة مع متعامل جزائري ومتعامل أجبي وعلى غرار ذلك تختلف الصفقة ويختلف القانون المطبق عليها ويختلف اتفاق التحكيم والقواعد المنظمة له كما تختلف الأحكام المنظمة لاتفاق التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخلي أو دولي وهذا ما سأعالجه من خلال العناصر الآتية:

المطلب الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

المطلب الثاني: طبيعة اتفاقية التحكيم في عقود الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

استعمل المشرع الجزائري كما سبق وأن أشرنا إليه أعلاه مصطلح اتفاقيات التحكيم وهي جمع لاتفاق التحكيم، حيث أنه لم يعرف التحكيم ولا اتفاق التحكيم وإنما عرف صور اتفاق التحكيم وهما شرط التحكيم واتفاق التحكيم كما حدد مضمون اتفاق التحكيم، وعليه نتساءل ماهو اتفاق التحكيم، وما هي صوره، وهل يختلف مفهوم اتفاقية التحكيم عن مفهوم التحكيم؟.

---

1 المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نصت على:**" توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية..."**، مصدر سالف الذكر.

/ المادة 67 من من نفس المرسوم نصت على:**" يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشح وعرض تقني وعرض مالي..... دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة "قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد..."**، المصدر نفسه.

/ المادة 95 من نفس المرسوم 15-247 والتي نصت على:**"....الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقة التي تشكل جزأ لا يتجزأ منها..."**، نفس المصدر.

الفرع الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها في منازعات الصفقات العمومية

التحكيم هو اتفاق، هذا الاتفاق الذي يتضمن جملة من البيانات والشروط والإجراءات المنظمة لعملية الفصل في المنازعة من قبل هيئة تحكيم، وعليه وقبل تعريف اتفاق التحكيم ومعرفة صوره وطبيعته القانونية لابد من إعطاء تعريف مختصر للتحكيم.

أولا: تعريف اتفاقية التحكيم

1-تعريف التحكيم

لفظ التحكيم في اللغة هو مصدر لفعل حَكَّمَ بتشديد الكاف، يقال حَكَّمتُ فلانا في مالي تحكيما، أي فوضت إليه الحُكمَ فيه، ويقال حَكَّمَهُ في ماله تَحكيما أي جعل إليه الحُكمَ فيه، ويقال حَكَّمُوهُ فيما بينهم، أي أمروه أن يَحْكُمَ في الأمر، أي جعلوه حكما بينهم، ويقال حكمت بين القوم أي فصلت بينهم[1].

وقول الله تعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم:" فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤمنُونَ حَتَى يُحَكمُوكَ فيمَا شَجَرَ بَينَهُم ثُمَ لاَ يَجدُوا في أَنفُسهم حَرَجًا ممَا قَضيتَ وَيُسَلمُوا تَسليمًا".[2]

وعليه فالتحكيم هو اختيار الشخص الذي يسند إليه مهمة الحكم في الشيء، والحَكَم هو الشخص الذي يختار للفصل في النزاع والحُكم هو القرار الذي يصدر عن المّحَكم لينهي به الخصومة ويفصل في النزاع.

أما التحكيم اصطلاحا فيرجع إلى تعريف الفقه على أنه وسيلة من وسائل فض المنازعات بالطرق السلمية، يلجأ إليها أطراف المنازعة بغيت الوصول إلى حل ملزم ومنهي للخلاف الذي يترتب عن علاقة بين أطراف وذلك من دون اللجوء إلى القضاء[3]، كما اعتبر التحكيم عقد يتفق الأطراف

---

1 ابن منظور الدمشقي، لسان العرب المحيط، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر، ودار بيروت للطباعة والنشر1056 ص142.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 14.

/ المعجم الوجيز، معجم اللغة العربية، القاهرة، 1995، ص 165.

2 الآية 65 من سورة النساء، القرآن الكريم.

3 رقية رياض، المرجع السابق، ص 24.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 15- 17.

بمقتضاه على طرح النزاع على محكم سواء كان شخص أو عدة أشخاص يختارون للفصل في النزاع دون القضاء[1].

ما يلاحظ على التعريف الفقهي الأخير أنه أخلط بين مفهوم التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات وبين اتفاق التحكيم الذي يعتبر صورة من صوره وهو عقد يتضمن الشروط والإجراءات المنظمة لعملية التحكيم[2]، في حين نجد الأستاذة رقية رياض أصابت في تعريفها للتحكيم على أنه وسيلة رضائية من وسائل التسوية الودية[3]، أما المشرع الجزائري فلم يعرف التحكيم وإنما عرف صوره فقط[4].

من خلال ما سبق يمكن استنتاج تعريف للتحكيم وهو أن التحكيم هو طريق من الطرق الودية لتسوية المنازعات، يقوم على مبدأ الرضائية، بحيث يتفق من خلاله أطراف المنازعة على اللجوء إليه بدلا من القضاء وذلك من خلال تعيين حكم ليفصل في النزاع.

2-تعريف اتفاقية التحكيم

نصت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.**".

يفهم من هذه المادة، أن شرط التحكيم هو اتفاق يأتي في العقد الذي يتضمن حقوق الأفراد، بحيث يحيل هذا الشرط النزاعات المستقبلية التي قد تثور بعد تنفيذ العقد إلى التحكيم.

أما المادة 1011 من نفس القانون فقد نصت على:" **اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.**"، يتبين من هذه المادة أن اتفاق التحكيم هو صورة ثانية من صور التحكيم، وهو اتفاق يقبل بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض نزاع وقع فعلا بينهما على التحكيم دون القضاء ليفصل فيه.

1 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ، القاهرة، 1980، مصر، ص26.

2 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات العربية المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009، لبنان، ص11.

3 رقية رياض، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4 المادتين 1006-1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

ما يؤخذ على المشرع الجزائري من خلال المواد السالفة الذكر أنه استعمل مصطلح الاتفاق ليعبر به من ناحية على مفهوم التحكيم ومن ناحية ثانية عن صوره شرطا كان أم اتفاق، عكس المشرع المصري الذي استعمل مصطلح شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ليعبر بهما عن صور اتفاق التحكيم[1].

في حين نجد الأستاذعبد الحميد الأحدب استعمال مصطلح عقد التحكيم ليعبر به عن الاتفاق الذي يتضمن اللجوء إلى التحكيم، والباحثة ترى بأن المصطلح المعبر عن التحكيم هو مصطلح عقد التحكيم بدل من اتفاق التحكيم لما يعبر عنه العقد من إرادة أطرافه في ضبط الشروط والحقوق التي تمنح للأطراف المتعاقدة في تنظيم عملية التحكيم، وأيضا لتفادي الخلط بين عقد التحكيم وصور التحكيم خاصة الصورة الثانية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال ما سبق يمكن استنتاج تعريف لاتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل قائم بذاته يتضمن اتجاه إرادة أطراف علاقة قانونية على اتخاذ التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهما، سواء كان هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعده، ووفقا لما اتجهت إليه إرادة أطراف النزاع من شروط وإجراءات تنظم عملية التحكيم.

ثانيا: صور اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

1-صور اتفاقية التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شرط التحكيم وشروطه وبياناته[2]، كما نص على اتفاق التحكيم[3] وعلى الأحكام المتعلقة به، ومن ناحية أخرى نصت المادة 977 من نفس القانون على:"**تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.**"، أما المادة 976 من نفس القانون فقد نصت على: " **تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية...**".

نلاحظ من خلال المادة 976 أن المشرع الجزائري قد وحد القواعد المتعلقة بتنظيم عملية التحكيم في مختلف المجالات مدنية كانت أو تجارية أو إدارية، فكل هذه المجالات تخضع لنفس القواعد

1 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص48-49.

2 المواد 1007-1008-1009-1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

3 المواد 1011-1012-1013، المصدر نفسه.

المتعلقة بالتحكيم، كما أحالت تنظيم عملية التحكيم وكل الإشكالات التي قد تقترن به في المادة الإدارية وأخضعتها إلى رقابة واختصاص القضاء الإدارية.

أما المادة 977 فقد وحدت الأحكام المتعلقة بحكم التحكيم والطعن فيها في المادة المدنية والتجارية على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية أي الصفقات العمومية، وعليه وبالرجوع إلى صور التحكيم خاصة التحكيم الداخلي يتبين أن صور التحكيم هي واحدة مهما اختلفت طبيعة النزاع، وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع المصري[1].

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن هناك نوع من أنواع الصفقات العمومية التي تكون لها طابع تكراري مثل صفقات اللوازم أو صفقات الخدمات ذات النمط العادي والمتكررة سواء في عقود المناولة المنصوص عليها في المادة 85 منه –خاصة المناولة الأجنبية– أو عقود البرنامج التي نصت عليها المادة 33 من نفس التنظيم تحت تسمية عقد البرنامج **:" يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، وينم تنفيذه من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا المرسوم..."[2].**

هذا النوع من العقود يشكل عقود متصلة في ما بينها وعلى فترات زمنية متتالية، فلو فرضنا أن عقد البرنامج نص على شرط التحكيم، وبعد سنوات تبرم صفقة في إطار عقد البرنامج أين يمكن من خلال هذه الصفقة نشوب نزاع وتثار مسألة اللجوء إلى التحكيم، سواء كان المتعامل المتعاقد وطني أو أجنبي، سنكون هنا بصدد ما يطلق عليه الفقه المقارنة بالتحكيم بالإحالة[3]، وهو صورة معاصرة لاتفاق التحكيم، قد يحدث وأن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا باللجوء إلى التحكيم، ويكتفي الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتكملة النقص في عقدهم، فإذا كان ذلك العقد المحال إليه قد تضمن شرط تحكيم ففي هذه الحالة ترتب الإحالة أثرها بما فيها وجوب التقيد بشرط التحكيم.

حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة والوارد في عقد مقاولة من الباطن إلى العقد الأصلي بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، كما قضى بصحة شرط التحكيم بالإحالة في سند

1 فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، مرجع سابق، ص74.

2 المرسوم الرئاسي 15-247 ، مصدر سالف لذكر.

3 شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص ص 71- 74.

الشحن وعقد النقل البحري الذي يحيل إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة،[1] وعلى غرار هذه الأحكام جاء القانون الفرنسي الجديد منظما للتحكيم الداخلي والدولي ومعترفا بالتحكيم بالإحالة[2].

إن قانون التحكيم الفرنسي نص على التحكيم بالإحالة تماشيا مع اجتهادات القضاء في مجال التحكيم وهذا دليل على ازدهار التحكيم واعتباره وسيلة فعالة في تسوية المنازعات وعليه أضفى قانون التحكيم الفرنسي الجديد مرونة على القواعد الخاصة باتفاق التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي[3].

مقارنة بذلك نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم ولم يشر إلى هذه الصورة من صور الاتفاق على التحكيم رغم أن احتمال ورودها جائز، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية نص فقط على صورة شرط التحكيم، وصورة اتفاق التحكيم المنصوص عليهما على التوالي في المولد 1007-1011 دون التحكيم بالإحالة، وعليه نقترح أن يتدارك المشرع هذه الثغرات التي قد تؤدي إلى تعطيل سير عملية تسوية المنازعات خاصة الصفقات العمومية التي تستوجب السرعة في التسوية.

يكون شرط التحكيم في العقد الأصلي المتضمن الحقوق مثل الصفقة العمومية ذاتها أو يكون في اتفاق لاحق ومستقل عن الصفقة، إلا أن أهم ما يميز شرط التحكيم هو الكتابة من ناحية ووضعه في العقد أو الاتفاقية قبل وقوع النزاع وهذا ما يتضح لنا من خلال قراءة المادة 1007 التي نصت على: "**شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف...لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.**"، وأيضا نصت المادة 1008 على: "**يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها،**".

يتضح من خلال هذه المادة أنه قد تنص الصفقة أو ملحق الصفقة أو اتفاق مستقل بعد إبرام الصفقة على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المستقبلية التي تترتب عن تنفيذ الصفقة وبهذا يتحقق شرط التحكيم ويصبح ملزم لأطراف المتعاقدة[4]، مادام أن النزاع لم ينشب بعد.

---

1 حكم استئناف باريس في 20 جانفي 1988، مجلة التحكيم لسنة 1990 ص 651، وقرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 مارس 1992، مجلة التحكيم الفرنسية، ص 650 ، مشار إليهما في التهميش رقم 2-3 لمرجع الأستاذ لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص52.

2-article 1443/ décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français: "« Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est références dans la conversation principale. »

3 أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص ص 26-28.

4فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، المرجع السابق، ص100-101.

كما فرض المشرع على الأطراف المتعاقدة كتابة شرط التحكيم وإلا كان اللجوء إليه باطلا، أيضا فرض المشرع على الأطراف أن تعين المحكمين أو تحدد كيفيات تعيينهم وإلا كان الشرط باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 1008 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... **يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم.**".

نستنتج من صياغة المادة 1008 أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أقر استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أي أنه في حالة ما إذا لم يتم كتابة شرط التحكيم في العقد، أو إذا لم يعين المحكمين أو لم تحدد كيفية تعيينهم يبطل شرط التحكيم دون أن يبطل العقد[1]. وببطلان شرط التحكيم لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا إذا تم إبرام اتفاق التحكيم، حيث أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم ولو أثناء سريان الخصومة أمام القضاء وهذا ما نصت عليه المادة 1013 من نفس القانون على:" **يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية.**"[2]، هنا نكون بصدد صورة ثانية من صور التحكيم وهي اتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد اعترف المشرع الجزائري أيضا بشرط التحكيم واتفاق التحكيم في المادة 1040 والتي نصت على:" **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية...**"[3].

يقصد بالنزاعات المستقبلية النزاعات التي لم تثور بعد ولم يتم تحديد موضوعها وطبيعتها، وبهذا المفهوم نكون بصدد شرط التحكيم، أما النزاعات القائمة فهي النزاعات التي يتم بموجبها إبرام اتفاق تحكيم ليتم الفصل فيها، وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح اتفاقية التحكيم ليعبر بها عن شرط التحكيم واتفاق التحكيم، هذا المصطلح الذي يتماشى وطبيعة العلاقات الدولية التي تنظمها الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، وهو نفس المصطلح الذي اعتمده في التحكيم الداخلي كعنوان للفصل الأول من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان: "**في اتفاقيات التحكيم**".

كما أقر أيضا المشرع الجزائري وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم الدولي وإلا كانت الاتفاقية باطلة وهو ما نصت عليه المادة 1040 فقرة 2:" **يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة...**"[4]، بالرجوع إلى

---

2 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 50- 52.

2 المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإداري، مصدر سالف الذكر.

3 المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

4 المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

الأستاذ عبد الحميد الأحدب[1]، نجده فسر هذه المادة على أن المشرع الجزائري اشترط الكتابة في التحكيم الداخلي، أما في التحكيم الدولي فيكون الإثبات بأي وسيلة اتصال إلا أنه ما يعاب على هذا التحليل أنه ناقص حيث جعل من مختلف وسائل الاتصال تجيز الإثبات إلا أن المشرع ربط وسائل الاتصال بما يثبت بالكتابة كأن تكون رسالة الكترونية مكتوبة أو فاكس مكتوب يرسل مابين المتعاقدين ويتضمن اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات، وبهذا فالمكالمات الهاتفية لا ينطبق عليها هذا المفهوم ولا يجوز معها إبرام اتفاق تحكيم لأن المكالمات الهاتفية لا تثبت بالكتابة وهو ما اشترطته المادة 1040 السالفة الذكر.

إن اشتراط وسائل الاتصال المكتوبة هو ضروري لتسهيل المعاملات بين الأطراف المتعاقدة سواء بين الدول أو بين دولة ومتعامل أجنبي، خاصة إذا تعذر سرعة التنقل فهنا تكون المعاملات الإلكترونية كوسيلة اتصال مكتوبة جائزة لإبرام اتفاقية تحكيم حسب ما نصت عليه المادة 1040، ووفقا لتكنولوجيا الاتصالات الحديثة.

يتبين مما سبق، أن المشرع الجزائري أخذ بصور التحكيم، وهما شرط التحكيم واتفاق التحكيم في كل من التحكيم الداخلي والدولي مع تمييزه في استعمال المصطلحات بين التحكيم الداخلي والدولي. كما أقر أيضا استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا أمر بديهي نظرا لاختلاف محل العقد الأصلي عن محل اتفاق التحكيم، إلا أن الإشكال يطرح في الصفقة العمومية التي تبرم وفقا لدفاتر الشروط الخاصة فهل يجوز إعمال شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية نجده لم يشر إلى شرط التحكيم وإنما أشار إلى شرط التسوية الودية وحدد لها لجان خاصة بإجراء التسوية الودي[2]، كما أن دفاتر الشروط المعمول بها لا تتضمن شرط التحكيم، وعليه تستنتج الباحثة أنه مادام أنشرط التسوية الودية يعبر عن مضمون التحكيم الداخلي فيجوز إعمال شرط التحكيم في الصفقة العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد وطني، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد أجازه صراحة تنظيم الصفقات العمومية.

أخذت مختلف الأنظمة المقارنة بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مثل القانون الفرنسي[3]، المصري[4]، واتفاقية اليونسترال[1] في المادة 23 فقرة أولى منها والسارية المفعول منذ 15أوت

1 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 43-44.

2 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

3 Article 1447/1, décret n°2011-48, op cit.

4 المادة 23 من قانون التحكيم المصري:**" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته."**

2010 والمادة 23 فقرة أولى من قواعد مركز القاهرة الإقليمي الساري المفعول منذ أول مارس 2011 والمادة 6 الفقرة 9من قواعد غرفة التجارة الدولية "I.C.C" السارية منذ أول جانفي 2012.[2]

وعلى غرار التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم[3]، اعترف المشرع الجزائري باستقلالية شرط التحكيم الذي يترتب عنه صحة العقد الأصلي في حالة بطلان شرط التحكيم، مما يفتح المجال للأطراف المتعاقدة لاحقا إما إبرام اتفاق تحكيم أو اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعاتهم، وذلك ما نستنتجه من المادة 1040 فقرة رابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على:" ... **لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.**".

ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت تحت الفصل السادس المنظم للتحكيم الدولي أي أن المشرع الجزائري اعترف باستقلالية شرط التحكيم في التحكيم الدولي ولم ينص عليه في التحكيم الداخلي[4]، مما يطرح معه التساؤل هل بطلان شرط التحكيم يؤدي إلى بطلان العقد أم أن شرط التحكيم في التحكيم الداخلي لا يؤثر على العقد؟

بالرجوع إلى المادة 1009 نجدها نصت على:" ... **إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين.**"، هذه المادة جاءت تحت القسم المنظم للتحكيم الداخلي، حيث يتبين أن المشرع الجزائري لم ينص على مدى استقلالية شرط التحكيم بالنسبة إلى العقد ومدى صحته مقارنة بالتحكيم الدولي الذي نص على ذلك، مما يفهم منه أنه في حالة بطلان العقد فشرط التحكيم يعد باطلا لأنه بند من بنود العقد[5].

---

1 إتفاقية أعدتها لجنة اليونسترال وهي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية وهي الترجمة للكلمة الإنجليزية

United Nations Commission On International Trade

2 هذه المواد مشار إليها في مرجع الأستاذ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، المرجع السابق، ص 105، / المادة 12 من قانون التحكيم المصري، القانون رقم27لسنة1994 المعدل والمتمم والمتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والتي نصت على:**" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهاءه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته."**.

3 محمد كولا، المرجع السابق، ص ص 103- 107.

4 المواد 1009-1013-1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

5 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، المرجع السابق، ص48.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص71.

أما الباحثة فتستنتج من هذه المادة أن العقد إذا كان باطلا فيترتب عليه بطلان شرط التحكيم في التحكيم الداخلي، لأنه لا يمكن أن ينظر المحكم في بطلان العقد الذي يمنحه سلطة التحكيم، وبالتالي يعود الاختصاص إلى القضاء[1]، لأن دعاوى البطلان من اختصاص القضاء، في حين منازعات الصفقة العمومية هي منازعات مرتبطة بتفسير أو تنفيذ العقد وليس صحة أو بطلان العقد وهذا ما يستنتج من المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:"... **لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.**"، أما إذا كان شرط التحكيم باطلا فهنا ينته ويعدم أثره فقط دون العقد[2]، وهذا بناءا على المادة 1009 فقرة أخيرة من نفس القانون والمشار إليها سابقا والتي نصت على:" ...**إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كافي لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين.**".

يترتب عن هذه المادة احتمالين هما، إما عودة الاختصاص في نظر المنازعة للقضاء الإداري باعتبار أن له الولاية العامة في الفصل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وإما اللجوء إلى إبرام اتفاق تحكيم جديد، باعتبار أن المشرع الجزائري أجاز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1013 أن يتم الاتفاق على التحكيم ولو أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية.

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يوفق في تنظيم صور التحكيم الداخلي، خاصة شرط التحكيم لأنه لم يتطرق إلى إشكالية بطلان شرط التحكيم أو بطلان العقد والآثار المترتبة عن كل منهما، مما يفتح المجال للفقه والقضاء لأن يجتهد في التصدي لمثل هذه الثغرات القانونية التي قد تطرح، كما أنه لم يتطرق إلى صورة حديثة من صور التحكيم وهي التحكيم بالإحالة، وعليه اقترح إعادة النظر في صياغة المواد المنظمة لصور التحكيم خاصة في التحكيم الداخلي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2-صور اتفاقية التحكيم في تنظيم الصفقات العمومية[3]

تضمن المرسوم الرئاسي 15-247 ولأول مرة مقارنة بالمراسيم السابقة له فقرة واحدة تناولت التحكيم وهي الفقرة الأخيرة من المادة 153 والتي نصت على:" ... **ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة**

1 عبد الحميد الأحدب، المرجع نفسه، ص48.

2 فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية، المرجع السابق، ص ص 34- 37.

/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص32-33.

/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص ص 34-36.

/ عبد الحميد الأحدب، المرجع نفسه، ص11.

3 المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سالف الذكر.

في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.".

لم يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أحكام مفصلة للتحكيم كما فعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما أخضع المنازعات المبرمة مع متعاملين وطنيين للجنة التسوية الودية للصفقات العمومية المنشأة بموجب المواد 153-154-155 منه[1]، في حين أخضع منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجانب إلى التحكيم الدولي، دون أن يوضح إن كان التحكيم على أساس شرط مدرج في الصفقة العمومية أم على أساس اتفاق تحكيم.

إلا أنه بالرجوع إلى صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 153 المذكورة أعلاه والتي نصت على أن المصالح المتعاقدة من أجل تسوية نزاعاتها "**التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها**" المبرمة مع متعاملين أجانب تلجأ إلى هيئة تحكيم دولية، هذا التعبير يدل على أن الصورة الخاصة بالتحكيم في تنظيم الصفقات العمومية هي صورة اتفاق التحكيم وليس شرط، أي أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم كإتفاق وليس كشرط في الصفقة العمومية الدولية.

مقارنة بالفقرة الأولى من نفس المادة 153 التي نصت على:" **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...**"، يتبين لنا أن المراد "**بالتشريع والتنظيم المعمول بهما**" هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمرسوم الرئاسي الخاص بالصفقات العمومية، حيث ترى الباحثة أن المشرع بنصه على التشريع والتنظيم المعمول بهما أراد احترام القواعد الإجرائية واحترام قاعدة تدرج القوانين التي مفادها أن النص أقل درجة يجب أن لا يتعارض مع النص الأعلى منه درجة لا من الناحية الشكلية ولا من الناحية الموضوعية، وعليه فالإحالة إلى القواعد المنظمة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيه اعتراف بشرط التحكيم في الصفقة العمومية[2].

أكد المنظم الجزائري على التشريع والتنظيم المعمول بهما ليس فقط في المادة 153 في إطار تسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية وإنما أيضا في المادة 95 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاءت نحت عنوان البيانات الإلزامية حيث نصت على: "**يجب أن تشير**

1 المواد 153-154-155 من المرسوم 15-247، المصدر نفسه.

2 المواد 95-153، المصدر نفسه.

/ المواد 976-1006-1007-1011- 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن .....القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات... .".

يتبن أيضا من نص المادة أن المنظم الجزائري يؤكد على الرجوع إلى التشريع المعمول به وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنظيم الصفقات العمومية أي أن أي نقص في أحكام الصفقات العمومية وفي الإجراءات والاختصاص في منازعات الصفقات يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الفيصل.

كما يتبين أيضا من نص المادة المذكورة أعلاه، أن المشرع فرض على المصلحة المتعاقدة أن تحدد القانون المطبق على المنازعات لاسيما في الصفقات العمومية الدولية على أساس أن الصفقات الوطنية تخضع للقانون الجزائري، كما اشترط على المصلحة المتعاقدة أن تضع ضمن بيانات الصفقة شرط تسوية الخلافات وهو ما يتماشى ونص المادة 153: "... **يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة...**".

ترى الباحثة من صياغة هذه المادة أن المشرع فرض على المصلحة المتعاقدة النص في دفتر الشروط على اللجوء إلى التسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء، إن هذا الشرط بمثابة شرط تحكيم يدرج في دفتر الشروط قبل وقوع النزاع وقبل إبرام الصفقة، فالمنظم الجزائري أراد سرعة الفصل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وحيث أن التحكيم هو طريق ودي من طرق تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء نستنتج أن المنظم الجزائري يعترف بشرط التسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا ما يتماشى مع الصورة الأولى للتحكيم وهي شرط التحكيم أو شرط التسوية الودية في مفهوم الأنظمة المقارنة التي تعتبر التحكيم طريق ودي من طرق التسوية[1].

وبهذا نخلص أن التنظيم الخاص بالصفقات العمومية نص صراحة على التحكيم الدولي وبالتحديد على اتفاق التحكيم كصورة ثانية من صور التحكيم، كما أحال التنظيم إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما والمقصود هنا التحكيم الداخلي والذي نظمه المشرع في إطار التحكيم بالقانون[2]، وحيث أن القانون المطبق هو القانون الجزائري فلا يتعارض مع سيادة الدولة على عكس التحكيم الدولي الذي تخضع فيه الأشخاص المعنوية العامة إلى هيئة تحكيم دولي ويطبق على نزاعها قانون أجنبي[3].

1فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، المرجع السابق، ص34.

2 المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على:**" يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون."**، مصدر سالف الذكر.

3 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

ما يلاحظ أيضا على المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية أنه نص على عدة عقود كعقد المناولة أو صفقة إشراف على انجاز أشغال المنصوص عليها في المادة 47 من نفس المرسوم، كما نصت المادة 33 على عقد البرنامج الذي يعد مرجعا لصفقات موالية ومتكررة عبر مرحلة من الزمن، إن هذه العقود هي عقود تتخذ شكل العقود المركبة أو المتصلة فيما بينها، ففي حالة وجود شرط أو اتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقد الأصلي وأبرمت في إطاره صفقات لم يتم النص فيها على التحكيم، ما العمل هل يسري شرط التحكيم في العقد الأصلي على العقود الأخرى، أم يدفع الطرف في الصفقة بعدم جواز ذلك؟

المشرع الفرنسي في المرسوم الرئاسي رقم 48-2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 والمتضمن تعديل قانون التحكيم الفرنسي في المادة 1443 منه نص على:

« Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est références dans la conversation principale. ».

يتبين من هذه المادة أن المشرع الفرنسي حسم الخلاف القضائي بشأن سريان شرط التحكيم على عقود أخرى متصلة بالعقد الأصلي[1]، كما نص المشرع المصري على شرط التحكيم بالإحالة في المادة 10 من قانون التحكيم المصري، بشرط أن تكون الإحالة واضحة.

في حين نلاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم يتناولا التحكيم بالإحالة، وعليه تقترح الباحثة أن يعيد المشرع والمنظم الجزائري النظر في صور التحكيم خاصة التحكيم بالإحالة، والنص على صور التحكيم في المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية حتى يتفادى الإشكالات العملية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية، وكذلك لكي يتماشي المرسوم الرئاسي من حيث الموضوع مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية في النص الصريح على صور التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

أخذ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تنظيمه للتحكيم بتقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي، كما أنه نص على التحكيم الاختياري في مجال الصفقات العمومية إلى جانب التحكيم الإجباري الذي كان منصوص عليه سابقا في مشاريع القطاع العام، وبالمقابل نص المشرع على التحكيم الحر من خلال إعطاء أطراف الصفقة حرية تنظيم خصومة التحكيم إلى جانب

1 Article 1443, décret n°2011-48,op cit

التحكيم المؤسساتي، كما أكد على أن التحكيم الداخلي هو تحكيم بالقانون عكس التحكيم الدولي الذي قد يكون تحكيما بالصلح.

ولتوضيح هذه المصطلحات والمفاهيم المرتبطة بالتحكيم لاسيما في الصفقات العمومية ارتأينا التطرق إلى أنواع التحكيم سواء في القانون الجزائري والأنظمة المقارنة لنوضح الجانب الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية ورفع الغموض على هذه المصطلحات الموجودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا :التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري[1]

التحكيم الاختياري هو التحكيم الذي تلجأ إليه إرادة الأطراف، حيث يكون للأطراف الحرية في اختيار إما اللجوء إليه أي التحكيم أم اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعاتهم، كما تكون لهم الحرية في تنظيم اتفاق التحكيم بداية من تعيين المحكمين وصولا إلى حكم التحكيم وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[2].

أما التحكيم الإجباري هو التحكيم الذي يفرضه القانون على الأفراد حيث يجب عليهم اللجوء إليه لحل منازعة مرتبطة بعلاقة قانونية وعادة ما يرد هذا التنظيم في قانون خاص ينص على هيئة تحكيم لها ولاية النظر في المنازعة الناشئة عن تطبيق هذا القانون فيلتزم الأطراف بالالتجاء إليها بدلا من الالتجاء إلى القضاء العام[3]، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون رقم 75-44 حينما فرض التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام[4] .

والتحكيم الإجباري نوعان، نوع يكتفي فيه المشرع بفرضه كإجراء لتسوية النزاع إلا أنه يترك الحرية للخصومة في تعيين إجراءاته، ونوع آخر يتدخل المشرع واضعا تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم، فلا يترك للأطراف أية حرية في هذا المجال[5].

---

1 فتحي والي، المرجع السابق، ص41.

/وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص ص94 -104.

2 عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق،ص88،

/المواد 100-1007-1011من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

3 فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية، المرجع السابق، ص41.

4 القانون رقم 75-44، مصدر سالف الذكر.

5 وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص 97.

إن المتمعن للمفهوم السابق الخاص بالتحكيم الإجباري والذي قدمه كل من الأستاذ فتحي والي والأستاذ وليد محمد عباس، يجلنا نتساءل هل اللجنة المنصوص عليها في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 تمثل لجنة تحكيم إجباري في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية؟

حيث أن هذه اللجنة مستحدثة في تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247، وحيث أنها لجنة تفصل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية حدد تشكيلها واختصاصاتها المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية، وحيث أن هذا الأخير فرض على المصالح المتعاقدة أن تنص في دفاتر شروطها إجباريا على التسوية الودية للصفقات العمومية كما وضحته سابقا في الباب الأول من هذا البحث.

وعليه فإن الباحثة ترى بأن هذه اللجنة، لجنة التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية تكيف على أنها لجنة تحكيم إجباري يفرض على المتعاقدين اللجوء إليها قبل اللجوء إلى القضاء يتمثل اختصاصها في تسوية النزاع وهي بهذا الاختصاص الشبه قضائي تلعب دور قضائي في الفصل في النزاع، إلا أن هذا التكييف يبقى مرهون بالتوضيحات التي يجب على المنظم الجزائري النص عليها من خلال التفصيل في الإجراءات وما يصدر عن هذه اللجنة لأن المنظم الجزائري لم يوفق في توضيح مدى إلزامية أو عدم إلزامية ما يصدر عن هذه اللجنة في كل من المادة 154 -155 من هذا المرسوم.

ثانيا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

عرف النظام القانوني الإنجليزي التحكيم الداخلي في المادة الثالثة من قانون التحكيم الإنجليزي، حيث اعتبره التحكيم الذي لا ينص صراحة أو ضمنيا على التحكيم في دولة غير المملكة المتحدة وأن لا يكون من بين أطرافه عند انعقاده شخصا أجنبيا غير مقيم في المملكة المتحدة.

وعليه يكون القانون الإنجليزي قد أخذ بمعيار الجنسية ومعيار الإقامة في تحديد ما إذا كان التحكيم داخلي أو دولي وهو أيضا ما أخذ به المشرع المصري هذا الأخير الذي أضاف إلى المعايير السابقة معيار آخر هو المعيار الاقتصادي والمتمثل في حركة رؤوس الأموال والتجارة الدولية، وهو المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: " **يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.**"، نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية

1 محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ص377-383.//محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ص197-202.

والإدارية قد أخذ بالمعيار الاقتصادي لمصالح الدول كمعيار لدولية التحكيم، في حين عند الرجوع إلى المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية والتي نصت على: " ... **ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية** ... "، حيث يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار الجنسية في تحديد دولية التحكيم[1]، إلا أن القانون المدني وتنظيم الصفقات العمومية ميز بين المتعامل الأجنبي الخاضع للقانون الجزائري وهم المقيمين والذين يمارسون نشاط في الجزائر فصفقاتهم والتحكيم الخاص بهم هو تحكيم داخلي أي وطني، أما المتعاملين المتعاقدين غير المقيمين هم فقط الذين ينطبق عليهم معيار دولية التحكيم أي أن المشرع الجزائري جمع بين معيار الجنسية ومعيار الإقامة في تحديد دولية التحكيم في تنظيم الصفقات العمومية والقانون المدني، فالصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب غير مقيمين هي التي تخضع لهذا المفهوم في إطار التحكيم الدولي.

ثالثا: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح[2]

التحكيم بالقانون يطلق عليه بعض الفقه بالتحكيم العادي أو التحكيم بالقضاء وهو التحكيم الذي يستمد منه المحكم سلطته من القانون بحيث يصبح بمثابة القاضي الذي يخضع في الفصل في المنازعة إلى قواعد القانون، فالتحكيم بالقانون أو العادي أو التحكيم بالقضاء هو ذلك التحكيم يطبق فيه المحكم قواعد القانون الموضوعي على النزاع ، ويجد التحكيم بالقانون مجاله في التحكيم الداخلي.

أما التحكيم بالصلح أو ما يطلق عليه التحكيم مع التفويض بالصلح هو ذلك التحكيم الذي يمنح المحكم سلطة تطبيق قواعد العدل والإنصاف وهي القواعد المتعارف عليها فقها في مجال المعاملات الاقتصادية والتجارية الدولية والتي تحقق العدالة في الفصل في النزاعات ويكون مجال التحكيم بالصلح في التحكيم الدولي.

نص المشرع الجزائري في المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.**"، يتبين من هذه المادة الإرادة الصريحة للمشرع والقيد الموضوعي لسلطة المحكمين في الخضوع لأحكام القانون الوضعي في تسوية منازعات الصفقات العمومية، ولأن

1 المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدرسالف الذكر، والمادة 153 من المرسوم الرئاسي15-247، مصدر سالف الذكر.

2 فتحي والي، المرجع السابق، ص54-55./ /محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص46-47.

هذه المادة جاءت تحت تنظيم التحكيم الداخلي[1] فالباحثة ترى بأن المشرع الجزائري فرض التحكيم بالقانون في التحكيم الداخلي وحسن فعل لأن العلاقة هي علاقة قانونية داخلية وبالتالي حماية للحصانة القانونية الداخلية ولمبدأ السيادة القانونية لابد من الخضوع لأحكام القانون الوضعي وهو ما يدعم السيادة الداخلية ويسري هذا الفرض على التحكيم في الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب مقيمين في الجزائر لأنهم يخضعون للقانون الجزائري حسب ما بيناه سابقا.

أما المادة 1040 فقرة 3 من نفس القانون المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:"... **تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابة للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما...**"، يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري منح سلطة للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وهو قانون إرادة الأطراف، والذي قد يكون وطني أو أجنبي وفي حالة عدم تحديده، فللمحكم سلطة اختيار القانون الملائم.

إن عبارة القانون الملائم هنا جاءت واسعة، مما يفهم منه جواز إعمال قواعد العدل والإنصاف في مجال التحكيم الدولي، وعليه ترى الباحثة، أن المشرع أجاز التفويض بالقانون والتفويض بالصلح في التحكيم الدولي وهذا في حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على قانون يطبق على النزاع، فللمحكم اختيار القانون الملائم.

رابعا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي[2]

يقصد بالتحكيم الحر التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف باختيار المحكمين واختيار القواعد المنظمة للتحكيم من قواعد إجرائية أو موضوعية بعيدا عن أي مركز أو منظمة تحكيم، أما التحكيم المؤسسي أو ما يطلق عليه بعض الفقه بالتحكيم الخاص أو التحكيم المقيد، فهو التحكيم الذي يختص بتنظيم قواعده سواء الإجرائية أو الموضوعية مركز دائما للتحكيم أو منظمة تحكيم دائمة سواء على المستوى الوطني أو الدولي، أي سواء كانت وطنية أو كانت أجنبية، وقد اعترف المشرع الجزائري بالنوعين من التحكيم حيث نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم...**"، جاءت هذه المادة تحت القواعد المنظمة للتحكيم الدولي، وعليه نستنتج أن

1 المواد 1023 و1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 فتحي والي، المرجع السابق، ص 56-57.

المشرع الجزائري أجاز التحكيم الحر والذي منح فيه للأطراف مباشرة من تعيين المحكمين والقانون المطبق أو اللجوء إلى نظام تحكيم لتعيين المحكمين وشروط عزلهم[1].

كما أنشأ المشرع الجزائري في هذا الإطار مركز وطني للتحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة، وهو مركز أنشأ في سنة1993، سمي بمركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة يوجد مقرها بالقصر القنصلي شارع أول نوفبر الجزائر العاصمة وهو يمارس دوره في مجال التحكيم ، وله قواعد خاصة بالتحكيم تضعها المديرية العامة للغرفة ويصادق عليها مجلس الغرفة[2].

المطلب الثاني: طبيعة اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية

عقد الصفقة العمومية هو عقد يتضمن بنود لائحية تنظيمية وبنود اتفاقية من أجل القيام بأشغال عامة أو توريد لوازم أو القيام بخدمات أو دراسات، بحيث يفرغ عقد الصفقة العمومية كتابة في وثيقة أو اتفاقية يطلق عليها تسمية صفقة.[3]

تتضمن الصفقة العمومية مجموعة من البنود بما فيها الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزء لا يتجزأ منها، كما تتضمن شروط التسديد وشروط وآجال التنفيذ كل ما يتعلق ببند مراجعة وتحيين الأسعار، ومختلف الشروط المرتبطة بإبرام وتنفيذ الصفقة والحقوق والالتزامات المتبادلة لأطراف الصفقة وحتى شرط تسوية النزاعات.[4]

1 محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص53-54.

2 النظام الداخلي لقواعد التحكيم، مركز المصالحة والوساطة والتحكيم، الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.

3 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 47.

4 المادة 95 من المرسوم الرئاسي15-247، مصدر سالف الذكر.

أما اتفاق التحكيم سواء ورد شرطا[1]أو اتفاقا[2] وسواء كان تحكيما داخليا أو دوليا فهو يطرح التساؤل التالي، ما هي طبيعة اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية؟، خاصة إذا كان الفقه تطرق إلى طبيعة التحكيم دون أن يتناولوا بالدراسة اتفاق التحكيم في حد ذاته كاتفاق ينظم عملية التحكيم، وعليه سسأحاول استخلاص هذه الطبيعة من الدراسات الفقهية لطبيعة التحكيم ومن قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لاتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية

أولا:مضمون النظرية التعاقدية

يرى أنصار هذا الاتجاه[3] أن اتفاق التحكيم له طبيعة تعاقدية، مستندين في ذلك على المبررات التالية، أن الهدف من التحكيم هو إرادة ورغبة الأطراف في حل نزاعهم بعيدا عن القضاء بواسطة طريقة ودية، فالاتفاق الذي يبرم بينهم ويولد أثار في حقهم يتضمن غل يد القضاء عن النظر في النزاع، كما يتضمن تعيين شخص ثالث يفصل في نزاعهم وفقا للشروط والإجراءات والآجال التي اختارها الأطراف وبموجب القانون الذي يتفقان عليه، فالمحكم هنا يستمد سلطته في الفصل في النزاع من اتفاق الأطراف وبذلك يعتبر الاتفاق الذي هو تجسيد لإرادة الأطراف، بمثابة عقد ملزم للجانبين ومرتب لأثاره القانونية.

ثانيا: تجسيد النظرية التعاقدية في القانون الجزائري

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عَرَّف التحكيم على أنه اتفاق، كما اعترف باستقلالية شرط التحكيم في كل من المواد 1009 و1040 سواء كان الاتفاق على التحكيم في التحكيم الداخلي أو الدولي، كما اشترط المشرع جملة من الشروط والإجراءات المنظمة للتحكيم، كشرط الكتابة وتسمية المحكمين وغيرها مما نص عليها المشرع في باب التحكيم مما يفهم منه أن التحكيم اتفاق يرد بين طرفي علاقة على إحالة النزاع على هيئة تحكيم بموجب اتفاق مكتوب يتضمن شروط وإجراءات لسير الخصومة التحكيمية، وحيث أن العقد هو اتفاق بين طرفي علاقة ويكون ملزم ومرتب لأثاره القانونية نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر تفاق التحكيم عقد وذلك من حيث التعبير عن إرادة طرفي العقد.

---

1 عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص13.

2أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص ص36 -42.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص52 تهميش رقم 1.

/محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 150.

3 عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 13. / فتحي والي، المرجع السابق، ص34.

/ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية دون طبعة، القاهرة، 1995، ص7-8.

أما تنظيم الصفقات العمومية فلم يتناول بالتفصيل أحكام التحكيم وإنما اكتفى بالنص على شرط تسوية المنازعات في دفتر الشروط وفي الصفقة واعتبره بند من بنود الصفقة دون أن يحدد الطبيعة القانونية والآثار المترتبة، وبالمقابل أحال في المادة 153 منه على أن تسوى النزاعات المرتبطة بتنفيذ الصفقة العمومية وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن المتمعن في صياغة المادة 153 فقرة أخيرة نجده ربط الموافقة على التحكيم بإرادة مجلس الحكومة، حيث نصت المادة على:" ... **بناءا على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء مجلس الحكومة.**"[1].

فالتحكيم هنا هو اتفاق مبني على إرادة أطراف الصفقة وهما المتعامل المتعاقد الأجنبي والمصلحة المتعاقدة ممثلة في الوزير المعني، إلا أن هذه الإرادة مرتبطة بالموافقة المسبق لمجلس الحكومة ومادام التحكيم بين الدولة ممثلة في الوزير ومتعامل أجنبي فإن الإرادة في اللجوء إلى التحكيم هنا تتمثل في الموافقة المسبقة للدولة ممثلة في مجلس الحكومة، وهو تجسيد للطبيعة التعاقدية الاتفاقية للتحكيم.

ثالثا: نقد النظرية التعاقدية لاتفاقية التحكيم

إن الأخذ بالنظرية التعاقدية والتي تعطي الدور الأساسي لإرادة الأطراف في التحكيم معناه استبعاد القانون واستبعاد القضاء من عملية التحكيم، كذلك تجيز للقضاء في حالة إشكالات خاصة بحكم التحكيم والتنفيذ أن يعيد النظر في موضوع النزاع ليفصل فيه ويراقب مشروعية الحكم وهذا ما لا يتماشى وطبيعة التحكيم وحكم التحكيم فالتحكيم يغل يد القضاء من نظر النزاع ودور القضاء فيه يقتصر فقط على الرقابة الخارجية ومدى مخالفة الحكم للنظام العام للدولة هذا بالنسبة للتحكيم الدولي، أما التحكيم الداخلي فهو تحكيم بالقانون وليس لإرادة أطراف العقد سلطة في استبعاد القانون الوطني وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:" **يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.**"[2]، هذه المادة اعترفت بالتحكيم بالقانون، وقيدت سلطة أطراف العقد في اختيار قانون غير قانون الدولة التي يتبعونها.

كما قيدت سلطة المحكمين في التحكيم الداخلي، كما منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقضاء أن يتدخل في عملية التحكيم من الفصل في إشكالية بطلان حكم التحكيم في التحكيم الداخلي والتدخل في الفصل في إشكالية تعيين المحكمين، بعيدا عن الاتفاق في حالة خلاف حول الاتفاق، مما

1 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 1023 من القانون 08-09، مصدر سالف الذكر.

يتضح أن القانون نظم التحكيم الداخلي وقيد سلطة المتعاقدين بجملة من الشروط والإجراءات والرقابة على عملية التحكيم وعلى حكم التحكيم الذي يراقب من القضاء ويجوز الطعن فيها أمام القضاء المختص كما يكون قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة المختصة إقليميا وهذا ما نصت عليها المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي أما التحكيم الدولي فهو مقيد بعدم مخالفته النظام العام كما أنه لا يجوز تنفيذه إلا بعد أن يحوز على القوة التنفيذية ومراقبته من قبل القضاء الوطني بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة إقليميا[1].

وعليه فالأخذ بالنظرية التعاقدية وحدها غير كافي وغير مبرر في تحديد الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم في الصفقة العمومية قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لاتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية

أولا:مضمون النظرية القضائية لاتفاقية التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية[2] أن اتفاق التحكيم له طبيعة قضائية، بحيث يخول هذا الاتفاق، الأطراف تعيين محكم وهو شخص ثالث للفصل في النزاع المعروض عليه بموجب حكم تحكيمي يحوز حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للأطراف المتخاصمة، حيث تعتبر مهمة المحكم مهمة قضائية يفصل في النزاع بموجب حكم يحوز القوة التنفيذية، شأنه في ذلك شأن المجالس المالية في مصر ومجلس المحاسبة في الجزائر، وهذا هو المبرر الذي يأخذ به هذا الاتجاه، والذي يركز على مهمة المحكم والحكم الذي يصدره.

ثانيا: تجسيد النظرية القضائية في القانون الجزائري

1 المواد 1009-1012-1023-1032-1033-1035-1051-1052 وغيرها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر..

2 أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1995، ص37.

/أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة 5، الإسكندرية، 2001، ص19.

/أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002، ص30.

/محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص381.

نصت المادة1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على:" **يجوز رد المحكم في الحالات الآتية...**"، استعملالمشرع الجزائري مصطلح الرد وهو المصطلح المستعمل في رد القضاة من النظر في الدعوى القضائية، فالمشرع اعتبر هنا المحكم في التحكيم الداخلي بمثابة القاضي حيث يجوز للخصوم رده متى توفرت فيه حالات الرد الواردة في هذه المادة، كما نصت المادة 1019 من نفس القانون على: " **تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.**".

جعل المشرع الجزائري في هذه المادة المواعيد المقررة في الدعوى القضائية هي الأصل في الخصومة التحكيمية وجعل الاتفاق هو الاستثناء، حيث حاول أن يوحد القواعد المنظمة للخصومة القضائية مع القواعد المنظمة للخصومة التحكيمية، بدليل خضوع المحكم للقانون مثل القاضي وهذا ما يتضح من نص المادة 1023 التي نصت على:"**يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.**"

كما وحد القواعد المنظمة للحكم القضائي من مداولات سرية وتسبيب للحكم واشتراط بيانات شكلية في الحكم، وغيره على الأحكام التحكيمية وهذا بناءا على ما نص عليه المشرع في الفصل الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان في أحكام التحكيم، كما أجاز الطعن فيها وتنفيذها مثلها مثل الحكم القضائي وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري في مجال الأحكام التحكيمية والطعن فيها وتنفيذها اعتبر مهمة المحكم وحكمه عبارة عن عملية قضائية مثله مثل مهمة القاضي[1].

ثالثا: نقد النظرية القضائية لاتفاقية التحكيم

إن اعتبار اتفاق التحكيم ذو طبيعة قضائية من حيث الموضوع والمتمثل في منح شخص ثالث سلطة الفصل في النزاع كقاضي في إطار هذه النظرية غير صحيح باعتبار أن القاضي له سلطة الأمر والجبر، كأن يأمر الشهود أو يأمر بالحبس وغيرها وهي السلطات التي ليست للمحكم، كما أن الحكم التحكيمي لا يمكن تنفيذه إلا بأمر من القضاء سواء في التحكيم الداخلي وهو ما نصت عليه المادة 1035:" **يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها** ..."، أو في التحكيم الدولي وهو ما نصت عليه المادة 1051 فقرة 2 من نفس القانون، كما نصت المادة 1038 والمتضمنة التحكيم الداخلي على:" **لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير.**"، تدل هذه المادة على أن أحكام التحكيم تختلف عن الأحكام القضائية، وبالتالي لا نستطيع الجزم على أن اتفاق التحكيم لا في الفقه ولا في القانون ذو طبيعة قضائية.

1 المواد من 1025 إلى 1037 خاصة بالتحكيم الداخلي، والمواد 1044-1046-1047 خاصة بالتحكيم الدولي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

نخلص من خلال هذه الانتقادات أنها مهدت لاعتبر اتفاق التحكيم ذو طبيعة مختلطة[1] بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية نظرا للخصوصية التي اتسم بها مضمون الاتفاق والذي جمع بين القواعد الاتفاقية في التحكيم كقواعد إبرام اتفاق التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، والقواعد القانونية التي تنظم عمل المحكم كعمل قضائي، سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي.

من خلال ماسبق تستنتج الباحثة من خلال دراستها لطبيعة اتفاق التحكيم أن اتفاقية التحكيم من حيث المفهوم تعتبر عقد ومرد ذلك ماتناوله الأستاذ عبد الحميد الأحدب في مرجعه المذكور سابقا حيث نجده استعمل في دراسته لقواعد التحكيم في القانون الجزائري مصطلح عقد وليس اتفاق، وحسب رأي الباحثة هو مصيب في ذلك، فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن القواعد المنظمة للتحكيم سواء الداخلي أو الدولي نجدها جاءت تحت مصطلح اتفاقات التحكيم وذلك ما يظهر جليا في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح اتفاق في الفصل ليعبر به عن التحكيم، كما استعمل مصطلح اتفاق ليعبر به عن صور التحكيم في كل من المادة 1007 في شرط التحكيم الداخلي، والمادة 1011 في اتفاق التحكيم الداخلي، كما استعمل مصطلح اتفاقية التحكيم في المادة 1040 الخاصة بالتحكيم الدولي، وحيث أن الإتفاق هو تجسيد للعقد الذي يعتبر اتفاق ثنائي الأطراف نستنتج أنه من حيث المفهوم اتفاق التحكيم هو عقد.

أما من حيث المضمون فترى الباحثة أن طبيعة اتفاق التحكيم فيه تعبير عن إرادة الطرفين، هذه الإرادة التي تجسدت في وضع القواعد المنظمة لعملية التحكيم سواء الداخلي أو الدولي، فعلى سبيل المثال، منح المشرع الجزائري للأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم كتابة سواء كان شرطا أو اتفاقا بناءا على المادة 1008 فقرة أولى والتي نصت على:" **يثبت شرط التحكيم كتابة...**" والمادة 1012 فقرة أولى بنصها:" **يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة...**" وهذا فيما يخص التحكيم الداخلي ونفس الاتجاه ذهب إليه المشرع الجزائري في التحكيم الدولي، حيث نصت المادة 1040 على: "**يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة...**" حيث يتبين أن المشرع فرض لكتابة في اتفاق التحكيم الدولي.

كما ألزم المشرع الأطراف على أن يتضمن اتفاقهم تعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم سواء كان التحكيم داخلي طبقا للمادة 1008 فقرة 2 والتي نصت على:" ...**يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعينهم.**"، وكذلك المادة1012 فقرة 2

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 28-29.

/ وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص47.

والتي نصت على:"**يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم...**"، وهو نفس الموقف الذي اعتمده المشرع الجزائري في التحكيم الدولي بدليل ما نصت عليه المادة1041 فقرة2: " **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم...**"ترك المشرع للأطراف حرية اختيار المحكمين وحرية اختيار القانون المطبق خاصة في التحكيم الدولي وكذلك الإجراءات الواجب إتباعها وهذا ما أكدته المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:" **يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجبة اتباعها في الخصومة...**".

نستنتج مما سبق أن موضوع اتفاق التحكيم سواء داخلي كان أو دولي مبني على ارادة الأطراف المتعاقدة من حيث الإبرام وبالتالي فهو عقد مبين على ارادة الأطراف كما أنه عقد يتضمن جملة من البنود والشروط والإجراءات.

أما من حيث الآثار فترى الباحثة أن طبيعة اتفاق التحكيم هي طبيعة عقدية، حيث تكون لإتفاق التحكيم القوة الملزمة مثله مثل سائر العقود، وأهم آثاره والتزاماته هو القوة الملزمة لأطرافه، حيث يتقيد أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعهم، فعقد التحكيم هو عقد يترتب عنه الالتزام بنتيجة[1] وهو عرض النزاع على التحكيم فإذا تقاعس أحد الأطراف أو رفض اللجوء إلى التحكيم أو تعيين المحكم، جاز للطرف الآخر جبره لتنفيذ التزامه وهذا ما يجسد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم[2] فالمشرع الجزائري تبنى القوة الملزمة للعقود في المادة1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:"**إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه...**"، كما أكدت على القوة الملزمة لعقد التحكيم المادة1041 فقرة 2 بنصها:" **في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي: -رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم...**"، يتبين من خلال هذه المواد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم واعتباره عقد ملزم لطرفيه وهو المبدأ المعتمد في العقود بصفة عامة.

---

1 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 64-68.

/حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص163.

2 المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى:**"إذا اتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر."**، مصدر سالف الذكر.

كما تظهر القوة الملزمة لاتفاق التحكيم كعقد من خلال التقيد بموضوع العقد فالاتفاق كعقد ملزم يحدد موضوع النزاع ولا يجب على الخصوم ولا المحكمين الفصل في ما لم يطلب منهم خاصة في التحكيم الداخلي باعتباره استثناء عن قاعدة منع الأشخاص المعنوية من اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليها في المادة 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على عكس التحكيم الدولي الذي يجد صدى في اللجوء إليه.

من حيث الاستقلالية[1] ترى الباحثة أن اتفاق التحكيم كعقد مستقل حيث أقر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم خاصة الدولي في المادة 1040، ولم ينص على التحكيم الداخلي إلا أن الباحثة استنتجت استقلالية اتفاق التحكيم الداخلي من تحليل المادة1009 فقرة 2 والمشار إليها سابقا، إن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي دليل على أن اتفاق التحكيم عقد قائم بذاته، حيث أن بطلانه لا يؤثر في العقد الأصلي.

نخلص في الأخير أن اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية سواء ورد شرطا أو اتفاقا وسواء كان تحكيم داخلي أو دولي فهو عقد قائم بذاته ولا يؤثر بطلانه على الصفقة العمومية وبذلك فطبيعة اتفاق التحكيم هو ذو طبيعة عقدية.

1 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص70.

المبحث الثاني: شروط وآثار اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

يتضمن اتفاق التحكيم كغير من العقود التي تعبر عن إرادة طرفي العقد جملة من البنود التي نظمها المشرع الجزائري سواء كانت بنود موضوعية أو شكلية خاصة بعملية التحكيم تبدأ من شروط التحكيم وتنتهي بتنفيذ الاتفاق، حيث يعتبر اتفاق التحكيم هو انطلاقة للخصومة التحكيمية في حالة نشوب خلاف بين أطراف الصفقة العمومية فالخصومة التحكيمية لا تبدأ إذا لم يكن هناك اتفاق يعبر فيه طرفي الصفقة عن نزولهما عن حقهم في اللجوء إلى القضاء ويعينان بموجبه هيئة أو محكمة تحكيم.

المطلب الأول: شروط إبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

حاول المشرع الجزائري تنظيم اتفاق التحكيم بصفة عامة سواء كان شرطا أو اتفاق من خلال ضبط القواعد المنظمة له بداية من الشروط الشكلية والشروط الموضوعية. اتفاق التحكيم كأي عقد يتضمن جملة من البنود والشروط الاتفاقية التي تغطي عملية إبرام اتفاق التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي وأسقط هذه القواعد على المادة الإدارية من خلال الإحالة التي جاءت في المادة976 فقرة أولى بنصها:" **تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية...**"، هذه المادة لم تميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، كما أن المشرع الجزائري فتح باب الجدل في تحديد الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو في التحكيم الدولي وسواء في التشريع أو التنظيم، وغيره من الإشكالات التي يطرحها اتفاق التحكيم وهو ما سأحاول توضيح من خلال المطلبين :

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

اتفاق التحكيم هو عقد قائم بذاته ومستقل عن الصفقة العمومية كما بيناه سابقا، وهو اتفاق يسوده مبدأ سلطان الإرادة في عقود القانون الخاص، وعليه لقيام اتفاق التحكيم لابد من وجود الشروط الموضوعي لأي عقد وهي التراضي الصحيح، وأن يرد هذا التراضي على محل مشروع وممكن، وأن يستند هذا الاتفاق إلى سبب مشروع شأنه كأي تصرف قانوني، وهذا ما سأتناوله من خلال ما يلي:

أولا: الأهلية والرضا في إبرام اتفاقية التحكيم

ثانيا: محل وسبب إبرام اتفاقية التحكيم

أولا: الأهلية والرضا في إبرام اتفاقية التحكيم

1-الأهلية في إبرام اتفاقية التحكيم

نصت المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "**يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يمكن التحكيم في المساءل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.**".

يتبين من الفقرة الأولى من هذه المادة أن المشرع الجزائري استوجب في إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين، وهنا نميز بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية، فالأهلية اللازمة توافرها حسب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم. إن الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بالنسبة لمواطني الدولة هي الأهلية المنصوص عليها في القانون الوطني.

حدد المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني سن الرشد أو ما يطلق عليها في القانون المدني بأهلية الوجوب أو أهلية التصرف بـ:19 سنةعلى أن تكون أهلية كاملة غير ناقصة أو منعدمة وفقا لما حدده القانون المدني في هذا الإطار.

أما بالنسبة للأشخاص الطبيعية الأجنبية تتحدد أهليتهم وفقا لقانون الدولة التي ينتمي إليها أي الدولة التي يحمل جنسيتها فإذا كان الشخص ناقص الأهلية وكان نقصان الأهلية يرجع إلى سبب خفي لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته، وتعبر بذلك تصرفاته صحيحة ومرتبة لأثارها بما فيها إبرام اتفاق تحكيم[1] سواء كان في شكل شرط وارد في صفقة أو اتفاقية مبرمة بعد نشوب خلاف.

أما الأشخاص المعنوية العامة فقد ميز كل من القانون المدني وتنظيم الصفقات العمومية بين المتعامل العمومي المقيم والغير مقيم[2] حيث أن الأشخاص المعنوية كمؤسسات وشركات عامة أو

1 فتحي والي، المرجع السابق، ص123.

2المواد 10-49-50 من القانون المدني، مصدر سالف الذكر.

/المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سالف الذكر.

/المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصدر سالف الذكر..

/ المواد 55-56 من القانون رقم 88-01 المعدل والمتمم، مصدر سالف الذكر.

خاصة متى كان موطنها الجزائر ومكان ممارسة نشاطها الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري أما إذا كانت أجنبية غير مقيمة فتخضع للقانون الذي تحمل جنسيتها وهو الذي يحدد كل ما يتعلق بالأهلية[1].

أما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية كطرف متعاقد في عقد التحكيم، فنجد أن أهلية إبرام اتفاق التحكيم ينظمها القانون الوطني باعتبارها أشخاص معنوية عامة تخضع للقانون العام ألا وهو القانون الإداري الداخلي وللبحث في هذه الأهلية كان لزاما علينا التطرق إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي حدد كل ما يتعلق بالجانب الإجرائي في الدولة وكذا التطرق إلى تنظيم الصفقات العمومية الذي حدد أهلية إبرام الصفقات العمومية وعليه سأحاول توضيح أهلية إبرام اتفاق التحكيم في كل من هذين النصين من خلال الإشكالية التالية: هل أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم هي أهلية مطلقة أم أهلية مقيدة؟.

أ-أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]

نصت المادة 975 من القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على:" **لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكيما إلا في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**"

حدد هذه المادة الأشخاص المعنوية العامة التي يحق لها اللجوء إلى التحكيم وهي الأشخاص الواردة في المادة 800 من هذا القانون، حيث بالرجوع إلى هذه المادة نجدها حددت من هم الأشخاص المعنوية العامة من خلال نصها التالي:"...**في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.**".

إن الأشخاص المعنوية العامة في مفهوم المادة 975 والمادة 800 من هذا القانون والتي يجوز لها إبرام اتفاق التحكيم هي الدولة، الولاية، البلدية وكل مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، وبالمقارنة مع المادة 1006 نجدها نصت على:"... **لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.**"

هذه المادة لم تحل إلى المادة 800 ، لأنها جاءت تحت الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنظم التحكيم الداخلي بصفة عامة، عكس المادة 975 التي

1منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1997، ص102.

2 المواد800-975-976-1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

جاءت تحت الباب الخامس من الكتاب الرابع الذي ينظم الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية.

ترى الأستاذة موساوي مليكة في مقالها المنشور والموسوم بعنوان التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية[1]، أن المشرع الجزائري أخفق في النص على الأشخاص المعنوية العامة دون تحديد، حيث ترى بأن هناك تعارض بين نص المادة 975 والمادة 1006.

أما الباحثة ترى بأن المشرع أصاب، وحسن فعل عندما أحال في المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مفهوم الأشخاص المعنوية العامة إلى المادة 800 والتي حددت من هم الأشخاص المعنوية العامة وهم الإدارة العامة أو المرافق العامة الإدارية الإقليمية كالدولة، الولاية، البلدية، والمرفقية كالمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، لأن المنهجية التي اعتمدها المشرع في هذا القانون تبين أن المادة 1006 نظمت التحكيم الداخلي[2] بصفة عامة والتي تجيز التحكيم الداخلي لكل الأشخاص المعنوية العامة مهما كانت طبيعة نشاطها باللجوء إلى التحكيم، بما فيها الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 800 والأشخاص المعنوية العامة الأخرى سواء كانت ذات طبيعة صناعية تجارية أو اقتصادية، فالعام في المادة 1006 يفسر على إطلاقه لأن هذه المواد تنظم التحكيم الداخلي بصفة عامة.

إن البحث في أهلية الأشخاص المعنوية العامة تتطلب البحث في القانون الذي يعرفها ويحددها كقانون البلدية قانون الولاية والقانون المنشأ للمؤسسات العامة.

-المعيار العضوي في تحديد أهلية الأشخاص المعنوية العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

***أهلية الدولة**

إن مفهوم الدولة في المادة 800 مفهوم عام وغير دقيق حيث يدخل في مفهومها الإدارة المركزية ممثلة في رئيس الجمهورية، الوزير الأول والوزراء الذين يتكلمون باسم ولحساب الدولة سواء داخليا أو دوليا والذين لهم حق إبرام صفقات دولية أو داخلية في مختلف المجالات الإدارية أو السيادية.

1 موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، عدد 09 لسبتمبر 2015، ص 188.

2 الكتاب الرابع والكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

كما يدخل في مفهوم الدولة أيضا الهيئات العمومية الوطنية المستقلة التي يحق لها تلبية لحاجياتها أي حاجيات المرفق العام أن تبرم صفقات عمومية، فأهلية هذه الأشخاص المعنوية العامة يتحدد وفقا للقانون الذي أنشأها وحدد سلطاتها وصلاحياتها، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 976 من نفس القانون المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية نجده حدد من هم ممثلي الدولة في اتفاق التحكيم حيث نصت المادة على:"...**عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين...**"، إن المادة 976[1]حددت أهلية الدولة في المبادرة أو اللجوء إلى التحكيم في شخص الوزير أو الوزراء المعنيين بالعلاقة، وبذلك استثنت الهيئات العمومية الوطنية المستقلة ومنحت لإدارة العامة أي الإدارة المركزية حق اللجوء إلى التحكيم ومنحت هذه الأهلية لشخص الوزير، فله الحق بالمبادرة باللجوء إلى التحكيم.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وهي الدولة الولاية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فنجد القانون الذي أنشأها هو الذي حدد اشخص الذي له أهلية إبرام اتفاق التحكيم، أي يجب الرجوع إلى قانونه.

***أهلية الجماعات الاقليمية**

حدد القانون رقم 11-10 المتضمن قانون البلدية رئيس المجلس الشعبي البلدي كممثل للبلدية أمام القضاء حيث له حق التقاضي والمقاضاة كما منحه سلطة التصرف باسم ولحساب البلدية[2]، في حين نص القانون 12-07 المتضمن قانون الولاية على أن الوالي هو ممثل للولاية يتصرف باسم ولحساب الولاية[3]، أما بالرجوع إلى ما نصت عليه المادة 976 السالفة الذكر:" **عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي...**".

تتحدد صلاحيات الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي من تاريخ التنصيب وتنتهي بانتهاء عهدته أو انتهاء قرار التعيين بالنسبة للوالي، إن هذه الفترة القانونية هي التي تخول هؤلاء الأشخاص صلاحية إبرام اتفاق التحكيم.ما يلاحظ على النصوص القانونية المتضمنة الجماعات الإقليمية أنها أجازت لكل من الولاية والبلدية أن تنشأ مؤسسات عمومية محلية كطريق من طرق تسيير المرافق

1 المادة 976 من القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر المشار إليه سابقا.

2المادة77و78و81و82 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22يونيو 2011 والمتضمن قانون البلدية، جريدة رسمية عدد37 الصادرة في 03يونيو2011.

3المادة 106 و110و121من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير2012 والمتضمن قانون الولاية، جريدة رسمية عدد12 الصادرة في29فبراير2012.

العامة المحلية حيث تتمتع بالإستقلالية المالية والإدارية وتحدث بموجب قرار إداري بعد مداولات المجلس الشعبي المعني إلا أن كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قانون الولاية والبلدية وتنظيم الصفقات العمومية لم يشيروا إلى منزعات هذه المؤسسات فهل تعتبر عقودها صفقات عمومية وهل يجوز لها طلب التحكيم ومن يمثلها؟

ترى الباحثة في هذه النقطة أنه بالرجوع إلى هذه المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الصناعي التجاري والتي تنشأ بهدف تسيير مرافق عمومية محلية ذات طابع اقتصادي فهي تخضع لنفس المبادئ التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية والذي اعتبر العقود التي تبرمها المؤسسات العامة الخاضعة للتشريع التجاري والممول من المال العام على أنها صفقات عمومية وبالتالي قياسا على ذلك فعقود المؤسسات العمومية المحلية الممولة من ميزانية البلدية أو الولاية عندما تبرم عقود لها علاقة بالمرفق العام، تعتبر صفقات عمومية يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم ويمثلها في ذلك مدير المؤسسة العمومية المحلية.

***أهلية المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإداري**

إن النص القانوني المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية لم يميز بين ما إذا كانت المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية محلية أو وطنية، خاصة أن كل من قانون البلدية وقانون الولاية أجاز في إطار تسيير المرافق العامة، من اعتماد المؤسسة المحلية كطريقة من طرق تسيير المرافق العامة[1].

إن المشرع الجزائري لم يحدد الطبيعة الإقليمية لهذه المؤسسات بل اقتصر على تحديد طبيعة نشاطها وهو الصبغة الإدارية، واعتبر مدير المؤسسة أو ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية هو الشخص الذي له أهلية إبرام اتفاق التحكيم وهذا ما تؤكده الفقرة الأخيرة من المادة 975:" ...**عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.**".

يفهم من المادة السالفة الذكر أن المؤسسات العمومية المحلية كانت أو وطنية يمكنها اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي تتبعها.

إن المتمعن في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجد بأن المشرع الجزائري لم يترك أهلية إبرام اتفاق التحكيم مطلقة بل قيدها بقيدين قيد موضوعي وقيد إجرائي.

1 نصت المادة153 من قانون11-10 المتضمن قانون البلدية والمادة146 من القانون12-07 المتضمن قانون الولاية على المؤسسة العمومية المحلية سواء كانت مؤسسة بلدية أو مؤسسة ولائية، كطريقة من طرق تسيير المصالح العمومية البلدية أو الولائية من خلال منحها الشخصية المعنوية والاستقلال المال والإداري، المصدر السابق.

– القيود التي ترد على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

***القيد الموضوعي على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم[1]**

نصت المادة 975 على:"**لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.**"

يتبين من صياغة المادة975 التي جاءت:"...**لا يجوز...إلا...**" أن المشرع الجزائري اعتبر التحكيم استثناء عن القاعدة العامة، فالقاعدة العامة أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 800 تحديدا أن تلجأ إلى التحكيم.

إلا أنه استثناءا أجازه في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، مثلا كاتفاقيات الاستثمار والاتفاقيات التي تنظم العلاقات الدولية في مجال النقل الجوي وغيرها والتي تتضمن بند يفيد اللجوء إلى التحكيم كآلية من آليات تسوية المنازعات المترتبة عن تنفيذ أو تفسير الاتفاقيات الدولية، كما أجاز المشرع أيضا واستثناءا اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، وعليه خارج هذه المواضيع لا يجوز للأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية أن تجري تحكيما.

لقد أثارت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جدلا فقهيا بين أساتذة القانون الدولي وأساتذة القانون الإداري حول تفسير واو العطف الموجودة بين مجال الاتفاقيات الدولية ومجال الصفقات العمومية فمنهم من اعتبر أن الصفقات العمومية تقتصر على الجانب الدولي دون الداخلي، إلا أن الباحثة ترى بأن نص المادة 975 باللغة الفرنسية أوضح وحاسم للجدل على اعتبار أنه ميز بين المجالين، فالاتفاقيات الدولية مجال والصفقات العمومية مجال آخر، وهذا ما وضحنا سابقا في الباب الأول الفصل الثاني من هذا البحث[2].

***القيد الإجرائي على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم[3]**

---

1 المادة 975 والمادة 1006 من القانون رقم08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

2نبيهة بومعزة" الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري" مقال منشور بمجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، عدد35، سبتمبر 2013،ص220.

/- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص122، وص247.

/-نبيل صقر" الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى،2008،الجزائر، ص549.

/عليوش قربوع كمال، محاضرات طلبة الماستير مقياس التحكيم، جامعة باجي مختار عنابة، ص182-183.

3 المادة 976 من القانون 08-09، مصدر سالف الذكر.

نصت المادة 976 والمذكورة أعلاه أن المبادرة باللجوء إلى التحكيم تتم على التوالي، بالنسبة للدولة المبادرة تكون من الوزير، بالنسبة للولاية المبادرة تكون للوالي وبالنسبة للبلدية المبادرة تكون لرئيس المجلس الشعبي البلدي أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية فتكون للمدير أو الممثل القانوني لها، إن هؤلاء الأشخاص هم اللذين لهم حق المبادرة باللجوء إلى التحكيم، حيث يتبين من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد قواعد الاختصاص الشخصي في تحديد أهلية إبرام اتفاق التحكيم إلا أنه لم يشر إلى فكرة التفويض مثل ما أشار إليه المشرع المصريوالذي حظره[1].

وعليه نتساءل هل يجوز تفويض سلطة إبرام اتفاق التحكيم، وما هو الأثر القانوني لاتفاق التحكيم إذا تم بناءا على تفويض.

لم يتطرق الفقه إلى تناول الجانب الإجرائي بالتفصيل في التحكيم في الصفقات العمومية وعليه فإن الباحثة ترى أنه وبالرجوع إلى ما نص عليه المشرع الجزائري في تمييزه بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، نجد بأن التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يكون تحكيم بالقانون[2]،أما التحكيم الدولي هو التحكيم الذي ترك فيه الحرية في تنظيمه لأطراف العلاقة القانونية أي لسلطان الإرادة[3]، وحيث أن التحكيم الدولي قد يؤدي إلى استبعاد القانون الوطني من التطبيق فترى الباحثة أن اتفاق التحكيم المخالف للإجراءات يكون باطلا وعديم الأثر، ولتفادي مثل هذا الإشكال على المشرع النص بصريح العبارة على عدم التفويض في اللجوء إلى التحكيم مثل المشرع المصري وهذا بالنسبة للتحكيم الدولي. في حين في التحكيم الداخلي يجوز التفويض في اللجوء إلى التحكيم مادام أن القانون المنظم لإجراءات التحكيم ولموضوع النزاع هو قانون وطني وأن القضاء له سلطة رقابة عملية التحكيم[4].

نخلص مما سبق أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتبر التحكيم في الصفقات العمومية استثناء عن قاعدة الحظر والمنع من اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة .

---

1 فتحي والي، المرجع السابق، ص136-137.

/محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، تهميش رقم واحد، ص162.

2 تنص المادة1023 من القانون08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية على: **"يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون."**، المصدر السابق.

3 تنص المادة 1040 من نفس القانون 08-09 على:"**...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة إذا استجابة للشروط التي يضعها إما للقانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما..."** ، المصدر السابق.

4نصت المواد:1009 و1012 و1033 من نفس القانون 08-09على سلطات القضاء المختص إقليميا، في النظر في إشكالات تتعلق بعملية التحكيم من تعيين المحكم إلى غاية الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الداخلي وتنفيذها.

كما قيدها بقيد موضوعي نص عليه في كل من المادة 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو مجال العلاقات الدولية ومجال الصفقات العمومية.

كما قيد أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم بقيد إجرائي تمثل في حق المبادرة بالتحكيم لكل من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية فقط ودون أن يتطرق إلى فكرة إمكانية التفويض أم لا في مجال اعتماد التحكيم كآلية لتسوية النزاعات.

وعليه فالباحثة تقترح على المشرع أن يعيد النظر في ضبط المصطلحات الخاصة بالأشخاص المذكورة في المادة 800 من خلال ضبط مفهوم الدولة ومفهوم المؤسسة العمومية، والتطرق إلى فكرة التفويض ومدى جوازه في اللجوء إلى التحكيم خاصة وأنه في المادة 801 هناك المصالح الغير ممركزة التي منحها المشرع أهلية التقاضي وإبرام التصرفات وإصدار القرارات تحت سلطة الوالي كممثل للدولة.

فهل لهذه المصالح الغير ممركزة أن تطلب تحكيم وهل يجوز تفويضها أم لا كل ذلك أحرى بالمشرع أن يوضحه للخروج من أي لبس أو إشكال قد يطرح.

ب-أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم في إطار تنظيم الصفقات العمومية[1]

لم يتطرق المنظم الجزائري إلى موضوع التحكيم بل أشار إليه وبطريقة سطحية في المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم 15-247، هذه المادة التي جاءت تحت عنوان التسوية الودية للنزاعات والتي نصت على:"... **ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.**".

لقد وضع تنظيم الصفقات العمومية قيد إجرائي غير منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا بالنسبة للتحكيم الدولي الذي أحال فيه تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية.

أثار هذا الإجراء المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية خلاف بين الأساتذة الذين حضروا يوم دراسي بجامعة باجي مختار عنابة في مجال الصفقات العمومية خلاف فمنهم من اعتبر أن تنظيم الصفقات العمومية هو تنظيم قيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية معتمدين على مبدأ

1المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية، المصدر المشار إليه سابقا.

الخاص يقيد العام ومنهم من اعتبر أن تنظيم الصفقات العمومية جاء مخالفا لقانون أعلى منه درجة وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحيث أن الكتابات في هذا المجال كانت في شكل مداخلات في أيام دراسية دون مقالات علمية منشورة فإن الباحثة اعتمدت في تحليل هذا الإختلاف على النصوص القانونية والتنظيمية لتدعم رأيها والمتمثل في أن تنظيم الصفقات العمومية لم يكن متعارضا مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية ودليل ذلك أن تنظيم الصفقات العمومية في الفقرة الأولى منه نص على:"**تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...**".

تسوية منازعات التنفيذ في الصفقات العمومية تخضع للتشريع الذي هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتخضع للتنظيم الذي هو تنظيم الصفقات العمومية وعليه فمنازعات الصفقات العمومية تسوى في إطار كل منهما.

أيضا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإلى المنهجية التنظيمية التي اعتمدها المشرع الجزائري في ضبط القواعد المنظمة للتحكيم، نجد بأنه نظم التحكيم الداخلي في جزء مستقل ونظم التحكيم الدولي في جزء آخر من هذا القانون، والمتمعن للإجراءات المنصوص عليها في المادة 976 والمتمثلة في أهلية اللجوء إلى التحكيم والتي تناولناها أعلاه، نجد بأن المشرع اعتبرها إجراءات خاصة بالتحكيم الداخلي وأخضع الرقابة فيها إلى القضاء الوطني.

أما التحكيم الدولي فقد تناوله في جزء آخر مستقل ولم يشر فيه إلى أهلية المبادرة بالتحكيم، وبالمقابل نجد أن تنظيم الصفقات العمومية أشار إلى التحكيم الدولي أي أن تنظيم الصفقات العمومية جاء متمم ومكملا من الناحية الإجرائية لقانون الإجراءات.

كما أن التحكيم الداخلي لا يثير أي إشكالات على اعتبار أنه تحكيم بالقانون، وأنه تحكيم داخلي، كما تعطى فيه للقضاء الوطني سلطة رقابة اتفاق التحكيم والخصومة التحكيمية وكذا أحكام التحكيم، وعليه لا يحتاج إلى موافقة مسبق في مجلس الحكومة لأنه تحكيم داخلي، أما التحكيم الدولي فيخضع لهيئة تحكيم دولية كما يخضع لسلطان إرادة الأطراف ويمكن تطبيق قانون أجنبي لتسوية النزاعات وعليه فاشتراط اقتراح الوزير المعني والموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة هو شيء ايجابي نص عليه تنظيم الصفقات العمومية ونحن بذلك نباركه.

نخلص مما سبق أن تنظيم الصفقات العمومية وضع قيد إجرائي مكمل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يخص القيد الإجرائي لأهلية الأشخاص المعنوية العامة في طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي لم ينص عليه القانون تمثل في اقتراح الوزير المعني بالصفقة العمومية والموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة وذلك حتى يتم اللجوء إلى التحكيم الدولي.

2-الرضا في اتفاقية التحكيم[1]

اتفاق التحكيم كما بيناه سابقا هو عقد ملزم للجانبين، وحيث أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى شروط العقد، فالأمر يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة للقوانين وللعقود.

فالرضا في اتفاق التحكيم يجب أن يكون صادر عن أهلية يعتد بها القانون وهو ما بيناه سابقا تحت عنوان الأهلية، وأن يكون الرضا خاليا من العيوب المفسدة له ودون الدخول في الموضوع بتفاصيله باعتبار أن مجاله القانون المدني سأحاول ذكر عيوب الرضا في عقود القانون الخاص وهي الغلط التدليس، الإكراه، والغبن، كما يجب أن يكون الرضا صادر ممن له أهلية كاملة، فلا يعتد بتصرفات عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، وهذا ما نصت عليه المواد من 59 إلى95 من القانون المدني الجزائري تحت عنوان الرضا[2].

نستنتج مما سبق أن اتفاق التحكيم كعقد مستقل عن الصفقة العمومية يصدر ممن له أهلية قانونية كاملة تجعله يعبر عن إرادته تعبيرا صحيحا، تتجه نيته فيه إلى اعتماد التحكيم وسيلة لتسوية ما يترتب عنه من منازعات مترتبة عن تنفيذ الصفقة العمومية.

وحيث أن الصفقات العمومية تبرم بين أشخاص القانون العام فأهليتهم تكون وفقا لما نص عليه القانون والتعبير عنها يتم من ممثلها القانوني، وبالمقابل يجب على المتعامل المتعاقد الاقتصادي سواء شخص طبيعي أو معنوي ممثل من طرف شخص طبيعي أن تكون له أهلية إبرام العقود والتصرفات القانونية وفقا لما نص عليه القانون المدني وتنظيم الصفقات العمومية، كما يجب أن يكون الرضا خالي من أي عيب من عيوب الرضا سواء في إبرام الصفقة العمومية أو عند إبرام اتفاق التحكيم.

ثانيا: المحل والسبب في اتفاقية التحكيم

1- محل اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية

اتفاق التحكيم كأي اتفاق هو عقد لا يكفي أن يأتي وليد أهلية ورضا صحيح خال من العيوب بين الطرفين المتعاقدين، وإنما يجب أيضا تحديد محل هذا الاتفاق حتى يمكن مراقبة مشروعيته،

---

1 محمد زروني، التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 8، مقال منشورة باللغة العربية على الموقع Science juridique, ahlamantada.net, تاريخ الدخول الأول2013/04/25 وتاريخ التحميل2016/10/20. محاضرة القاضي: محمد زروني، رئيس محكمة فرجيوة، مجلس قضاء قسنطينة.

2المادة 59-95 من القانون رقم05-10، مصدر سالف الذكر.

ومحل اتفاق التحكيم هو منازعة أو منازعات احتمالية أو حالية يتفق أطراف علاقة قانونية معينة أن يتم الفصل فيها بطريق التحكيم، ويأخذ اتفاق التحكيم صورتين، شرطا أو اتفاقا.

يعتبر محل التحكيم ذو أهمية بالغة في الخصومة التحكيمية، حيث تتحدد به سلطة هيئة التحكيم للفصل في النزاع، فإذا فصلت في مسألة لا يشملها محل اتفاق التحكيم تكون فصلت في ما لم يطلب منها، حيث يتدخل القضاء ليفصل في حكمها الذي يعتبره باطلا لعدم اختصاص هيئة التحكيم.[1]

أولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية أهمية بالغة في تنظيم محل التحكيم خاصة الداخلي، وكذا تنظيم محل التحكيم الدولي، وذلك بتأكيده على أهمية محل التحكيم سواء في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم.

إن محل التحكيم في منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية غير واضح مقارنة بتنظيم الصفقات العمومية، خاصة ونحن نعلم أن منازعات الصفقات العمومية تتكون من منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ، إلا أنه بقراءة الفقرة الأولي والثانية من المادة 1006 والتي نصتا على:"... **يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم..."، يتبين من هذه المادة التي جاءت عامة تخص التحكيم الداخلي بصفة عامة مهما كانت طبيعة العلاقة اقتصادية أو تجارية أو إدارية، أن محل التحكيم هو الحقوق التي تقبل التصرف فيها أي الحقوق ذات الطابع المالي، حيث استثنى المشرع على غرار المشرع المصري[2]والمشرع الفرنسي[3] كل ما يتعلق بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم من موضوع التحكيم[4].

وعليه فالتحكيم في الصفقات العمومية سواء كان شرط أو اتفاق، يكون في الجانب المالي للصفقة أي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وبذلك نستثني من محل التحكيم ونستبعد النزاعات

---

1 فتحي والي، المرجع السابق، ص155.

/أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، مصر 2006، ص311-312.

2 فتحي والي، المرجع نفسه، ص ص143-154.

3 أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع نفسه، ص ص387-430. /محمود مصطفى يونس ، المرجع السابق، ص ص 165-174.

4 محاضرات الأستاذ الدكتور،عليوش قربوع كمال، لطلبة الماستير، مقياس التحكيم،جامعة باجي مختار عنابة، ص181-182.

الناشئة عن ابرم الصفقة العمومية، لأن موضوعها يدور حول الجانب الشرعي والقانوني والتنظيمي لإبرام الصفقة.

نستبعد أيضا النزاعات التي تتعلق بالقرارات الإدارية لأنها من الأعمال الإدارية كدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي تصدر في إطار إبرام أو تنفيذ الصفقة، أيضا نستبعد من خلال هذه المادة أي 1006، النزاعات الغير مالية المرتبطة بتنفيذ الصفقة كالنزاعات المتعلقة بمدى حق وسلطة الإدارة في ممارسة امتيازات السلطة العامة وإصدار القرارات الإدارية، لنخلص بذلك أن محل اتفاق التحكيم هو منازعات تنفيذ الصفقات العمومية سواء كانت في إطار الحصول على المقابل المالي للصفقة أو الحصول على التعويض جراء إضرار أحد المتعاقدين بالآخر[1]، هذا ما يمكن استنتاجه من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أما بالنسبة لتنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247 فقد جاء صريح بالنسبة للتحكيم الدولي وذلك من خلال ما نص عليه في المادة 153 فقرة أخيرة والتي أشرنا إليها سابقا حيث حصر محل التحكيم بالنسبة للصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب في منازعات التنفيذ دون الإبرام.

نستنتج مما سبق أن محل اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية هو منازعات تنفيذ إما صفقة الأشغال أو منازعات تنفيذ صفقة الدراسات أو منازعات تنفيذ صفقة الخدمات أو منازعات تنفيذ صفقة اللوازم.

أ-المحل في شرط التحكيم

شرط التحكيم في التحكيم الداخلي حسب ما نصت عليه المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكما عرفنا سابقا هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 المشار إليها أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثور بشأن هذا العقد على التحكيم.

لم يشترط المشرع الجزائري تحديد محل النزاع في تنفيذ الصفقة العمومية وذلك على أساس أن شرط التحكيم مرتبط بالنزاعات المستقبلية التي لا يستطيع تحديدها من طرف أطراف الصفقة، فشرط التحكيم يرد في الصفقة عند إبرامها أو يرد في وثيقة مستقلة ومرتبطة بالصفقة.

وبالمقابل نجد أن المشرع اشترط وتحت طائلة البطلان كتابة شرط التحكيم وتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1008من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث

1 موساوي مليكة، المرجع السابق، ص187.

إذا أراد أطراف التحكيم تعيين المحكمين وفقا لهذه المادة وأثيرت صعوبات في التشكيل فإن الاختصاص يؤول إلى رئيس المحكمة الإدارية المختصة إقليميا حسب ما نصت عليه المادة 1009.

وإذا رأى القاضي الإداري أن شرط التحكيم باطلا لعدم كتابته أو لعدم تحديد كيفية تشكيل المحكمة صرح بألا وجه للتعيين وهنا يعتبر شرط التحكيم باطلا، حيث أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على الصفقة أو العقد وهذا بناءا على استقلالية شرط التحكيم التي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 1009 بالنسبة للتحكيم الداخلي والمادة1040 فقرة أخيرة، وبذلك يترتب عليه عودة الاختصاص بالنظر في النزاع إلى القضاء الإداري أو أن يقوم الأطراف بإبرام اتفاق تحكيم جديد بعد نشوب الخلاف وهذا ما يتضح من قراءة المادة1013 أين يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام القضاء.

ب-المحل في اتفاق التحكيم

عرفت المادة 1011 اتفاق التحكيم على أنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، حيث حاول المشرع الجزائري ضبط محل التحكيم في اتفاق التحكيم الداخلي، حيث تطلب تحت طائلة البطلان أن يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي والمادة 1040 فقرة 2 وفقرة 3 من نفس القانون بالنسبة للتحكيم الدولي.

ومتى كان اتفاق التحكيم باطلا لعدم النص على موضوعه أو عدم تعيين المحكمين أو النص على كيفية تعينهم خاصة بالنسبة للتحكيم الداخلي فإن الاختصاص بالنظر في النزاع يعود إلى القضاء الإداري المختص إقليميا بالصفقة العمومية حسب نص المادة 1012، أو أن يعيد الأطراف الاتفاق على التحكيم وتصحيح أخطائهم في اتفاق التحكيم الجديد حتى ولو كان النزاع أمام القضاء وهذا ما نستنتجه من المادة 1013 من نفس القانون المنظم للإجراءات.

نستنتج مما سبق أن تحديد محل التحكيم في الصفقة العمومية ضروري[1] وواجب تحت طائلة البطلان في اتفاق التحكيم وليس في شرط التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، على اعتبار أن شرط التحكيم مرتبط بمنازعات مستقبلية لا نستطيع التنبؤ بمحلها.

إلا أنه على الأطراف في الصفقة العامة تحديد الإطار العام الذي سيكون فيه التحكيم كتحديد إطار التعويضات عن امتيازات السلطة العامة في صفقات الأشغال الطويلة المدى مثلا، وعليه فيجب

1 فتحي والي، المرجع السابق، ص155.

تحديد المحل ولو كان عام في شرط التحكيم، بحيث لا يمتد التحكيم إلى نزاعات أخرى خارجة عن الصفقة.

2-السبب في اتفاق التحكيم[1]

إلى جانب توافر الأهلية والمحل في اتفاق التحكيم يلزم وجود السبب، والسبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع لاتخاذ أمر معين، أو هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وإذا فقد السبب فإنه بذلك يفقد علة وجود العقد ومبرره ويصبح غير قائم على سبب من القانون أو الواقع مما يؤدي إلى بطلان التصرف أو انعدامه.

والسبب في إبرام اتفاق التحكيم هو تسوية الخلافات المترتبة عن علاقة قانونية، حيث تتجه رغبة أطراف النزاع في اعتماد التحكيم طريق من طرق تسوية النزاع الحالي أو المستقبلي وبذلك يتم استبعاد القضاء من نظر النزاع، فالملتزم في اتفاق التحكيم يلتزم في اتفاق التحكيم بعدم اللجوء إلى القضاء وإحالة النزاع الذي يثور بينه وبين المتعاقد إلى التحكيم.

وحتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا يجب أن يكون السبب صحيحا، وأن يكون موجودا وإلا كان اللجوء إلى التحكيم باطلا، كأن يتم اللجوء إلى التحكيم دون وجود نزاع بين طرفي العقد، كما يجب أن يكون السبب قائما أي أن يبقى الخلاف قائما وموجودا بين المتعاقدين ليسوى عن طريق التحكيم ، فإذا زال الخلاف أصبح اتفاق التحكيم ليس له أساس، كما يجب أن يكون السبب مما أقره القانون، وفي موضوعنا هذا فالسبب في اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية هو نزاع حول تنفيذ التحكيم وهو ما أجازه المشرع الجزائري في كل من المادة 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما بيناه سابقا، وأخيرا يجب أن يكون السبب مشروعا، أي أن يكون النزاع مشروعا، وليس مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهو ما أكدته المادة 1006 بصريح العبارة.

أ-موقف المشرع الجزائري من السبب في اتفاق التحكيم

1محمد أنس جعفر، المرجع السابق، ص 56.

/محمد زروني، التحكيم المرجع السابق، ص8.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى سبب اتفاق التحكيم إلا أنه أشار إليه بطريقة غير مباشرة من خلال تعريف شرط التحكيم واتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحيث أن اتفاق التحكيم كما أشرنا إليه سابقا في هذا البحث ذو طبيعة عقدية، فعقد التحكيم يستوجب سبب وهو الدافع الحقيقي لإبرام اتفاق التحكيم مما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة الموجودة في القانون المدني والتي تنظم العقود لمعرفة السبب في اتفاق التحكيم[1].

يقتصر السبب في اتفاق التحكيم على ارتضاء طرفي الصفقة على اعتماد التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات التي تثور بينهما بعيدا عن ولاية القضاء، نظرا لما للقضاء من بيروقراطية تتمثل في رفع الدعوى وتبليغها وانتظار الآجال القانونية وإتباع الإجراءات الطويلة والآجال وغيرها من خبرة ومواعيد الطعن كل ذلك قد يؤثر على الصفقة العمومية وعلى سير المرفق العام بانتظام، وحيث أن اتفاق التحكيم هو عقد يبرم بين طرفي علاقة قانونية فيجب أن يكون سبب الاتفاق، أي سبب عقد التحكيم، مشروعا وحقيقيا وهذا ما نصت عليه المادة 97 و98 من القانون المدني الجزائري.

نصت المادة97 من القانون المدني الجزائري على:"**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا.**" كما نصت المادة 98 من نفس القانون على:" **كل التزام مفترض أنه له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا لم يقم الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.**"[2] .

يفهم من هذه المواد أن لكل عقد سبب وهو ما يلتزم به المتعاقد وحيث أن عقد التحكيم يلتزم بموجبه الأطراف على عدم عرض نزاعهما على القضاء وإنما على هيئة التحكيم فالسبب هنا موجود وحيث أن المشرع الجزائري في المواد 975 و1006 أجاز استثناءا التحكيم في الصفقات العمومية فالسبب هنا هو مشروع وغير مخالف للنظام العام[3].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإبرام اتفاق التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضا الأطراف المتعاقدة، فهل يكفي هذا الرضا لقيام التحكيم، أم يجب أن يفرغ هذا الاتفاق في شكل معين؟

---

1 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص147.

2 المادة 97-98 من القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

3 المواد 975-1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/ محمد زروني، المرجع السابق، ص8.

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بشأن كتابة عقد التحكيم، بين من يعتبره شرطا لصحة الاتفاق وبين من يعتبره شرط إثبات[1]، فعلى سبيل المثال القانون المصري للتحكيم يعتبر الكتابة في اتفاق التحكيم شرط صحة، وتكون الكتابة بأية وسيلة إثبات، أي أنه إذا تخلفت الكتابة في اتفاق التحكيم يعد الاتفاق باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل في 1997، حيث يرى فيها الأستاذ محمود السيد التحيوي أن الكتابة فيها أي في هذه المادة هي ركن من أركان عقد التحكيم، فإذا تخلفت بطل الاتفاق[2].

أما المشرع الفرنسي في القانون الجديد للتحكيم وخاصة بعد تعديل 2011 المشار إليه أعلاه فقد توجه نحوى توحيد النظام القانوني لشرط التحكيم واتفاقية التحكيم حيث نصت المادة 1443 فقرة 1 بعد التعديل على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا سواء بالنسبة لشرط التحكيم أو لاتفاقية التحكيم، وهذا له مبرره على أساس أن اتفاق التحكيم يعد تنازل عن حق الأطراف في اللجوء إلى القضاء في المنازعة الداخلية لذلك جاء النص الجديد في هذه النقطة أكثر صرامة من النص القديم.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن المشرع الفرنسي خفف من صرامة الشكلية في اتفاق التحكيم حيث يجوز أن ينشأ اتفاق التحكيم من كتابات أو رسائل متبادلة أو أي وثيقة أخرى[3].

وعليه نتساءل ماهو موقف المشرع الجزائري في هذا الإطار هل يعتبر الكتابة شرط وركن من أركان اتفاق التحكيم، أم أن الكتابة هي وسيلة إثبات وهل يختلف الأمر بين ما إذا كان التحكيم داخلي في المنازعات الداخلية أم كان التحكيم دولي أي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي؟

أولا: الكتابة في اتفاقيات التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

في تنظيمه للتحكيم ميز المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث نظم التحكيم الداخلي في المواد من 1006 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين

1سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة المحامي، تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، السنة 24 ابريل/ مايو/يوليو2000، ص93.

2 محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص73.

/عصمت عبد الشيخ، المرجع السابق، ص 47.

3Emmanuel Gaillard : Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, recueil Dalloz-20 janvier 2011, p175.

/ Article 1443/1 « **A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite**. ». Article1443/2 « **Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »,** Op Cit.

نظم التحكيم الدولي في المواد من 1039 إلى 1061 من نفس القانون كما نص على صور اتفاقيات التحكيم حيث تتخذ اتفاقيات التحكيم صورة شرط التحكيم أو صورة اتفاق تحكيم، مما يجعلنا نتساءل هل ميز أيضا بين الشكلية في اتفاق التحكيم الداخلي واتفاق التحكيم الدولي أم وحد النظام القانوني لاتفاقيات التحكيم خاصة في الشرط الشكلي وما هو الأثر المترتب عن مخالفة الشكل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للإجابة على هذا التساؤل سنقسم الفرع إلى:

1- الكتابة في اتفاق التحكيم الداخلي في قانون الأجراءات المدنية والإدارية

جاءت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان شرط التحكيم، كما جاءت المادة 1012 تحت عنوان اتفاق التحكيم، لنتساءل هل شرط الكتابة ودوره يختلف بينهما؟

أ-الكتابة في شرط التحكيم الداخلي

نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.**

يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعينهم."[1].

بدأ المشرع الجزائري صياغة المادة 1008 بعبارة **يثبت شرط التحكيم** حيث توحي هذه العبارة على أن الكتابة هي وسيلة من وسائل الإثبات في اتفاق التحكيم وليست شرط لانعقاده، في حين اقترنت هذه العبارة مع عبارة **تحت طائلة البطلان** والبطلان هو أثر من آثار تخلف أركان العقد في عقود القانون الخاص مما يفهم منه أن الفقرة الأولى من المادة 1008 تعبر على أن الكتابة في شرط التحكيم هي شرط صحة وليست وسيلة لإثبات الاتفاق على التحكيم في صورة شرط تحكيم.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فلم تقتصر على كتابة شرط التحكيم فقط في الاتفاق المتضمن العقد الأصلي أو الوثيقة التابعة له بل أضافت شروط أخرى لصحة شرط التحكيم وهي أن يتم الإشارة في شرط التحكيم إلى تعيين المحكمين أو الإشارة إلى كيفيات تعيين المحكمين وهذا الشرط أيضا هو شرط صحة وإلا وقع شرط التحكيم تحت طائلة البطلان.

---

1 المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

/ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 159.

/عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص106.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري والفرنسي اعتبر الكتابة في شرط التحكيم الداخلي شرط صحة وليس شرط إثبات، أي أن الكتابة هي ركن أساس من أركان اتفاق التحكيم إذا تخلفت بطل اتفاق التحكيم.

ب-الكتابة في اتفاق التحكيم الداخلي[1]

نقصد باتفاقية التحكيم أو اتفاق التحكيم هنا هو الصورة الثانية من عقد التحكيم،.

هذه الإتفاقية التي تبرم بين أطراف العقد الأصلي بعد نشوب خلاف حيث يبرمان هذا الاتفاق أو الاتفاقية من خلال تحديد شروط وإجراءات عرض النزاع على هيئة التحكيم دون اللجوء إلى القضاء.

نصت المادة 1012 على:" **يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.**

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعينهم...."، جاءت المادة 1012 واضحة لا لبس فيها حيث صيغة بطرقة الأمر أي يحصل اتفاق التحكيم كتابة وبالتالي فالكتابة هي شرط صحة وليست شرط إثبات، والكتابة مقترنة بتحديد موضوع النزاع وبتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم.

اشترط المشرع في اتفاق التحكيم كتابة موضوع النزاع، لأن الخلاف قد وقع بين طرفي الصفقة وعليه يجب تحديد الموضوع الذي سيعرض على هيئة التحكيم، إن هذا الشرط هو قيد على سلطة هيئة التحكيم بحيث يتحدد به الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري اعتر الكتابة في الاتفاق على التحكيم الداخلي سواء في شرط التحكيم أو في اتفاقية التحكيم شرطا أساسيا لانعقاد اتفاق التحكيم أي أن الكتابة هي ركن شكلي أساسي في إبرام اتفاق التحكيم بحيث إذا تخلفت بطل اتفاق التحكيم، كما حدد المشرع الجزائري مجال الكتابة في شرط التحكيم والتي اشترط فيها كتابة أسماء المحكمين أو كتابة كيفية تعينهم باعتبار شرط التحكيم هو اتفاق يبرم قبل وقوع الخلاف، في حين اشترط كتابة موضوع النزاع وكتابة أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم في اتفاقية التحكيم وهي اتفاق يبرم بعد وقوع النزاع.

---

1 المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مصدر سالف الذكر.

/ سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص56.

/عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص106.

لقد وفق المشرع الجزائري في هذا الإطار خاصة حينما وحد النظام القانوني لشرط التحكيم واتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي مثل ما فعل المشرع المصري والفرنسي.

2- الكتابة في اتفاق التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]

نصت المادة 1040 على:" **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة....'**. نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري في التحكيم الدولي نص على شرط التحكيم واتفاقية التحكيم على حد السواء، كما وحد النظام القانوني لكل منهما من خلال اعتبار الكتابة ركن أساسي من أركان اتفاق التحكيم بحيث يترتب عن عدم الكتابة بطلان الاتفاق. كما نلاحظ أن المشرع خفف من حدة الكتابة بحيث أجاز إثبات الكتابة بأية وسيلة اتصال مكتوبة.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يعد يشترط كما كان سلبقا تحرير اتفاق التحكيم أمام المحكمين ولا توقيع محضر اتفاق التحكيم، بل يجوز الاتفاق على التحكيم حتى عن طريق الفاكس أو الإيمايل أو رسائل أو أية وسيلة اتصال أخرى مكتوبة[2].

نصت الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.**".

يتبين من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخضع صحة اتفاقية التحكيم الدولي من حيث الموضوع سواء كانت شرطا أو اتفاقا أي سواء كان النزاع قائما أو مستقبليا إلى قانون إرادة الطرفين.

أي القانون الذي أخضع الطرفين له تحكيمهم، فإذا اتفق أطراف الصفقة العمومية على أن التحكيم الدولي خاضع للقانون الجزائري فإن صحة شرط التحكيم يكون وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أما إذا أحال الطرفين تحكيمهما مثلا إلى القانون الفرنسي أو القانون البلجيكي[3] فإن معالجة صحة شرط التحكيم الدولي لم يعد مختلفا عن القانون الجزائري، خاصة

---

1 سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص56.

/عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص106.

2 المادة 1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

3 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات العربية المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص44.

بعد انضمام دول عديدة لاتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن[1] وغيرها من الاتفاقات التي وحدت تقريبا النظام القانوني للتحكيم الدولي، هذه الاتفاقيات الدولية أصبحت قوانين داخلية بعد المصادقة عليهامن قبل العديد من دول العالم بما فيها الجزائر[2].

نخلص مما سبق أن الشكل في اتفاق التحكيم سواء الداخلي أو الدولي يلعب دور أساسي في صحة الاتفاق حيث لا يكون اتفاق التحكيم صحيح إذا لم يثبت بالكتابة والكتابة تعد ركن أساسي من أركان اتفاق التحكيم يترتب على مخالفتها بطلان الاتفاق، والكتابة تكون في الصفقة كعقد أساسي أو في وثيقة أخرى تلحق بالصفقة بالنسبة للتحكيم الداخلي في حين بالنسبة للتحكيم الدولي فيكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو تم عن طريق مبادلات الوثائق أو المراسلات أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

ثانيا: مراعاة الشروط والإجراءات الشكلية لإبرام اتفاقية التحكيم

نصت المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "**تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية.**

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

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

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

1المرسوم رقم88-233المؤرخ في05نوفمبر1988 والمتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30أكتوبر1995 والمتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصدرين المشار إليهما سابقا.

2المادة 150من القانون رقم16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري لدستور 1996، الجريدة الرسمية عدد14الصادرة في 07 مارس 2016 نصت على:**" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون."**.

يتبين لنا من هذه المادة أن المشرع الجزائري اشترط الموافقة المسبقة والمتمثلة في المبادرة من الممثل القانوني للشخص المعنوي العام حتى يتم اللجوء إلى التحكيم الأمر الذي يطرح التساؤل التالي هل هذه المبادر تكون في إطار شرط التحكيم أم في إطار اتفاق التحكيم؟

1-موافقة السلطة المختصة بإبرام الصفقة العمومية

يتبين لنا من خلال المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري منح للأشخاص المعنوية العامة وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أهلية إبرام اتفاق التحكيم، إلا أنه اشترط أن تتم المبادرة من الأشخاص المذكورة في هذه المادة وهم على التوالي الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي والممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، إلا أنه مقارنة مع ما ذهب إليه المشرع المصري الذي يعتبر سباقا في مجال التحكيم الإداري الداخلي والدولي، نجد أنه نص في الفقرة الثانية المضافة بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 للمادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 على شرط شكلي لإبرام اتفاق التحكيم تمثل في وجوب مراعاة الإجراءات والتي تتمثل في الموافقة المسبقة للوزير المختص،[1] حتى يعتبر اتفاق التحكيم في العقود الإدارية صحيحا ومرتبا لآثاره.

كما اشترط الموافقة المسبقة للوزير المختص في قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 حيث نصت المادة 42 منه على:" **يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.**".

يتبين لنا من المادة 42 أن الاتفاق على التحكيم في مصر يتم بعد الموافقة المسبق للوزير المختص، كما أن الاتفاق على التحكيم لا يوقف تنفيذ العقد الإداري.

ما يلاحظ على المشرع المصري سواء في قانون التحكيم أو قانون المزايدات والمناقصات أنه استعمل مصطلح " **الموافقة المسبقة**" على اللجوء إلى التحكيم، في حين نجد المشرع الجزائري في المادة 976 استعمل مصطلح مبادرة مما يفتح باب للتساؤل هل المبادرة تعني الموافقة، خاصة وأن الصفقات العمومية لا يتم التوقيع عليها إلا من السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية[2] وهي الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير المؤسسات العمومية مما يترتب عنه الموافقة على شرط التحكيم إذا ورد كشرط في الصفقة العمومية أو التوقيع على الاتفاق المتضمن

1 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 251، / فتحي والي، المرجع السابق، ص136.

2 المادة 4 من تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سالف الذكر.

اللجوء إلى التحكيم إذا كان اللجوء إلى التحكيم في صورة اتفاق، وحيث أن اتفاق التحكيم يعتبره بعض الفقه مثل الأستاذ عبد الحميد الأحدب[1]عقد، فالعقد يوقع عليه من السلطة المختصة بالتوقيع على الاتفاقيات والعقود وهي نفس الأشخاص التي أشرنا إليها أعلاه في المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغته للمادة 976 عندما استعمل مصطلح المبادرة والذي يفهم منه: يعرض أو يقترح، على عكس المشرع المصري الذي كان واضحا في صياغته للنص القانون الخاص باتفاق التحكيم لاسيما عندما استعمل مصطلح الموافقة.

2-مدى جواز تفويض سلطة إبرام اتفاق التحكيم

اعتبر المشرع المصري الموافقة المسبقة للوزير على اللجوء إلى التحكيم بمثابة اختصاص حصري له أي لا يجوز التفويض فيه[2] في حين المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى هذه المسألة، مما نطرح معه التساؤل التالي هل يجوز تفويض المبادرة باللجوء إلى التحكيم إلى أشخاص أخرى غير منصوص عليهم في المادة 976، هذا التساؤل تثيره المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقرة أخيرة من تنظيم الصفقات العمومية والتي نصت على:"...**ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بها.**".

أجاز تنظيم الصفقات العمومية لكل من مسؤول الهيئة العمومية والوزير ورئيس المجلس الشعبي البلدي والمدير العام أو مدير المؤسسة العمومية أن يفوض صلاحياته في مجال الموافقة النهائية على الصفقة العمومية إلى مسؤولين غير مذكورين في هذه المادة، وفقا لتسلسل هرمي داخلي لكل مصلحة متعاقدة، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من المرسوم الرئاسي15-247، مما يطرح إشكالية هل يجوز تفويض سلطة المبادرة باللجوء إلى التحكيم حسب هذه المادة خاصة إذا ما كان الصفقة العمومية قد تتضمن شرط تحكيم، فهل يكون هذا الشرط المكتوب في الصفقة صحيحا إذا بادر به ووافق عليه شخص مفوض إليه، ما مدى انسجام النص التنظيمي أي المادة 4 من المرسوم الرئاسي مع المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

1 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات العربية المتحدة،السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص11.

2 جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 252، /فتحي والي، المرجع السابق، ص138.

ترى الباحثة من الناحية القانونية، أنه باستقراء المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فيما يخص صلاحية المبادرة بالتحكيم نجدها:

- أنها جاءت تحت القواعد المنظمة للإجراءات الإدارية، كما أنها صيغة في تحديد صلاحية المبادرة باللجوء إلى التحكيم من خلال استعمال حرف– **ل** –. وهو حرف إسناد، أي أن المشرع الجزائري أسند المبادرة باللجوء إلى التحكيم إلى الأشخاص المذكورين في المادة 976.
- أن التحكيم في الصفقات العمومية هو استثناء عن القاعدة العامة، أي لا يجوز التحكيم إلا في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وعليه فلا يجوز التوسع في تفسير النص القانوني.
- أن المشرع لم ينص على التفويض ولو أراد ذلك لنص عليه صراحة.

كما ترى الباحثة أنه من الناحية العملية على المشرع أن يجيز التفويض في العقود الداخلية أي الوطنية فقط، خاصة وأن التحكيم الداخلي هو تحكيم بالقانون، وأن القضاء له سلطة رقابة أحكام التحكيم من خلال الطعون التي ترفع أمامه، كما أن التفويض في التحكيم خاصة إذا كان شرطا، فإنه يتماشي مع ما نصت عليه المادة 4 من المرسوم الرئاسي التي تجيز تفويض صلاحية الموافقة على الصفقة العمومية، وهذا نظرا للمصلحة العامة وسرعة تنفيذ الصفقات العمومية بما يتماشى وسير المرفق العام بانتظام ودون انقطاع.

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التحكيم الداخلي، بالتفصيل في كل ما يتعلق بتنظيم اتفاق التحكيم شرطا أو اتفاقية، وبَين كيفية تشكيل محكمة التحكيم وكيفية رد المحكمين وكل ما يتعلق بالقانون المطبق وهو القانون الداخلي، إلا أنه ترك تنظيم التحكيم الدولي إلى إرادة أطراف العلاقة القانونية، وحيث أن التحكيم الدولي يعد خطرا على النظام القانوني الداخلي نلاحظ أن معظم الأنظمة المقارنة تطلبت الموافقة المسبقة إما للوزير أو مجلس الوزراء وهذا قبل اللجوء إلى التحكيم وأحيانا قبل حتى توقيع العقد مع الشركات الأجنبية[1] وهذا الشرط كما بيناه أعلاه لا يجوز التفويض فيه.

وعليه فإن تنظيم الصفقات العمومية في هذا الإطار عندما اشترط الموافقة المسبقة في مجلس الحكومة فهو خص هذا الشرط في العقود ذات الطابع الدولي حسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15–247، كما أن هذا الشرط لم يكن مخالفا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال التحكيم الدولي وإنما مكملا له ومنظما له لأن:

1 السيد المراكبي، المرجع السابق، ص177-178.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح سلطة واسعة لأطراف المتعاقدة لتنظيم عملية التحكيم الدولي وهذا ما نصت عليه المواد1040 و1041 و1043 مما قد يمس بالسيادة القانونية للدولة ويمس بالنظام العام الداخلي للدولة، ويترتب عنه بعد ذلك عدم منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، أين يبقى النزاع مطروحا وقد يؤثر على تنفيذ العقد، ولذلك ترى الباحثة أن تقييد حرية الأطراف المتعاقدة في مجال التحكيم في الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي هو يخدم الدولة الجزائرية ويتماشى والمصلحة الوطنية، ولتفادي الغموض واللبس، ترى الباحثة أنه على المشرع الجزائري أن يتدخل في هذا المجال خاصة ليوضح مدى اشتراط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة في التحكيم الدولي، ومدى جواز تفويض سلطة اللجوء إلى التحكيم أم لا في إبرام اتفاق التحكيم سواء الداخلي أو الدولي، مقارنة بالمشرع المصري الذي حسم الخلاف ونص على عدم جواز تفويض الوزير سلطة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم في التحكيم الداخلي أو الدولي[1].

أما بالرجوع إلى التحكيم الدولي فنجد أيضا خلاف من الناحية الإجرائية مرتبط بإبرام اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، حيث أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح حق المبادرة باللجوء إلى إبرام اتفاق التحكيم للأشخاص المذكورة في المادة 976 حيث نص على المبادرة بالإبرام التي تكون للوزراء المعنيين دون أن يبين هل يقصد به تمثيل الدولة في التحكيم الدولي في حين منح المبادرة بإبرام اتفاق التحكيم لمجلس الحكومة في تنظيم الصفقات العمومية.

كما نص المشرع الجزائري في القسم الخاص بالتحكيم الدولي على أن أطراف العقد لهم الحرية في اللجوء إلى التحكيم الدولي دون قيد إجرائي يسبق اتفاق التحكيم، في حين نجد تنظيم الصفقات العمومية نص في المادة 153 فقرة أخيرة على قيد إجرائي خاص بالتحكيم الدولي، حيث لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في الصفقات المبرمة مع متعامل اقتصادي أجنبي إلا باقتراح من الوزير المعني والموافقة المسبقة في مجلس الحكومة.

وعند الرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 153 نجدها تحيل تسوية النزاعات الخاصة بتنفيذ الصفقات العمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما والتشريع المعمول به هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي لم يشترط الموافقة المسبقة في مجلس الحكومة لا في التحكيم الداخلي ولا الدولي أما تنظيم الصفقات العمومية فقد وضع هذا القيد الشكلي في التحكيم الدولي دون الداخلي، كما أنه لم يبين الأثر القانوني لعدم اللجوء إلى الموافقة المسبق على اتفاق التحكيم فهل يمكن حصول الموافقة

1 وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص226-227.

/ السيد المراكبي، المرجع السابق، ص177-178.

أثناء عرض النزاع على هيئة التحكيم، أم يجوز التمسك بمخالف النص التنظيمي والمطالبة ببطلان اتفاق التحكيم، كما أنه لم يبين هل عرض النزاع على التحكيم يوقف تنفيذ الصفقة أم أن الصفقة تستمر في التنفيذ إلى حين تسوية النزاع.

ترى الباحثة أن نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية يغلب عليها الطابع المالي وعليه على المشرع والمنظم وكذا المصلحة المتعاقدة النص على جواز تفويض سلطة اللجوء إلى التحكيم في الصفقات الداخلية وعلى استمرارية تنفيذ الصفقة العمومية ولو كان هناك نزاع قائم مادام أن الصفقة العمومية ذات نفع عام يعود على المرفق العام والجمهور، كما يجب على المشرع والمنظم توحيد القواعد المنظمة للتحكيم وبالأخص ضبط قواعد التحكيم الدولي لما قد تترتب عنه من أحكام تحكيمية أجنبية تطبق على المصلحة المتعاقدة.

وعليه نقترح تدخل المشرع والمنظم الجزائري لإعادة النظر في النصوص القانونية والتنظيمية التي تنظم الجانب الشكلي للتحكيم خاصة في الصفقات العمومية.

نخلص من خلال هذا المبحث أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على شروط موضوعية وشروط شكلية لإبرام اتفاق التحكيم تمثلت في الأهلية المحل والسبب باعتبار اتفاق التحكيم عقد تتوفر فيه جملة الشروط الموضوعية التي تتوفر في أي عقد كما نص على الكتابة كشرط شكلي من خلال توحيده لشرط الكتابة الذي يعتبر شرط لصحة اتفاق التحكيم وفي حالة تخلفه يعد الاتفاق على التحكيم باطلا .

كما أن المشرع الجزائري لم يوفق في ضبطه للشروط الشكلية لاتفاق التحكيم من خلال الخلط بين التشريع والتنظيم خاصة في اتفاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي والذي نجده تارتا يستوجب الرضا والكتابة فقط وهو ما عليه الحال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وثارة أخرى يستوجب الموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة بعد اقتراح من الوزير المعني وهو ما عليه الحال في تنظيم الصفقات العمومية، كما أن المشرع والمنظم الجزائري لم ينصا على مدى جواز تفويض سلطة المبادرة باللجوء إلى التحكيم على غرار نصه على تفويض صلاحية إبرام الصفقات العمومية، وعليه أقترح إعادة النظر في النصوص القانونية في مجال إبرام اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن إبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية

عقد التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص يتضمن الاتفاق على عرض النزاع المستقبلي أو النزاع القائم بين أطراف الصفقة العمومية على محكمة تحكيم دون اللجوء إلى القضاء الإداري كما يتضمن هذا العقد الذي اشترط فيه المشرع الجزائري الكتابة على تعيين أسماء المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم سواء ورد هذا العقد في صورة شرط تحكيم أو اتفاقية تحكيم وهذا ما بيناه أعلاه.

يترتب على اتفاقية التحكيم آثار يمكن توضيحها من خلال الفروع الآتية:

فرع أول: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية الداخلية

فرع ثاني: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي

الفرع الأول: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية الداخلية

أولا: الأثر السلبي والأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم بالنسبة لأطراف الصفقة العمومية الداخلية

1- الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم بالنسبة لأطراف الصفقة العمومية الداخلية

يترتب عن إبرام اتفاقية التحكيم شرطا كانت أم اتفاقا، امتناع طرفي الصفقة العمومية من اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في المنازعة محل التحكيم أي منازعة تنفيذ الصفقة العمومية، وبالمقابل تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.

يترتب الأثر السلبي على اتفاقية التحكيم، بمجرد إبرامها وقبل اختيار المحكمين أو قبولهما لمهمتهم، بل وحتى في حالة رفض المحكم لمهمته، على أن يكون الاتفاق على التحكيم صحيحا ونافذا وقابلا للتطبيق من حيث شروط العقد كالأهلية، الرضا، المحل والسبب وهي شروط صحة العقد التي أوردناها سابقا، فإذا حكم ببطلان الاتفاق على التحكيم، زالت آثاره، وبذلك يعود الحق في اللجوء إلى القضاء لأطرف الصفقة العمومية.

إن الأثر السلبي المتمثل في غل يد القضاء ومنع الأطراف المتعاقدة من اللجوء إلى القضاء يتيح لهم الدفع بوجود اتفاق تحكيم إذا ما أخل أحد الأطراف باتفاقه ولجأ إلى القضاء، لنتساءل بذلك هل الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو من النظام العام، هل يجوز إثارته في أي مرحلة تكون عليه الدعوى، كيف يكيف هذا الدفع هل هو دفع بعدم القبول أو دفع بعدم الاختصاص؟

أ-الدفع بوجود اتفاق تحكيم[1]

إذا كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم صحيحا ونافذا فهو يرتب أثاره، ومن أهم أثاره هو الالتزام بعدم اللجوء إلى القضاء، إلا أنه قد يحدث أن يتملص أحد أطراف الصفقة من التزامه وذلك باللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع، سواء قبل البدء في خصومة التحكيم أو بعد انطلاق خصومة التحكيم، مما قد يجعل الطرف الآخر يقدم مبرراته في المنازعة فأحيانا قد يدفع الطرف بوجود اتفاق تحكيم، وقد يتغاضى عن ذلك ويترك الخصومة القضائية مستمرة.

يجوز التمسك بالدفع بوجود اتفاق تحكيم ولو كانت الدعوى مرفوعة أمام أي جهة قضائية، كما يجوز التمسك بهذا الدفع إذا تعدد المدعى عليهم وكانوا متضامنين، وتمسك أحدهم بهذا الدفع، فإن البقية يستفيدون منه وتتوقف الدعوى بالنسبة لهم جميعا.

ب-تكييف الدفع بوجود اتفاق تحكيم[2]

اعتبر المشرع المصري الدفع بوجود اتفاق تحكيم بأنه دفع بعدم القبول بناء على ما نصت عليه المادة 13 فقرة1 من قانون التحكيم المصري:" **يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.'.**

أما المشرع الفرنسي فقد اعتبره في المادة 1458 من قانون الإجراءات بأنه دفع متعلقة بعدم الاختصاص[3]، وهو دفع من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة للدعوى.

في حين نصت المادة 2 فقرة 2 من اتفاقية نيويورك[4] والتي صادقة عليها الجزائر على أنه على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق تحكيم بين الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطلا أو لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق، وعليه فاتفاقية نيويورك تعتبر الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم القبول وليس دفع بعدم الاختصاص.

1 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ص176-179.

2 فتحي والي، المرجع السابق، ص ص 220-222.

3 أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص321.

4 محمود مصطفى يونس، المرجع نفسه، تهميش رقم 1، ص 176.

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص على ذلك صراحة في الباب الخاص بالتحكيم، إلا أننا نجده قد استحدث نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو المادة 67 منه والتي نصت على:" **الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الآجال المسقطة وحجية الشيء المقضي فيه وذلك دون النظر في الموضوع.**". يتبين من هذه المادة أن الدفع بعدم القبول هو دفع يقدمه المدعى عليه يطلب فيه رفض طلب المدعي في نظر الدعوى لأن ليس له الحق في التقاضي، وحيث أن اتفاق التحكيم في أي صورة كانت هو اتفاق يتضمن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات تنفيذ الصفقة العمومية، وعليه في حالة اللجوء إلى القضاء فيكمن أن يدفع الخصم بوجود اتفاق تحكيم والذي يكيف على **أنه دفع بعدم القبول**[1].

والباحثة تؤيد الرأي الأخير وهو للأستاذ زروني محمد، وذلك على أساس أن كل من المادة 1007 التي عرفت شرط التحكيم، والمادة 1011 التي عرفت اتفاق التحكيم اعتبرتا اللجوء إلى التحكيم هو اتفاق يرد مكتوبا وهو بذلك يعتبر عقد ملزم لطرفيه يتضمن التزام عدم اللجوء إلى القضاء وهو بذلك التزام مانع لممارسة حق اللجوء إلى القضاء، وبالتالي إذا عرض نزاع على القضاء ودفع أحد الخصوم بوجود اتفاق فعلى القاضي أن ينفذ هذا الاتفاق وهذا العقد يترتب عنه اللجوء إلى هيئة تحكيم. وبالتالي فهو لا يحكم بعدم الاختصاص، لأن القضاء له الولاية العامة في المنازعات ولأن القاضي لا ينكر العدالة.

كما أن الدفع بعدم الاختصاص هو من النظام العام يثيره القاضي من نفسه أو من له مصلحة في ذلك، في حين الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع يثيره من له مصلحة، وعلى القاضي أن يحكم بعدم القبول، وفي حالة كان الاتفاق باطلا فللقاضي أن ينظر في النزاع ويقبل الفصل فيها لأنه مختص ولأن التحكيم هو طريق استثناء والقضاء هو الطريق الأصلي لتسوية النزاعات.

وفي الأخير تقترح الباحثة على أن ينص المشرع صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم لفض أي لبس أو غموض مثل ما نصت عليه اتفاقية نيويورك والمشرع المصري والفرنسي في تحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم.

---

1 محمد زروني، المرجع السابق، ص8.

/عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، في المواد المدنية والتجارية والإدارية، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية ، مصر، 1995، ص ص 36-38.

2-الأثر الإيجابي لاتفاقية التحكيم بالنسبة لأطرافه في الصفقة العمومية الداخلية[1]

الصفقة العمومية الداخلية هي عقود إدارية تبرمها المصلحة المتعاقدة مع متعاملين اقتصاديين مقيمين في الجزائر، يخضعون للتشريع الجزائري، قد تتضمن الصفقة العمومية عند إبرامها والتوقيع عليها شرط تحكيم أو قد يحدث وأن ينشأ نزاع مرتبط بتنفيذها مما يترتب عليه إبرام اتفاق تحكيم[2] وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتمثل الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الصفقة العمومية في إعطاء الحق لأحد أطراف الاتفاق في أن يلجأ إلى التحكيم، وذلك بالبدء في إجراءاته من خلال البدء في تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم حيث له أن يقدم طلب التعيين إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه من أجل تعيين المحكم أو المحكمين في التحكيم الداخلي وذلك متى اعترضته صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل الطرف الآخر أو بمناسبة تنفيذ إجراءات التعيين[3] وهو ما نصت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالمقابل على الطرف الآخر الالتزام بمتابع السير في الخصومة التحكمية بدءا أمام المحكم كفرد عادي أي كشخص طبيعي[4] مع التزام كل منهما بالحكم الصادر منه في النزاع المطروح.

هذا الأثر لا يحول دون إبقاء الحق للأطراف المتعاقدة من اللجوء إلى قضاء الدولة، خاصة في الإشكالات التي قد تتعلق بالخصومة التحكيمية بداية من تعيين المحكمين أو اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية[5] وصول إلى الرقابة على أحكام التحكيم[6].

أما ما عدا هذه الإشكالات المشار إليها أعلاه والتي اعتبرها المشرع الجزائري من اختصاص قضاء الدولة في مجال التحكيم الداخلي، فإن على الأطراف المتعاقدة الالتزام باتفاق التحكيم وباللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعتهم.

---

1 سيد أحمد محمود نظام التحكيم، مرجع سابق، ص 56.

2 المادة 975-1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

3 جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،لبنان،2009.

4 نصت المادة 1014 من القانون08-09 على:**" لا تسند مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية.**

إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.".

5 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص95.

6 المواد من1032 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

ثانيا: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة لهيئة التحكيم[1]

يتحدد اختصاص هيئة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وفقا لاتفاق التحكيم، أي أن المحكم يستمد سلطته من إرادة أطراف الصفقة هذه الإرادة التي تفرغ في اتفاق مكتوب سواء كان شرطا أم اتفاقا.

تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع الذي حدده اتفاق التحكيم كأن يحدد اتفاق التحكيم سلطة الفصل في تفسير الصفقة أو سلطة البث في منازعة مرتبطة بتنفيذ الصفقة أو الفصل في مدى بطلان الصفقة وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم التطرق إلى مسألة تخرج عن هذا النزاع المحدد في الاتفاق ولذلك اشترط المشرع الجزائري في اتفاقية التحكيم تحديد موضوع النزاع وأن يكون ذلك كتابة وهو ما نصت عليه المادة1012فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" ... **يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين...**".

رغم أن هيئة التحكيم تتقيد باتفاق التحكيم في الفصل في النزاعات المعروضة عليه إلا أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي أجاز لهيئة التحكيم الفصل في المسائل المتعلقة باختصاصها وهو ما يطلق عليه الفقه الاختصاص بالاختصاص أي اختصاص نظر منازعة الاختصاص وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري عندما نظم التحكيم الدولي في المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع...**"[2].يتبين من هذه المادة أن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها قبل التطرق إلى الموضوع وإلا سقط الحق في إبداءها.

ثالثا: استقلالية شرط التحكيم في الصفقة العمومية الداخلية[3]

يقصد بمبدأ استقلالية شرط التحكيم أنه إذا ورد شرط التحكيم في نفس العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بين الطرفين وهو الصفقة العمومية هنا، فإنه يستقل عن هذا العقد، ولا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم ما دام هذا الشرط صحيحا في

1 أحمد بركات مصطفى،حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية،مجلة الدراسات القانونية، والصادرة عن هيئة النشر العلمي،كلية الحقوق جامعة أسيوط، مصر،عدد28،الصادرة في مايو2009،ص274-275.

2 المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

3 أحمد بركات مصطفى، المرجع نفسه، ص ص 276-278.

ذاته. فاستقلالية شرط التحكيم يعني اعتبار اتفاق التحكيم اتفاق مستقلا عن العقد الأصلي وبذلك يكون عقدا قائما بذاته وهو ما أوردناه سابقا في دراسة طبيعة اتفاق التحكيم.

يترتب عن استقلالية شرط التحكيم، أنه في حالة بطلان أو فسخ العقد الأصلي لا يترتب عنه فسخ أو بطلان اتفاق التحكيم، كما أنه يخضع كل من العقد الأصلي وعقد التحكيم إلى قانونين مختلفين خاصة في التحكيم الدولي، فالمحكمون عند نظر النزاع لا يلتزمون بقواعد القانون الإجرائي لأن الالتجاء إلى التحكيم قصد به تفادي هذه القواعد، ولكن يتقيد المحكمون عند نظر النزاع بالإجراءات والضمانات القضائية كما يلتزم المحكمون بالحكم في النزاع وفقا لقواعد القانون الموضوعي إلا في التحكيم الدولي الذي يجيز التحكيم بالصلح إذا ما اتجهت إليه إرادة الأطراف.

لم يشر المشرع الجزائري إلى استقلالية شرط التحكيم بصراحة كما فعل في التحكيم الدولي، وكما فعل المشرع المصري والفرنسي[1] كما بيناه أعلاه في دراسة طبيعة اتفاق التحكيم واستقلالية شرط التحكيم، وإنما بمفهوم المخالفة نص على حالة بطلان شرط التحكيم الداخلي في المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" ... **إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كافي لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك، ويصرح بألا وجه للتعيين.**"يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري بمفهوم المخالفة نص على أنه في حالة بطلان شرط التحكيم يبقى العقد صحيحا، ومرتبا آثاره ويرجع بذلك الاختصاص في النظر في النزاعات إلى القضاء المختص.

أما الأستاذ زروني محمد فإنه يرى بأن اتفاقية التحكيم تختلف حسب صورها، فإذا كانت في صورة شرط التحكيم فهو شرط غير مستقل عن العقد الأصليعلى عكس إذا كان في صورة اتفاق تحكيم فهو مستقل عن العقد[2] ، والباحثة هنا لا تشاطره الرأي باعتبار اتفاقية التحكيم هي عقد قائم بذاته يتطلب شروط وهي الكتابة وتعيين المحكمين وهو عقد رضائي تتجه إليه إرادة طرفي العقد الأصلي، كما أن المشرع بمفهوم المخالفة إذا حكم ببطلانه فالعقد يبقى صحيحا في كلتا الحالتين أو الصورتين.

---

1 عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص28. /أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص276-277. / المادة 12 من قانون التحكيم المصري، القانون رقم27لسنة1994 المعدل والمتمم والمتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والتي نصت على:**" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهاءه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته."**./ عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 43-44.

/article 1447/1, décret n°2011-48du 13 janvier2011 portant réforme de la loi de l'arbitrage français: **« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapport. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. ».op cit.**

2 محمد زروني/ المرجع السابق، ص 7-8.

الفرع الثاني: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي

يشترك كل من التحكيم الداخلي والدولي في بعض الآثار والتي أوردناها سابقا وهي آثار بالنسبة لأطرافه، أثار بالنسبة لهيئة التحكيم وأثار بالنسبة لمحاكم الدولة، كما ينفرد التحكيم الدولي بآثار خاصة به نتناولها في العناصر التالية:

أولا: تدويل الصفقة العمومية[1]

من أهم أثار اتفاق التحكيم الدولي هو إخراج الصفقة من طابعها الداخلي أو الوطني إلا طابع دولي[2]كما يترتب عن اتفاق التحكيم الدولي تغيير في طبيعة الصفقة العمومية من كونها عقد إداريا إلى كونها عقد من العقود الاقتصادية الدولية.

يرى الأستاذ نور الدين بن الشيخ أن العقد الدولي هو العقد المتضمن لإجراءات تحكيمية دولية بحيث ينتج هذا العقد أثارا خطيرة على المستوى الدولي باعتبار الدولة قد تخلت عن حصانتها القضائية والتنفيذية في اتفاق التحكيم من خلال الالتزام باللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعاتها، كما أنها التزمت في اتفاق التحكيم الدولي بجواز خضوعها إلى تطبيق قانون أجنبي حسب ما تم الاتفاق عليه في اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أم اتفاقية[3].

وهو ما اعترف به المشرع الجزائري في التحكيم الدولي حيث اعترف بالإرادة الحرة للأطراف في ضبط القواعد الإجرائية والموضوعية لاتفاق التحكيم، فالأطراف المتعاقدة لها أن تتفق على التحكيم بالصلح أو التحكيم بالقانون في التحكيم الدول على خلاف التحكيم الداخلي الذي هو تحكيم بالقانون وهو ما بيناه سابقا.

ثانيا: التنازل عن الحصانة القضائية

1 نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 121.

2المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نصت على أن الصفقات المبرمة مع متعامل اقتصادي أجنبي يختص بها هيئة تحكيم دولي.

3 نور الدين بن الشيخ، المرجع نفسه، ص104.

/ المادة1040من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

يترتب عن إبرام اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية ذات العنصر الأجنبي أي الدولي إخراج المنازعة من ولاية القضاء الوطني وإخضاعها لهيئة تحكيم دولية وهو ما نص عليه المنظم الجزائري في كل من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247والمتضمن الصفقات العمومية، والذي أحال في فقرتها الأخيرة إلى اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية في الصفقات المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي.

إلا أن تنظيم الصفقات العمومية لم يتطرق إلى الجانب الإجرائي والموضوعي للتحكيم الدولي ماعدا اشتراطه المبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين بالصفقة والموافقة المسبقة على اللجوء إلى التحكيم الدولي من طرف مجلس الحكومة مما يفهم منه أن التحكيم الدولي هو استثناء في الصفقات العمومية نظرا لما يمس بسيادة الدولة وحصانتها القضائية في الصفقة العمومية التي تعتبر عقد إداري تستعمل فيه الدولة امتيازات السلطة العامة كالتعديل والفسخ وفرض عقوبات وجزاءات على المتعاقد معها من تلقاء نفسها دون حاجة اللجوء إلى القضاء مما قد يجعل من المتعامل الأجنبي غير راضي ولا يعترف بالعقد الإداري.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي يعتبر التشريع المعمول به حسب ما أحال إليه تنظيم الصفقات العمومية في العديد من نصوصه مثل المادة 153 منه فنجده كقانون إجرائي، قد اعترف بالتحكيم الدولي في الصفقات العمومية وفي المجال الاقتصادي الدولي وبالتالي ترك الحرية للأطراف في تنظيم القواعد الإجرائية والموضوعية للتحكيم سواء كان تحكيم اختياري أو تحكيم مؤسسي كأن تتفق الدولة مع المتعامل المتعاقد باللجوء إلى مركز دولي لتنظيم عملية التحكيم، وعليه نستنتج أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أجاز للدولة التنازل عن حصانتها القضائية واللجوء إلى التحكيم بالإرادة المنفردة لها من خلال إبرام اتفاق التحكيم.طرحت واستثناءا يجوز للقضاء الوطني التدخل من أجل تسوية بعض الإشكالات المتعلقة بسير الخصومة التحكيمية أو تنفيذ الحكم التحكيمي وهو الدور الرقابي للقضاء الوطني على العملية التحكيمية[1].

حاولنا من خلال ما سبق التطرق إلى أثار أتفاق التحكيم في الصفقات العمومية، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي حيث استنتجنا أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الآثار بصراحة إلا أننا استنتجنا هذه الآثار من خلال ما ترتب عن اتفاق التحكيم كعقد رضائي يتضمن اتفاق الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات المترتبة عن الصفقة العمومية، وبالالتزام باللجوء إلى التحكيم كآلية جديدة من آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية، وحيث أن المشرع الجزائري في

1 المواد من 1039 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.
/المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سالف الذكر.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحد القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في أي عقد مهما كانت طبيعته مدنيا أو تجاريا أو إداريا فقد حللنا المواد المرتبطة بالتحكيم الداخلي والمواد المرتبطة بالتحكيم الدولي لاستنتاج هذه الآثار مع الاستعانة بموقف الفقه المقارن في هذا الإطار خاصة وأنا الجزائر تعتبر من الدول الفتية في مجال التحكيم وأيضا كون التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية لم يعرف تطبيقا عمليا بعد في الجزائر وهو ما زاد من صعوبة البحث في النظام القانوني والفقهي الداخلي للدولة الجزائرية.

ثالثا: استقلالية اتفاقية التحكيم في التحكيم الدولي

يرد اتفاق التحكيم عادة في العقد الأصلي في صورة شرط تحكيمي، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي ما هو الأثر المترتب عن بطلان العقد الأصلي أي بطلان الصفقة العمومية ذات العنصر الأجنبي، هل يمتد أثر البطلان إلى الشرط التحكيمي، أم أن هذا الشرط يبقى صحيح ومرتب لأثره.

أخذت التنظيمات المقارنة بمبدأ استقلالية شرط التحكيم، كما يرى الفقه المقارن[1] أن اتفاقية التحكيم تكون مستقلة عن العقد سواء كانت في صورة شرط أم اتفاق باعتبار أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حد ذاته يعد تصرف قانوني مستقل وإن تضمنه العقد، وعليه يتصور صحة اتفاق التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي الذي تضمن هذا الاتفاق، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا بطلان اتفاق التحكيم، كما لو كان العقد قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية. وهذه النتيجة الحتمية تؤدي إلى عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي على المحكمين وفقا للاتفاق الذي يتضمنه هذا العقد.

أما المشرع الجزائري في مجال التحكيم الدولي فقد كان واضحا وصريحا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المادة 1040 فقرة أخيرة والتي نصت على:"... **لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد**

---

1 عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص28. /أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص276-277. / المادة 12 من قانون التحكيم المصري، القانون رقم27لسنة1994 المعدل والمتمم والمتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والتي نصت على:**" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهاءه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته."**./ عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 43-44.

/article 1447/1, décret n°2011-48du 13 janvier2011 portant réforme de la loi de l'arbitrage français : **« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapport. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. »op cit**

/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 35.

الأصلي.". وبذلك يكون المشرع الجزائري فصل في الأثر المترتب عن اتفاق التحكيم الدولي وهو استقلالية الاتفاق عن العقد الأصلي، على عكس ما بيناه سابقا في التحكيم الداخلي والذي اكتنف فيه النص التشريعي الغموض وعدم الوضوح في هذا الإطار رغم أن التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والفرنسي كان يعترفان باستقلالية اتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي والدولي وهو ما بيناه أعلاه.

الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية في منازعات الصفقة العمومية

بعد ما عرف المشرع الجزائري التحكيم تحت عنوان اتفاقات التحكيم، حاول وضع الأحكام الإجرائية للخصومة التحكيمية، حيث خصص الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان في الخصومة التحكيمية بالنسبة للتحكيم الداخلي، وخصص الفرع الثاني من الفصل السادس تحت عنوان الخصومة التحكيمية بالنسبة للتحكيم الدولي.

بعد ابرام اتفاقية التحكيم سواء شرطا كان أم اتفاق، ووقع نزاع مرتبط بتنفيذ صفقة عمومية فإن أول انطلاقة لخصومة التحكيم هو تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع وفقا للاتفاق الذي أبرم بين طرفي العقد من أجل إصدار حكم فاصل في النزاع، هذا الأخير الذي تختلف أحكامه بين ما إذا كان التحكيم داخلي أو دولي، مما يجعلنا نتساءل:

ماهي إجراءات سير الخصومة التحكيمية في نزاعات الصفقات العمومية وهل تنتهي بمجرد صدور حكم تحكيمي؟

هل استطاع المشرع الجزائري أن يضبط كل الإجراءات الخاصة بالخصومة التحكيمية وحالات انتهاءها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أم أن منازعات الصفقات العمومية لها أحكامها الخاصة في تنظيم الصفقات العمومية؟.

للإجابة على هذا التساؤل ارتأيت تقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: شروط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية

المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية

المبحث الأول: شروط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية

يقصد بالخصومة التحكيمية جملة الإجراءات التي تتخذ من أجل الوصول إلى حسم النزاع المطروح ما بين أطراف الصفقة العمومية، حيث أنه عندما يكون هناك اتفاقية تحكيم سواء في شكل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم وطرح نزاع مرتبط بتنفيذ صفقة عمومية فإن إجراءات انطلاق الخصومة التحكيمية تبدأ باستدعاء أو تشكيل هيئة التحكيم، هذه الأخيرة التي يناط بها سلطة الفصل في النزاع وفقا لما حدده الأطراف في اتفاق التحكيم أو وفقا للقواعد القانونية المنظمة للتحكيم.

وحيث أن المشرع الجزائري نظم ولأول مرة التحكيم في الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد حاول أن ينظم أحكام سير الخصومة التحكيمية في المواد من 1019 إلى 1024 بالنسبة للتحكيم الداخلي وخصص المواد من1043 إلى 1050 في التحكيم الدولي مما يجعلنا نتساءل ماهي إجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات الصفقات العمومية سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي.

سنعالج المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تشكيل واختصاصات محكمة التحكيم في منازعة الصفقة العمومية

المطلب الثاني: سير الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية

المطلب الأول: تشكيل محكمة التحكيم واختصاصاتها في منازعة الصفقة العمومية

المحكم هو الشخص الذي يتولى سلطة الفصل في النزاع، يختار في اتفاق التحكيم ذاته أو في اتفاق مستقل أو يختار بواسطة المحكمة المختصة إقليميا بنظر النزاع، والمحكم لا يعتبر قاضيا ولا تسأل الدول عن أعماله لأنه ليس تابع لها لأنه يختار من الأطراف المتنازعة، كما يتقاضى أتعابه منهم.

الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم في منازعة الصفقة العمومية

تختلف طريقة اختيار المحكم وعددهم وكيفية قبول مهامهم وردهم وكيفية تقييد سلطاتهم، بين ما إذا كان التحكيم داخلي أو دولي، ولتوضيح ذلك سنحاول الاعتماد على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي هو محور الدراسة والبحث.

أولا: تعيين المحكمين وردهم وعزلهم

تتضمن اتفاقية التحكيم- شرطا كانت أم اتفاق- جملة من الشروط الشكلية، من بين هذه الشروط تعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي.[1]

نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن مهمة التحكيم لا تسند إلا إلى شخص طبيعي وفي حالة ما تم تعيين شخص معنوي، فيجب على هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم إذا كان التحكيم داخلي أما إذا كان دولي فيعود الأمر إلى سلطان إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار المحكم سواء كان شخص أو مركز تحكيم أو غير ذلك[2].

1- تعيين المحكمين

أ-عدد المحكمين

اشترط المشرع الجزائري في التحكيم الداخلي أن يكون عدد المحكمين بعدد فردي، حيث نصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.**"، وحسن فعل المشرع حينما اشترط العدد الفردي خاصة وأن حكم التحكيم يصدر بأغلبية الأصوات فيكون الحكم فاصل في النزاع، إلا أن اشتراط العدد الفردي جاء في التحكيم الداخلي فقط ولم ينص عليه المشرع في التحكيم الدولي مما يفهم منه أن تعيين العدد يكون باتفاق الأطراف[3]، وفي حالة عدم الإتفاق فيعين المحكم من طرف رئيس مركز التحكيم.

ب-شروط تعيين المحكم

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكم سوى شرط التمتع بالحقوق المدنية بالنسبة للتحكيم الداخلي، إلا أنه يجب على الأطراف المتنازعة عند تسميتهم للمحكمين أو عند تحديد شروط تعيينهم للمحكمين في اتفاقية التحكيم أن يأخذوا بعين الاعتبار جملة

---

1 المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي، والمادة1041 فقرة 1-2من بالنسبة للتحكيم الدولي، مصدر سالف الذكر.

2 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص61.

3 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، المرجع نفسه، ص61.

/ المادة37-38 من المرسوم الرئاسي95-346المتضمن اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار، مصدر سالف الذكر

/ المادة 1016 من قانونالإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

من الشروط العامة التي تساعدهم على إسناد مهمة الفصل في النزاع للمحكمين وهي الشروط التي لم ينص عليها المشرع بصراحة، رغم أنه وضعها بعض الشروط بطريقة غير مباشرة فمثلا عند استقراء المادة 1016 التي تنص على حالات رد المحكمين نجد أن أول حالة من حالات الرد هي عندما لا تتوفر في المحكم المؤهلات المتفق عليها.

ترى الباحثة أن أهم شرط إضافة إلى الأهلية والتمتع بالحقوق المدنية هو الخبرة والكفاءة في مجال الصفقات العمومية والتي نص عليها المشرع تحت تسمية المؤهلات المتفق عليها، فعندما يفصل المحكم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يجب أن يكون ممن له علم ودراية ومعرفة بهذا المجال من أجل تسوية النزاع خاصة وأن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تحتاج أحيانا إلى خبراء في مجال الأشغال أو المعاينة أو القياسات وغيرها وعليه كان على المشرع أن يأخذ خصوصية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية خاصة في التحكيم الداخلي ويخصص لها شروط خاصة بها في تشكيل هيئة التحكيم.

ج-شروط تشكيل محكمة التحكيم

وضعت المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط جوهريا لصحة تشكيل محكمة التحكيم وهو قبول مهمة التحكيم من قبل المحكم المعين، حيث لا يعد تشكيل محكمة التحكيم في التحكيم الداخلي صحيحا إلا إذا قبل المحكم المهمة المسندة إليه، أو عند تعيينه كان ممن يمكن ردهم وبذلك رفض المهمة، وهنا يرى الأستاذ عبد الحميد الأحدب في هذه النقطة أن قبول مهمة التحكيم هي من القواد الآمرة أي من النظام العام لا يجوز مخالفتها[1].

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فلم يشر المشرع الجزائري إلى إشكالية قبول أو رفض مهمة التحكيم وترك تنظيم مسألة التحكيم كما بيناه سابقا لسلطان الإرادة بالدرجة الأولى وهو ما نصت عليه المادة 1041 فقرة 2 بقولها:"... **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم**".

1 المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

/ عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص63.

هذه المادة لم تشر إلى رفض المحكم للمهمة المسندة إليه وعليه تبقى سلطة التعيين للأطراف المتنازعة مباشرة أو إلى نظام التحكيم الذي أحال الأطراف إليه عملية تنظيم التحكيم وتسوية النزاع، هذا النظام الذي قد ينص على شروط تشكيل محكمة التحكيم[1].

2-حالات رد المحكم وحالات عزله

نصت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:...**"، جاءت هذه المادة في قسم التحكيم الداخلي، حيث أجازت لأحد الأطراف المتنازعة رد المحكم للأسباب سنوردها لاحقا، في حين نجد أن المادة 1041 المشار إليها سابقا من نفس القانون استعملت مصطلح عزل أو استبدال المحكمين[2].

ترى الباحثة أن المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد اعترف بأن مهمة المحكم هي مهمة قضائية وعليه يجوز رده مثل ما يجوز رد القضاة إذا كان التحكيم داخلي، أما إذا كان التحكيم دولي فإن المحكمين سواء كانوا جزائريين أو أجانب هم موظفون يعينون أو يستبدلون أو يعزلون من مهمة التحكيم إذا ما توفرت فيهم حالات العزل أو الاستبدال التي حددها الأطراف أو التي حددها النظام التحكيمي الذي اختاره الأطراف المتنازعة في التحكيم الدولي.

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما ميز بين المصطلحات المستعمل في رد أو استبدال وعزل المحكمين في التحكيم الداخلي والدولي، لأن التحكيم الداخلي هو تحكيم بالقانون[3] أما التحكيم الدولي فهو يخضع لسلطان الإرادة هذه الإرادة التي قد تخضع النزاع لقانون أجنبي[4].

---

1 المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المصدر نفسه.

/عبد الحميد الأحدب التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص62-63.

2 المادة 1016-1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر نفسه.

3 المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:**" يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون."**.

4 المادة 1050 من نفس القانون:**" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة."**.

أ-حالات رد المحكم

نصت المادة 1016 على حالات رد المحكمين نوردها في النقاط التالية:

-حالة عدم توفر المؤهلات المتفق عليها في المحكمين، وهي الحالة التي يجوز للأطراف المتنازعة رد المحكم فيها.

-حالة وجود سبب من أسباب الرد في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، إن هذه الحالة تتماشى والتحكيم الدولي أو تتماشى مع الدول التي لها مركز تحكيم مثلا القاهرة لها مركز اقليمي للتحكيم، وهو نفس الأمر الموجود في الجزائر بالنسبة لمركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة على مستوى الجزائر العاصمة والمشار إليه في هذا البحث، حيث يمكن لهذا النظام أو المركز أن يضع قواعد خاصة برد المحكمين يتفق الأطراف على تسوية نزاعهم في إطاره، فمتى توفر سبب الرد جاز لأحد الأطراف رد المحكم[1].

-حالة وجود شبهة في استقلالية وحياد المحكم، هذه الحالة تجيز لأحد الأطراف المتنازعة إذا رأى أن هناك علاقة بين المحكم ,الطرف الأخر في النزاع كوجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط فيجوز للطرف الآخر رد المحكم.

-القيود والإجراءات الخاصة برد المحكم[2]

وضع المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قيد على حق الأطراف المتنازعة في رد المحكم حيث لا يجوز للطرف الذي عين المحكم أو شارك في تعيينه رده إلا في حالة واحدة هي حالة عدم معرفة سبب الرد إلا بعد التعيين، فهنا فقط يجوز الرد.

في حالة رد المحكم يقدم الطلب من الطرف المعني ويبلغ إلى كل من محكمة التحكيم والطرف الآخر في الخصومة دون تأخير، ويتم الفصل في طلب الرد وفقا لاتفاق التحكيم أو لنظام التحكيم المتفق عليه من الأطراف المتخاصمة.

وإذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي المختص إقليميا في طلب الرد المقدم ممن يهمه التعجيل ويعتبر الحكم الفاصل في طلب الرد هنا نهائي وغير قابل للطعن، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا علم المحكم قبل رده بأنه قابل للرد لوجود علاقة أو أي سبب آخر من أسباب الرد يخبر الأطراف

1 المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث.

2 المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم[1] ويترتب عن قرار رد المحكم اختيار محكم جديد بنفس الكيفيات والشروط التي اختير بها المحكم الذي تم رده[2].

ب-حالات عزل المحكم

عزل المحكمين ضمانة من الضمانة التي تنص عليها معضم التشريعات المقارنة للمحتكمين وذلك كجزاء يوقع على المحكم[3] متى أخل بإلتزاماته. قد يتم العزل باتفاق الأطراف أو بموجب حكم قضائي كحالة اهمال المحكم قصدا العمل المسند إليه رغم تنبيهه وهو ما حدده المشرع الإماراتي.

أما المشرع الجزائري فقد نص على المدة التي يجوز فيها عزل المحكم في المادة 1018 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اشترطت هذه المادة أن يكون عزل المحكمين خلال مدة التحكيم التي حددها الأطراف في الإتفاق التحكيمي -وفي حالة عدم تحديد المدة فتكون مدة التحكيم محددة بقوة القانون بـ 4 أشهر تسري ابتداء من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم- أما حالات العزل فهي مرتبطة بالتزامات المحكم وبإتمام المهمة المسندة إليه وهنا يجوز عزل المحكمين خلال هذه المدة بشرط اتفاق جميع الأطراف بالنسبة للتحكيم الداخلي[4].

نستنتج مما سبق في حالات الرد والعزل، أن حالات الرد التي أخذ بها المشرع الجزائري هي نفس الحالات التي كانت موجودة في قانون الإجراءات المدنية القديم والملغى، كما انه اعتبر حالات الرد ليست من النظام العام حيث يجوز قبول المحكم رغم توفر أسباب الرد، وهو ما نصت عليه المادة 1015 فقرة أخيرة والمشار إليها سابقا من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نص على:"...**إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم.**"، يفهم

---

1 المادة 1015 فقرة 2 منفس القانون:"**... إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم.**"./المادة 1016 فقرة 4-5 من نفس القانون:"**... لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي قد عينه، أو شارك في تعينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.**"

2 لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 197.

3 لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص192-193.

/حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص275.

4 المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/عبد الحميد الأحدب التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات المتحدة، السودان، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص63.

المادة 1016من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدرنفسه.

من هذه المادة أن سلطة رد المحكم تعود للأطراف وهي ليست من النظام العام في حالة الموافقة على إسناد مهمة التحكيم للمحكم رغم علمهم بسبب الرد[1].

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري ميز بين حالات الرد المحددة قانونا وبين حالات العزل المرتبطة بالتزامات المحكم بإتمام المهمة المسندة إليه في الآجال القانونية.

ثانيا: دور القضاء في تشكيل محكمة التحكيم

يلعب القضاء دورا بارزا في عملية التحكيم بداية من تعيين المحكمين مرورا بدوره في انعقاد محكمة التحكيم ونظر النزاع إلى غاية صدور حكم التحكيم.

قد تعتري عملية تعيين المحكم صعوبة، وحيث أن التحكيم في الصفقات العمومية كما بيناه سابقا في الباب الأول من هذا البحث هو استثناء عن القاعدة العامة، فقد جعل المشرع الجزائري من الخصومة التحكيمية ومن العملية التحكيمية برمتها تحت سلطة القضاء من أجل تسوية الإشكالات التي قد تطرح بما فيها تشكيل محكمة التحكيم وتعيين المحكمين فيها وكذا حضور جلسات التحكيم خاصة بالنسبة للنيابة العامة وهو ما سأحاول توضيحه من خلال العناصر التالية:

1-حالات تدخل القضاء في تعيين المحكمين[2]

يخضع تشكيل هيئة التحكيم كأصل عام لإرادة الأطراف المتنازعة في الصفقة العمومية، ولكن قد يعتري عملية التشكيل عقبات لا يستطيع الأطراف تسويتها لاختلافات بينهم، وعليه من الضروري وجود جهة محايدة تتولى هذه المهمة.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا أن المشرع الجزائري منح دور التدخل في تعيين المحكميناللقضاء الوطني وذلك من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو دولي. وهنا يتجسد الاختصاص السيادي للدولة ولقضائها الوطني في تنظيم ورقابة عملية التحكيم، إلا أن القضاء لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلا في الحالات الآتية:

أ-وجود نزاع يستوجب تعيين محكم

1 عبد الحميد الأحدب التحكيم في البلدان العربية، المرجع نفسه، ص64.

/ المادة 1015 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

2لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص108.

/المادة1006 و1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

نصت المادة 1010 على أنه:" **يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من قبل الطرف الذي يهمه التعجيل**"، يتبين من هذه المادة أن محكمة التحكيم لا تباشر اختصاصها إلا إذا وجد نزاع وعرضه الطرفين معا أو أحدهما على محكمة التحكيم وهنا تنعقد محكمة التحكيم متى ثار خلاف بين المتعاقدين في الصفقة العمومية.

يكون تعيين المحكم إما بناءا على شرط تحكيم سابق على نشوب النزاع طبقا لما نصت عليه المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو كان تعيين المحكم بناءا على اتفاق تحكيم مبرم بعد نشوب النزاع بين المتعاقدين، وعليه فاللجوء إلى التحكيم وتعيين المحكم يجب أن يكون على أساس نزاع بين المتعاقدين يستوجب اللجوء إلى التحكيم وهنا فقط يمكن أن يثار إشكالية تعيين المحكم وبذلك يبرز دور القضاء.

ب-وجود صعوبات في تعيين المحكم

نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو تنفيذه.**

إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين .".

يتبين من هذه المادة أن محكمة التحكيم لا تتعين ولا تبدأ في ممارسة مهمة التحكيم إلا بعد نشوب خلاف بين الأطراف المتعاقدة هذا الخلاف الذي يحول دون إمكانية تشكيل محكمة التحكيم سواء بفعل الأطراف أو بسبب بطلان شرط التحكيم، وعليه فالقضاء لا يتدخل في عملية تعيين المحكمين ما لم يكن هناك نزاع مرتبط بتعيين المحكم ورفع طلب للفصل في ذلك الإشكال أمام القضاء للتدخل ويعين المحكمين[1].

2-طبيعة دور القضاء في تعيين المحكم

1عليوش قربوع كمال،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص138-139.

الأصل في تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي للقضاء الإداري على أساس أن الصفقة العمومية هي عقد إداري بقوة القانون[1]، إلا أنه استثناءا أجاز القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كل من المادة 975 والمادة 1006 للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية، وبذلك يجوز للأطراف المتنازعة في الصفقة العمومية إما اللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتهم أو اللجوء إلى التحكيم متى أبرما اتفاق تحكيم[2].

الأصل في تشكيل محكمة التحكيم هي إرادة الأطراف المتنازعة حيث أنهم يختارون محكم أو محكمين بعيدا عن القضاء، إلا أن هذا لا يعني أن الأطراف تنازلوا عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، حيث أنهم يجوز لمن يهمه تسوية النزاع والتعجيل في سير إجراءات تسوية النزاع اللجوء إلى القضاء خاصة في حالة عدم الاتفاق على تعيين المحكم في النزاع، وبذلك يكون للمحكمة المختصة الدور الأساسي في تشكيل محكمة التحكيم[3].

نص المشرع الجزائري على مجال تدخل القضاء الإداري في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي فعلى سبيل المثال نصت المادة 1009 على:

" **إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.**"، يتبين من هذه المادة أنه إذا اعترضت الخصوم صعوبات في تشكيل المحكمة سواء كان المحكم فرد أو هيئة يجوز لأحد الأطراف أو كليهما اللجوء إلى القضاء لاستكمال تشكيل هيئة التحكيم، حيث يعود الاختصاص هنا لرئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه إذا كان التحكيم داخلي أو دولي[4].

حرص المشرع على عدم تدخل القضاء من تلقاء نفسه في اختيار المحكمين وذلك من خلال منح السلطة للأطراف المتنازعة التي أبرمت اتفاق تحكيم حيث اتفق على شروط وكيفيات اختيار المحكمين[5].

إن تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم مرتبط بحالتين:

1عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق،ص37.

2أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 223.

3 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص114-122.

4 المواد 1009 و1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

5 المادة 1008 و1012من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المصدر نفسه.

-حالة طلب من أحد الخصوم من القضاء التدخل لتشكيل محكمة التحكيم، حيث أن هذا التدخل مقيد بالاتفاق الخاص بالتحكيم الذي جدد شروط وكيفيات التعيين وعلى رئيس المحكمة تعيين محكم أو المحكم المرجح وفقا للشروط والكيفيات التي اتفق عليها الأطراف المتنازعة.

-حالة اعلان الأطراف المتعاقدة القضاء بضرورة تشكيل محكمة التحكيم وهذه الحالة تجد أساسها في المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:" **يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:**

1-القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها...ويجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا.

يمكن أيضا للقاضي أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى.". كما نجد المادة 88 والتي نصت على:"**يجوز لممثل النيابة العامة حضور إجراءات التحقيق في القضايا التي يتم إشعارها بها، وعند الإقتضاء ، إبداء الملاحظات.**".

نستنتج من هذه المواد أن النيابة العامة التي تدخل في تشكيل السلطة القضائية لها دور بارز في النزاعات التي تكون الدولة وجماعاتها الإقليمية ومؤسساتها العمومية الإدارية طرفا فيها حيث ألزم المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبليغ النيابة العامة بالقضية على الأقل 10 أيام قبل انعقاد الجلسة وهو إجراء وجوبي.كما لها أن تحضر الجلسات وتكون عضو في تشكيل محكمة التحكيم وتبدي الملاحظات عند الإقتضاء وذلك بناءا على المادة 88 السالفة الذكر رغم أن المشرع في تنظيم الصفقات العمومية لم يشر إلى ذلك وكذا في الكتاب الخاص بالتحكيم لم يتطرق إليه إلا أنه بموجب المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على: " **تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بأحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.**"

نستنتج مما سبق أن دور القضاء في تعيين المحكمين هو دور احتياطي يمارسه القضاء متى طلب منه أحد الأطراف أو كلاهما ذلك، كما أنه لا يتم إلا وفقا لما اتفق عليه الأطراف المتنازعة في مجال تعيين المحكمين.

إن تدخل القضاء في عملية التحكيم من تشكيل محكمة التحكيم أو في اختصاصاتها هو تجسيد لسيادة الدولة ولرقابة قضاتها على اجراءات التحكيم إلا أن هذا الدور لا يقيد ولايتدخل في اختصاصات وفي سلطات المحكمين الذين يستمدون سلطتهم واختصاصاتهم من ارادة الأطراف

المتنازعة بموجب اتفاق التحكيم أو من القانون أو من الأعراف الدولية في حالة غياب الإتفاق سواء كان التحكيم داخلي أو دولي وإذا كان للمحكم سلطات واختصاصات مستقلة عن القاضي ماهي هذه السلطات والإختصاصات وهل هي واسعة غير محددة أم أنها مقيدة وهل القيد الوحيد عليها هو اتفاق الأطراف؟

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى الفرع الثاني بعنوان اختصاصات وسلطات المحكم في الخصومة التحكيمية.

الفرع الثاني: اختصاصات والتزامات المحكم في الخصومة التحكيمية

بعد ترشيح المحكم من قبل الأطراف المتنازعة أو من الغير، وبإعلان قبوله المهمة المسندة إليه، تبدأ الخصومة التحكيمية وتبدأ إجراءاتها وأهم إجراء تبدأ به الخصومة التحكيمية هي معرفة المحكمين لإختصاصاتهم والتزاماتهم في الخصومة التحكيمية كما يسهرون على السير الحسن لهذه الإجرءات والخصومة وهذا ماسنحاول توضيحه من خلال هذا الفرع بعنوان اختصاصات والتزامات محكمة التحكيم حيث سنقسم الفرع إلى:

-اختصاصات محكمة التحكيم.

-إلتزامات محكمة التحكيم.

أولا: اختصاصات المحكم في الخصومة التحكيمية

إن مرونة نظام التحكيم وما تقتضيه قواعد العدالة تقتضي تمتع المحكم بسلطات واسعة خاصة في استكمال ما تم اغفاله من طرف أطراف النزاع في اتفاق التحكيم حيث يمكن تلخيص هذه الإغفالات وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة في مايلي:

-تختص محكمة التحكيم في الفصل في اختصاصها وفقا لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، حيث يفصل المحكمين في الإشكال الذي يثار من أحد الأطراف والمتمثل في عدم اختصاص محكمة التحكيم فهنا يكون من اختصاص المحكمة وبعيدا عن تدخل القضاء أن تفصل في هذا الإشكال بشرط أن يثار هذا الدفع والإشكال قبل أي دفاع في الموضوع، كما أنها تفصل في هذا الدفع بحكم أولي إلا إذا كان هذا الدفع مرتبط بموضوع النزاع فهنا يفصل في المسألتين بحكم واحد[1].

1 عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 130.

/ حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص289.

/المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

–تملك محكمة التحكيم اختصاص وسلطة البحث عن القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع متى أغفل الأطراف أو لم يتفقا على ذلك، كما لها سلطة استبعاد القانون الواجب التطبيق متى كان خاليا من نص يطبق على النزاع أو كان القانون لاينطبق على الوقائع المثارة بسبب النزاع أو كانت النصوص الموجودة في هذا القانون تخالف النظام العام وتخالف القواعد الآمرة فله استبعاد هذا القانون وله البحث عن قانون أكثر ملائمة[1]، وهنا للمحكمة اختيار القانون الإجرائي أو القانون الموضوعي الذي تراه مناسبا مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي خاصة إذا كان التحكيم دولي[2]، أما بالنسبة للتحكيم الداخلي فهو تحكيم بالقانون وليس للمحكمة سلطة هنا إلى تطبيق القانون الداخلي[3].

–تختص محكمة التحكيم في الفصل في المسائل العارضة التي تطرأ أثناء سير الخصومة والتي تتم عن طريق اتخاذ اجراءات مؤقتة أو تحفظية، كإجراءات تتعلق بتقديم الأدلة والإحتفاظ بها، والإجراءات المتعلقة باستقرار العلاقات القانونية بين الأطراف أثناء سير الخصومة وغيرها من الإجراءات التي تساهم في السير الحسن والجيد للخصومة التحكيمية والحكم فيها[4].

–تمارس محكمة التحكيم سلطة اصدار الأحكام كالأحكام الأولية والأحكام الجزئية والأحكام النهائية المنهية للخضومة التحكيمية وهذا ما سنتناوله لاحقا في موضوع حكم التحكيم المنهي للخصومة التحكيمية[5].

---

1 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص171-172

2 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص154.

/ حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص284

/ المادة 1043-1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 151.

3 المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

4 المادة 1046-1047-1048 من نفس القانون.

/عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 157.

/ طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص 177-178.

5 المواد 1046-1049 من نفس القانون.

/ عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 161.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص ص219-221.

-يمارس المحكمين سلطة تحديد مكان التحكيم والإجتماع في المكان الذي يرونه مناسبا.

-كما لمحكمة التحكيم سلطات عديدة منها ما يتعلق بوقف اجراءات الخصومة كحالة الطعن بالتزوير في وثيقة من الوثائق وهنا يحال الطعن إلى القضاء المختص حيث تتوقف الخصومة التحكيمية إلى غاية الفصل النهائي في دعوى التزوير وهو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 1021 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.**"، ومنها ما يتعلق بسلطة قطع إجراءات الخصومة التحكيمية أو انهائها كحالة وفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة وغيرها من الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري[1].

ثانيا: التزامات المحكم في الخصومة التحكيمية

إن أهم إلتزام يخضع له المحكم أو محكمة التحكيم هي التقيد باتفاق التحكيم متى كان مضبوطة ومحددا لكل عناصره من تنظيم وإجراءات وقانون واجب التطبيق ومكان ولغة التحكيم وغيرها إلا أن هذا الإتفاق قد يخلو من بعض الجزئيات والتفاصيل أينا يمارس على اثرها المحكم أو محكمة التحكيم سلطات واسعة إلا أن سلطات المحكم غير واسعة وإنما مقيدة في بعض الأحيان وهذا ما سنحاول توضيح من خلال العناصر التالية المتمثلة في الالتزامات والقيود التي ترد على المحكم حيث يلتزم هذا الأخير[2] بـ:

-الإلتزام بالخضوع وتطبيق البنود الواردة في اتفاقية التحكيم التي أبرمها الأطراف.

-الإلتزام بتطبيق القانون الإجرائي والموضوعي الذي حدده الأطراف والبحث في حالة عدم الإتفاق عن الإرادة الضمنية التي يفارض توجه الأطراف إليها من خلال اتفاق التحكيم.

-الإلتزام بانهاء المهمة المسندة إليهم وهي مدة التحكيم المتفق عليها أو التي حددها القانون أو القضاء.

3طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص160-161.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص338.

/المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص ص 282-288.

/طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص ص 146-188.

–الإلتزام باحترام القواعد الآمرة وقواعد النظام العام في الخصومة وفي الحكم فيها، والتزامهم بتوفير الضمانات القضائية في المحاكمة التحكيمية وتمكين الأطراف من هذه الضمانات.

–كما يلتزم المحكم بالشروط والإجراءات الخاصة بإصدار أحكام التحكيم كالشروط الشكلية والموضوعية[1]، من كتابة وبيانات خاصة بأطراف النزاع وبيانات خاصة بالمحكمين في النزاع وتسبيب للحكم وذكر للوقائع والأسباب والمنطوق وغيرها من الشروط الشكلية والموضوعية التي سنتطرق لها لاحقا في شروط حكم التحكيم.

–كما يجب على المحكمين بالتقيد باجراءات اصدار الحكم من مداولة وسرية المداولات، ومن احترام النصاب القانوني في اصدار الأحكام والتي حددها المشرع الجزائري بالأغلبية في المادة1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: سير الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية

يقصد بالخصومة التحكيمية جملة الإجراءات والتدابير التي تعتمدها محكمة التحكيم من أجل تسوية المنازعة المرتبطة بتنفيذ الصفقة العمومية، فبعد تعيين هيئة التحكيم سواء كانت مشكلة من محكم فرد أو من هيئة تحكيم بناءا على طلب أحد الخصوم وبناءا على اتفاق التحكيم وبعد تنصيب محكمة التحكيم تبدأ إجراءات الخصومة التحكيمية الأمر الذي يجعلنا نتساءل ما هي هذه الإجراءات الخاصة بسير خصومة التحكيم وهل تمنح فيها نفس الضمانات المنوحة في التقاضي وهل تختلف الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية، أي كيف نظم المشرع الجزائري الخصومة التحكيمية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقسم المطلب إلى فرعين، الفرع الأول: بداية الخصومة التحكيمية والضمانات المقررة فيها، والفرع الثاني: عوارض الخصومة التحكيمية ونهايتها.

الفرع الأول: بداية الخصومة التحكيمية والضمانات المقررة فيها

نظم المشرع الجزائري الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي في المواد من 1019 إلى 1024، في حين نضم الخصومة التحكيمية في التحكيم الدولي في المواد من 1043 إلى 1050.

وعليه لمعرفة كيف تبدأ الخصومة التحكيمية وكيف تنتهي وماهو دور المحكم في تنظيمها، سنحاول دراسة هذه النصوص القانونية وتسليط الضوء على دور سلطان الإرادة في انطلاقها وتنظيمها من خلال التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في الصفقة العمومية.

1 المواد من 1025 إلى 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

أولا: بداية الخصومة التحكيمية

بالرجوع إلى المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:" **تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.**".

يرى الأستاذ عبد الحميد الأحدب أن المشرع الجزائري منح لسلطان الإرادة في خصومة التحكيم الداخلي دورا كبيرا في تحديد الآجال والأوضاع المقررة على خصومة التحكيم، وفي حالة غياب الاتفاق فهنا يتم إعمال ماهو مقرر أمام الجهات القضائية[1].

إن تفسير الأستاذ عبد الحميد الأحدب هو التفسير الصحيح حيث أنه بالرجوع إلى المادة 1018 نجدها قد أكدت على ذلك من خلال تحديد مدة الخصومة التحكيمية والتي هي عبارة عن مدة الطعن القضائي في المادة الإدارية وهي أربعة أشهر من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطارهم وذلك متى غاب اتفاق الأطراف على تحديد ذلك، وهذا ما نصت هذه المادة على: "**يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجالا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم...**".

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري منح للأطراف المتنازعة سلطة واسعة في تحديد مواعيد وأجال سير وانتهاء الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي، إلا أنه في حالة غياب الاتفاق فإن الأوضاع المقررة أمام القضاء هي المطبقة على أن لا يتجاوز سير خصومة التحكيم أجال أربعة أشهر. وحسن فعل المشرع حينما نص على هذه المدة باعتبار أن بعض المنازعات بما فيها منازعات الصفقات العمومية هي منازعات تأثر على المصلحة العامة وعلى المرافق العامة، وبذلك كان لا بد من ضبط أجال سير الخصومة التحكيمة في التحكيم الداخلي.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فالأصل فيه أيضا هو لسلطان الإرادة حيث أن الأطراف المتنازعة في التحكيم الدولي هي التي تتفق على الآجال والأوضاع المقررة إما بأنفسهم أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي أو بالإحالة بموجب الاتفاق إلى قانون بلد ما، إلا أنه في حالة عدم الاتفاق على كل ذلك فإن الآجال والإجراءات يتم تحديدها من قبل المحكمين سواء كان فردا أم هيئة، حيث يصبح لهيئة التحكيم سلطة ضبط الإجراءات والقانون المطبق على الخصومة التحكيمية[2] في حالة غياب الاتفاق.

---

1 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص88-89.

2 موساوي مليكة، المرجع السابق، ص 186.

/المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

وهذا ما نستنتجه من نص المادة1043 :" **يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم**".

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

أعطى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة واسعة للأطراف المتعاقدة في الصفقة العمومية من أجل الاتفاق على ضبط شروط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، إلا أن الأمر أوسع وأخطر في التحكيم الدولي لأنه في حالة غياب الاتفاق فإن ذلك يعطي سلطة للمحكم في وضع القانون الإجرائي والقانون الموضوعي الذي يطبق على النزاع[1] وبذلك قد يثر ذلك القانون على المصلحة العامة في الصفقة العمومية ولذلك وجب على المصلحة المتعاقدة أن تكون على علم بالقانون الإجرائي والقانون الموضوعي المراد اللجوء إليه في اتفاق التحكيم بهدف تقييد سلطة المحكم في التحكيم الدولي.

وحيث أن الخصومة التحكيمية مبنية على ما اتفق عليه الخصومة كأصل عام فإن معرفة إجراءات انطلاقها تكون وفقا لما تم العمل به، حيث أن القفه يرى بأن بدأ الخصومة التحكيمية، يكون بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى هيئة التحكيم متضمنا الإفصاح على الاعتداء على حق من حقوقه، وهنا يتعين على هيئة التحكيم إخطار المحتكم ضده للرد على طلب الطرف المدعي.

إن تاريخ إرسال الطلب لهيئة التحكيم هو تاريخ بدأ الخصومة التحكيمية حيث يبدأ منه حساب مواعيد انتهاء الخصومة التحكيمية المتفق عليها أو التي حدد القانون[2].

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تاريخ بدأ إجراءات التحكيم هل هي من تاريخ إرسال طلب التحكيم أم من تاريخ تعيين محكمة التحكيم؟

بالرجوع إلى المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:" .... **يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم...**".

1عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2001، ص5.

2لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص226-228.

هذه المادة اعتراها الغموض والخلط في تحديد تاريخ بدأ الخصومة التحكيمية حيث يرى جانب من الفقه، أن المشرع الجزائري أشار إلى تاريخ تعيين المحكمين[1]، كما تلاحظ الباحثة أن المشرع أشار أيضا إلى تاريخ إخطار المحكمة وهما تاريخين منفصلين[2]، في حين يرى جانب آخر من الفقه[3] أن المشرع الجزائري قد تعمد الإشارة إلى التاريخين في بدأ الخصومة التحكيمية وذلك من خلال التمييز بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي حيث أن التحكيم الحر تبدأ الخصومة التحكيمية فيه من تاريخ تشكيل محكمة التحكيم، في حين في التحكيم المؤسسي تبدأ الخصومة التحكيمية من تاريخ إخطار المحكمة من قبل مؤسسة التحكيم ، وهو الرأي المرجح في تفسير هذه المادة، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع في توضيح الفرق بين التاريخين في صياغة هذا النص القانوني.

وبتشكيل محكمة التحكيم تشكيلا صحيحا، بعد قبول المحكمين للمهام المسندة إليهم[4]، أو بعد انتهاء إجراءات الرد[5]، تنطلق الخصومة التحكيمية إما من تاريخ تعيين آخر محكم، إذا كان هيئة التحكيم تتكون من عدد من المحكمين، أو من تاريخ إخطار الخصم لهيئة التحكيم بطلب التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسي، تبدأ هيئة التحكيم أولا بالنظر في اختصاصها إعمالا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص[6]، والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة1044 وذلك قبل أي دفاع في الموضوع وبعد ذلك يبدأ المحكم في لعب الدور الأساسي في سير الخصومة التحكيمية وهو ما سأوضحه من خلال العنصر التالي:

ثانيا: الضمانات المقررة في الخصومة التحكيمية[7]

نصت المادة 1019 من قانزن الإجراءات المدنية والإدارية على:" **تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.**" يتبين من هذه المادة أن الخصومة التحكيمية كالخصومة القضائية تتميز بمراعاتها للضمانات الأساسية للتقاضي، فالمحكم يلتزم باحترام هذه المبادئ والضمانات في الدعوى المعروضة أمامه، كمبدأ طلب الفصل في النزاع، ومبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ الوجاهية، كما عليه احترام مبدأ

1 عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص90.

2 المادة 1018من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

3 لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 228-229.

4 فتحي والي، المرجع السابق، ص 284.

5 فتحي والي، المرجع نفسه، ص324.

6 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص17.

7 طارق فهمي الغنام، المرجع نفسه، ص213.

الحق في الدفاع، ومبدأ عدم جواز قضاء المحكم بعلمه الشخصي وإنما بقواعد القانون أو القواعد المتفق عليها خاصة في العلاقات الدولية[1].

كما يمارس المحكمين دور مهم وسلطات عديد في سير الخصومة التحكيمية مثل القضاة، تتمثل في النظر في النزاع، الفصل في الدفع بعدم الاختصاص، إرسال طلب التحكيم للطرف الآخر للرد عليه، كما لهم سلطة ندب الخبير، وسلطة اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، وتحرير المحاضر والقيام بأعمال التحقيق، وسلطة إصدار الأحكام، كالحكم التمهيدي والمستعجل والمؤقتة والحكم النهائي الفاصل في النزاع[2]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 1020 و1022و1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي، وما نص عليه في المواد 1044و1046و1047و1049و 1050 من نفس القانون بالنسبة للتحكيم الدولي.

نستنتج من هذه المواد أن دور وسلطة المحكمين وطبيعة مهامهم هي طبيعة قضائية، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على خصوصية الصفقة العمومية كعقد إداري، فهل يمكن اعتماد مبدأ الوجاهية بين الإدارة والخصم، وهل يمكن التمثيل بمحامي في الخصومة التحكيمية سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، خاصة وأن الأشخاص المعنوية العامة معفية من التمثيل بمحامي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عكس المتعاقد معها كشخص خاص أين يفرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الدعوى الإدارية التمثيل بمحامي.

هذه الجزئيات أغفلها المشرع الجزائري في تنظيمه للتحكيم الداخلي والدولي، وعليه:

ترى الباحثة أنه بالرجوع إلى المادة 1019 نجد بأنها نصت على: " **تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.**

يتبين من هذه المادة أن الأوضاع المقررة على الخصومة التحكيمية هي نفس الأوضاع المقررة على الخصومة القضائية وبالتالي تكون الخصومة التحكيمية كالدعوى القضائية الإدارية من حيث التمثيل ومن حيث المواعيد ومن حيث تبادل العرائض والمرافعات والضمانات وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أي أن الأصل في تنظيم الخصومة التحكيمية هي لسلطان إرادة الأطراف المتنازعة.

---

1 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص213.

2 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ص344-376.

/فتحي والي، المرجع السابق، ص ص505-509.

/عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص95-96.

أثناء سير الخصومة التحكيمية قد تثار مسائل تؤدي إلى وقف أو إنهاء الخصومة التحكيمية مثل الدعوى القضائية يطلق عليها بعوارض الخصومة، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي:

هل نص المشرع على عوارض الخصومة وما هي هذه العوارض؟

الفرع الثاني: عوارض الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية

يقصد بعوارض الخصوم الإشكالات والمسائل التي تثور أثناء سير الخصومة التحكيمية والتي من شأنها أن تؤدي إلى وقف الخصومة أو انقطاعها[1].

لم ينص المشرع صراحة على حالات وقف الخصومة وحالات انقطاعها إلى أنه أشار إليها بصفة عرضية عندما تناول حالات رد المحكم، وسير الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وذلك في المواد من 1019 إلى 1024 في التحكيم الداخلي والمواد من 1043 إلى 1044 بالنسبة للتحكيم الدولي، وهو ما سأحاول توضيحه من خلال دراسة هذه النصوص من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء الدراسة الفقهية وذلك من خلال العناصر التالية:

أولا: وقف الخصومة التحكيمة

ثانيا: انقطاع وانتهاء الخصومة التحكيمية

أولا: وقف الخصومة التحكيمية

يقصد بوقف الخصومة التحكيمية هو وجود سبب أجنبيي لا ولاية للمحكم فيه[2]، حيث أن هذا السبب يخرج عن اختصاص المحكم في البث فيه،مما يؤدي إلى وقف سير الخصومة إلى حين زوال أو وضوح السبب، والوقف هو انقطاع مؤقت لسير الخصومة التحكيمية حيث يترتب عنه وقف سيران ميعاد التحكيم ووقف الخصومة التحكيمية إلى حين زوال سبب الوقف، ويكون سبب الوقف إما باتفاق الأطراف المتخاصمة، أو بسبب هيئة التحكيم، أو بسبب القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم خاصة في التحكيم الدولي[3].

يعتبر تنظيم أسباب وقف الخصومة من الأسباب الإجرائية التي تنظمها القوانين الإجرائية، وبالفعل تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة وقف الخصومة التحكيمية في المادة 1021 بنصها على:" ...**إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي،**

1 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 254.

2 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص160.

3 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ص380-387.

يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.".

يتبين من هذه المادة أن أسباب وقف الخصومة التحكيمية هي التزوير أو العارض الجنائي الذي يعتري النزاع أو أطراف الدعوى، حيث أن على هيئة التحكيم الأمر بوقف الخصومة[1] إذا دفع أحد الخصوم بأن هناك وثيقة مهمة في ملف الدعوى مزورة فيتم إحالة الطلب الخاص بالتزوير إلى الجهة القضائية المختصة للفصل فيه، وعلى هيئة التحكيم بمجرد الفصل في الطلب العارض من الجهة القضائية أن تعود للسير في الخصومة وذلك بعد صدور الحكم القضائي النهائي الفاصل في العارض.

إن سبب الوقف الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة السالفة الذكر هو بسبب القانون حيث أن القانون المذكور هنا هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمتى توفرت الحالات المذكورة في المادة 1021 منه يتم وقف الخصومة بقرار من هيئة التحكيم ويترتب على ذلك وقف ميعاد سير الخصومة.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي فلم يشر المشرع الجزائري إلى وقف الخصومة[2]، في حين اعتبر الفقه أن التزوير يعد سبب من أسباب وقف الخصومة في التحكيم الدولي متى كان المزور له ارتباط وثيق بالنتيجة والحكم الذي سيصدر في الخصومة[3].

كما اعتبر جانب من الفقه أن طلب رد المحكم هو سبب من أسباب وقف الخصومة التحكيمية[4]على أساس ما نصت عليه بعض الأنظمة المقارنة كلائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لمركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام1993[5]، وبالرجوع إلى رأي هذا الجانب من الفقه نجده يتماشى ونص المادة1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة أخيرة :" **...في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءا على طلب من يهمه التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن.**".

يفهم من هذه المادة أن طلب رد المحكم يؤدي إلى وقف الخصومة إلى حين الفصل في الرد، ومن يهمه التعجيل في سير الخصومة في حالة عدم الفصل في رد المحكم، له أن يرفع الأمر إلى

1 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص160.

/لزهر بن سعد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص255.

2 عبد الحميد الأحدب، ملحق الكتاب الأول، المرجع السابق، ص94.

3 عبد الحميد الأحدب، ملحق الكتاب الأول، المرجع نفسه ، ص95.

4 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص ص380-387.

5 لزهر بن سعد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص257.

القاضي المختص إقليميا من أجل الفصل في طلب الرد بموجب أمر غير قابل للطعن فيه[1] وذلك حتى لا تتعطل الخصومة التحكيمية.

ثانيا: انقطاع وانتهاء الخصومة التحكيمية

يقصد بانقطاع خصومة التحكيم وقف إجراءاتها لأسباب حددها القانون، ترتبط هذه الأسباب بتغيير في حالة الخصوم أو تغيير في مراكزهم القانونية[2]، أما انتهاء خصومة التحكيم فيقصد بها إنهاء إجراءات التحكيم قبل إصدار حكمها الفاصل في النزاع.

1- إنقطاع الخصومة التحكيمية

يرى جانب من الفقه كالأستاذ لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة انقطاع خصومة التحكيم، على عكس المشرع المصري الذي أشار إلى أسباب انقطاع الخصومة التحكيمية في المادة 130 من قانون المرافعات المصري والتي نصت على:" **...بوفاة أحد الخصوم أو بفقدان أهلية التقاضي أو بزوال صفة من كان يباشر الدعوى...**"[3].

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر حالة وفاة أحد الخصوم ليست سبب من أسباب إنقطاع خصومة التحكيم وإنما سبب من أسباب انتهاء التحكيم بذليل ما نصت عليه المادة 1024 فقرة أخيرة :"..**ينتهي التحكيم...بوفاة أحد أطراف العقد.**"

إن وفاة أحد أطراف الخصومة يعتبر في التشريع المقارن سبب من أسباب الانقطاع للخصومة التحكيمية في حين يعتبره المشرع الجزائري سبب من أسباب انتهاء الخصومة التحكيمية، وهنا يفهم منه أن المشرع يعتبر الخصومة التحكيمية شخصية في حين يمكن أن تنتقل الخصومة التحكيمية إلى الورثة بانتقال الحقوق المالية لهم وهو ما بيناه سابقا من موقف المشرع المصري.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على بعض الحالات التي تدخل في مفهوم انقطاع الخصومة المنصوص عليها في الأنظمة المقارنة تحت عنوان انتهاء الخصومة، مثلا الإشارة في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى حالة وفاة أحد المحكمين أو تنحيته، أو استبداله يمكن أن يؤدي ذلك إلى الاتفاق على تغيير المحكم مما يترتب عنه انقطاع الخصومة عوضا

1 المادة1016 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص388.

3 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص257.

عن انتهاءها، لأن الفرق بين الانقطاع والانتهاء هو واضح فالانقطاع يجيز العودة في سير إجراءات الخصومة بعد زوال سبب الانقطاع[1]، أما الانتهاء فيضع حدا نهائيا لسير خصومة التحكيم.

2-انتهاء الخصومة التحكيمية بغير الحكم فيها

بالرجوع إلى نص المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها سابقا نجد أن المشرع الجزائري حدد حالات انتهاء الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي بغير الحكم فيها في الحالات التالية:

-حالة وفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته أو تنحيته أو حصول مانعله، وحالة اتفاق الأطراف على استبدال المحكم، وحالة استبدال المحكم من المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم.

-حالة انتهاء المدة المقررة للتحكيم، إذا اتفق الأطراف على مدة التحكيم، وحالة انتهاء مدة الأربع أشهر من تاريخ تعيين المحكمين أو إخطارهم متى لم يتفق الأطراف على مدة التحكيم.

-حالة فقد الشيء المتنازع عليه وحالة انقضاء الدين المتنازع فيه.

نلاحظ من خلال هذه الحالات بعض الأحيان الغموض وعدم الوضوح وهو الأمر الذي تنبه إليه الأستاذ عبد الحميد الأحدب خاصة في حالة استبدال المحكم أو رفضه القيام بمهمته[2] فهذه الحالة لا تؤدي إلى انتهاء الخصومة مادام أن الأطراف يمكنهم تعيين محكم آخر بدلا عنه.

يترتب عن انتهاء الخصومة التحكيمية انتهاء مهمة هيئة التحكيم تماما، حيث لا يصبح لها أي صفة في اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي حكم بعد صدور حكما بانتهاء الخصومة[3].

من خلال ما سبق دراسته في هذا المبحث يتبين لنا المشرع الجزائري تناول الخصومة التحكيمية من تعيين لهيئة التحكيم إلى غاية انتهاء الخصومة التحكيمية، حيث لاحظنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توفرها في المحكم الأمر الذي استنتجناه من حالات رد المحكم ومن القواعد العامة للتقاضي سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه استنتجنا شروط تعيين المحكمين من خلال ما تضمنته المواد 1014 إلى غاية المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي، كما بينا كيف يتم تعيين

1 طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص161-162.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص259.

2 عبد الحميد الأحدب، ملحق الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 98-99.

3 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص242.

المحكمين في التحكيم الدولي من خلال تحليل المواد 1041 و1042 لنسلط الضوء بعد ذلك على شروط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية وحالات وقفها وانقطاعها وحالات انتهائها حيث تبين لنا أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغة بعض النصوص وفي ضبط بعض الحالات، كما أنه لم ينص على انقطاع الخصومة التحكيمية، بل اكتفى بتعداد حالات انتهاء الخصومة التحكيمية.

-لاحظنا أيضا أن المشرع الجزائري أدرج بعض الحالات التي يعتبرها القانون والفقه المقارن من بين حالات الانقطاع ضمن حالات الانتهاء، كتنحية أو استبدال المحكم أو وفاته.

كما أن المشرع الجزائري أدرج المادة 1009 في حالات انتهاء الخصومة التحكيمية، في حين أن المادة 1009 تتعلق بتعيين المحكمين، حيث أنه إذا تعذر تعيين المحكمين لي سبب من الأسباب فإن القاضي يأمر بأن لا وجه للتعيين، وبذلك لا تنطلق أساسا الخصومة التحكيمية لعدم تعيين المحكمين للأسباب المذكورة في المادة 1009، في حين أن المادة 1024 التي أحالة إلى المادة 1009 تتعلق بانتهاءخصومة التحكيم، وهذا ما استنتجته الباحثة من المنهجية التي اعتمدها المشرع الجزائري حين نص على حالات انتهاء الخصومة التحكيمية، حيث جاءت المادة 1024 تحت عنوان الفصل الثاني الخصومة التحكيمية، في حين جاءت المادة1009 تحت عنوان شرط التحكيم ولهذا، وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة نص المادة 1024 لرفع الغموض واللبس عن مضمون المادة.

-كما لاحظنا أيضا من خلال تعداد حالات انتهاء الخصومة التحكيمية أن المشرع الجزائري أدرج حالة وفاة أحد الخصوم في الخصومة التحكيمية ضمن حالات انتهاء الخصومة، في حين أنه يمكن أن تستمر إجراءات الخصومة التحكيمية من قبل الخلف العام أو الخلف الخاص للأطراف النزاع خاصة وأن طبيعة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي ذات طابع مادي.

-يلاحظ أيضا أن من أسباب انتهاء الخصومة التحكيمية هو توصل الأطراف إلى تسوية ودية للخلاف وحيث أن تنظيم الصفقات العمومية قد نص على شرط التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية في المادة153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية فهذا سبب من أسباب انتهاء الخصومة التحكيمية وهو من الأسباب التي نص عليها القانون المصري، وعليه وجب على المشرع الجزائري اعتبار التسوية الودية للنزاع بين طرفي الصفقة العمومية هو سبب من أسباب انتهاء الخصومة التحكيمية بغير الحكم فيها.

-أيضا يمكن لخصومة التحكيم أن تنتهي باتفاق أطراف النزاع على التخلي عن الخصومة التحكيمية وهذا ما أشار إليه القانون المصري، وأغفله المشرع الجزائري والسبب في ذلك يعود إلى أن التحكيم مبني على إرادة أطراف النزاع مثلما يبدأ باتفاق قد ينتهي باتفاق الأطراف المتنازعة.

كما قد تنتهي الخصومة التحكيمية بالطريقة العادية وهي الفصل في النزاع بحكم تحكيمي وعليه نتساءل ماهو حكم التحكيم وماهي شروطه وماهي طبيعته القانونية هل له طبيعة قضائية أم اتفاقية وهو ماسنحاول توضيحه في المبحث التالي.

المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعة الصفقات العمومية

بعد انتهاء الأطراف المتنازعة من تناول المذكرات والمستندات والتحقيق في الدعاوى المرتبطة بكل طرف وسماع المرافعات يحجز المحكم الدعوى للحكم فيها، والحكم هو أحد إجراءات المحكمين الذي يفصل في النزاع بشكل حاسم جزئيا أو كليا الأمر الذي يجعلنا نتساءل:

ماهو حكم التحكيمي وهل يشترط فيه شروط معينة كالحكم القضائي، ماهي الأثار المترتبة عنه وماهي طبيعته القانونية هل له طبيعة اتفاقية أم له طبيعة قضائية وإذا كانت الإجابة بأن له طبيعة قضائية هل يجوز الطعن فيه كالطعن في الأحكام القضائية وهل يختلف الأمر هنا بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي.

للإجابة على هذه التساؤلات إرتأينا تقسيم المبحث إلى مطلبين، مطلب أول نخصصه لماهية حكم التحكيم أي تعريفه شروطه وآثاره لنحدد بذلك طبيعته القانونية ومطلب ثاني نخصصه للطعن في حكم التحكيم وتنفيذه.

المطلب الأول: ماهية حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية

لإعطاء صورة واضحة لمفهوم حكم التحكيم كان لابد لنا من التطرق إلى تعريفه وشروطه والآثار المترتبة عنه حتى يسهل علينا تحديد الطبيعة القانونية له، وعليه نقسم المطلب إلى فرعين فرع نخصصه لمفهوم حكم التحكيم وفرع نخصصه للطبيعة القانونية لحكم التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية

حكم التحكيم كالحكم القضائي هو كل أمر أو قرار يصدر عن المحكمة بعد غلقها باب المرافعات للفصل في النزاع المعروض أمامها ولحكم التحكيم أنواع وشروط حتى يكون الحكم صحيح وغير عرضة للبطلان نحاول دراستها من خلال العناصر التالية:

أولا– تعريف حكم التحكيم وتبيان أنواعه.

ثانيا– شروط حكم التحكيم.

أولا–تعريف حكم التحكيم وتبيان أنواعه

لإعطاء تعريف لحكم التحكيم سنحاول البحث في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال التساؤل التالي هل عرف المشرع الجزائري حكم التحكيم أم لا، وماهو موقف القضاء والفقه من تعريف الحكم التحكيمي؟

1-تعريف حكم التحكيم

أ-التعريف التشريعي لحكم التحكيم

نص المشرع الجزائري تحت عنوان التحكيم الداخلي وبالتحديد في أحكام التحكيم في المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه**"، كما نصت المادة 1035 من نفس القانون على:"**يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ...**"[1]

كما نص المشرع تحت عنوان التحكيم الدولي وبالتحديد في المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على:" **يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**"، كما نصت المادة 1050 من نفس القانون على:" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها نلائمة.**"[2]

من خلال استقراء هاته المواد يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا واضحا ودقيقا لحكم التحكيم وإنما أشار إلى أنواعه أحيانا، وإلى آثاره أحيانا أخرى وعليه نستنتج من هذه المواد أن حكم التحكيم وهو الحكم الجزئي أوالحكم النهائي المبني على اتفاق اللأطراف أو قواعد القانون المتفق عليه أو قواعد القانون والأعراف التي تراها المحكمة ملائمة.

وفي غياب التعريف الواضح لحكم التحكيم يمكن استنتاج تعريفه من هذه المواد على أنه كل مايصدر عن محكمة التحكيم في إطار الفصل في النزاع.

---

1 المادتين1030-1035 من قانون أجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 المادتين 1049-1050 من نفس القانون.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري أشار إلى أن هناك أنواع لحكم التحكيم فهناك الحكم الجزئي والحكم النهائي الفاصل في النزاع وهناك الأوامر التي تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية وهو مانصت عليه المادة 1046من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" **يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءا على طلب أحد الطراف مالم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك...**".

وعليه تستنتج الباحثة من هذه المواد أن حكم التحكيم هو العمل القانوني أو التصرف القانوني الذي يصدر عن محكمة التحكيم والذي يرتب أثر قانوني ويؤدي إلى الفصل في النزاع برمته أو في جزء منه بحيث يترتب عنه تخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

ب-التعريف القضائي لحكم التحكيم

عرف القضاء الفرنسي أحكام التحكيم على أنها تصرفات المحكمين الذين يفصلون بطريقة نهائية كليا أو جزئيا في النزاع الذي طرح عليهم[1]، فالحكم التحكيمي المنهي للخصومة هو ببساطة الحكم الذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة التحكيمية بأكملها وإنهاء إجراءاتها أمام هيئة الحكيم سواء كان حكما فاصلا في النزاع بإجابة طلبات المدعي أو رفضها أو كان حكما إجرائيا ينهي الخصومة دون الفصل في موضوها كالحكم بعدم الإختصاص[2].

ج-التعريف الفقهي لحكم التحكيمي:

الحكم بصفة عامة هو كل أمر أو قرار يصدر من المحكمة ولو لم يكن فاصلا في الخصومة، كما يعرف أيضا بأنه كل أمر أو قرار يصدر عن المحكمة ويكون منهي للنزاع[3]، أما حكم التحكيم هو ذلك القرار الذي يصدره المحكمون بعد غلق باب المرافعات بناء على السلطة التي خولها لهم الخصوم في اتفاق التحكيم[4].

1 عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 164.

2 مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص39.

3 أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص703.

/محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، دون طبعة، القاهرة، مصر،2002، ص181.

4 طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 219-220.

كما يعرف أيضا بأنه تصرف المحكمين الذي يفصل بطريقة نهائية كليا أو جزئيا في النزاع الذي طرح عليهم، تعلق الأمر بالموضوع أو بالإختصاص أو بسبب إجرائي يؤدي إلى وضع حد لسير الخصومة[1].

من خلال التعاريف السابقة سواء التشريعي أو الفقهي أو القضائي يتبين أن لحكم التحكيم أنواع هي حكم تحكيم نهائي وهو الحكم الذي يفصل في جميع النقاط المتنازع فيها حيث يوضع لها حد ويؤدي إلى نهاية ولاية المحكمين، وهناك الحكم الجزئي والذي يقصد به الأحكام التي تصدر في جزء من النزاع، إلا أن المشرع لم يبين ماهي الأنواع أو المجالات التي تصدر فيها أحكام جزئية أو أحكام تحضيرية ولم يفرق بين الحكم الجزئي والحكم التحضيري إلا أنه اعتبر كل من الحكم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ وهو نفس الرأي الذي دهب إليه الأستاذ عليوش قربوع في مرجعه التحكيم التجاري الدولي المشار إليه سابقا.

من خلال التعاريف السابقة تستنتج الباحثة أن حكم التحكيم هو العمل القانوني أو التصرف القانوني الذي يصدر عن محكمة التحكيم والذي يرتب أثر قانوني ويؤدي إلى الفصل في النزاع برمته أو في جزء منه على أن يكون قابلا للتنفيذ من الأطراف المتنازعة ويؤدي في حال الفصل النهائي في النزاع إلى تخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه[2] وله أنواع سواء قبل الفصل في النزاع أو بعد صدور الحكم النهائي نجد أحكام تحكيمية مفسرة أو مصححة وعليه ولإعطاء مفهوم أكثر لحكم التحكيم وتوضيح أكبر نتساءل ماهي هذه الأنواع وماذا يقصد بها.

2-أنواع حكم التحكيم

نصت المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.**"[3]، كما نصت المادة 1035 من نفس القانون على: "**يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ...**"[4].

1 عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص163.

2 المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

3 المادة 1030 من نفس القانون.

4 المادة 1035 من نفس القانون.

كما نصت المادة 1046 من نفس القانون على :" **يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءا على طلب أحد الخصوم مالم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك...**".[1]

كما نصت على ذلك أيضا المادة 1049 من نفس القانون " **يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.**"[2]

من خلال هذه المواد نستطيع أن نستنتج أهم أنواع أحكام التحكيم التي وردت في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي في المواد 1030 و 1035 وكذا أنواع أحكام التحكيم التي وردت في القسم الخاص بالتحكيم الدولي في المواد 1046 و 1049 من خلال المفاهيم التالية:

حكم التحكيم النهائي وهو الحكم المنهي للخصومة التحكيمية والذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة التحكيمية بأكملها وانهاء اجراءاتها أمام هيئة التحكيم سواء بحكم فاصل في الموضوع بإجابة طلبات المدعي أو رفضها وهو الحكم الذي يفصل بشكل قطعي في موضوع النزاع كليا أو جزئيا، أو كان حكم إجرائي ينهي الخصومة دون الفصل فيها كالحكم بعدم الإختصاص والذي يفصل فيه بحكم أولي حسب ما نصت عليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"... **تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبط بموضوع النزاع.**".

أو أن يسحب المدعي دعوى التحكيم وتصدر محكمة التحكيم حكم بإنهاء الإجراءات[3] أو أن يطلب اللأطراف المتنازعة من محكمة التحكيم إصدار حكم اتفاقي يتضمن تسوية ودية بين الطرفين لتسوية النزاع وهنا تقوم محكمة التحكيم بصياغة حكم التحكيم الإتفاقي أي صياغة بنود الإتفاق الودي للأطراف المتنازعة وهو مانصت عليه المادة 1049 من نفس القانون:" **يجوز لمحكمة التحكيم إصدار اتفاق أطراف أو أحكام جزئية مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**".

وهناك الأحكام المؤقتة أو التحفظية التي نصت عليه المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف...**". فالأحكام المؤقتة أو التحفظية أو التحضيرية هي أحكام قابلة للتنفيذ وهي تلك الأحكام التي تصدرها محكمة التحكيم بناءا على طلب أحد أطراف النزاع التحكيمي والذي يطلب منها اتخاذ ماتراه من تدابير تقتضيها طبيعة النزاع ولهيئة التحكيم أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات

1 المادة 1046 من نفس القانون.

2 المادة 1049 من نفس القانون.

3 مصلح أحمد الطراونة ، المرجع السابق، ص ص 39-45.

اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتنفيذ الحكم التحضيري أو الجزئي أو النهائي وهو ما أكدته المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

وهناك حكم التحكيم الذي تصدره محكمة التحكيم لتصحيح مايقع في حكمها الأصلي من أخطاء مادية أو حسابية والحكم التفسيري الذي يوضح الغموض الذي يشوب حكم محكمة التحكيم وهو مابينته المادة1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:" ... **غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.**".

من خلال ماسبق يتبين لنا أن الأحكام التحكيمية تنقسم إلى ثلاث أقسام:

– أحكام نهائية وهي التي تفصل في النزاع نهائيا إما فصل كلي أو فصل نهائي لجزء من النزاع.

–أحكام جزئية وهي التي تصدر في جزء من النزاع دون أن يكون منهي للخصومة كالحكم الأولي والحكم التحضيري.

–أحكام تحكيم لاحقة وهي الأحكام التصحيحية أو التفسيرية أو التكميلية لإغفالات التي تكتشف.

ثانيا: شروط حكم التحكيم

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدة شروط وجب توفرها في حكم التحكيم، يمكن تقسيمها إلى شروط شكلية وشروط موضوعية.

1–الشروط الشكلية التي يجب توفرها في حكم التحكيم[2]

نصت المادة1027 و 1028 و 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت قسم التحكيم الداخلي على جملة من الشروط الشكلية لحكم التحكيم، ويقصد بالشكلية هي الشروط المرتبطة بشكل أو بالمظهر الخارجي أو المادي لحكم التحكيم حيث أن أهم شرط شكلي هو الكتابة فهي وسيلة

---

1 المواد 1030-1035-1046-1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدرسالف الذكر.

/ مصلح أحمد طراونة، المرجع نفسه، ص 40-41.

/ عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 163-169.

2 المواد 1027-1028-1029-1052-1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مصدر سالف الذكر.

/لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 291-292.

/طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص ص 221-234.

/عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص170.

من وسائل الإثبات ولذا وجب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا ويتضمن عدة بيانات هي اسم ولقب المحكمين في النزاع، تاريخ صدور الحكم ومكانه، أسماء وألقاب وصفة وموطن ومقر أطراف النزاع سواء كانا شخص طبيعي أو معنوي وأسماء وألقاب وصفة ممثليهم أو محاميهم عند الإقتضاء.

كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفوعهم وأن يتضمن الحكم الأسباب التي بني عليها أي يجب أن يكون مسبب وهذا لإتاحة مجال الرقابة على الأحكام التحكيمية، إضافة إلى شرط التوقيع حيث يجب أن يوقع المحكمين على حكمهم وفي حالة رفض أحدهم التوقيع يجب أن يشير بقية المحكمين إلى ذلك وهنا اعتبر المشرع الجزائري الحكم التحكيمي مرتبا أثاره واعتباره موقعا من جميع المحكمين وهذا ما نصت عليه المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما اشترط المشرع الجزائري تسليم صورة الحكم وإيداع أصله حتى يتم تنفيذه وهذا ما نص عليه تحت قسم التحكيم التجاري الدولي في المادة 1052 بنصها على:"**يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفق باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها**"، حيث يفهم من هذه المادة أن الكتابة تعتبر ضرورية في حكم التحكيم سواء كان داخلي أو دولي.

2-الشروط الموضوعية التي يجب توفرها في حكم التحكيم[1]

يهدف أطراف اتفاق التحكيم إلى حسم ما نشب من خلاف بينهم وذلك عن طريق عرض نزاعهم على المحكمين بدلا من القضاء وعليه كان لابد من أن يكون حكم التحكيم حكما فاصلا في النزاع مرتبا لأثاره القانونية على أطراف النزاع منهيا كليا أو جزئيا للخلاف المعروض على المحكمين ولذلك يعد سبب من أسباب بطلان حكم التحكيم تجاوز المحكم حدود مهمتهأو التصدي لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم، وأن لا يكون موضوع النزاع مخالفا للنظام العام.

الفرع الثاني: الطبيعته القانونية لحكم التحكيم وآثاره

حكم التحكيم هو حكم فاصل في النزاع المرتبط بالجانب المالي والجانب التنفيذي للصفقة العمومية يتضمن جملة من الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لصحته ولإثباته وبمجرد صدوره يترتب عنه جملة من الآثار الأمر الذي يطرح التساؤل التالي ماهي الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و ماهي الآثار المترتبة عنه؟.

1 حمزة أحمد حداد، ص 383 -429.

/ لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص290-291.

/محمد احمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص 196-197.

للإجابة على هذه التساؤلات نقسم الفرع إلى قسمين الأول خاص بالطبيعة القانونية لحكم التحكيم والثاني خاص بآثار حكم التحكيم.

أولا: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم فأول هذه العملية هو الإتفاق عليه ونهايته هو صدور الحكم المنهي للخصومة والملزم للطرفين ونظرا لهذا المزيج بين الإتفاق والإلزام للعملية التحكيمية نطرح التساؤل التالي ما هي الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وما هو موقف المشرع الجزائري؟.

1-النظرية العقدية في التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن مصدر الحكم الذي يصل إليه المحكم هو اتفاق التحكيم حيث لا يجد هذا القرار قوته التنفيذية إلا في ذلك الإتفاق وعليه فالطبيعة التعاقدية للتحكيم هي التي تغلب على القرار أو حكم التحكيم[1].

تجد هذه النظرية أساسها في العقد الذي تقوم قوته الملزمة أساسا لتفسير العقد وصحته وبطلانه ونفاذه والالتزام بنتائجه ويكون حكم المحكم مرتبط باتفاق التحكيم الذي يكون لسلطان الإرادة دورا بارزا فيه.

هذه النظرية وجهت لها انتقادات على أساس أنها تنكر الدور القضائي للمحكم في الفصل في النزاع وتعتبر المحكمين مجرد وكلاء عن الأطراف في التحكيم.

2-النظرية القضائية في التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية على أن العملية التحكيمية تهدف في نهايتها إلى الفصل في النزاع بحكم تحكيمي حيث يثبتون الصفة القضائية لحكم التحكيم وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر إلا عملية تحضيرية للعمل الأساسي الذي هو حكم التحكيم فالمحكم هو قاضي الأطراف المتنازعة الذي يفرض حكمه على الجميع[2].

---

1 مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص39.

/ مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص49-50.

2 عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية،1993،ص 170.

/مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص40.

/أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة،1981، ص25.

كما يبرر أنصار هذه النظرية رأيهم بأن التحكيم يقوم بالمهمة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة وهي حسم النزاع، كما أن دور الإرادة المشتركة في اتفاق التحكيم مرتبط بالإرادة ودورها في القضاء، كما يؤكد أنصار هذه النظرية على اشتراك حكم التحكيم مع الحكم القضائية في شروطه وخصائصه وآثاره والضمانات المقررة للتقاضي كما يجوز الطعن في حكم التحكيم مثل الحكم القضائي وتنفيذه أيضا.

-تقدير النظرية القضائية

هذه النظرية تستبعد في تكييفها للطابع القضائي لحكم التحكيم النشأة الإتفاقية لسلطات المحكم حيث من اتفاق التحكيم يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، كما أن المحكم لا يمثل الدولة في إصداره الأحكام كالقاضي.

3-موقف الباحثة من الطبيعة القانونية لحكم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لم يتناول الفقه موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نستنتج مايلي:

-أن المواد المنظمة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي تأكد دائما على مبدأ سلطان الإرادة واتفاق الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية من حيث الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم شرطا كان أم اتفاقية، ومن حيث اتفاق الأطراف على تنظيم إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وعلى موضوع النزاع وكذا الإتفاق على تشكيل محكمة التحكيم، إلا أن هذا الإتفاق أو هذه الإرادة تجد مصدرها في القواعد القانونية التي أقرها لهم المشرع وليس من إرادة حرة ومستقلة.

-تنتهي الإرادة الحرة للأطراف المتنازعة بمجرد تشكيل محكمة التحكيم التي يبدأ دورها في تنظيم وسير إجراءات التحكيم واتخاذ التدابير والإجراءات والأحكام التي تراها مناسبة للفصل في النزاع سواء وفقا للقانون المتفق عليه أو وفقا للقانون أو الأعراف التي تراها مناسبة، وهي نفس السلطات المعطات للقاضي الذي يستمد سلطة من القانون ويطبق على النزاع القانون الذي حدده المشرع داخليا في إطار التحكيم بالقانون أو قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد الإسناد وقواعد الأعراف الدولية في إطار التحكيم الدولي.

- المحكم يلتزم بالشروط الشكلية والإجرائية التي فرضها القانون وكذا الشروط الموضوعية في إصدار الحكم التحكيمي.

/مصلح أحمد الطراونة، المرجع نفسه، ص 51.

-أن حكم التحكيم مصدره المحكم وأن اتفاق التحكيم مصدره إرادة الأطراف فلا يجب الخلط بين طبيعة اتفاق التحكيم وطبيعة حكم التحكيم هذا الأخير الذي يشترك مع الحكم القضائي في الشكل والإجراءات وفي حق الطعن وفي التنفيذ وفي الآثار المترتبة عنها وهو ما سنحاول توضيحه في العنصر الموالي.

نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري اعترف بأحكام التحكيم وبتنفيذها كما اعطى لأحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه وأجاز أيضا الطعن في أحكام التحكيم سواء الداخلية أو الدولية مما يفهم منه أن حكم التحكيم يشترك في التنظيم مع الحكم القضائي.

مما سبق تستنتج الباحثة أن حكم التحكيم كأثر مترتب عن اتفاق التحكيم هو ذو طبيعة قضائية أما اتفاق التحكيم فهو ذو طبيعة تعاقدية أما الطبيعة القانونية لعملية التحكيم برمتها فهي ذو طبيعة مختلطة.

ثانيا: آثار حكم التحكيم[1]

يترتب عن صدور حكم التحكيم عدة آثار يمكن تلخيصها في العناصر التالية:

-إن أهم أثر يترتب عن صدور حكم التحكيم هو استنفاد ولاية محكمة التحكيم، حيث بالرجوع إلى المادة1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على:"**يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه**"، يتبين لنا أنه بمجرد الفصل في النزاع تنتهي ولاية واختصاص المحكمة في النظر في النزاع لسبق الفصل فيه فلا يجوز لها العودة ثانية إلى نظره إلا في حالة تفسير أو تصحيح حكمها وهذا مايفهم من نص المادة 1030 فقرة 2 منها والتي نصت على أنه:"... **غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.**"

-يترتب عن صدور حكم التحكيم أيضا اعتباره حائزا لحجية الشيء المقضي فيه وتعني عدم جواز طرح النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء سواء قضاء الدولة أو القضاء التحكيمي وهذا ما يفهم من نص المادة1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :"**تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.**".

---

1 مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 156.

/المواد 1030-1031-1035-1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/ لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 307-319.

/عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص ص 189-194.

-يترتب عن صدور حكم التحكيم القوة الثبوتية له حيث يعتبر سند رسمي له قوة في الإثبات ويعتبر حجة بكل مادون فيه من أمور وهو بذلك كالحكم القضائي الذي لايكون حجة إلا على أطرافه وهذا ما أشارت إليه المادة 1038 بنصها:" لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه اتجاه الغير"، يفهم من هذه المادة أن أحكام التحكيم لها حجة وسبق الفصل في موضوعها بالنسبة لأطراف النزاع وهي حجة عليهم وعليه لا يمكنهم عرض النزاع على القضاء أو على التحكيم لسبق الفصل فيه[1].

-يترتب على صدور حكم التحكيم القوة التنفيذية للحكم حيث تعتبر القوة التنفيذية لحكم التحكيم صفة في الحكم التي تخوله الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري وهو ما يفهم من نص المادة 1035 والمادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية والدولية[2]، حيث يمكن تنفيذ حكم التحكيم مثل الأحكام القضائية ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو من هي الجهة المعنية بتنفيذ حكم التحكيم هل هي محكمة التحكيم أو قضاء الدولة، وهل يجوز الطعن في أحكام التحكيم بنفس طرق الطعن في الأحكام القضائية؟

سأحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

ميز المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في كل جزئياته من تنظيم لإتفاقه وكيفية سير خصومته وكذا كيفية الطعن في أحكامه وأوامر تنفيذه سواء بالإستئناف أو النقض، إلا أن الإشكال يطرح في استقراء كل من المادة 976 والمادة 977 والمادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي اعتراها الغموض والتناقض في مضمونها فمن جهة نجد بعض المواد التي تنص على أن كل مايتعلق بالتحكيم في المادة الإدارية يعتبر من اختصاص القضاء الإداري ومن ناحية أخرى تقتضي بعض المواد الأخرى تطبيق الأحكام الخاصة بالقضاء العادى على أوامر وأحكام التحكيم في المادة الإدارية.

---

1 لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق، ص309.

المواد 1035-1036-1038 من نفس القانون.

2 مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 156.

/المواد 1030-1031-1035-1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

/ لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق، ص ص 307-319.

/عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص ص 189-194.

وعليه نتساءل من هي الجهة القضائية المختصة بالطعن بالإستئناف والنقض في كل من أوامر التنفيذ أو أوامر رفض تنفيذ حكم التحكيم في الصفقة العمومية وكذا دعوى بطلان حكم التحكيم هل ينعقد الإختصاص للقضاء الإداري أو القضاء العادي وهل يختلف الأمر بين أحكام التحكيم الداخلي والدولي أم لا، لاسيما أن المادة 1054 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي بدورها أحالة إلى المواد من 1035 إلى المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي فما مدى دستورية هذه المواد المذكورة أعلاه والتي ترتب عنها الخلط بين قواعد اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي في مجال تنفيذ أحكام التحكيم والطعن فيها والتي تعتبر من قواعد النظام العام؟

للإجابة على هذه التساؤلات وتسليط الضوء على التناقضات نقسم المطلب إلى فرعين:

فرع أول: الطعن في حكم التحكيم.

فرع ثاني: تنفيذ حكم التحكيم.

الفرع الأول: الطعن في حكم التحكيم

تناولت المواد من 1006 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم قواعد التحكيم الداخلي، كما تطرقت المواد من1032إلى 1034 من نفس القانون إلى تنظيم قواعد التحكيم الدولي وحيث أن عملية التحكيم تنتهي بحكم صادر عن هيئة خاصة يطلق عليها هيئة أو محكمة التحكيم الأمر الذي يطرح معه السؤال التالي:

هل حكم التحكيم يقبل الطعن مثل أحكام القضاء في إطار الرقابة وفقا لمبدأ التقاضي على درجتين؟

وهل ميز هنا المشرع بين حكم التحكيم والأوامر المتضمن تنفيذ أورفض تنفيذ حكم التحكيم فإذا كانت الإجابة بنعم، فماهي طرق الطعن في أحكام التحكيم أو أوامر تنفيذها ومن هي الجهة المختصة بنظر الطعون هل هي القضاء الإداري أو القضاء العادي سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي؟

للإجابة على هذه التساؤلات إرتأت الباحثة تقسيم الفرع إلى قسمين:

أولا: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي.

ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.

أولا: الطعن في حكم التحكيم الداخلي والأوامر المرتبطة به

1-الطعن في حكم التحكيم الداخلي

نصت المادة 1032من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة...**"، كما نصت المادة 1033 من نفس القانون على:" **يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها...**".

أما المادة 1034 من نفس القانون فقد نصت على:" **تكون القرارات الفاصلة في الإستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.**".

يفهم من هذه المواد أن أحكام التحكيم الداخلي تقبل الطعن بالإستئناف وبالنقض فقط، وعليه نتساءل من هي الجهة القضائية المختصة بنظر الإستئناف والنقض في أحكام التحكيم الداخلي؟

وحيث أن المادة 976 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نصت على:" **تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية...**".

يفهم من هذه المادة أن كل مايتعلق بالقواعد المنظمة للتحكيم وإجراءاته والحكم فيها تخضع للقضاء الإداري أي المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، وبالرجوع إلى المادة977 من نفس القانون والتي نصت على:" **تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.'**، يفهم من هذه المادة ان كل مايتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها يكون بناءا على الرجوع إلى المقتضيات الواردة في هذا القانون والمتمثلة في المواد 1032 و1033 والتي جاءت تحت عنوان طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي وكذا المادة 1035 من نفس القانون والتي جاءت تحت عنوان في تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي فالمادة 1033من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على:" **يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم، مالم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم.'**.

أي أن هذه المواد منحت للأطراف حق الطعن بالإستئناف في حكم التحكيم الداخلي أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا أي التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بحكم التحكيم، مالم يوجد اتفاق بين الأطراف المتنازعة يتضمن التنازل عن حق الإستئناف، وهو نفس الموقف الذي ذهب إليه المشرع ومجلس الدولة في فرنسا[1].

1 وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص544.

نلاحظ من خلال المواد المذكورة أعلاه تعارض في تحديد الإختصاص النوعي في نظر الطعن في حكم التحكيم سواء الطعن بالإستئناف أو النقض خاصة إذا كان الحكم مرتبط بالصفقة العمومية حيث يخرج الطعن من اختصاص القضاء الإداري إلى اختصاص القضاء العادي ممثل في المجلس القضائي، وبالتالي فالمادة 977 مادة غير دستورية تستوجب الرقابة من طرف المحكمة الدستورية حسب ما نص عليه التعديل الجديد للدستور الجزائري لعام 2020 ليتدارك المشرع الجزائر الخلط والغموض في تحديد الإختصاص النوعي في الطعن في أحكام التحكيم في الصفقة العمومية، كما يطرح نفس الإشكال بالنسبة للطعن بالنقض في القرارات القضائية الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية أو استئناف الأوامر القاضية برفض التنفيذ حكم التحكيم في منازعات الصفقة العمومية كعقود إدارية تدخل أصلا في اختصاص القضاء الإداري وهذا الإشكال استنتجناه من نص المواد 1032 –1033–1034و1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمذكورة أعلاه.

2–الطعن في الأوامر القضائية المرتبطة بحكم التحكيم الداخلي

أجاز المشرع الجزائري الطعن في الأوامر القضائية المتضمنة رفض تنفيذ الحكم التحكيمي وذلك أمام المجلس القضائي كجهة قضاء عادي ولم يتطرق إلى خصوصية أوامر تنفيذ حكم التحكيم في الصفقة العمومية وهذا ما يفهم من نص المادة 1035 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **... يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشرة(15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي."**[1]

أما المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي هو محل الدراسة والتي نصت على:" **تكون القرارات الفاصلة في الإستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون."**[2]

يتبين لنا أن المشرع الجزائري أجاز الطعن بالنقض في القرار القضائي الفاصل في رفض أمر تنفيذ حكم التحكيم الداخلي ويبقى هنا الإشكال دائما مطروح هو هل النقض يرفع أمام المحكمة العليا

/لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص320.

/عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص205-206.

/محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 225.

1 المادة 1035 فقرة 3 من قانون ٱجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

2 المادة 1034 من نفس القانون.

باعتبارها جهة نقض عادية ستراقب شرعية القرار القضائي الفاصل في رفض التنفيذ المرفوعة أمام المجلس القضائي، أم أن مجلس الدولة صاحب الإختصاص في منازعات الإدارية هو صاحب الإختصاص بنظر الطعن في النقض؟

ترى الباحثة وجوب إعادة النظر في المادة 977 والتي أحالت كل ما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيه إلى الفصل الرابع والفصل الخامس المتعلق بأحكام التحكيم وطرق الطعن فيها في المواد المدنية والتجارية أمام المجلس القضائي الأمر الذي يعتبر اعتداء على قواعد الإختصاص القضائي التي هي من النظام العام، وعليه يجب رقابة مدى دستورية هذه المادة من أجل رفع الغموض واللبس فيها.

ثانيا: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

نص المشرع الجزائري على طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي في الفرع الثالث من القسم الثالث من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نجد المواد من1055 إلى1061 تناولت طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي وميزت بين الحكم الصادر في الخارج الذي يخضع إما للإعتراف أو التنفيذ في الجزائر من قبل القضاء الجزائري وبين حكم التحكيم الدولي الذي يصدر في الجزائر، حيث أشارت المواد المذكورة أعلاه الى الإستئناف والنقض وأضافت طريق جديد يتمثل في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي وعليه نتساءل ماهي الأحكام الخاصة بطرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي وماهو الطعن بالبطلان؟

للإجابة على هذه التساؤلان ترى الباحثة تقسيم هذا الجزء إلى طرق الطعن بالإستئناف والنقض وطريق دعوى البطلان كطريق من طرق الطعن من خلال التمييز بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج وبين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

1-الإستئناف والنقض كطرق طعن في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الخارج

نصت المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف.**"، يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز الإستئناف في الأمر القاضي برفض الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر والأوامر القاضية برفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر وليس في حكم التحكيم في حد ذاته وهو ما ذهبت إليه

التشريعات المقارنة التي قضت بعدم جواز الطعن في أحكام التحكيم الدولي إلا عن طريق دعوى البطلان[1].

كما نصت المادة 1056 من نفس القانون على:" **لايجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:..**".

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز الإستئناف في الأوامر القاضية بالإعتراف أو بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي في ست(6) حالات وردت على سبيل الحصر في المادة 1056 من هذا القانون وتتمثل في الحالات التالية:

-حالة فصل محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم، أواصدار حكم تحكيم مبني على اتفاق تحكيم باطل أو حالة انتهاء مدة التحكيم.

-حالة تشكيل محكمة أو تعيين محكم مخالف للقانون الذي اتفق الأطراف عليه.

-حالة فصل محكمة التحكيم بما لم يطلب منها.

-حالة عدم احترام محكمة التحكيم مبدأ الوجاهية أو المواجهة في التقاضي.

-حالة عدم تسبيب محكمة التحكيم لحكمها أوتناقض تسبيب الحكم.

-حالة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

هذه الحالات المذكورة أعلاه هي الحالات التي أجاز فيها المشرع الجزائري استئناف الأمر القاضي بالإعتراف بحكم التحكيم أو الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم وهي حالات وردت على سبيل الحصر وهي نفس الحالات التي نصت عليها التشريعات المقارنة[2].

كما نصت المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" **يرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد(1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.'،** يتبين من هذه المادة أنه يجوز لأطراف النزاع أي من يهمه الأمر والمتحصل على حكم تحكيم دولي والذي يريد الإعتراف به أو تنفيذه في الجزائر أن يتحصل على أمر من رئيس المحكمة المختصة

1محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص186.

/عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص206-207.

2 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص ص 323-328.

/محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص ص 194-219.

إقليميا بصدور حكم التحكيم أو محكمة محل التنفيذ وهذا الأمر المتضمن الإعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يجوز استئنافه متى توفرت حالة على الأقل من الحالات المذكورة أعلاه والمنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما بالنسبة للطعن بالنقض فتكون الأحكام الصادرة من المجلس القضائي كدرجة ثانية في إطار الإستئناف والمنصوص عليها في المواد 1055 و1056 ضف إلى الحالة التي سنتناولها لاحقا عند دراسة دعوى البطلان فهذه الأحكام الصادرة عن المجلس القضائي المختص اقليميا يمكن أن تكون محل طعن بالنقض حسب ما نصت عليه المواد المذكورة أعلاه، وحيث أن الصفقات العمومية عقود إدارية بقوة القانون فالأصل أن النقض يكون أمام مجلس الدولة كما بيناه سابقا إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح ذلك كما بيناه أعلاه.

مما سبق وباستقراء المواد 1055-1056-1057-1058 يتبين لنا أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ميز بين أحكام التحكيم الدولي والصادرة في الخارج والتي ترفع فيها دعوى استئناف أو نقض في أوامر الإعتراف بها أو أوامر تنفيذها، وبين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائري والتي أجاز فيه الطعن بالبطلان وهذا ما سيتم توضيحه فيمايلي:

2-دعوى البطلان كطريق للطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر

نصت المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.**"

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعون غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه."، وبالرجوع إلى المادة 1059 من نفس القانون نجدها نصت على:" **يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه.**

ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لايقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد(1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.".

يفهم من المواد المشار إليها سابقا أن المشرع الجزائري حصر شروط وآثار دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في الشروط والآثار التالية:

***بالنسبة لشروط دعوى البطلان:**

-ترفع دعوى البطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر فقط دون غيره من أحكام التحكيم.

-ترفع دعوى البطلان في أمر الإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 والمشار إليها سابقا.

-ترفع دعوى البطلان في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

***وبالنسبة لآثار دعوى البطلان فيترتب عنها مايلي:**

-ترتب دعوى البطلان بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ.

-ترتب دعوى البطلان بقوة القانون تخلي المحكمة المختصة اقليميا عن نظر طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه.

-ترتب دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم حسب مانصت عليه المادة 1060 من نفس القانون.

وفي الأخير نستنتج أن المشرع الجزائري أجاز الإستئناف والنقض في الأمر القاضي برفض الإعتراف أو رفض تنفيذ أو الأمر القاضي بالإعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج بناءا على المواد 1055-1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أجاز الطعن بالبطلان وبالنقض في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر بناءا على نص المواد 1058-1059-1060 من نفس القانون، كما أنه خص أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر بدعوى البطلان دون غيرها من أحكام التحكيم على غرار الأنظمة المقارنة التي تعترف بدعوى بطلان حكم التحكيم[1]، إلا أنه نص على اختصاص القضاء العادي والمتمثل في المجلس القضائي المختص بحكم التحكيم أو الذي سينفذ حكم التحكيم في دائرة اختصاصه دون أن يوضح ما إذا كان لأحكام التحكيم الدولي في الصفقة العمومية خصوصية فهل تكيف على أنها تدخل في التحكيم التجاري الدولي أم تبقى أحكام في المادة الإدارية باعتبار أن الدولة أو الإدارة العامة كطرف في نزاع صفقة عمومية ذات طابع دولي.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم

1 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص323.

/فتحي والي، المرجع السابق، ص ص 681-700.

/محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص ص 186-199.

/المواد من 1055 إلى 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الفصل الخامس من القسم الثالث من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطني أو الداخلي، كم خصص الفرع الثاني من القسم الثالث من الفصل السادس من نفس الكتاب للقواعد الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، وعليه نتساءل ما هي هذه القواعد التي تنظم شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم سواء الداخلية أو الدولية، وهل تطرح إشكالية في تنفيذ أحكام التحكيم بالنسبة للإدارة كشخص معنوي عام طرف في نزاع الصفقة العمومية؟

للإجابة على هذا التساؤل نقسم الفرع إلى قسمين:

أولا: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي.

ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

أولا: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي

نصت المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" **يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.**

يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.

يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي."[1]

يفهم من هذه المادة أن حكم التحكيم الداخلي مهما كان نوعه لايكون قابلا للتنفيذ إلا إذا حاز على القوة التنفيذية، حيث يختص رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم بالأمر بتنفيذ حكم التنفيذ ويكون هذا الأمر كالأمر على العرائض.

إن الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم يتيح لقضاء الدولة الرقابة على أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها، والمقصود بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية هو المحكمة الإدارية المختصة إقليميا.

ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم ولكن على طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم مع طلب استصدار الأمر بالتنفيذ على

1 المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سالف الذكر.

عريضة، وعلى غرار ذلك يمكن للقاضي إصدار أمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ، ففي حالة إصدار أمر بالتنفيذ فيحق لأي طرف من أطراف حكم التحكيم أن يطلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمانة ضبط المحكمة.

أما في حالة الرفض فالقاضي ملزم في هذه الحالة بتسبيب الأمر القاضي برفض التنفيذ، ويحق لمن يهمه الأمر التظلم من الأمر سواء تضمن التنفيذ أو رفض التنفيذ وفي هذه الأخيرة يجوز لمن يهمه الأمر استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم في أجل 15 يوم من تاريخ صدور الأمر بالرفض وهو نفس الإتجاه الذي ذهبت إليه التشريعات المقارنة فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم الداخلي[1] وما ذهبت إليه المادة 1035 والمادة 1036 والمادة 1037من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

ميز المشرع الجزائري بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر وبين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الخارج، ورغم أن الجزائر تعترف بأحكام التحكيم الدولي تجسيدا لإنضمامها إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي[2]، إلا أن المشرع وضع شروط وإجراءات للإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها.

فبالرجوع إلى المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها نصت على:" **يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها بوجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.**

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الإقليم الوطني."

1 مصلح أحمد الطراونة ، المرجع السابق، ص280.

/فتحي والي، المرجع السابق، ص ص615-631.

/لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان الجار، المرجع السابق، ص316-317.

وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص ص 594-598.

2 المرسوم رقم 88-233، مصدر سالف الذكر.

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري يعترف بحكم التحكيم الدولي متى توفر شرطان أساسيان هما:

-إثبات وجود حكم التحكيم الأجنبي.

-عدم مخالفة حكم التحكيم الأجنبي للنظام العام الدولي.

وهي نفس الشروط التي نص عليها المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي[1].

أما بالنسبة لتنفيذ حكم التحكيم الدولي، فقد ميز المشرع الجزائري فيما يتعلق بالجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ بين ماإذا كان حكم التحكيم الدولي صادر في الجزائر، حيث تكون المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ هي المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، وبين ماإذا كان حكم التحكيم الدولي صادر في الخارج وهنا تكون المحكمة المختصة بالأمر بالتنفيذ هي المحكمة التي سينفذ فيها حكم التحكيم أي محكمة مكان تنفيذ الحكم الأجنبي[2].

أما بالنسبة لإجراءات التنفيذ أو إجراءات إصدار الأمر بالتنفيذ فقد أحال المشرع الجزائري إلى نفس الإجراءات الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي وهو ما يستنتج من نص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.**" أي أن المشرع الجزائري نص على نفس الإجراءت الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي وهي استصدار أمر بالتنفيذ بناءا على طلب التنفيذ على عريضة مرفقة بحكم التحكيم وبإتفاق التحكيم يودع لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليما كما بيناه سابقا[3].

إن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في منازعة الصفقات العمومية يطرح إشكالية التنفيذ خاصة إذا دفعت الإدارة بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ، حيث أوجد المشرع الجزائري في مجال تنفيذ الأحكام القضائية وسائل لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية كالغرامة التهديدة، الأمر الذي يطرح التساؤل

---

1 وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص598.-599.

2 عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص ص 193-205

3 لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص318-319.

/عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص200-201.

/وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص598-599.

التالي: هل هذه الوسائل تطبق على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي والدولي أم تخص الأحكام القضائية فقط؟

المشرع الجزائر لم ينص على ذلك ولم يوضح ذلك وإنما نص في المادة 1037 على: "**تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل.**" هذا النص خاص بأحكام التحكيم الداخلي، كما نصت المادة 1054 من نفس القانون على: "**تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.**"، هذه المادة خاصة بأحكام التحكيم الدولي حيث نستنتج أن المشرع الجزائري أحالة إلى القواعد المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي في مجال النفاذ المعجل.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري وحد القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل لأحكام التحكيم الداخلي والدولي وهي نفس القواعد الخاصة بالأحكام القضائية وهنا يطرح الإشكال السابق هل الأمر بالتنفيذ والأمر بالغرامة التهديدية والإجراءات الخاصة به يختص بها القضاء العادي أو القضاء الإداري حسب الإحالة المنصوص عليها في المادة 977 والمادة 1037 السالفة الذكر وعليه يجب إعادة صياغة النصوص القانونية لاسيما المادة 977 والمواد 1035 إلى 1038 والتي حددت اختصاص القضاء العادي في تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي والدولي وفي طرق الطعن فيها دون تمييز بين المادة الإدارية والمواد المدنية والتجارية التي تعد قواعد الإختصاص القضائي فيها من قواعد النظام العام.

خاتمة البحث

حاولنا من خلال دراستنا لموضوع اجازة التحكيم في الصفقات العمومية تسليط الضوء على أهمية ووسطية التحكيم بين ضرورة اللجوء إليه وبين مبدأ السيادة والحصانة التي تدفع بها الدولة ومؤسساتها العمومية لاسيما في مجال الصفقات المبرم مع طرف اجنبي، حيث تبين لنا أن التحكيم هو ضرورة حتمية في مجال العلاقات الدولية سواء بين الدول أو بين الدولة والمتعاملين الأجانب الذين يجدون في التحكيم ضمانة أساسية من ضمانات التعاقد بعيدا عن قضاء الدولة، كما تناولنا الجانب الإجرائي الذي يبين لنا كيفية إعمال التحكيم في الصفقا العمومية من خلال تحليل نصوص قنون الإجرءات المدنية ولإدارية ونصوص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لنتوصل إلى الإجابة على إشكالية البحث ألا وهي أن التحكيم في الصفقات العمومية هو ضرورة حتمية لا بد منها

نظرا لما له من مزايا تتماشى وخصائص العقد الإداري في الصفقة العمومية كسرعة الفصل في النزاع واختيار المحكمين من ذوي الخبرة والكفاءة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي جعل من المشرع الجزائري يحسم الخلاف في إطار النص عليه وتنظيم إجراءاته في القانون 08-09 وبالفهل توصلنا إلى أن المشرع الجزائري وفق في تنظيم إجراءات التحكيم في الصفقات العمومية في الكتاب الخامس من القانون 08-09 إلا أن القانون الخاص بالصفقات العمومية خصص إجراءات لا تتماشى في تفصيلها مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث بالرجوع إلى مبدا الخاص يقيد العام نجد أن قانون الصفقات العمومية لم ينص على التحكيم الداخلي صراحة ولم ينص على صور التحكيم خاصة صورة شرط التحكيم الذي يدرج في دفاتر شروط الصفقات العمومية، هذه الإجابة التي حاولنا تبيانها من خلال النتائج التالية:

أولا: نتائج البحث

- التحكيم هو ضرورة أساسية في تسوية المنازعات على المستوى الدولي لا سيما في مجال الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب.

- التحكيم ضمانة أساسية من ضمانات التعاقد.

- أن إشكالية السيادة في الجزائر منذ لإستقلال إلى يومنا هذا، وتأرجحها بين المفهوم السياسي والمفهوم الإقتصادي، كان سبب تضارب موقف المشرع والفقه في التحكيم في الصفقات العمومية.

- مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي أقره المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو دافع أساسي لقبول التحكيم لأن اتفاق التحكيم لا يمس بمبدأ السيادة ولا بخصائص العقد الإداري.

- خصوصية التحكيم في الصفقة العمومية والمتمثل في اقتصاره على منازعات التنفيذ دون منازعات الإبرام، والتي تدور حول الجانب المالي للصفقة العامة فالتحكيم لا يمس لا بالسيادة ولا بامتيازات السلطة العامة في الصفقة العمومية.

- المشرع الجزائري أقر التحكيم في مختلف أنواع الصفقات العمومية داخلية كانت أم دولية.

- وجود تعارض بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام خاصة في الإعتراف بصور التحكيم فقانون الإجراءات أقر شرط التحكيم واتفاق التحكيم كصورتين من صور إبرام اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية في حين تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على شرط التحكيم وإنما اكتفى بالإشارة إلى اتفاق التحكيم في نوع من منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل أجنبي فقط في المادة 153 منه.

– من خلال تحليل النصوص الإجرائية للتحكيم في الصفقات العمومية تبين لنا التعارض بين النص التشريعي الذي نظم وأجاز التحكيم الداخلي والدولي في الصفقات العمومية في المواد 975-1006 وبين النص التنظيمي الذي أشار إلى التحكيم الدولي فقط في الصفقات العمومية دون الحكيم الداخلي.

– عدم الإنسجام والتطابق بين النص التشريعي والنص التنظيمي في إعمال إجراءات التحكيم، فتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اشترط الموافق المسبقة لمجلس الحكومة من أجل اللجوء إلى التحكيم في الصفقة المبرمة مع متعامل أجنبي، دون الإشارة إلى هذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي اكتفى فيه بالنص على أن المبادرة باللجوء إلى التحكيم تكون من طرف الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي دون الإشارة إلى الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة، الأمر الذي استنتجنا من خلاله.

– إتفاقيات التحيكم وضبط إجراءاته تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة يلعب دور أساسي في عملية التحكيم بداية من النص على شرط التحكيم إلى ابرام اتفاق التحكيم وتحديد شروط وإجراءات الخصومة التحكيمية وكذا اختيار محكمة التحكيم والقانون المطبق على النزاع سواء كان قانون إجرائي أو قانون موضوعي خاصة في الصفقات ذات الطابع الدولي الأمر الذي يفتح للدولة وللأشخاص المعنوية العامة من ضبط إجراءات التحكيم بإرادتها الحرة ودون المساس بسيادتها وسلطاتها.

– أن المشرع الجزائري ميز دائما بين التحكيم الداخلي الذي يكون تحكيم بالقانون يختص برقابة اجراءاته القضاء الإداري وبين التحكيم الدولي الذي يعطي لأطراف النزاع الإتفاق على قانون غير قانون الدولة المبرمة للصفقة العمومية وهنا يجب على الدولة أو الشخص المعنوي العام اختيار قانون لا يمس بالنظام العام الداخلي أو الدولي لاسيما أثناء التنفيذ لأنه في حالة غياب الإتفاق يصبح للمحكم سلطة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات وعلى موضوع النزاع في التحكيم الدولي مما قد يمس بمصالح الدولة وعليه وجب البحث وضبط القانون الواجب التطبيق من طرف الأطراف المتنازعة للحد من سلطات المحكم في منازعات الصفقة العمومية.

أن المشرع الجزائري أخضع مختلف إجراءات التحكيم سواء الداخلي أو الدولي إلى رقابة القضاء حتى في تنفيذ أحكام التحكيم الأمر الذي يعتبر ضمانة من ضمانات سيادة الدولة وأشخاصها المعنوية العامة وسيادة قضائها.

وفي الأخير حاولنا تسليط الضوء على إجراءات الطعن وتنفيذ حكم التحكيم، حيث ميزنا بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، كما ميزنا بين أحكام التحكيم الصادرة في الخارج وبين أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر والتي تقبل دعوى البطلان، لنتوصل في الأخير أن المشرع الجزائري لم يوضح

من هي الجهة القضائية التي تنظر في الطعون في أحكام التحكيم والأوامر المرتبطة بتنفيذ أو رفض تنفيذ أحكام التحكيم في الصفقة العمومية، فالمادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحالة كل مايتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها في المادة الإدارية إلى الأحكام المطبقة بصفة عامة على التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الأخيرة التي أخضعتها إلى القضاء العادي، وهنا نستنتج أن هذه المادة غير دستورية، لتعارضها مع قواعد الإختصاص في المادة الإدارية و مخالفتها للنظام العام في تحديد اختصاص القضاء الإداري.

من خلال هذه النتائج توصلنا إلى الإقتراحات التالية:

ثانيا: الإقتراحات المقدمة

-توحيد إجراءات المبادرة باللجوء إلى التحكيم بين النص التشريعي والتنظيمي من خلال إعادة النظر في المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لتصبح المبادرة باللجوء إلى التحكيم في الصفقات ذات الطابع الدولي بالموافقة المسبقة لمجلس الحكومة وتكون المبادرة باللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية لكل من الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ومدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

-ضبط صياغة المادة 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية في مجال تحديد نوع الصفقات العمومية، لتخضع بذلك كل أنواع الصفقات العمومية داخلية كانت أم دولية للتحكيم سواء في صورة شرط أم اتفاق.

-رقابة مدى دستورية المادة 977 التي تحيل كل ما يتعلق بالطعن في أحكام التحكيمية وتنفيذها والمرتبطة بالصفقة العمومية إلى القواعد العامة المرتبطة بأحكام التحكيم وطرق الطعن فيها والتي تدخل في اختصاص القضاء العادي.

-تدعيم وتطوير مركز الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة والصناعة بالجزائر العاصمة والتعريف به ليصبح مؤسسة دولية لتسوية منازعات الأشخاص المعنوية العامة بما فيها الدولة وجماعاتها الإقليمية إلى جانب الشركات التجارية.

ملخص الأطروحة

تبنى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم في مجال الصفقات العمومية،الأمر الذي أدى إلىتباين مواقف القضاء والفقه حول قبوله أو رفضه سواء من حيث مبدأ اللجوء إليه أو من حيث الإطار الموضوعي لمنازعة الصفقة العمومية، فمنهم من يرى بأن التحكيم في الصفقة العمومية فيه مساس بسيادة الدولة وبامتيازات السلطة العامة في الصفقة العمومية وعليه يطالب باستبعادهومنه من يرى خلاف ذلك.

أما بالنسبة للإطار الموضوعي للتحكيم في الصفقة العمومية فجانب من الفقهيرى بأن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في كل أنواع الصفقات العمومية الداخلية والدولية بصوره شرطا كان أم اتفاقا،في حين جانب آخر منهم يرى بأن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في صفقات الدولة دون الصفقات الداخلية.

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء مخالفا لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العامفي النص على التحكيم في الصفقات العمومية، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز التحكيم الداخلي والدولي في الصفقات العمومية ونظم إجراءاته، كما ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وأجازهم بإقرار من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير المؤسسة العمومية الإدارية، في حين أجاز تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التحكيم فقط في الصفقات الدولية دون الداخلية، محددا لها بذلك إجراءات مختلفة عن الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي اقتراح الوزير المعني والموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

كما طرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال الطعن في أحكام التحكيم وتنفيذها إشكالا تمثل في مدى دستورية بعض نصوصه والتي أحالت إلى اختصاص القضاء العادي في نظر الطعون في حكم التحكيم في المادة الإدارية.

لنتوصل في الأخير إلى جملة من النتائج والتوصيات المرتبطة بالجانب القانونية والتنظيمي للتحكيم في الصفقات العمومية من أجل تفعيلها في إطار تعديل بعض النصوص القانونية ورقابة مدى دستوريتها.

الكلمات المفتاحية: التحكيم –السيادة–الصفقة العمومية الوطنية– الصفقة العمومية الدولية – متعامل أجنبي–التشريع – التنظيم.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

1- قائمة المصادر

أ- الدساتير

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيةلعام 1976 والصادر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، جريدة رسمية عدد 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976، معدل ومتمم.

2-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1989 والصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، جريدة رسمية عدد 9 الصادرة في أول مارس 1989، معدل ومتمم.

3-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

4-التعديل الدستوري لدستور 1996 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في06 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016، معدل ومتمم.

5-التعديل الدستوري، لعام 2020 والصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

ب-المعاهدات والإتفاقيات الدولية:

1-إتفاقية الجزائر والدانمارك الصادر بموجب الأمر رقم 73-25 المؤرخ في 05 يونيو1973 والمتضمن الإتفاق الجزائري الدانماركي الخاص بالقرض، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة في19 يونيو1973.

2-الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الصادر بموجب المرسوم رقم87-37 المؤرخ في 03 فيفري1987 والمتضمن المصادقة على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، جريدة رسمية عدد 06 الصادرة في 04 فبراير1987.

3- الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم

الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في05 نوفمبر 1988، جريدة رسمية عدد 48 الصادرة في 23 نوفمبر1988.

4- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي صادقت عليها الحزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 والمتضمن المصادقة على الإتفاقية، جريدة رسمية عدد66 الصادرة في 05 نوفمبر1995.

ج- النصوص التشريعية

- **القوانين**

1-القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02 الصادرة في 13 يناير1988، المعدل والمتمم.
2-القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم.
3-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد21 الصادرة في23أبريل2008.

4-القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو2011 والمتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية عدد37 الصادرة في 03 يونيو 2011.

5-القانون رقم12-07 المؤرخ في 11 فبراير 2012 والمتضمن قلنون الولاية، الجريدة الرسمية عدد 12 الصادرة في29 فبراير2012.

- **الأوامر**

1-الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والملغى والصادر في الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة في09 يونيو1966.
2-الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 يونيو1967.
3-الأمر رقم 71-24 المؤرخ في 12 أبريل 1971 المعدل والمتمم للقانون البترولي الصحراوي رقم 58-1111 المؤرخ في22 نوفمبر1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، جريدة رسمية عدد 30 الصادرة في13 أبريل1971.

4-الأمر رقم 74-09 المؤرخ في 30 يناير 1974 والمتضمن مراجعة الأمر رقم 67-90 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 13 الصادرة في12 فبراير 1974.
5-الأمر 75-23 المؤرخ في 29 أبريل 1975 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الإشتراكية ذات الطابع الإقتصادي، جريدة رسمية عدد 38 الصادرة في13 مايو 1975.
6-الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975 والمتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، جريدة رسمية عدد 53، الصادرة في 04 يوليو 1975.
7-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 الصادرة في30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
8-الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 101 الصادرة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر 96-27 المؤرخ في 11 ديسمبر 1996 جريدة رسمية عدد77 الصادرة في11 ديسمبر 1996.
09-الأمر رقم 95-20 المؤرخ في17 يوليو 1995والمتعلق بمجلس المحاسبة، جريدة رسمية عدد 39 الصادرة في23 يوليو 1995.
10-الأمر رقم03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 والمتضمن قانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة في27 غشت 2003، المعدل والمتمم.

- **المراسيم التشريعية**

1- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 27 الصادرة في27 أبريل1993-ملغى-.

د- النصوص التنظيمية

- **مراسيم رئاسية**

1-المرسوم رقم 82-145المؤرخ في10 أبريل 1982 والمتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد15 الصادرة في13 أبريل 1982.
2-المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في28 يوليو 2002.
3-المرسوم الرئاسي رقم10-236 والمؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، جريدة رسمية رقم 58 الصادرة في07أكتوبر 2010.
4-المرسوم الرئاسي رقم15-247 المؤرخ في16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

- **مراسيم تنفيذية**

1-المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في09 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد57 الصادرة في13 نوفمبر 1991.

2-المرسوم التنفيذي رقم 96-94 المؤرخ في 03 مارس 1996، والمتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، الجريدة الرسمية عدد 16 الصادرة في 06 مارس1996.

- **قرارات وزارية**

1-القرار المؤرخ في 21 ماي 2003 الصادر عن وزير التجارة، والمتضمن تنظيم الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة وإنشاء مديرية فرعية للشؤون القانونية في مجال المصالحة والتحكيم.

2-القرار المؤرخ في 28 مارس2011 الصادر عن وزير المالية والمتضمن الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، جريدة رسمية عدد 24 الصادرة في20 أبريل2011.

- **أنظمة داخلية**

3-قواعد التحكيم، مركز المصالحة والوساطة والتحكيم، الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، وزارة التجارة والمنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-94 المؤرخ في 03 مارس 1996، والمتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، الجريدة الرسمية عدد 16 الصادرة في 06 مارس1996.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية

1-أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، مصر، 2000.

2-إبراهيم سيد أحمد، بطلان شرط التحكيم فقها وقضاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2015.

3-إبراهيم محمد العناني، المجدي في التحكيم على المستوى الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2010.

4-أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2005.

5-أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، مصر، 2009.

6-أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، مصر، 2008.

7-أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2012.

8-أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

9-أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، مصر، 1997.

10-أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2003.

11-أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2006.

12-السيد أبو عيطة، التحكيم الدولي، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2015.

13-السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2010.

14-إلياس الشيخاني، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون طبعة، طرابلس، لبنان، 2008.

15-إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2004.

16-بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005.

17-جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2004.

18-جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وأثاره، منشورات زين الحقوقية، طبعة أولى، بيروت، لبنان، 2009.

19-جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2005.

20-حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر.

21-حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2008.

22-حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، طبعة أولى، الجزائر، 2007.

23-حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.

24–حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 2003.

25–حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 2007.

26–حمد محمد حمد الشلمانى، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

27–حمدي على عمر، حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

28–حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، عمان، الأردن، 2014.

29–خالد فلاح عواد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2010.

30–خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2005.

31–رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2010.

32–رشيد خلوفي، القضاء الإداري تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 2002.

33–رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة اولى، الجزائر، 2013.

34–رضوان أبو زين، الأسس العامة للتحكيم التجاريالدولي، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، القاهرة، مصر، 1981.

35-رقية رياض، التحكيم وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2010.

36-سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 1984.

37-سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بن عكنون، الجزائر، 2010.

38-سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، بن عكنون، الجزائر، 2009.

39-سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستوري1963 و1976، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بن عكنون، الجزائر، 2013.

40-سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور1989، الجزء االثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بن عكنون، الجزائر، 2013.

41-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، مصر، 1991.

42-سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، مصر.

43-شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء أحدث أراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المنصورة، مصر، 2011.

44-طارق فهمي الغنام، طبيعة مهمة المحكم، طبعة مزودة بأحدث التشريعات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2011.

45-طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1976.

46-عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، بدون طبعة، عين مليلة، الجزائر، 2010.

47-عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، طبعة ثالثة، 2008.

48-عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر، الإمارات العربية المتحدة، السودان ملحق الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009.

49-عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 1995.

50-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2006.

51-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2011.

52-عبد الله بوقفة، القانون الدستوري، تاريخ ودساتير الجمهورية الجزائرية، مراجعات تاريخية سياسية وقانونية، دار الهدى، بدون طبعة، عين مليلة، الجزائر، 2008.

53-عبد الله بوقفة، القانون الدولي العام، السيادة الدولة والقانون، دار الهدى، بدون طبعة، عين مليلة، الجزائر، 2009.

54-عبد السلام منصور الشيوى، القضاء والتحكيم الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2010.

55-عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 1995.

56-عبد المنعم زمزم، شرح قانون التحكيم، دراسة في إطار التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2014.

57-عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2008.

58-علي بركات، الرقابة على دستورية نصوص التحكيم، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2003.

59-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.

60-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2010.

61-عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

62-عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

63-عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 1990.

64-عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 1989.

65-عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014.

66-فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف، طبعة أولى، الإسكندرية، مصر، 2014.

67-فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة تاعربية، دون طبعة، القاهرة، مصر، 1980.

68- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.

69- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

70- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، بدون طبعة، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.

71- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004.

72- كمال عليوش قربوع ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.

73- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، سوق أهراس، الجزائر، 2017.

74- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2010.

75-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2009.

76- مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2014.

77- محمد أحمد عبد المنعم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2002.

78- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعة الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، الجزائر.

79- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2001.

80- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، لبنان، بيروت، 2003.

81- محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار اليازوري، الطبعة العربية الأولى، عمان، الأردن، 2013.

82- محمد فؤاد عبد الباسط، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2006.

83- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، دون طبعة، الجزائر، 2008.

84- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 1999.

85- محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2002.

86- محمود السيد عمر التحيوي، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007.

87- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، دون طبة، القاهرة، مصر، 1995.

88- محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2009.

89- مصطفى عبد المنعم الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2008.

90- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998.

91- مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، 2010.

92- مفتاح خليفة عبد الحميد -حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2008.

93- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2008.

94- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء فقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 1997.

95- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر.

96-نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010.

97- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، بيروت، لبنان، 2008.

98- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2010.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات

- **الدكتوراه**

1-أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2002.

2-أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، معهد الدراسات والبحوث القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة.

3-حازم بيومي المصري، التطورات الاقتصادية الحديثة وأثرها على مركز المتعاقدين في العقد الاداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون عام، جامعة القاهرة، مصر، 2008.

4-رجب محمد السيد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2010.

5-سعيد عبد الرزاق باخبير، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة-2007-2008.

6-سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر.

7-عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005.

8-عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1993.

9-قدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، إدارة ومالية عامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- يوسف بن خدة - 2009-2010.

12-محمد السيد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 2010.

13-نادية بن يوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، مصر.

- **الماجستير**

1-بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، شعبة القانون الإداري، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2011.

2-صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية والمالية، جامعة بن عكنون ، الجزائر، 1984.

3-عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2001.

4-عيسى علويط، التحكيم في العقود الإدارية بالتطبيق على القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم القانون، القاهرة، 2009.

5-نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.

رابعا: المقالات

1-إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم والتنمية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون، 2006، القاهرة، مصر، ص ص 05-55.

2-سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي، المصري، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، السنة 24 أبريل/مايو/يوليو 2000، ص ص 1-300.

3-سليم سلامة حتاملة، دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة في القانون الدولي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، سنة 39، سبتمبر 2015، ص ص 461-531.

4-علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص21-22 ديسمبر 2011، ص ص 401-449.

5-علي المهداوي، دراسة تحليلية في التحكيم وطبيعته القانونية، مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول2009، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، ص ص 173-185.

6-محمد زروني، التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور بموقع:

Science juridique, ahlamountada.net تاريخ الدخول الأول 2013/04/24، تاريخ التحميل 2016/10/20، ص8.

7–محمد الأعرج، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة المعيار، هيئة المحامين بفاس، المغرب، العدد 34، نوفمبر 2005، ص ص 86–108.

8–محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية العقود الإدارية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول سنة 2008، ص385.

9–موساوي مليكة، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات في مجال الصفقات العمومية، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست ، العدد 9 سبتمبر 2015، الجزائر، ص ص 216–234.

10–ناجي عبد المؤمن، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون، 2006، ص ص 29–55.

11–نادية بن يوسف، الإتفاقيات الدولية وجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مجلة طنجيس للقانون والإقتصاد، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بطنجة، المغرب، عدد 11، سنة 2011، ص ص 115–126.

12–نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لإتفاقيية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل، عدد35، سبتمبر 2013، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ص ص 220–230.

خامسا: مجلات التحكيم

1–مجلة التحكيم العالمية، عبد الحميد الأحدب، العدد 10، السنة الثالثة، أبريل 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

2–مجلة التحكيم العربية، الأمانة العامة للإتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد19، ديسمبر2012.

3–مجلة التحكيم العربية، الأمانة العامة للإتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد21، ديسمبر2013.

سادسا: مداخلات علمية

1–دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

2–فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، مداخلة اليوم الدراسي الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، موقع الجامعةwww.univ.msila.dz، تاريخ الدخول 17ديسمبر2016.

3–ناصر عثمان محمد عثمان، معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

4–وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية.

5–اليوم الدراسي حول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مقر ولاية بومرداس الإربعاء 2016/02/10 ، لفائدة مسيري الجماعات المحلية.

ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الفرنسية

1-Décret

1 - Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, J.O n°6 du 8 janvier 2004.

2 - Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage français, J.O N° 0011 du 14 janvier 2011.

2-les Ouvrages

1 - Ahmed Mahiou, Cours institutions administratives, 3em édition, O.P.U, Alger, 1981.

2 - Ahmed Ouerfelli, L'arbitrage dans la jurisprudance tunisenne,Latrach editions, LGDJ, Paris, 2010.

3-Antoine kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J, Paris, 1995.

4- Apostolos patirileios, l'arbitrage en matière administrative, bibliothèque de droit public, Paris.

5 - Christophe Lajoye, droit des marchés public, galiane éditeur, Paris 2005.

6 - George Burdeau, traité de science politique, deuxième Edition, Tome 11, L'état, librairie générale de droit et de jurisprudence, R.Pichan et R.Durand-auzias, Paris, 1967.

7 - Hennerie Batiffol, Encyclopédie juridique, Dalloz, répertoire de droit international, tome1 1968, contrats et conventions.

8 - Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, deuxième édition, tome3, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.

9 - Maurice Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, réimpression de la 12e édition, collection bibliothèque, Dalloz, Paris

3-les Thèses

1 - Chérif Beneadji, évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse doctorat, université d'Alger, 1991.

4-les Articles

1 - Ahmed Mahiou, L'arbitrage en Algérie, revue algérienne, vol 27 N°4 décembre 1989.

2 - Bedjaoui Mohamed, un tournant remarquable dans la Législation Algérienne relative à l'Arbitrage commercial internationale, bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol 4 N°2, octobre 1993.

3- Enouz Abd.Munim , la clause de l'arbitrage dans les contrats internationaux, etude du droit français et du droit international comparée inspirée des droits nationaux, des conventions internationales et de l'usage international, journal of Law , Kuwait University, N°1, vol.25, june-2001.

4- Khalid Zaher, le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international, revue de l'arbitrage, comité français de l'arbitrage, N°1, Janvier-mars, Année 2009.

5- Laggoune Walid, la sous-traitance dans les marchés publics en Algérie, essai de réflexion à propos du contrôle de l'Etat sur l'entreprise privée sous -traitante, R.A.S.J.E.P. n°3, année 1983.

6- Mazghani Ali, souveraineté de l'état et participation à l'arbitrage, revu Arbitrage, 1985.

7- Terki Nouredine, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, revue arbitrage.

الفهرس

مقدمة.....3

الباب الأول: الإطار النظري للتحكيم في الصفقات العمومية.....10

فصل أول: لتحكيم بين الضرورة ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي...13

مبحث أول: التحكيم ضرورة في الصفقة العمومية ذات الطابع الدولي 14

مطلب أول: تدويل الصفقة العمومية.....15

فرع أول: مفهوم الصفقة العمومية ومظاهر تدويلها.....16

فرع ثان: أسباب تدويل الصفقة العمومية.....34

مطلب ثان: التحكيم وآثار تدويل الصفقة العمومية.....37

فرع أول: آثار تدويل الصفقة العمومية.....38

فرع ثان: التحكيم في العقد الدولي.....43

مبحث ثان: التحكيم ومبدأ السيادة في الصفقة العمومية.....53

مطلب أول: ماهية مبدأ السيادة في القانون العام.....54

فرع أول: مفهوم مبدأ السيادة في القانون العام الدولي.....54

فرع ثان: مفهوم مبدأ السيادة في القانون العام الداخلي.....58

مطلب ثان: تأثير التحكيم على مبدأ السيادة في صفقات الدولة.....64

فرع أول: التحكيم في صفقات الدولة قبل صدور قانون 08-09.....64

فرع ثان: التحكيم في صفقات الدولة بعد صدور القانون 08-09.....81

فصل ثان: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية.....87

مبحث أول: خصوصية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية.....89

مطلب أول: ماهية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية.....90

فرع أول: مفهوم الصفقة العمومية الداخلية.....91

فرع ثان: مميزات التعامل مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.....93

مطلب ثان:التحكيم والإطار الموضوعي لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية.....96

فرع أول: موضوع منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية.....96

فرع ثان: التحكيم والطبيعة الموضوع لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية.....105

مبحث ثان: إشكالية التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية في القانون رقم: 08-09 114

مطلب أول: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية قبل صدور القانون 08-09.....115

فرع أول: موقف التشريع والقضاء من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية.....115

فرع ثان: موقف الفقه من التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية.....120

مطلب ثان: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية بعد صدور القانون 08-09.....124

فرع أول: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية...125

فرع ثان: التحكيم في الصفقات العمومية الداخلية في تنظيم الصفقات العمومية.....130

خلاصة الباب الأول.....133

الباب الثاني:الإطار الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية في إطار القانون رقم: 08-09.....135

فصل أول: اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون 08-09.....138

مبحث أول: ماهية اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....140

مطلب أول: مفهوم اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....140

فرع أول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها في منازعات الصفقات العمومية.....141

فرع ثان: أنواع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....152

مطلب ثان: طبيعة اتفاقية التحكيم في عقود الصفقة العمومية.....157

فرع أول: الطبيعة التعاقدية لاتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية.....158

فرع ثان: الطبيعة القضائية لاتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية.....160

مبحث ثان: شروط وآثار اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....165

مطلب أول: شروط إبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....165

فرع أول: الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية.....165

فرع ثان: الشروط الشكلية لإبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية 181

مطلب ثان: الآثار المترتبة عن إبرام اتفاقية التحكيم في منازعات الصفقة العمومية.....191

فرع أول: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية الداخلية.....191

فرع ثان: آثار اتفاقية التحكيم في الصفقة العمومية ذات العنصر الأجنبي.....197

فصل ثان: الخصومة التحكيمية في منازعات الصفقة العمومية.....201

مبحث أول: شروط وإجراءات سير الخصومة التحكيمية في منازعات الصفقة العمومية..202

مطلب أول: تشكيل محكمة التحكيم واختصاصاتها في منازعة الصفقة العمومية.....202

فرع أول: تشكيل محكمة التحكيم في منازعة الصفقة العمومية.....202

فرع ثان: اختصاصات المحكم في الخصومة التحكيمية والتزاماته.....212

مطلب ثان: سير الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية.....215

فرع أول: بداية الخصومة التحكيمية والضمانات المقررة فيها.....215

فرع ثان: عوارض الخصومة التحكيمية في منازعة الصفقة العمومية.....220

مبحث ثان: حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية.....225

مطلب أول: ماهية حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية.....225
فرع أول: مفهوم حكم التحكيم في منازعة الصفقة العمومية.....225
فرع ثان: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره.....231
مطلب ثان: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه.....235
فرع أول: الطعن في حكم التحكيم.....236
فرع ثان: تنفيذ حكم التحكيم.....242
خاتمة.....247
ملخص الأطروحة.....251
قائمة المصادر والمراجع.....252
الفهرس.....271