وزارة التعليم العـــــــالي والبحث العلمي

جامعـة مولـود معمري–تيـزي وزو

كليّـة الحقـوق والعـلوم السياسية

قسم القانون

نظام ل.م.د

التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبين:

- نايت أعمر ليدية
- يعلالي مولود

تحت إشـراف الأستاذة:

حسين فريدة

لجنة المناقشة:

الأستاذ أرتباس ندير .....رئيسا

الأستاذة حسين فريدة.....مشرفا ومقررا

الأستاذ قادري طارق.....ممتحنا

تاريخ المناقشة : جويلية 2019

الحمد لله العليم الهادي،

والصلاة والسلام على خير الأنام محمد المبعوث رحمة للعباد

وعلى آله أعلام الإسلام وأصحابه مصابيح الظلام،

وعلى من سلك طريقه واقتفى أثره وتبع سنته إلى يوم الدّين

شكر وعرفان

قال الرسول صلى الله عليه وسلم:

«من لم يشكر الناس لم يشكر الله».

أشكر الله تعالى الذي وفقنا على هذا العمل.

كما أتوجه بالشكر إلى الدكتورة "حسين فريدة" المشرفة على ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح في كتابة هذه المذكرة.

كما أتشكر الأستاذ "زقان نبيل" والأستاذ "غلاب عبد الحق" اللذان لم يبخلا بشيء تجاهنا.

كما أشكر السيد "عياد بوخالفة"

إلى الوالدين الكريمين كما نتقدم بالشكر والتقدير لكل من قدم لنا يد المساعدة ولو بكلمة طيبة.

شكرا

إهداء

إلى والدتي الغالية التي لم تأل جهدا في تربيتي وتوجيهي ويا ما علمتني الصمود مهما كانت الظروف... أمي

إلى والدي الغالي الذي جف عرقه من أجلي.

إلى أختي أنتينيا سند حياتي.

إلى أخي العزيز يوبا.

إلى كل العائلة والأصدقاء.

إلى كل من يسعى في سبيل العلم.

ليديا.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله.

إلى أخواتي وأولادهم.

إلى أخي.

إلى جدتي نوارة.

إلى ذكرى جدي وجدتي.

إلى صديقي جمال زبيب.

إلى السيد طاهر علاش رئيس مدير العام لمطار الجزائر

الذي منح لي الفرصة في مواصلة دربي الدراسي.

مولود

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية الوسيلة الأنجح في استغلال الأموال العامة،وذالك من أجل مواكبة عجلة تنمية البلاد في شتى المجالات بالخصوص الإجتماعية والإقتصادية وكذا من أجل إنجاز المشاريع والعمليات المالية نظرا لارتباط هذه الصفقات بأموال الخزينة العمومية التي عادة ما تكون معتبرة، لذا أحاطها المشرّع بالعديد من الإجراءات القانونية التي تضمن شفافية إبرامها وحسن تنفيذها وعلى الرّغم من ذلك إلا أن هذه الصفقات لازالت تثير العديد في النزاعات القانونية خاصة في حالة ما إذا كان المتعامل المتعاقد طرفا أجنبيا.

إذا كان الأصل في خضوع هذه النزاعات إلى القضاء الوطني إلا أن الحياة الاقتصادية الراهنة وضرورة استقطاب المشرع الجزائري للاستثمارات الأجنبية والسعي لتوفير حماية أكبر وضمانات ثانوية، كلّ هذه الظروف دفعته لأن يجيز ويسمح لأول مرّة خضوع منازعات الصفقات التي يكون المتعامل المتعاقد طرفا أجنبيا إلى التحكيم الدولي من خلال مرسوم رئاسي 15-247[1] رغم أن ذلك يعتبر خروجا عن المبدأ العام القاضي بحظر لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم في تسوية نزاعاته. إذ تم إصدار أول نص تشريعي ينظم الصفقات العمومية في الأمر رقم 67-90 التي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2]، وجاء هذا الأمر لسد الفراغ التشريعي الذي تعاني منه المنظومة القانونية للدّولة الجزائرية نتيجة الاستقلال الحديث ولقد تم تحديده سنة 1974، وبالنظر إلى التطور الإيديولوجي والاقتصادي للبلاد عرف النظام القانونية المنظم للصفقات العمومية تطور مستمر وهاما

1- المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 ،الصادرة في 20 سبتمر 2015 .

2- أمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة الرسمية، عدد 52 الصادرة في 27 يونيو 1967(ملغى).

لاسيما فيما يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وبطرق تسوية منازعاتها، إذ عرفت هذه الأخيرة عدّة أشكال أهمها استحداث التحكيم كطريقة بديلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية[1].

لقد كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدّة آليات للتسوية الودية للمنازعات بشكل عام والمتمثلة في الصلح والوساطة والتحكيم، وذلك في الباب الخامس منه وتبعا لذلك تبنى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. أين أشارت المادة 153 إلى تسوية النزاعات التي تنشأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التنظيمية المعمول بها وهذا في حالة ما إذا لم يتفق المتعاقدين على إجراءات خاصة قبل إبرام الصفقة العمومية أو نص عليها في دفتر الشروط.

وفي تنظيم الصفقات العمومية الجديد حاول المشرع استبداد القضاء المختص أصلا في هذه المنازعات وهذا ربحا للوقت وبالتالي تبني مبدأ الحل الودي للنزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية كقاعدة عامة.

بخصوص التحكيم فقد كان واضحا وصريحا بإعتماد التحكيم في الصفقات العمومية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما كرسه في تنظيم الصفقات العمومية الجديدة وبصفة ضمنية وهذا ما يظهر في مادة 153 السابقة الذكر فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي وبصفة صريحة في التحكيم الدولي فيما يتعلقه في الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي الدولية المبرمة مع المتعامل الأجنبي في الفقرة الأخيرة منها ونظرا لغياب هيئة

1- المادّة 153 من مرسوم رئاسي 15-247 : "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

التحكيم الداخلي استحدث تنظيم الصفقات العمومية لجان لتسوية الودية للمنازعات التي تطرق أثناء تنفيذ الصفقات المبرمة بين المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين[1].

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطرق إلى دراسة تسوية النزاع قضايا كما قام بدراسة وتبيان وسائل بديلة لكل النزاع دون اللجوء إلى القضاء وأطلق عليها المشرع الطرق البديلة لحل النزاعات وهما الصلح، والوساطة والتحكيم.

ويعتبر التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات وبالتالي استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأقرها بصريح العبارة لحل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

إذ خرج المشرع عن الأصل في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ينص على عدم جواز طلب الشخص المعنوي العام لتحكيم في تسوية النزاعات التي يكون طرفا فيها بالتالي أجاز صراحة في المادة 153 منه إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في المنازعات الدولية، وذالك تشجيعا لاستقطاب المستثمر الأجنبي ورفع القيود عنه باعتبار هذه الأخيرة المحرك الأساسي الدافع بعجلة التنمية للاقتصاد الوطني وهذا في ظل تراجع مداخيل المحروقات وتأزم الوضع.

تبرز الأهمية من دراسة موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري في أولا باعتبار أن الصفقات العمومية تحتل جانبا هاما في الإنفاق العمومي، بالتالي قد يصادف إبرامها مشاكل جمة يمكن إن ترهن تنفيذ المشاريع الهامة وتؤثر في نجاعة الطلبات العمومية التي تؤدي إلى تعطيل قيام الإدارة بنشاطها على أكمل وجه وسير

2- مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، -مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية- العدد الثالث عشر، جامعة المدية، 2018، ص26.

المرافق العامة، ثانيا تبني المشرع الجزائري للتحكيم كوسيلة ودية لحل النزاعات التي تعوق إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية ليحمي حقوق الأطراف المتعاقدة ويحافظ على الأموال العامة.

ومن جهة أخرى فان الهدف الذي دفعنا لاختيار هذا الموضوع لجسامة أهميته ولتمحوره على ركائز اقتصادية إمّا تمشي عجلة التنمية أو تعطلها في جل المجالات هذا ما دفع بالمشرع الجزائري تبني التحكيم كوسيلة أو طريقة ودية لحل النزاعات الناشئة لكن بعد المرور بعدة تعديلات قانونية، السبب الذي حفزنا للبحث ودراسة جميع تلك المراحل من استعاد التحكيم في الصفقات العمومية وأخذه للقضاء الوطني إلى تبنيه بإنارة الطريق للأطرف المتنازعة كآلية لفض نزاعاتهم.

كما تحاول هذه الدراسة الوقوف على مختلف النصوص القانونية التي تناولت موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

وانطلاقا مما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هو نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية على ضوء أحكام التشريع الجزائري ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تم إتباع المنهج التحليلي وذلك بإجراء دراسة تحليلية لمختلف النصوص القانونية التي تناولت موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

كما يبرز أيضا في هذا الموضوع ضرورة الرجوع إلى أهم التعديلات التي طرأت على الموضوع من الناحية القانونية حتى يتسنى لنا تسليط الضوء على التطورات القانونية.

لأجل إعطاء صورة واضحة للموضوع فقد تم وضع خطة تقوم على دراسة موقف المشرع الجزائري في التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في الصفقات العمومية في الفصل الأول، بينما يتم تناول اعتماد التحكيم في الصفقات العمومية في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

موقف المشرع الجزائري من التحكيم كوسيلة لحلّ النّزاعات في الصّفقات العمومية.

يعتبر تنظيم الصفقات العمومية من أكثر التنظيمات إرتباطا بالواقع السياسي و الإقتصادي للبلاد، بدليل أنه عرف الكثير من التطورات على حسب التغيرات التي كانت تعرفها البلاد، حيث صدر أول نص أساسي بعد الإستقلال بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية .

ونظرا لما تمتع به الصفقات العمومية من أهمية ونظام قانوني متميز فإنه تثور منزاعات بشأن إبرامها وتنفيذها،حيث تبدو هذه المنازعات في الواقع العملي أثناء تطبيق النصوص القانونية الداخلية في الاصل باللجوء إلى القضاء لحل هذه النزاعات وحديثا ظهور وسيلة بديلة التحكيم.

اذا اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية مسألة اختيارية واتفاقية بين الأطراف بحيث المشرع الجزائري لم يحدّد القواعد المنظمة لتحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة حيث تمنح للأطراف حريّة اللّجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية في كلّ مراحلها علما أن الاتفاق على التحكيم قد يكون قبل أو بعد نشوء النزاع كما قد يكون عند إبرام أو تنفيذ الصفقة ونظرا لخصوصية التحكيم جعل أحكامه مستقلة عن الأنظمة أو الوسائل البديلة لحل النزاعات وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري لم يتفرغ إلى تنظيم أحكامه عبر مراحل حيث تطور الأهمية التي أولى بها المشرع لهذه الوسيلة لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية بالتالي سنحاول دراسة تطور هذا الأخير من الحظر الذي خصصنا له (المبحث الأول) في عنوان وسيلة حل النزاعات قبل إعتماد نظام التحكيم في الصفقات العمومية إلى الجوازية في (المبحث الثاني) الإقرار التدريجي بالتحكيم كوسيلة لحل نزاعات الصفقات العمومية .

المبحث الأول: وسيلة حل النزاعات قبل إعتماد نظام التحكيم في الصفقات العمومية.

إن الأصل في منازعات الصفقات العمومية أنها تعرض على القضاء العادي لكون الدولة أو الولاية أو البلدية وغيرها من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تكون طرفا في النزاع حيث تعتبر هذه الأخيرة من الوسائل المتبعة لتنفيذ الصفقة العمومية نظرا لكونها تضمن الحفاظ على مال الدّولة، وبالتالي حرص المشرع الجزائري بنص على جميع الأحكام المتعلقة بتنظيم هذا النوع من العقود في قانون الصفقات العمومية ومنح الاختصاص للقضاء الإداري لتمكين الدّولة من فرض سيادتها والتحكم في هذا النوع من العقود الإدارية، وبالتالي استبعدت الدولة أي وسيلة أخرى لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية حيث سنتناول هذا الحظر في هذا المبحث وذلك بتقسيمه إلى مطلبين، في الأول نتناول فيه استبعاد التحكيم في الصفقات العمومية وفي الثاني نتناول وجوب اللجوء إلى القضاء الوطني لحل النزاعات المتعلقة هذا الأخير.

المطلب الأول: استبعاد التحكيم في الصفقات العمومية.

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا لتحكيم وهذا تبريرا بأولوية السيادة الوطنية جاعلة الأولوية للقانون والقضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم، وبالتالي استبعدت هذا الأخير لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عليه سنحاول تحديد مبدأ الحضر في الفرع الأول، أما خصوصية هذا الحضر لتحكيم في الصفقات العمومية سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تفسير مبدأ حظر التحكيم في الصفقات العمومية.

أسند الفقه مبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود بشكل عام و منازعات الصفقات العمومية بشكل خاص إلى ثلاث حجج تتمثل فيما يلي تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة[1]، إعتبار التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الوطني ،تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام[2]. وهذه الحجج كانت محل أخذ لدى بعض التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري، الذي عرف غداة الإستقلال فراغا كبيرا لذالك إستمر على العمل بالتشريع الإستعماري لسد هذا الفراغ ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية[3].

بصدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966[4]، تبنى المشرع في النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت، وهكذا تبنى المشرع الجزائري القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والهيئات التبعة لها إلى التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 422 من الأمر رقم 154/166[5].

أول مثال تبلور فيه هذا الاستبعاد كان بمناسبة اتفاق بين الجزائر وفرنسا في 27 مارس 1983 والذي طبق فعلا في قضيتين بين شركتين فرنسيتين، وولاية قسنطينة ووهران وبالتالي فإن الغرفتان الإداريتان دفعت بعدم الاختصاص حيث أوكل إليها فض النزاع في هذه

1- أشرف محمد خليل جماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص34.

2- حمدي ياسين عكاش، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 140 وما بعدها.

3- قانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج.ر، عدد 20 الصادرة في 11-01-1963.

4- أمر رقم 66-154 الصادر في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم (ملغى).

5- مادة 442 من الأمر رقم 166-154 "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف ، ولا يجوز التحكيم في الإلتزام في النفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم....."

القضايا وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة وهذا ما دفع لرئيس الحكومة بإصدار تعليمة تأكد بضرورة اللجوء إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية[1]، حيث أن المشرع الجزائري في مادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 1966 (ملغى) في فقرته الثالثة تنص على ما يلي: «**لا يجوز للدّولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم**».

وهذا المنع راجع إلى تجنب المخاطرة وتوفير حماية أقل لمصالح الأشخاص المعنوية وهذا عكس تلك التي توفرها الجهات القضائية للدّولة، وهذا الخطر ظلّ قائما بمناسبة صدور أول قانون ينظم الصفقات العَمومية والذي صدر بموجب الأمر 67-90[2]، حيث أشارت المادة 153 منه على تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية وديا قبل عرضها على القضاء وهذا ما يحي إلى استبعاد المشرع الجزائري للتحكيم في الصفقات العمومية التي تكون الدولة طرفا فيها وكذا المؤسسات العمومية التابعة للدولة وإخضاعها للقانون والقضاء الوطنيين[3].

ما أكدته المادة 152 منه بالمعارضة التامة لتحكيم وضرورة إخضاع المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تكون الدولة طرفا فيها وكذا المؤسسات العمومية التابعة للدّولة[4] للقانون والقضاء الوطنيين استنادا إلى المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عليه عرف قانون الصفقات العمومية عدّة تعديلات خاصة مع الأزمة الاقتصادية

1- تاقة حسين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة بجاية، سنة 2017، ص 28 وما بعدها.

2- أمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر ج.ر، رقم 52، الصادرة في 27 يونيو 1967.

3- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع،2007، ص16.

4- مرجع نفسه، ص20.

التي عرفتها بركون عائدات البترول، إذ نجد صدور أمر رقم 90/74 لسنة 174[1] المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية لعام 1967.

الفرع الثاني: خصوصية مبدأ المنع في منازعات الصفقات العمومية.

يطبق مبدأ المنع العام من اللجوء إلى التحكيم على الأشخاص العامة وعلى كافة الأشخاص العمومية صاحبة المشروع والمتعاقد معها، لذا يؤدي المنع المفروض عليه في اللجوء إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية، غير أنه ليس كل الصفقات العمومية تكون أطرافها أشخاص عامة، بل يمكن أن تكون أشخاص القانون الخاص وفي هذه الحالة يمكن أن تكون صاحبة مشروع في إطار الصفقات العمومية[2].

تظهر خصوصية مبدأ المنع في مراجعة وكيل الشخص العام لدى المشرع الجزائري ذلك بأخذه بمعيار الوكالة بإعتباره كمعيار العقد إداريا، وذلك في القانون 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية والإقتصادية، وذلك ما نصت عليه المادتين 55 و56 التي أقرتا الأخذ بمعيار الوكالة في عبارة "باسم ولحساب الدولة" في المادة 56[3]، كما يظهر هذا المعيار في المادة 55 في عبارة المهمة المنوطة بها[4].

3- أمر رقم 74-09 المؤرخ في 30-01-74 المتضمن مراجعة الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر ج.ر عدد 13 سنة 1974.

2- تاقة حسين، المرجع السابق، ص31.

3- تنص المادة 55 من القانون 88-01مؤرخ في 22 يناير 1988يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،ج ر،عدد 2على مايلي:"عندما تكون المؤسسة العمومية الإقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير أو جزء من الأملاك العامة الإصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها،يتضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك

4- تنص المادة 56 من القانون 88-01على مايلي:"....لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وبإسم الدولة ولحسابها وإجازات وعقود إدارية أخرى....."

كما نصت المادة 59 من القانون 88-01[1]، استبعاد عقود المؤسسات الإقتصادية من تطبيق قانون الصفقات العمومية، إلا أن المادة 56 تؤكد بأن النزاع الناتج يخضع للقواعد المطبقة على الإدارة، وهذا يتعلق بالعقود الإدارية الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، بينما تخرج المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من اختصاص القضاء الإداري.

إن اعتبار عقد الوكالة عقدا إداريا، وأن الوكيل يمارس نشاط المرفق العام لحساب الدولة وباسمها فإنه يكون بذلك ليس حرا في التصرف في أموال المرفق العام وممتلكاته، وبالتالي يمكن القول أن المنع المفروض على الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم يمتد إلى الوكيل[2].

المطلب الثاني: اللجوء إلى القضاء الوطني لحل نزاعات الصفقات الوطنية.

لما كانت الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال باعتبارها القنوات المستهلكة للمال العام، وفي نفس الوقت أهم وسيلة لتلبية الحاجات العمومية فإنها تعد بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره[3].

إن الصفقة البارزة للدّولة الحديثة أنّها دولة قانون تسعى إلى فرض حكم القانون على جميع هيئات الدولة وعلى جميع أفراد الدّولة، ومن ثمة تبرز العلاقة الوطيدة بين دولة القانون ومبدأ المشروعية الذي لا يقوم فقط على مبدأ الرقابة الإدارية التي توصف بأنها رقابة

1-تنص المادة 59 من القانون 88-01 على مايلي"لاتخضع المؤسسات العمومية الإقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،التي تحكمها قواعد القانون التجاري،لاحكام الأمر رقم 90/67 المؤرخ في17 يونيو 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية"

2- تاقة حسين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 35 .

3- بن بشيرة وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، سنة 2013، ص198.

ذاتية تقوم بها الإدارة من أجل التحقيق من مطابقة أعمالها للقانون، وتتبع أهمية هذه الرقابة من كونها أحد الأركان الأساسية في الإدارة العامة الحديثة المتطورة[1].

فيحق للمترشح في الصفقة العمومية حق اللجوء للقضاء الإداري بموجب أحد الدعاوي المختلفة سواء كانت الدعوى إستعجالية، أو دعوى في الموضوع تتمثل في دعوى الإلغاء أو دعوى التفسير أو فحص المشروعية أو دعوى القضاء الكامل، لكن من أجل تحقيق ضمانة أكثر قد أحاط المشرع الصفقات العمومية بسياج من رقابة القضاء الجزائري لترشيد نظام صرف النفقات العمومية في عملية إبرام الصفقات العمومية[2].

الفرع الأول: اللجوء إلى القضاء الإداري في الصفقات العمومية

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال، أعمال انفرادية، أين تتصرف إرادة السلطة الإدارية إلى اتّخاذ قرار إداري معين، وأعمال تعاقدية فالإدارة إذن تتدخل بموجب روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها واضطلاعها بأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور[3].

من أجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإرادة بأهلية التعاقد بغرض من تحقيق الهدف الأساسي هو تحقيق الصالح العام[4].

1- جلاب علاوة، نظام الرقابة على الصفقات العمومية قبل تنفيذها في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013-2014، ص116.

2- هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرّقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير، جامعة وهران 2، كلية الحقوق العلوم السياسية، سنة 2016-2017، ص207.

3- طيبي سعاد، دور القضاء الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد الأول، أفريل 2014، ص270.

4- ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 29، أفريل 2012، ص141.

باعتبار الأعمال الإدارية نوعان إنفرادية والتي تسمى بالقرارات الإدارية والثقافية المتمثلة في العقود الإدارية، حيث أن الإدارة وهي تتدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانا تخضع لتشريع متميز ومستقل هو تشريع الصفقات العمومية ، وأحيانا تخضع للقانون الخاص[1].

من هنا يمكن أي شخص معنوي مهما كان سواءا الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية الاستغناء عن اللجوء إلى إبرام عقود باستعمال امتيازات السلطة العامة وبهدف تحقيق المصلحة العامة ونظرا لأهمية العقود الإدارية منها الصفقات العمومية من مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية فقط أحاط القانون عملية إبرامها إلى العديد من القيود والإجراءات وذلك بفرض:

- حماية المال العام.
- ضمان مبدأ المساواة.
- تمكين الإدارة من اختيار أفضل المتعاملين معها[2].

كما أحاط المشرع بالحماية للمال العام وعدم إهداره أين تخضع مراحل إبرام الصفقات العمومية وإجراءاتها إلى نوع من الرقابة، إذن فأهمية الصفقات العمومية التي تحصل الإدارة عن طريقها على التوريدات والأشغال الضرورية مقابل دفعها مبالغ كبيرة من المال يستوجب مراقبتها قبل وبعد إجراء العقد[3].

3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي المؤرخ في أكتوبر سنة 2010، المعدل والمتمم، والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، دار النشر والتوزيع، أكتوبر 2011، ص06.

2- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص.27

2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صيلة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2006، ص371.

ولما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وانجاز برامج التنمية فقد أعطى المشرع هذا النوع من العقود إطار تنظيميا يتمثل خاصة في المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية[1] أين برز المشرع ضمانات للطرف المتعاقد المتمثلة في تكريس الحق في الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة وبالتالي اللجوء إلى القضاء.

من أجل احترام مبدأ الشفافية بين المتعاقدين وعدم الإضرار بالمتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة فقد عمد المشرع في مجال الصفقات العمومية إلى وضع آليات قانونية لتسوية النزاعات كضمان حماية الطرف المتعاقد وهي رقابة القاضي الإداري[2].

من أجل تبيان دور القاضي الإداري في حل هذه المنازعات يجب تحديد الجهة الإدارية المختصة وعدم التمييز بين تصرفات الأفراد الإدارية بل تخضعها لنفس القانون ونفس القضاء[3]، وكذا المعايير المعتمد من طرف القاضي الإداري لتحديد مجال اختصاصه في منازعات الصفقات العمومية.

بالرجوع إلى نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّل والمتمّم[4]، نستنتج أن المشرع الجزائري أحال الفصل في نزاعات الصفقات العمومية إلى القضاء وذلك طبقا للقواعد

1- مرسوم رئاسي 02-250 مؤرخ في 13 جمادي الأول عام 1423 الموافق لـ24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، الصادرة في 28 جويلية 2002 .

2- طيبي سعاد، دور القضاء الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص273.

3- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

4- مادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07-أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّل والمتمم بموجب مرسوم رئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 تنص على: «...يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاه أمام العدالة أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة...».

المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالقاضي الإداري إذن هو صاحب الاختصاص الأصيل في نزاعات الصفقات العمومية.

تحديد الاختصاص النوعي للقاضي الإداري في تسوية النزاعات الصفقات العمومية يستدعي بنا البحث عن المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة النزاع الإداري الذي يكون أحد أطرافها أشخاص معنوية عامة[1] والتي حددتها المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية تحديدا حصريا[2]، والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[3].

من خلال هذه المواد نستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار العضوي كأساس لتوزيع قواعد الاختصاص في القضاء الإداري كأصل[4]، لكن خرج القاضي الإداري عن هذه القاعدة في قضيتين مشهورتين واللتان طبق فيهما "SEMPAC" المعيار المادي استثنائيا وفي ظروف خاصة بكلّ قضية وهما قضية ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب. وفي قضية ثانية سنة 2004 متعلقة بنزاع داخلي لحزب سياسي حيث صدر مجلس الدولة قرارا طبق من خلاله المعيار المادي على هذه القضية[5].

1- طيبي سعاد، مرجع سابق، ص272.

2- المادة 07 من قانون رقم 90-23 ممضي في 18 أوت 1990 وزارة العدل، ج.ر، عدد 36، تنص على: «تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للإستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيّا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية...»

3- المادة 800 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون إ.م.إ، ج.ر، عدد 21، تنص على: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية... التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها».

4- طيبي سعاد، مرجع سابق، ص273.

5- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص292 وما بعدها.

في هذا الصدد ظهر مؤخرا في القضاء الإداري الجزائري توجها جديدا حيث أصبح يعتمد على المعيار المادي كمعيار ثان فيما يخص منازعات الصفقات العمومية وهذا وفقا لنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم[1].

وعليه يتضح من المادة السابقة الذكر على أن الصفقات العمومية تبرمها المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية الإدارية، ما يؤكد على تطبيق المشرع للمعيار المادي وهذا تعارض مع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تؤكد على تطبيق المعيار العضوي.

من هنا نستنتج أن في مجال الصفقات العمومية القاضي الإداري لم يبقى يعتمد على المعيار العضوي لتحديد اختصاصه بالنسبة للأشخاص العمومية المحددين في مادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بل أخذ أيضا بالمعيار المادي المتمثل في عنصر التمويل بالنسبة للمؤسسات العمومية المعدّدة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم المذكور أعلاه[2].

الفرع الثاني : اللجوء إلى القضاء الإداري الإستعجالي.

سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة رقابة القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية، أولا إلى شروط قبول الدعوى الإستعجال في مادة الصفقات العمومية، ثانيا إلى رفع الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية.

1- تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم على ما يلي: «لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات... مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي...»

2- طيبي سعاد، مرجع سابق، ص273.

يعتبر القضاء الإستعجالي من أهم آليات الرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية، وذلك من خلال رفع دعوى الإستعجال التي خصها المشرع الجزائري بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09، إلا أنه لم يعطي تعريف للقضاء الإستعجالي وإنما اكتفى بذكر بعض خصائصه ومميزاته، حيث نصت المادة 917 التي تحدد التشكيلة التي هي التشكيلة الجماعية[1].

أما المادة 918 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أجاز لقاضي الإستعجال أن يأمر بالتدابير المؤقتة ولا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال[2].

ولكن عرفه الفقه على أنه : إجراء يتطلب بموجبه أحد الأطراف في الغالب إتخاذ الفرد إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها[3].

أولا: شروط قبول دعوى الإستعجال في مادة الصفقات العمومية.

أ- شروط وجود مصلحة الدعوى :

تكون صفة المدعي في الدعوى الإستعجالية بناءا على المصلحة أو بحكم القانون وهذا ما نصت عليه مادة 946 من القانون سالف الذكر[4].

ويدخل ضمن الفئة المذكورة في المادة أعلاه:

-المتعاملون بصدد صفقة قابلة للتمديد مثل صفقات الطلبية.

2- تنص المادة 17 من ق.إ.م.إ على " تفصيل في مادة الإستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع ".

2- تنص المادة 18 من ق.إ.م.إ على "يأمر قاضي الإستعجال بالتدابير المؤقتة.

لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال"

3- كلوفي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيلطي، الجزائر 2012، ص 124 .

4-تنص المادة 946 من ق.إ.م.إ على ما يلي: «يتم إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار والمنافسة من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي يتضرر بهذا الإخلال .....».

-المتنافسون الذين تم استبعادهم في أي مرحلة من مراحل الإبرام.

-المتنافسون الذين تم استبعادهم بسبب قصور الإشهار أو خرق لقواعده التي لم يكن بإمكانهم المشاركة في المنافسة[1].

وعليه فإن المادة 946 من ق.إ.م.إ كانت صريحة في تحريك الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية ليس حكرا على المتنافسون المتقدمون بالعروض، بل إضافة الأشخاص العامة الرسمية من أجل حماية للمصلحة العامة[2].

ب- الشروط الموضوعية:

رفع الدعوى أمام القاضي الإداري الإستعجالي يجب أن تكون مرفقة بعريضة افتتاح الدعوى والتي يجب أن ينصب موضوع العريضة للقضاء الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية على ما يلي:

-وقف تنفيذ القرار الإداري[3].

-"يجب أن تتضمن العريضة الزامية إلى تصدير تدابير إستعجالية عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الإستعجالي للقضية"[4].

- يجب أن يتعلق موضوع الدعوى خرقا لقواعد المنافسة والإشهار المطبقة على الصفقات العمومية التي تكون قد اعتبرت إجراءات إبرام الصفقة العمومية[5].

ج-شرط الإطار الزمني لرفع الدعوى :

---

1 -خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر،2011، ص454.

2-بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 57.

3-كلوفي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 137.

4-تنص المادة 925 من ق.إ.م.إ على ما يلي: " يجب أن تتضمن العريضة إزامية إلى وقف تنفيذ القرارات الإدارية...."

5-خرشي النوي، المرجع السابق، ص456 .

لم يحدد المشرع الجزائري تاريخ أو توقيع من أجل رفع دعوى الإستعجال في مجال الصفقات العمومية، وإنما اكتفى في نص المادة 946 /3 من ق.إ.م.إ 08-09 بأن إخطار المحكمة الإدارية يكون قبل أبرام العقد"

ثانيا: رفع الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية .

القاعدة أن منازعات الصفقات الإدارية، تعود لإختصاص القضاء الإداري وفق معايير عامة أقرها الإجتهاد القضائي[1].

حيث ترفع الدعاوي عادة لإستصدار أحكام قصد تحصيل الحقوق[2]، لكن بالنسبة للدعاوي الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية ترفع الدعوى لإستصدار أوامر وقف التنفيذ بسبب الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة ،حيث يرفع هذا النوع من الدعاوي على مستوى المحاكم الإدارية، القسم الإستعجالي وذلك ما نصت عليه المادة 800 من ق.إ.م.إ سالفة الذكر.

فسلطة القاضي الإداري في مجال قواعد الإختصاص سلطة مقيدة بموجب احكام المادة 800 والتي جاء فيها ذكر المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والجامعة ليست مؤسسة ،بل هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني والمرسوم 236/10 لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل إلى تمويل الصفقة كونها ممولة من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة[3].

1- مسعود شيهوب، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، ط3، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005 ،ص 118.

2-خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 542.

3-عمار بوضياف، المنازعات الإدارية "الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، الطبعة1، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2013، ص325.

وتطبيقا للمعيار العضوي والإختصاص القضائي، الذي هو من النظام العام فإن الجهة المختصة في منازعات الصفقات العمومية هي القضاء الإداري على مستوى المحاكم الإدارية[1].

وينطبق على مادة الصفقات ما ينطبق على الإستعجال في المواد الأخرى من حيث تدابير التحقيق والتبليغ[2].

بالنسبة للتحقيق يجوز للقاضي الإستعجالي بناءا على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق[3].

إن تشبّع واختلاف المبادلات بين الإدارة عن طريق هيئتها من جهة ومن جهة أخرى القطاع الخاص الذي يؤدي إلى نشوب عدّة منازعات من أجل توفير الحماية القضائية وُفّر للخصوم حماية قضائية استعجالية حيث تتميّز هذه الأخيرة بالسرعة والمرونة والحيطة في اتخاذ الأوامر والتدابير فهذا حماية بأصل الحقّ[4].

الفرع الثالث: اللجوء إلى القضاء الجزائي.

تعتبر الصفقات العمومية مجال واسع لحركة الأموال العامة وكذا مسرح للفساد بكل صور والربح السريع واللامشروع من طرف المفسدين ومن بين الممارسات الملحوظة التي

1- المرجع نفسه، ص327.

2-خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص245.

3-تنص المادة 940 من ق.إ.م.إ على مايلي"يجوز لقاضي الإستعجال،بناء على عريضة،ولو في غياب قرار إداري مسبق،أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أوللتحقيق."

4- محمد فقير، رقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن،آلية لحماية المال العام، مداخلة مقدمة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام" ،كلية الحقوق،جامعة المدية،يوم 30 ماي 2013، ص03 .

يرتكبها المشرفون على إبرام الصفقات العمومية، جريمة الرشوة واستغلال النفوذ وذلك من أجل الحصول على المشاريع لتفادي المنافسة[1].

نظم المشرع الجزائري كل هذا من خلال القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[2]، في بابه الرابع تحت عنوان : التجريم والعقاب وأساليب التحري.

تنص المادة 09 من القانون سالف الذكر على ضرورة الالتزام بالقواعد الشفافية والمنافسة الشريفة واعتماد القواعد المتمثلة في علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية :

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء.
- اتخاذ معايير موضوعية ودقيقة في إبرام الصفقات.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

كما تنص المادة 26 فقرة 1 و2 على : تبيان الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية[3]، كما تنص المادة 27 من ذات القانون تحت عنوان :الرشوة في مجال الصفقات العمومية، والمادة 35 من نفس القانون تحت عنوان : جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

أركان جريمة التي تخص منازعات الصفقات العمومية:

أ- صفة الجاني :

1- قنفوذ رمضان، مكافحة الفساد في المناقصات العمومية، مداخلة مقدمة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي، 2013.

2- القانون 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 14 سنة 2006، الصادرة في 08 مارس 2006 .

3- أحسن بوسقيعة،الوجيز في قانون الجنائي العام،ط10،دار هومة،2011، ص 69 .

تنص المادة 26 من قانون محاربة الفساد على صفة الجاني في الموظف العمومي حيث يشمل هذا المصطلح الفساد بمعنى كل من يشغل منصب أو يتولى وظيفة أو وكالة في الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية ومؤسسات خاصة تقدم خدمة عمومية[1].

ب- الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لجريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية عند قيام الجاني بإبرام عقد أو إتفاقية أو صفة أو ملحق أو مراجعة أو تأشيرة يخالف القانون والتنظيم الأساسي المعمول به من أجل منح امتيازات غير قانونية لأشخاص تربط بينهم مصالح.

مثال$_1$: العقد وفق للمادة 54 [2] ، من القانون المدني الجزائري.

مثال$_2$: الملحق هي وثيقة تعاقدية تابعة لصفقة عمومية تبرم في حالة زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية[3]

ج- الركن المعنوي:

جنحة المحاباة هي جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجاني العام المتمثل في العلم والإرادة، كما تتطلب توافر القصد الجاني الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة [4].

1- أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار الوقاية من الفساد وحمايته، مداخلة رقم 09، جامعة بشار، ص10 .

2- تنص المادة 54 من القانون المدني على مايلي:"العقد إتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص اخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

3- أحسن بوسقيعة، المرجع سابق، ص 96.

4- أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار الوقاية من الفساد وحمايته، مداخلة رقم 09، جامعة بشار، ص10.

ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية أو من استحالة عدم العلم بحكم الوظيفة التي يمارسها الجاني، مثلا عدم أخذه بعين الإعتبار إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية[1].

جريمة المحاباة جريمة عمدية تتطلب القصد العام والقصد الخاص.

القصد العام: هو اتجاه إرادة الجاني الذي هو الموظف العمومي إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في قانون الصفقات مع علمه بأنه يقوم بعمل مجرم قانونا[2].

القصد الخاص: هو الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية ومع ذلك يقوم بمنح الغير امتيازات غير مبررة وهذا الفعل يشكل جريمة[3].

من خلال ما سبق ذكره نجد أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد أعطى للصفقات العمومية أهمية كبيرة، من خلال الجرائم التي تنصب عليها المتمثلة في جريمة منح الإمتيازات غير المبررة مثلا، كما حدد الأركان التي تتوفر في جريمة المباحاة في مجال الصفقات العمومية وإعطائها عقوبات صارمة، وهذا كله من أجل المال العام.

1- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 121.

2- جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الفكر البرلماني، العدد 15، فيفري 2015، ص106.

3- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 81.

المبحث الثاني: الإقرار التدريجي بالتحكيم كوسيلة لحل نزاعات الصفقات العمومية

باعتبار الصفقات العمومية آلية مهمة أقر لها المشرع الحماية القانونية وذلك عن طريق وضع قيود وإجراءات قانونية تتسم بالشفافية في إبرامها وحسن تنفيذها، وعلى الرغم من ذلك فإن الصفقات العمومية تثير نزاعات قانونية في حالة ما إذا كان المتعامل المتعاقد طرفا أجنبيا ولا تزال الدولة تخضع في هذه النزاعات للقضاء الوطني[1]، بتطور الحياة السياسية والإقتصادية ظهرت بوادر الإنفراج نحو التفتح الإقتصادي ورغبة الدولة في التوجه إلى التحكيم في كل نزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك يظهر في سلسلة التعديات التي عرفها قانون الصفقات العمومية حيث نحاول التطرق إلى مراحل تبنى التحكيم في المنظومة القانونية الجزائية المتعلقة بالصفقات العمومية.

المطلب الأول: الإقرار المحتشم بالتحكيم في الصفقات العمومية

لقد عرف التحكيم في الصفقات العمومية عدة تعديلات حيث ساهمت في تطور من حيث التوجه إلى تبني هذا الأخير في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، بحيث نتطرق إلى هذا الموضوع من خلال بوادر تبني هذا التحكيم إلى غاية إجازته في التشريع الوطني.[2]

1- مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العامة كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، العدد 13 أكتوبر 2018، ص.15

2- جبايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2012 -2013 ، ص 27 .

الفرع الأول: تبني التحكيم في فترة 1993

كان قانون الإجراءات المدنية لا يجيز التحكيم، وهذا من خلال المادة 442 منه التي تحضر على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلقة التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"[1].

أول فجوة أحدثت في هذا المنع كانت بفعل اتفاق أتى في الشكل المبسط (تبادل رسائل) بين فرنسا والجزائر في 17 مارس 1983، والذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين وولايتين جزائريتين هما وهران وقسنطينة، الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير مختصيتين حينما رفع إليهما النزاع، وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة، وهذا مادفع بالوزير الأول بأن يبعث تعليمة تؤكد على ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد.

وعليه جاء المرسوم التشريعي 93-09 [2]، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، أين أخضع الفقرة الأخيرة من المادة 442 سالفة الذكر إلى التعديل، وأصبحت صيغتها ".....ولا يجوز للأشخاص المعنويين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية ".

1- تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام وأحكام الدولي، التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، مداخلة مقدمة في ملتقى وطني، 2009، ص 87 .

2- مرسوم تشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27 ، الصادرة في 27 أفريل 1993 .

يتبين من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم على الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى، وذلك عندما نص صراحة على إمكانية لجوئهم إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية، وهو ما يفيد أن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وقصر في إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم في علاقتهم التجارية الدولية، وكذا وجوب أن يكون أحد الأطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا[1]، بمعنى عند نشوء نازعات في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع الداخلي أو محلي أين لا يكون أحد عناصرها عنصرا أجنبيا، لا يجوز فيها التحكيم بل تعرض على القضاء الإداري[2].

طبقا لنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434[3]، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها "تسري الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

إن هذا المنع استثنى المنازعات التي تكون فيها الأشخاص المعنوية العامة في حالة تنفيذ علاقاتها التجارية الدولية ، لكن المشرع في بيانه لطبيعة المنازعات القائمة[4]، أوجد معيارين ليتخذ النزاع هذا الوصف.

1- قاسي العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2009، ص 198.

2- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوي، قسنطينة، 2011-2012 ، ص 22 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

4- نويوة هدى، المرجع السابق، ص 22 .

أولا : المعيار القانوني يقوم على أساس العنصر الأجنبي في العقد سواءا تعلق الأمر بشخص طبيعي أو معنوي، أي أن العلاقة التعاقدية قد تتصل أكثر بنظام قانوني[1]، كما يتمثل في القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواءا على الإجراءات أو على الموضوع ،خاصة إذا كانت قواعد قانونية أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية[2]، ويعد القانون الواجب التطبيق على النزاع أو إجراءات التحكيم والمختار من قبل الخصوم أو المؤسسة التحكيمية، أو على إعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها تحكيم أحد العوامل الرئيسية في ترجيح دولة التحكيم .

ثانيا : المعيار الإقتصادي مؤداه أنه متى تعلق الأمر بمنازعة تمس بمصالح التجارة الدولية أصبح التحكيم دوليا[3]، بالنسبة لها المعيار لا يأخذ بعين الإعتبار لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق، وإنما يركز على طبيعة المنازعة في حدود ذاتها فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، فإنه في هذه الحالة يكون داخليا[4].

كل هذا يظهر من خلال المادة 458 مكرر الملغاه، غير أن المشرع عدل عن ذلك وجعل معيار واحد لتحكيم فمتى تعلق بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل عد كذلك، حسب ما قضت به المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [5].

1- غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، دار الجامعة الجديدة، ص 49 .

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

3- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

4- عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 20.

5- نص المادة 1039 من ق.م.إ.إ ، «يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية على الأقل».

ما يمكن أن نستنتج مما سبق أن القانون الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93-09 سالف الذكر أجاز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية عندما يكون التحكيم دوليا وكذا عندما يتعلق بمصالح التجارية الدولية وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيما أو له موطن خارج الجزائر على الأقل طبقا لما نص عليه في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.

أما في حالة عدم توفر هاتين الحالتين معا فإنه لا يعد تحكيما دوليا وبالتالي يكون غير جائزا للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاهم.

الفرع الثاني: التحكيم في إطار القانون 08- 09

على إثر الإزدواجية القانونية والقضائية التي كرسها دستور 1996 أصدر المشرع قانون 08-09 والذي ألغى بموجبه الأمر (66-154) المعدل والمتمم، وهذا ما يحدد مصير الإجازة التي أقرها بخصوص أهلية الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى في طلب التحكيم[1].

لقد إستغرق مشروع القانون الجديد سنوات من التحضير والدراسة، ليتم عرضه على مجلس الوزراء بعد أن تمت مناقشته أمام مجلس الحكومة خلال ستة اجتماعات في الفترة الممتدة مابين 2004/10/20 و2005/03/16 قبل إحالته على البرلمان بغرفتيه للمصادقة على صياغته النهائية.

1- محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، الصفقات العمومية نموذج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2014-2015 ، ص 68.

وعليه حسم المشرع الجزائري بمقتضى هذا القانون جواز اللجوء إلى التحكيم في النازعات الناشئة عن الصفقات العمومية من خلال المادة 975 من قا.إ.م.إ[1].

بالرجوع إلى المادة 800 من نفس القانون، فإن الأشخاص المذكورة فيها هي :

1) الدولة.
2) الولاية.
3) البلدية.
4) إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

حيث تعرضت المادة 975 ق.إ.م.إ إلى الحالة الثانية التي تلجأ فيها الأشخاص العامة ذات الصبغة الإدارية للتحكيم والتي تتمثل في مادة الصفقات العمومية[2].

كما نصت المادة 1006 على انه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتهم الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات ".

وبالتالي أصبح بإمكان الدولة وأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، نتيجة للتحول النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم[3].

1- نص المادة 975 من ق.إ.م.إ سالف الذكر «لا يجوز للأشخاص الذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية».

2- رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016-2017، 136.

3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7-10-2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة 3، 2011، ص325 وما بعدها.

لكن هذه الإجازة وإن كانت صريحة إلا أنها مقيدة بوجوبية الموافقة المسبقة من قبل السلطة التي تعلو الجهة المعلنة عن الصفقة وهذا على النحو التالي :

- إذا كان التحكيم متعلق بالدولة، يتم اللجوء للتحكيم بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.
- إذا كان التحكيم يتعلق بالبلدية أو الولاية، يتم اللجوء إلى إجراء حسب كل حالة، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- إذا كان التحكيم يتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري، يتم اللجوء لهذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها[1].

وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم، فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام، المؤسسات العامة، الولايات، البلديات هو أن تكون هذه العقود داخلية مبرمة في إيطار اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر، ويوقع العقد الوزير أو الوزراء المعنيين، لما تجدر الإشارة أن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية، أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي.

وكل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، والنظام العام الجزائري نطاقه متغير حسب الظروف[2]، فالمحاكم القضائية هي التي تحدد نطاقها، وهو مرتبط بالمفاهيم الإجتماعية والإقتصادية.

1-تنص المادة 976 /2 من ق.إ.م.إ على مايلي:"....عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين"

2- عمامرة حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري "دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر1، 2015-2016، ص129 .

كما أكدت المادة 1006 من ق.إ.م.إ[1]، في فقرتها الثالثة على إجازة التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في علاقاتها الإقتصادية الدولية وكذا في مادة الصفقات العمومية.

وما يجدر التنويه إليه هو وجود تعارض من حيث المضمون بين 975 و1006 فقرة ثالثة ذلك أن المادة الأولى تجيز التحكيم إلا في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ومجال الصفقات العمومية وبالإعتبار أن التحكيم أهمية بالغة في استجابة النظام القضائي لمتطلبات عولمة الإقتصاد وتنافسية وجلب الطرف الأجنبي للمتعاقد، تم التخلي عن كل أسباب الرفض لأن القانون الجزائري استسلم للتحكيم في النزاعات المتعلقة بتنفيذ عقود الصفقات العمومية لاسيما الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية وذلك موازاة مع التزامات الدولة في الخارج وكذا لإضفاء مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس الشفافية في الإجراءات[2].

في الأخير نرى أن التشريع في مجال التحكيم بصدور القانون 08-09 أخذ تحولا نوعيا بالنسبة للدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية، حيث إنتقل المشرع من مرحلة حظر اللجوء للتحكيم إلى مرحلة جواز التحكيم[3].

1- نص المادة 1006 / 3 على ما يلي: «لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

2- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2008-2009، ص134.

3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7-10-2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له)، مرجع سابق، ص 326 .

المطلب الثاني: الإقرار الصريح بالتحكيم في الصفقات العمومية.

إن تبني المشرع التحكيم في قانون الإجراءات المدنية الإدارية كان نتيجة التحوّلات الاقتصادية في التجارة الدولية لحسم النزاعات التي تنشأ بين الأطراف ما دفع به بالإقرار الصريح بالتحكيم في الصفقات العمومية وهذا ما سنحاول توضيحه بدراستنا لتحكيم في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 الذي وضعنه في الفرع الأول أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي15-247 الذي أجاز التحكيم في الصفقات العمومية سيتضح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التحكيم في إطار المرسوم الرئاسي 10-236.

بالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236، وبالضبط نص المادة 02 منه[1]، فإنه أوجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم [2]، أوجب أن تتضمن جملة من البيانات منها على الخصوص القانون الواجب التطبيق وشرط تسوية الخلافات [3].

إن إدراج شرط التحكيم في الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الأخرى وباعتبارها عقود إدارية تعتمد على المال العام وبالتالي يتدخل المشرع لضبطها بقواعد وإجراءات في كل مراحل الصفقة وفي حالة عدم احترام الإجراءات تؤدي إلى فساد الصفقة

1- نص المادة 02 من قانون تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07-10-2010، الصادر في ج ر، رقم 58 سنة 2010 : «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين الإقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات».

2- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية قي التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012-2013، ص 102.

3- غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، المرجع السابق، ص 52.

مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها، وبناءا على المادة الرابع[1]، من المرسوم محل الدراسة في أن الصفقة بأنها عقد مكتوب تبرم وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ويتضح من هذا أنه يجب على الأطراف تحرير الصفقة كتابة باعتبارها ركنا لانعقادها ويترتب عن تخلفها بطلان الصفقة.

ولقد تثور في مرحلة إبرام أو تنفيذ الصفقة عراقيل يحول دون إبرامها أو تنفيذها وهذا ما ينعكس سلبا على سيرها الحسن ومن أجل تفادي هذه العراقيل استوجب الأمر باللجوء إلى تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أجل قريبة، وهذا ما دفع بالمشرع من خلال هذا المرسوم الرئاسي المتضمن قسم تحت عنوان تسوية النزاعات وهذا في المادتين 114-115[2].

من خلال المادتين سالفة الذكر تم وضع الوسائل الودية لتسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية الناجمة سواءا في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ وفي حالة الفشل في الوصول إلى الهدف يمكن اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يحدد

1- نص المادة من المرسوم سالف الذكر " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية
- الوزير.
- الوالي.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية..... ."

2- تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 4، على ما يلي: "تسوي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ".

إجراءات تسوية النزاع قضائيا كما ينص على وسائل بديلة لحل النزاع دون اللجوء إلى القضاء التي أطلق عليها الطرق البديلة لحل النزاعات المتمثلة في أساسا في التحكيم[1].

كما يفهم من ذلك أنه في حالة عدم التوصل إلى حل ودي يقضي بايجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على حل طرف من الطرفين في منازعات تنفيذ صفقات أشغال أو توريد أو دراسات أو خدمات، والذي يعد اللجوء إليها إجباريا حسب ما قضت به المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية، فانه يمكن اللجوء إلى التحكيم[2].

في الأخير يتضح أن المشرع جعل التحكيم أمرا ثانويا ، لحل النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التحكيم في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المنظم للصفقات العمومية.

كرس المرسوم الرئاسي 15-247 مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين، حيث أجاز صراحة طلب التحكيم فيما يخص هذا النوع من المنازعات بشروط وإجراءات معينة[3].

في ظل هذا المرسوم الجديد جاء نص المادة 153[4]، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضها المرفق العام، وهذا يعني أن مسألة تسوية منازعات الصفقات العمومية

1- مساوي مليكة،التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية،مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية،عدد9 ص،2015 216 وما بعدها.

2- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية قي التشريع الجزائري، المرجع السابق، 103.

3- غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 98.

4- نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ".

تخضع للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، حيث أطلق عليها المشرع تسمية " الطرق البديلة لحل النزاعات "، ويقصد بها كل النزاعات التي تنشأ عند تنفيذ الصفقات العمومية[1].

إذا يعتبر التحكيم كإجراء ودي لحل منازعات التي يمكن ان تنشا عند تنفيذ الصفقة العمومية، بتمييزه لأساليب ضاربة لكل أو بعض المنازعات القائمة في ظل تنامي العلاقات الإقتصادية وازدهار واقع التجارة الوطنية والإستثمارات الوطنية، لذلك أدرجه المشرع الجزائري في هذا المرسوم الرئاسي الجديد كوسيلة ودية لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين لجانب وهذا ما نصت عليه المادة 153 الفقرة الأخيرة من المرسوم أعلاه[2].

كما يمكن أن نستنتج إجازة التحكيم أيضا في الفقرة السابعة من المادة السابعة من ذات المرسوم حيث أخرجت العقود المتعلقة بخدمات التحكيم من الخضوع لإحكام الباب المتعلق بإجراءات الصفقات العمومية[3]

الملاحظ أن المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أشارت إلى نوع أخر من التحكيم في الصفقات العمومية، هو التحكيم تطبيقا لإتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر، ويعد تحكيما دوليا يستند لإتفاقيات دولية.

1- نص المادة 07، فقرة 07 من نفس المرسوم «...لا تخضع لأحكام هذا الباب، العقود الآتية المتعلقة من خدمات للصلح والتحكيم...».

2- نص المادة 153 السالفة الذكر.

3- غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص54.

إرساء المشرع الجزائري لمبدأ جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية [1]، بعد مكسبا مهما نظرا لما يحققه من ميزات عديد[2]، وهذا ما عززه المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد من خلاله تكريس مبدأ التسوية الودية للنزاعات[3] .

1- فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مداخلة، ص 02.

2- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص29.

3- غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص54.

الفصل الثاني:

اعتماد التحكيم في الصفقات العمومية

يعتبر التحكيم أسلوب غير قضائي نظرا لملائمته في حل منازعات العقود الدّولية عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة وهذا لكون المحاكم لم تعد قادرة على التأقلم مع هذه المنازعات وأيضا ظهور الحاجة إلى التخصّص من قبل الأشخاص المخول لهم النظر في هذه المنازعات[1]، لا يعد التحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات الدولية فقط بالتالي أصبح ضرورة ملحة بالنسبة لعقود الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها الدّولية أو أشخاص من القانون العام وبالنظر إلى التغيرات الاقتصادية والاجتماعية جعل اللجوء إليه حتمية وهذا ما أدى إلى تزايد الاتجاه إلى الاهتمام بهذا الحل البديل لحل المنازعات، وقد أدرجه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإجبارية وكذا في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، التحكيم ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات وبالتالي فهي بمثابة خصوصية تنفرد بها الصفقات على سائر المجالات الأخرى، ولتحكيم ور مهم في الحركة الاقتصادية، إذ أن المستثمرين وبالخصوص الأجانب يبحثون على حماية استثماراتهم وأموالهم بحيث يبحثون عن طريق ووسيلة سريعة ومرنة لتحقيق هذا وتكون هذه الخصوصيات متوفرة في التحكيم الذي يتم اللجوء إليه بإرادة واتفاق الأطراف المتنازعة لغرض فض المنازعات التي تثار بينهما بحيث تعرض غلى هيئة التحكيم المختصة المتفق عليها[2].

إن اتفاق التحكيم يتضمن مبدأ تطابق الإرادتين واتخاذ هذا الأخير كوسيلة لتسوية المنازعات التي ثارت أو قد تثور بين الأطراف، ولكي يرتب اتفاق التحكيم أثاره في الصفقات العمومية يستوجب توفر الشّروط الموضوعية اللازمة لصحة أية اتفاق كما يلزم توفر الشروط

1–معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية والدّولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص319.

2–شريفة ولد الشيخ، الطرف البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 2012/02، ص95.

الشكلية التي يتطلبها القانون وبتوفر هذه الشروط رتب آثاره القانونية، وكذا حالات التي تلجأ إلى التحكيم لفصل في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية (المبحث الأول) والتي تعرض على هيئة التحكيم التي وضع لها المشرع إجراءات وأحكام مشتركة تتمثل في الخصومة التحكيمية إلى جانب تعيين المحكمين الذين يشرعون لمهامهم وفقا لشروط وأجال محدّدة وكذا إصدار أحكام التحكيم وآليات إضفاء الصيغة التنفيذية عليها إضافة إلى طرق الطعن في هذه الأحكام التحكيمية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي(المبحث الثاني) .

المبحث الأول: نطاق الإعمال بالتحكيم في نزاعات الصفقات العمومية.

بعد فتح المشرع الجزائري المجال أمام الدولة والأشخاص العامة وفي ميدان الصفقات العمومية لتحكيم والتطور الناشئ في هذا المجال واعتراف المشرع باللجوء إليه لفظ النزاعات الناشئة في مجال العقود الدولية بصفة عامة وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة وتفرغ إلى تنظيم إجراءات التحكيم الدولي والداخلي الذي يجري في الجزائر وفي هذه الحالة قام بإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/09 الجريدة الرسمية 23-04 حيث تضمن في القسم الأول اتفاقيات التحكيم وفي الثاني شرط التحكيم وأما القسم الثالث اتفاق التحكيم إضافة إلى الخصومة التحكيمية وأحكام التحكيم وطرق تنفيذها وطرق الطعن فيها، كما تفرغ إلى النزاعات التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم وفي هذا الإطار نحاول دراسة شروط صحة اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية في المطلب الأول وكذا حدود نزاعات الصفقات العمومية الخاضعة للتحكيم في المطلب الثاني مع التطرق إلى بعض الحالات التحكيم في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: شروط صحة اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية.

إن توجه المشرع الجزائري في فصل هذه المنازعات إلى طريق التحكيم لإمتيازها بخصوصيات عند إبراع اتفاق التحكيم أو عند مباشرة إجراءات الخصوصة التحكيمية أو عند التنفيذ، وأهم مرحلة في التحكيم في الصفقات العمومية ترتكز على اتفاق التحكيم وبالتالي السؤال الذي يطرح نفسه ما هي الأحكام والشروط التي خصها المشرع لهذا الأخير[1]، حيث أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون اتفاق سابق وبالتالي فالإدارة هي أصل التحكيم وهي التي تنشئه.

1-بودليو سليم، تويوة هدى، خصوصية الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 50 ديسمبر 2018، المجلد ب،

الفرع الأول: الشروط الموضوعية.

إن اتفاقية التحكيم لا ينعقد إلا بتوفر الرضى لدى كل الطرفين بحيث يقتضي أن يكون إيجاب وقبول فينشأ في هذه الحالة اتفاق بين الأطراف، وبالتالي فإن التراضي يعني تطابق الإرادتين واتجاههما إلى نفس الغرض وتحقيق نفس الأهداف حيث أنه يجب أن تتجه في إرادة الطرفين إيجابا وقبولا إلى اختيار التحكيم اختيارا حرًّا كوسيلة لحلّ المنازعات التي تثور بشأن علاقتهم العقدية[1]، وفي حالة الإتفاق على التحكيم يكون التأكد على تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، وباعتبار اتفاق التحكيم عقد رضائي بين أطرافه فلا يجب أن تشوب إرادة الأطراف عيوب الرضى المعروفة في العقود بشكل عام (التدليس–الإكراه–الاستغلال) وهذا ما تطرق المشرع إليه في القانون المدني وتجدر الإشارة على أن اتفاق التحكيم ليأخذ شكل شرط التحكيم يجب أن يشمل رضى الطرفين سواءا في العقد الأصلي أو في شرط التحكيم معا، أما في حالة ما إذا كان الاتفاق على التحكيم بعقد منفرد يكون وفقا اتفاق خاص بين الطرفين خارج العقد[2]، إضافة إلى أن الرضى في شرط التحكيم يبقى خاضعا لرضا المتبادل بين الأطراف في العقد الأصلي وذلك بناءا على ما سبق التفاوض فيه بين طرفين العقد وبالتالي بأن شرط التحكيم لا يستلزم تراضيا خاصا به ومن ثم فإن الرضا المعبر عنه من كلا الطرفين أثناء التوقيع على الصفقة يخص أيضا شرط التحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة المبرمة، حيث تطرق المشرع الجزائري إلى اتفاقية التحكيم وشروطها في الصفقات العمومية في المادة 1040 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه: «**اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق**

1– نص المادة 1013، قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر "يجوز لإطراف الإتفاق على التحكيم ، حتى سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

2–أمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر ، عدد 78 ،الصادرة في 30 سبتمبر 1975 .

نشوئه على التحكيم»[1]، إن التحكيم لا يستلزم أن ينشأ في عقد خاص بين طرفين وإنما بناءا على المادة 975 من قانون الإجراءات م.إ يمكن أن ينشأ بمناسبة وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعدّدة الأطراف ولكون الجزائر انضمت ووقعت 1995 على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ورعاية الدول الأخرى المبرمة 1965 وهذا ما ألزمها بقبول التحكيم بمجرد انضمامها إلى المعاهدة الدولية وذالك تعبيرا عن إرادتها في تبني التحكيم في تشريعها[2] .

ونستنتج من هذا بمجرد انضمام الجزائر والتوقيع على معاهدة في مجال التحكيم فإنه يطبق التحكيم تلقائيا دون وجود شرط أو اتفاق التحكيم، حيث أنه الدولة المتعاقدة والمنظمة إلى المعاهدات في مجال التحكيم يجعلها قبلت ضمنيا الاختصاص التحكيمي في جميع العقود التي أبرمتها وهذا ما ينطبق على الصفقات العمومية، أما الرضا في شرط التحكيم يعد وفقا للقواعد العامة.

أما بالنسبة للأهلية فاشترط المشرع الجزائري أن يكون صادر من أطراف أهلية لتصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم حيث أن أهلية التقاضي لا تكفي في التحكيم باعتبار الأهلية في مجال اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن الشخص العام ليس أهلا لإبرام هذا الاتفاق إلا بشروط[3].

1-غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص.89.

2-محمد السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختباري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007، ص230.

3-تنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي"لايجوز للاشخاص المذكورة في المادة 800أعلاه،ان تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر"

في هذا الخصوص،سمح المشرع الجزائري سمح للدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والولاية والبلدية إبرام اتفاقيات التحكيم في مجال الصفقات العمومية، أما خارج هذا المجال فإن إجازات التحكيم للأشخاص القانون العام يكون في تلك العقود المتعلقة بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليه الجزائر[1]، أما محل اتفاق التحكيم فهو موضوع المنازعات التي اتفق الأطراف على فضها باللجوء إلى التحكيم، علما أن اتفاق التحكيم مثل العقود الأخرى لا تنعقد بمجرد توفر رضا صحيح خال من العيوب وكذا توفر الأهلية في أطراف الاتفاق بل يستلزم تحديد محل هذا الاتفاق لتأكد من مدى مشروعيته حيث يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجور فيها التحكيم، حيث تطرق المشرع إلى مجالين لا يجوز فيهما التحكيم هما مسائل الأحوال الشخصية وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام وفقا للمادة 1006 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة 02 حيث كلّ ما يتعلّق بالنظام العام غير قابل بالتحكيم وباعتبار هذه الفكرة مرنة ونسبية تختلف من زمن لآخر ومن دولة إلى أخرى ويعود للمحاكم سلطة تحديد نطاقها تبعا للمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة[2].

إلا أننا يجب أن نؤكد بأن فكرة النظام العام تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي، لأنه ليس كل ما يعتبر من النظام العام الداخلي، أو متعلق بقواعد أمرة يعتبر من النظام العام الدولي، ذلك أن النظام العام الداخلي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية لمجتمع معين ودولة معينة، أما النظام العام الدولي فهو المصلحة

1–تنص المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

2–عبد المجيد الأحدب، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة، الصلح، التحكيم، بحث مقدم في الملتقى المنظم بالمحكمة العليا يومي 15 و16 جوان 2008 بالجزائر، غير منشور، ص.10.

العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي[1]، مثلا حماية حقوق الإنسان الذي لا يختلف عليها أية دولة في سبيل الحفاظ على محاربة التجاوزات في هذه الحقوق.

يعتبر ركن جوهري لا ينعقد بدونه عقد حيث نظمه المشرع الجزائري في المواد من 97 و98 من القانون المدني، والتي تناول من خلالها أحكام السبب في القانون الجزائري، إذ اشترط المشرع لصحة أي اتفاق بصفة عامة، ضرورة وجود السبب واتفاق التحكيم كعبرة من العقود بصفة عامة وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة يجب أن يتضمن ركن السبب، وفق نفس الشروط التي حددها المشرع الجزائري في هذا الإطار، إذا إن اتفاق الأطراف في منازعات الصفقات العمومية على التحكيم يجد سببه في استبعادهم لطرح هذا النزاع على القضاء وهذا السبب يعد مشروعا، لكن في حال إثبات العكس أي إذا ثبت أن الغرض من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي إذا تعين تطبيقه لو طرح هذا النزاع أمام القضاء نظرا لما يتميز به من بطء وكثرة الإجراءات يراد التحلل منها، وبالتالي يعد التحكيم هنا وسيلة غير مشروعة يراد بها الإستفادة من حرية الأطراف وتكون هذه الحالة غش أمام القانون[2].

ومن هنا نستنتج أن سبب إبرام اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى نظام التحكيم كقضاء خاصة بما يتميز به من السرية.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية.

لايكفي توفر الشروط الموضوعية في اتفاقية التحكيم لصحتها بل يستوجب أيضا توافر شروط شكلية لاستكمالها والتي أقرتها جل التشريعات المنظمة للتحكيم، إذا نجد المشرع

1–ممدوح عبد الحميد عبد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، جانفي 2003.

2–لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر،2014، ص115.

الجزائري في هذا الصّدد ميّز بشأن الشكل الذي يظهر فيه شرط التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا وما إذا كان دوليا[1].

فالنسبة للتحكيم الداخلي ووفقا للمادة 1008من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الطريقة الوحيدة التي يظهر بها شرط التحكيم هي أن يكون مكتوبا في عقد الصفقة (بند من بنودها) أو في وثيقة مكتوبة لاحقة أو ملحقة بعقد الصفقة يستند إليها، وفي تلك الحالتين يستوجب الأمر كتابة شرط التحكيم[2]، وفقا لما نصت عليه المادة السالفة الذكر، وعليه فإن الكتابة تعتبر شرط لصحة الشرط التحكيمي وليس إثباته.

أما فيما يخص التحكيم الدولي ووفقا للمادة 1040 فإن المشرع الجزائري اشترط الكتابة في اتفاقية التحكيم سواء كانت شرط أو مشارطة التحكيم، كما وسع وسائل الإثبات وترك الحرية للأطراف فأصبح بإمكان الأجهزة الإلكترونية ووسائل الاتصال المختلفة مثل الفاكس، البريد الإلكتروني... التي تكون مقبولة في مجال التحكيم الدولي ويحيز الإثبات بالكتابة[3]، وعليه يجب أن يتحقق تبادل الإرادتين من الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو عكس يتضمن عرض الالتجاء للتحكيم في تسوية المنازعات التي قد تشوب للانعقاد العقد الدولي يجري التفاوض لإبرامه فيلزم صدور من قبل الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولا إذا كانت هناك معاملات

1-بودليو سليم، منظمة التجارة الدولية ونظام تسوية النزاعات، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009، الجزائر، ص174.

2-تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر "يثبت شرط التحكيم، تحت طائفة البطلان،بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها".

3-تنص المادة 1040 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:"تسري اتفاقية التحكيم على النازعات القائمة والمستقلة.بحيث من حيث الشكل،وتحت طائلة البطلان،أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة،أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة....."

جارية بين الطرفين وكان التحكيم شرطا فيها، أو إذا كان الأمر يتعلق بتحديد عقد تضمن شرط التحكيم أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم[1].

لم يكتفي المشرع بذلك حيث إلى جانب استلزام الكتابة في الفقرة الثانية من المادة سالفة 1008 أضاف تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تحديدهم وإلا كان شرط التحكيم باطلا، وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه وفقا لما نصت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

لم يخضع المشرع قاعدة تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم إلى قاعدة التحكيم الدولي بل أخضعها إلى مبدأ سلطان الإرادة، وإذا خل شرط التحكيم من تحديد المحكمين أو تعذر عن ذلك وكان التحكيم يجري في الجزائر فإن يتعين على الطرف الذي يهمه مراجعة التعجيل.

1-رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إجراء التحكيم:

في حالة ما إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الطرفان القانون الجزائري فعلى الطرف الذي يهمه الأمر مراجعة المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ما لم يتفق الأطراف على جهة قضائية أخرى[3].

1-محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007، ص.59.

2-تنص المادة 1009 من ق.إ.م.إ على مايلي:"إذا إعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم،بفعل أحد الأطراف أوبمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين،يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه..."

3- تنص المادة 1041 من ق.إ.م.إ على مايلي:"يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم،تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم ....."

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لا يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين محكم من التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الأطراف بل أصبح للقاضي الجزائر إمكانية تعيين محكما من جنسية أحد الطرفين في حالة عدم اتفاق الأطراف[1]، إضافة إلى عدم إلزامية المشرع الجزائري ببيانات معينة في شرط التحكيم حيث توجد نصوص تحدد بيانات إلزامية يتعين على أطراف إدراجها في شرط التحكيم ما عدا بالنسبة لمشاركة التحكيم فيما يخص بيان وتحديد موضوع النزاع[2].

الفرع الثالث: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

إن الاتفاق على التحكيم وإدراج شرط التحكيم في الصفقات له ميزة خاصة عن باقي العقود وذلك لكون الصفقات العمومية عقود إدارية تتمحور على الأموال العامة وبالتالي وفرها المشرع ضوابط وإجراءات تبدأ بمرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة عليه، وعدم احترام هذه الإجراءات يؤدي إلى إبطال الصفقة في أية مرحلة كانت ولقد عرفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10[3] أن الصفقة عقد مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات لصالح المصلحة المتعاقدة، ويستلزم المشرع إلى جانب تحديد نوع الصفقة تحديدا دقيقا كما بين كيفية إبرامها ذلك حسب مادة 13 من المرسوم الرئاسي السابق، وهذا ما جاء فيها تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال.
- إقتناع اللوازم.

1- نويوة هدي، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص40.

2- محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص63.

3- قانون تنظيم الصفقات العمومية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 58 بتاريخ 2010/10/07.

- إنجاز الدراسات.
- تقديم الخدمات.

بالإضافة إلى عقود البرنامج وصفقات الطلبات التي نصت عليها المادة 16 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر[1].

أما كيفية إبرام الصفقات العمومية فإن المشرع الجزائري اعتمد على أسلوبين أسلوب المناقصة وأسلوب التراضي وأوجب على الأطراف المتعاقدة تحديد الأسلوب الذي يتم به إبرام الصفقة وفي حالة تخلفه يؤدي إلى البطلان[2].

المطلب الثاني: نزاعات الصفقات العمومية وتطبيقاتها.

لقد فتح المشرع مجال اللجوء إلى التحكيم متى تعلق الأمر بصفقة عمومية حيث أنه أكد إمكانية الأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم هذا ما جاء في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث أنه يجوز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى هيئة دولية للتحكيم في المنازعات المترتبة على تنفيذ الصفقات العمومية[3].

أما فيما يتعلق بالمتعامل الإقتصادي المتعاقد فيشترط أن يكون أجنبيا لكي يلجأ إلى التحكيم في منازعاته.

إضافة إلى وجوب اللجوء إلى إجراء التسوية الودية لهذه المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء كما ألزم المشرع الأطراف المتعاقدة إدراج في دفتر شروطها اللجوء إلى هذه التسوية،

1- المادتين 13-16 من المرسوم الرئاسي 10-236.

2- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص45.

3- المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وهذا ما يوضح التحكيم فيما يتعلق بالتحكيم في المنازعات التي يكون فيها المتعامل المتعاقد وطنيا، وبالتالي تطرقنا إلى الأشخاص المخول لها سلطة اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها الناشئة في الصفقات العمومية كتمهيد لدراسة طبيعة منازعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم كما نقود بدراسة وتقديم أمثلة تطبيقية ثم اللجوء فيها إلى التحكيم بمناسبة نشوء النزاع في هذا المجال.

الفرع الأول: النزاعات التي يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها.

إن التسليم بحق اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية لا يعني أنّه يجوز في جميع المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية بل يتعلق الأمر فقط بالنسبة للنزاعات ما بعد التعاقد. كما أنّه ينبغي ترك النزاعات المتعلقة بالمشروعية خارج مجال التحكيم[1]، حيث تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: **«يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم...».**

وعليه انطلاقا من هذه المادة نستخلص أن اختصاص التحكيم بصفة عامة يقتصر فقط على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية للأطراف المتنازعة وبالتالي نستبعد عدد من المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والتي تعتبر غير قابلة للتحكيم وتتمثل فيما يلي:

- النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية.
- النزاعات المتعلقة بمشروعية تصرفات الإدارة.
- النزاعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية.
- النزاعات المتعلقة بالنظام العام.

1- تاقة حسين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بجاية،2017 ص94.

- النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم[1].

نلاحظ في هذا المجال أن المشرع لم يحدد بالتفصيل مجال النزاعات التي يجوز على إثرها إلى التحكيم فيما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية، حيث أنه استبعد النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، وبالتالي يفهم أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في كلّ الحالات إلا الحالات المنصوص عليها في المادة 1006 السابقة الذكر.

أما فيما يتعلق بالمنازعات التعاقدية، فإنه ليس فقط ما يتعلق بمرحلة إبرام الصفقات العمومية لكن أيضا مرحلة تنفيذ العقد، إضافة إلى هذا فإنه ينبغي السماح للجوء إلى التحكيم لكل الأشخاص الخاضعين لقانون الصفقات العمومية بالإضافة إلى إخضاع صفقات الخدمات للتحكيم.

وفي الأخير يجب إخضاع النزاعات المتعلقة بضمانات بعد التعاقد للتحكيم مدام أنه لا يوجد مبرر لرفض إمكانية التحكيم فيما يتعلق بالمسؤولية بعد التعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أشار بصفة غير مباشرة في المرسوم الرئاسي 15-247. إلى النزاعات التي لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم وهذا في الفقرة الأخيرة من المادة 153 حيث اللجوء إلى التحكيم يكون في حالة النزاعات التي تكون أثناء تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة بين الأجانب، وبالتالي فإن المشرع استبعد النزاعات التي تنشأ خارج تنفيذ الصفقة العمومية كالنزاعات التي تنشأ قبل إبرام الصفقة وتنفيذها كما استبعد أيضا اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين المواطنيين.

1- مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الإستثمارات الأجنبية،مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، العدد 13،جامعة المدية،2018، ص811.

فالمادة 1051 قانون إجراءات مدنية وإدارية أشارت إلى النظام العام الدولي حيث اعتراف الجزائر بأحكام التحكيم الدولي يكون بعدم مخالفة النظام العام الدولي ومن أمثلة على ذلك المسائل المتعلقة به ، تجريم تجارة الرقيق والمخدرات ،استغلال النفوذ، الرشوة للحصول على الصفقات.

وتبعا لهذا فإن الموضوع محل التحكيم يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام الدولي وهذا حماية لمصالح ومبادئ المجتمع الدولي[1].

يجب أن يكون قابل للتحكيم ويكون من اختصاص المحكم و إلا عرض على القضاء[2].

أما فيما يخص الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم فإن القانون أورد ذلك في حالتين أين ميز بينهما المشرع.

بالنسبة للحالة الأولى المتعلقة بالتحكيم، فقد شملت نوعا من الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم الإداري التي جاءت في الكتاب الرابع تحت عنوان "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية" من الباب الخامس المسمى "في الصلح والتحكيم" من الفصل الثاني المعنون "في التحكيم"[3].

1- غلاب عبد الحق،التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي15-247 ص62.

2- فتيحة قريقر، القابلية للتحكيم، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007-2008 ، ص75.

3- رحماني راضية،النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية،مذكرة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة الجزائر2016-2017، ص135.

وعليه وفقا للمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، فإن الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم تمثلت في الأشخاص المذكورة في مادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، والمتمثلة في كل من:

- الدولة.
- الولاية.
- البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وعليه فإن الأشخاص المعنوية العامة، المعنية بالتحكيم لابد أن تكون ذات صبغة إدارية.

وفقا للمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مجال تطبيقه حيث نصت على ما يلي:

«لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات، الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري»[3].

وعليه وفقا للمادتين المذكورتين سابق، فإن يجوز للأشخاص العامة ذات الصبغة الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية ولا يتمثل فقط الصفقات المبرمة

1-تنص المادة 975 ق.إ. م.إ على مايلي:"لا يجوز لأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"

2- المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

داخليا بل يتعداه إلى الصفقات العمومية الدولية، وهذا وفقا للمادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر[1].

وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم في الصفقات الدولية يعتبر مستقبلا في حد ذاته، استنادا لنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس استنادا إلى الاتفاقيات المصادق عليها من قبل الجزائر.

ان الصفقات العمومية الدولية الناجمة عن الاتفاقية التي صادقت عليها الجزائر تكون خاضعة للتحكيم بعد إقرار المشرع بجواز التحكيم فيها [2].

وعليه وفقا للمادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكدت مسألة لجوء الأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإدارية لتحكيم تطرح مسألة الأشخاص التي تبادر بتمثيل الأشخاص المعنوية العامة الإدارية[3].

بالنسبة للحالة الثانية المتعلقة بالتحكيم، فقد شملت نوعا من الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها التحكيم من غير الأشخاص المعنوية ذات الصبغة الإدارية والتي وردت في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان: "في الطرق البديلة لحل النزاعات" في الباب الثاني المسمى "في التحكيم" في الفصل الأول المعنون بـ"اتفاقيات التحكيم".

وفقا للمادة 1006 من ق.إ.م.إ إن الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى طلب التحكيم هي:

1- المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

2- رحماني راضية، المرجع السابق، ص137.

3- تنص المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:".....عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية،يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني،أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها."

1- جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

يتضح في نص المادة أعلاه فقرة 3 بصفة صريحة جواز طلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية، لكن ميل هذه المادة إلى الأشخاص المعنوية العامة غير الإدارية التي لها هدف إقتصادي وإلا فإن القول بعكس ذلك سوف يوقع المشرع الجزائري في تناقض بين الأحكام، فمن جهة يحدده بالإتفاقيات الدولية ومن جهة أخرى يحدده بمجال العلاقات الإقتصادية الدولية[1].

وهناك فرق بينهما، لذلك لابد على المشرع أن يتدارك هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتفادي التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص [2].

وعليه لنكون في صدد العلاقات الإقتصادية الدولية التي تجيز التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة غير إدارية لابد أن يتوفر عنصرين :

أ -أن يكون النزاع المراد عرضه على التحكيم ناتجا عن علاقة دولية.

يفهم من ذلك كل علاقة تضع إحدى الأشخاص العمومية للدولة إزاء النزاع في مواجهة طرف أجنبي أو أكثر [3].

أوضحت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في تطرقها لمفهوم الطابع الدولي في التحكيم بعبارتها:

1- وعيل حكيم، النظام القانوني للصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،1 كلية الحقوق، السنة الجامعية 6041 6041 ، ص46 .

2 -طيبون حكيم،منازعات الصفقات العمومية، ص69 .

3-نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص10 .

" **يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل**"

ب- أن يكتسي النزاع الصبغة الاقتصادية:

يفهم من مصطلح "العلاقة الاقتصادية"، الإطار الذي ينظم كل تعامل بين طرفين أو أكثر، ويكون الهدف منه تركيز الثروة وإنماء الاقتصاد سواء أخذ شكل الاستثمار من خلال توظيف المال في المشروعات العامة، أو بالمشاركة في رأسمال إحدى المشروعات أو في شكل توظيف المهارة والخبرة أو إبداء المشورة وانجاز الدراسة [1].

2- جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الصفقات العمومية.

لقد تعرضت المادة 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى النقطة الثانية التي تلجأ فيها الأشخاص العامة غير الإدارية للتحكيم التي تتمثل في الصفقات العمومية.

وتطبيقا لذلك جاءت المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فقرتها الثانية لتوسع مجال تطبيق هذا المرسوم على الأشخاص المعنوية العامة غير الإدارية، حيث تنص المادة 7 منه على ما يلي:

"**لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات محل نفقات:**

1- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.32

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

كما أن المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، تنص"**:يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم.....ويجب أن تحتوي على البيانات التكميلية الآتية.....:القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات...**" .

بإستقراء نص هاتين المادتين يتضح جليا أن المشرع أرد بالأشخاص المعنوية العامة تلك المؤسسات العمومية غير الإدارية، فمادامت الصفقة العمومية أبرمت من هذه الأخير فلابد أن تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 95 و التي من بينها شرط التحكيم[1].

الفرع الثاني: حالات التحكيم في الصفقات العمومية.

ثبت الواقع العملي أن المؤسسات العمومية تمارس التحكيم الدولي، حيث سجلت "سونطراك" لوحدها 45 قضية تحكيم دولية بخصوص الصفقات العمومية في الفترة ما بين 1971 إلى 1996 [2] .

وحاليا توصلت هذه المؤسسة إلى إتفاق بالتراضي مع المجموعتين "أنداركو الجزائر الأمريكية" و"ما يرسك أولى " الدنماركية في خلاف حول الرسوم التي تدفعها المجموعتين

1- نص المادة 95 المؤسسات العمومية الإقتصادية من الخضوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ومع ذلك عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات العمومية على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب، والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات.

2- نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

للجزائر ،فأوضحت شركة سونطراك الجزائرية في بيان لها أنه حين يتم المصادقة من السلطات المعنية، فإن ذلك سيضع حدا حول الفوائد الإستثنائية التي فرضتها الجزائر ، وذلك بموجب عقد الصفقة العمومية المبرمة بينهم[1].

كما نجد أيضا لجوء شركة TOTAL للتحكيم الدولي ضد شركة سونطراك.

حيث قررت شركة الطاقة الفرنسية توتال اللجوء إلى التحكيم الدولي لحل نزاع مع شركة النفط الجزائرية سونطراك وأكد متحدث بإسم توتال لبي بي سي لجوء الشركة الفرنسية إلى التحكيم الدولي، بسبب خلاف مع سونطراك في "تفسير بنود اتفاقية" بينهما.

وأجرى الطرفان سلسلة من المحادثات ،بهدف حل النزاع القانوني بينهما، ولكن جميع المحاولات الودية بائت بالفشل، لتؤول القضية إلى التحكيم الدولي بجنيف.[2]

إضافة إلى حالة التحكيم بين الجزائر وأوراسكوم.

وعليه أعلن المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات التابعة للبنك العالمي مؤخرا أنه سيقوم بإنشاء لجنة خاصة من أجل النظر في طعن قدمته شركة أوراسكوم تيليكوم للإستثمارات في إطار قضية التحكيم، ويتعلق الأمر بطعن محدود ما بعد الحكم وليس استئناف لقرار المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات الذي صدر في شهر جوان 2015، وهو متضمن في الإتفاقية من أجل تسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا البلدان الأخرى.

1- بوصنوبرة خليل ، القرارات التحكيمية وطرق الطعن فيها ، مذكرة دكتوراه، جامعة منتوي، قسنطينة، 2007-2008 ، ص257 .

2- أحمد روابة، توتال تلجأ للتحكيم الدولي ضد سونطراك ، مجلة بي بي سي ، 5 يوليو 2016 ، 15 -05-2019.

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات تعتبر نهائية ولها قوة إلزامية تجاه أطراف النزاع إلا أنها يمكن أن تشكل موضوع طعن محدود لما بعد الحكم في حالة إرتكاب خطأ مادي أو حساب أو إذا رأت إحدى الأطراف أن المحكمة قد نسيت ذكر مسألة في الحكم وتطالب بالتالي إصدار قرار إضافي من نفس المحكمة.[1]

المبحث الثاني: حكم التحكيم وأثاره في الصفقات العمومية.

بموجب إبرام اتفاقية التحكيم بين الأطراف سواءا تعلق الأمر بنزاع قائم أو وشيك الوقوع داخليا كان أو دوليا هذا ما يحي إلى رغبتهم في طرح النزاع على هيئة التحكيم نتيجة إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية حيث أنه ترك المشرع الحريّة التامة للأطراف المتعاقدة لتعيين هيئة التحكيم التي يعتبر أساس التحكيم وتجنبهم اللجوء إلى القضاء.

إن الخصومة التحكيمية مثلها مثل الخصومة القضائية لكون نظام التحكيم وسيلة لفظ النزاعات وبديل عن القضاء تبدأ بإجراءات محدّدة باتفاق الأطراف أو بموجب قانون معيّن يتّفق عليه الأطراف أو اعتمادا على إجراءات المعتمدة في المراكز التحكيمية ثم تأتي مرحلة تشكيل هيئة التحكيم مرورا بسير جلسات التحكيم وتقديم أدلة الإثبات التي تنتهي بإصدار الحكم الفاصل في النزاع الذي اتفق الأطراف للإخضاع للتحكيم[2].

ونستنتج من كل هذا أن رغبة الأطراف هو إبعاد النزاع عن القضاء ليتم عرضه على قضاة من اختيارهم وهذا الحكم الصادر منهم يصبح قابل لتنفيذ كما يمكن الطعن فيه أو باستئنافه.

1- التحكيم بين الجزائر وأوراسكوم، SUD HORIZON.Journal électronique ,disponible dans le site www.aps.dz,consulté le 17-06-2019 .

2- نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص72.

وكل هذه المسائل نتناولهما في مطلبين، في المطلب الأول نتعرض إلى الإطار القانوني لحكم التحكيم في الصفقات العمومية أما في المطلب الثاني تحدد الطعن في الحكم التحكيمي لهذه الأخيرة.

المطلب الأول: الإطار القانوني لحكم التحكيم في الصفقات العمومية.

يعتبر التحكيم نظام رضائي خاص حيث يختار فيه الأطراف المتحكمون المحكم أو المحكمون وهذا في حالة تعدد، وهذا ما يعرف بهيئة التحكيم، والمهمة المسندة إليهم هو فض النزاع في مجال الصفقة العمومية، وذلك لتحقيق العدالة وتأمين حقوق المتعاقدين حيث أنه في إطار منح للأطراف حرية اللجوء لنظام التحكيم هو تكريس لحرية الأطراف لطرح نزاعهم على أي هيئة من إختيارهم وعلى أنه يختلف تعيين المحكم أن المحكمين لدى الهيئات أو المنظمات الدولية.

إن تشيكل محكمة التحكيم تكون بناءا على إرادة الخصوم في إختيارهم لمحكميهم الذين يتمتعون بالخبرة والثقة وحسن تقدير، إضافة إلى مراعاة المساواة بين طرفي النزاع [1].

بناءا على المادة 1008 لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشرع الجزائري ربط بين شرط تحكيم وبين تعيين المحكمين، حيث أنه ألزم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم وفي حالة التخلف هذا الشرط تحت طائلة البطلان[2].

1- منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي (في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء والتحكيم)، دون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية- 2000-ص136.

2- تنص المادة 1008. قا.إ.م.إ على مايلي:"يثبت شرط التحكيم،تحت طائلة البطلان،بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم،تحت طائلة البطلان،تعيين المحكم أو المحكمين،أوتحديد كيفيات تعيينهم."

وبالتالي يجب توفر شروط في المحكم من مبادئ ومستوى أخلاقي رفيع وتوفر الشروط التي نص عليها القانون كأهليته لإبرام التصرفات القانونية كذا لم يسبق له الحكم بجناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمان[1] ، كما ينبغي أن يكون متمتع بكامل حقوقه المدنية وذات أهلية ولا يجوب أن يكون قاصرا أو محجورا عليه مفلسا[2]، ثم تأتي مرحلة إنعقاد هيئة التحكيم والنظر في النزاع المعروض عليها وصور حكم التحكيم وإمهاره بصيغة التنفيذية ليكون قابل لتنفيذ وعليه فإن هذا الحكم يكون قابل للطعن أو الإستئناف حسب الحالات:

وعليه نتعرض في الفرع الأول إلى الخصومة التي تعتبر الجانب الإجرائي لتحكيم وصولا إلى صدور حكم التحكيم الذي نحدده في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم

تعتبر تلك الأعمال الإجرائية التي تبدأ بطرح النزاع على هيئة التحكيم وتنتهي بصدور حكم التحكيم الفاصل في النزاع القائم بين الأطراف حيث أن هذه الأخيرة في كافة مراحلها تستند إلى مبادئ أساسية يجب الإرتكاز عنها فهناك مبادئ منصوص عليها في القانون وهناك مبادئ متعارف عليها لا تحتاج نص صريح، فيعتبر مبدأ المساوات أسمى مبدأ حيث يشكل ضمانة من ضمانات المعروفة في التخافي وهو مبدأ دستوري وهذا ما أوضحته المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرة الثانية: " يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرض متكافئة بعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم[3]"، وهذه المادة تطبق أما القاضي كما تطبق أمام محكمة التحكيم.

1- عادل محمد القزاز، التحكيم، المحكمين- مجلة التحكيم الهندسي- العدد الأول-2009-مركز التحكيم الهندسي نقابة المهندسين-محافظات غزة-ص106.

2- تنص المادة 1014 من قا. إ.م.إ على مايلي:"لاتسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي،إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية...."

ضف إلى أحكام المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن هذا المبدأ يطبق أثناء سير الخصومة أمام القضاء وأمام التحكيم في آن واحد[1].

وإذا لم يرع مبدأ المساواة بين الخصوم أمام محكمة التحكيم حيث يجب يراعي هذا المبدأ بين الإدارة والمتعاقد إثر المنازعة سواءا بإبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية، ومبدأ المساواة حياد محكمة التحكيم وإستقلالها على الأطراف الذين قاموا بتعيينهم، إضافة إلى إحترام مبدأ حقوق الدفاع حيث يعتبر هذا الأخير من المسائل الجوهرية في منازعات الصفقات العمومية وفي كثير من المسائل يتوجب العودة إلى المحكمة الإدارية المختصة يقتضي أن يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة في الصفقة العمومية ممثلا بمحامي، هذا ما أكدته المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "على أنه مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام"[2].

إضافة إلى إحترام مبدأ الوجاهية أين يحق لكل طرف من أطراف التحكيم أن يكون على علم بما يقدم من طلبات وما يتخذ من إجراءات ضده والإطلاع على كل الوثائق ومناقشة ما يقدمه خصمه من طلبات ودفوع [3]، ولهذا المبدأ أهمية في مجال التحكيم حيث يعتبر من النظام العام الدولي وفي حالة تخلفه يصبح الحكم قابل للبطلان حتى وإن كانت اتفاقية التحكيم يسمح بذلك[4]، أما بالنسبة لتحكيم الداخلي فلم تذكر قاعدة الوجاهية رغم ذلك لا يمكن إغفالها في إجراءات التحكيم الداخلي، بينما في التحكيم الدولي نصت صراحة على

1- تنص المادة 1019. من قا.إ.م.إ على مايلي "تطبق على الخصومة التحكيمية في آجال والأوضاف المقررة أمام الجمعات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

2-تنص المادة 815 من قا إ.م.إ على مايلي:"مع مراعاة أحكام المادة 728 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام" .

3-صبري أحمد الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي. رسالة دكتوراة. جامعة عين الشمس. سنة 2004- ص87.

4-حكم صادر من الدائرة الأولى من محكمة استئناف باريس 1997.09.09 ومشار إليه في مؤلف محي الدين إسماعيل، مختارات التحكيم – مجلة التحكيم العربي عدد/ 02 جانفي 2000 ص223.

بطلان حكم التحكيم الذي لم يراعي مبدأ الوجاهية وهذا ما نصت عليه المادة 158 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

تعتبر الخصومة التحكيمية مجموعة من الإجراءات تبدأ بعرض نزاع على هيئة التحكيم وتنتهي بصدور حكم التحكيم.

بعد تشكيل محكم التحكيم وقبول المحكمين للمهمة المسند إليهم يتم البدأ في إجراءات التحكيم وذلك بإتباع خطوات أثناء سير الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم حيث تبدأ بتقديم الطلب فبالنسبة لهذا الأخير فالمشرع لم يشرع إلى ذلك فحسب فإن بدأ إجراءات التحكيم يكون من تاريخ تعيين المحكمين فهذا يعتبر ميعاد بدأ الإجراءات وعليه يحتسب من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم، وهذا ما وضحته المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] ويعتبر تاريخ بدأ إجراءات التحكيم اعتمادا على تاريخ قبول المحكم للقيام بمهمته الذي يعتبر بداية إجراءات الخصومة التحكيمية [3].

أما فيما يخص مكان ولغة التحكيم فالأصل يكون اختيار مكان التحكيم من قبل الطرفان وتحديد مكان التحكيم له أهمية بالغة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق[4].

1–تنص المادة 158. قا.إ.م.إ على مايلي:"يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب.
يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم،أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة."

2– تنص المادة 1018–قا.إ.م.إ على مايلي:"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه،وفي هذه الحالة يلزم المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف 4أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم....." .

3– تنص المادة 1015– قا.إ.م.إ على مايلي:"لايعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا،إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم...." .

4–محمود مختار أحمد بربري،التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة،ط3،2007، ص93.

أما فيما يتعلق بلغة التحكيم فيما يخص إجراءات التحكيم وتقديم السندات وسماع الشهود تكون بالعربية إذا ما تم التحكيم في دولة عربية وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يجري التحكيم على أراضيها [1].

إن سير إجراءات الخصومة التحكيمية تبدأ بمجرد استلام أحد الأطراف طلب كتابيا يعبر عن رغبته بعرض النزاع على التحكيم وكما أوضح المشرع الجزائري ذلك اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة والرغب المشتركة للأطراف للجوء إلى التحكيم وفي حال التعجيل يكون من قبل طرف واحد[2]، تمر الخصومة التحكيمية:

1-بيان الدعوى:

تعتبر مذكرة مكتوبة يرسلها مبادر طلب التحكيم إلى الطرف الثاني المدعى عليه وكذا جميع أعضاء هيئة التحكيم خلال الميعاد المتفق عليه وفيها يشير إلى بياناته الشخصية ووقائع الدعوى وموضوع النزاع تحديد طلباته[3] أما الطرف الثاني (المدعى عليه)، يقوم بإعداد مذكرة مكتوبة خلال الميعاد المتفق عليه تتضمن رده على ما وجه إليه والدفاع عنه وطلباته المتصلة بموضوع النزاع

2

1-جيايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي- كلية الحقوق والعلوم السياسية- 2013- ص83.

2-تنص المادة 1010 ق.إ.م.إ على مايلي:"يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل"

3-لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، دون سنة، ص278.

2-عقد جلسة التحكيم وتقديم أدلة الإثبات:

هو لقاء بين الخصوم أو ممثلهم من جهة ومحكمة التحكيم من جهة أخرى وذلك في الوقف والمكان المتفق عليه، فيسمح عقد الجلسات أيام العطلة وغير ساعات العمل الرسمية[1].

وعليه يتم عقد جلسات لتمكين كل الطرفين لتقديم شرح موضوع الدعوى والحجج والأدلة وذلك قبل انقضاء 15 يوم وإلا فصلت هيئة التحكيم بناءا على ما قدم إليها[2]، وفي حالة مواجهة صعوبات في البحث والحصول على الأدلة إذا كان أحد أطراف الصفقة العمومية محل النزاع إدارة ومتنعة عن تقديم الوثائق أوجب المشرع الجزائري تقديم تدخل السلطة القضائية للمساعدة في تقديم الأدلة، كما أجاز لمحكمة التحكيم أو الطرف الذي يهمه التعجيل بترخيص محكمة التحكيم وبموجب عريضة أن يطلب تدخل القاضي [3].

3-عوارض الخصومة:

إن النهاية الطبيعية للخصومة التحكيمية تكون بصدور حكم التحكيم الذي ينهي النزاع بين الأطراف ولكن قد يحول الأمر دون ذلك في حالة الوقف أو الإنقطاع أو إنهاء الإجراءات، حيث يتم وقف إجراءات الخصومة لسبب أجنبي لأطرافها كما تتوقف في حالة الطعن بالتزوير أو حصول عارض جنائي فيتم إحالة الأطراف للجهة القضائية المختصة من

1-عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، 2003- ص 61.

2-تنص المادة 1022 قا.إ.م.إ على مايلي:"يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"

3-تنص المادة 1048 قا.إ.م.إ على مايلي:"إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى....." .

طرف المحكمون فيتوقف سير التحكيم ويستأنف من تاريخ الحكم في المسألة العارضة[1]، أما إنقضاء الخصومة فحسب المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون:

- تغيير في أهلية التقاضي للخصوم.
- وفاة أحد الخصوم.
- وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي إلا إذا كان التمثيل جوازيا.

وأخيرا تنتهي الخصومة التحكيمية حسب ما نص المشرع الجزائري في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- وفاة أحد المحكمين أو رفض القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له.
- إنتهاء المدة المقرر لتحكيم.
- فقدان موضوع النزاع أو إنقضاء الدين المتنازع فيه.
- بوفاة أحد أطراف العقد.

أما حق التنازع في خصومة التحكيم لا يكون إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا[2].

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم

« بعد صدور حكم التحكيم النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية في مجال الصفقات العمومية هو المتعلق بمنازعة التنفيذ، فمتى تبين لهيئة التحكيم أن إجراءات التحكيم انتهت

1-مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، طبعة 2010-ص 173.

2-تنص المادة 231 قا.إ.م.إ على مايلي:"التنازل هو امكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومية، ولاترتيب عليه التخلي عن الدعوى. يتم التعبير عن التنازل، إما كتابيا و إما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناه الضبط" .

وصار النزاع جاهزا للفصل فيه، تقرر غلق باب المرافعة وإحالة النزاع على المداولة حتى يصدر حكم التحكم[1]».

بعد الإنتهاء من المداولة ليتم النطق بالحكم التحكيمي الذي يكون في سرية تامة بالنسبة للتحكيم الداخلي وفقا لنص ما 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري أكد على سرية المداولات فإنه لم ينص وجوب التصريح بأحكام التحكيم علنية إذا لا يوجد له أي أثر قانوني في قانون الإجراءات المنية والإدارية.

ومن هنا يتضح أن الأصل في الأحكام التحكيمية عدم علانيتها هذا ما أكدته المادة 1038 من قانون سالف الذكر. بحيث تجعل من أحكام التحكيم غير قابلة للإحتجاج تجاه الغير، وهذه الطريقة المتبعة في هذا الأخير تطابق مبدأ سلطان الإرادة لإجراءات الخصومة التحكيمية.

أما بالنسبة لكيفية اتخاذ حكم التحكيم، فإن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات وفقا لنص المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما في التحكيم الدولي فلقد ترك المجال فيه إلى إتفاق الأطراف وفقا لنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

يمر حكم التحكيم بمراحل مختلفة حتى يتم إصدار، كما يحمل في طياته جل من الشروط الموضوعية والشكلية لقبول الطعن فيه .

1-غلاب عبد الحق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية العدد الرابع جوان 2018- مرجع سابق 115.

2-تنص المادة 1025 من قا.إ.م.إ. على ما يلي: «تكون مداولات المحكمين سرية».

3-رحماني راضية، مرجع سابق، ص161.

تختلف هذه الشروط على حساب التحكيم المتبع، فالمشرع الجزائري ترك تحديد البيانات التي يتضمنها حكم التحكيم الدولي لإرادة الأطراف، وذلك من خلال اختيار قانون إجرائي معين أو نظام تحكيمي، ولكن هناك مجموعة من البيانات الضرورية التي يجب أن تدون على الحكم الدولي لكي لا يفقد سلامته وكذا فعاليته[1].

1-الشروط الموضوعية:

يعتبر الحكم الصادر حكم فاصلا في موضوع النزاع الذي يستمد المحكمون سلطتهم من اتفاق الأطراف الذين يحددون مهمة المحكمين ونطاق سلطاتهم وقواعد القانون المطبق على موضوع النزاع وإجراءاته، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تحدد القانون الواجب بشرط أن يكون مناسبا بالنزاع[2]

وعليه فالشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر في حكم التحكيم لا بد أن يكون فيها تسبيبا كافيا حتى تتمكن جهة الاستئناف من فرض رقابتها وفقا لنص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية التي تنص على « يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة»،وهذا ماوضحته المادة 1056 ق.إ.م.إ. [3].

2- الشروط الشكلية:

ألزم المشرع الجزائري هيئة التحكيم قبل صدور الحكم في النزاع التقيد بمجموعة من الشروط الشكلية التي تتمثل فيما يلي:

1-غلاب عبد الحق، مرجع سابق ص115-116.

2-تنص المادة 03/1040 من ق.إ.م.إ على مايلي:" ....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".

3- تنص مادة 1056 من قا.إ.م.إ. «لا يجوز الاستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ في الحالات التالية:.... 5/ إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب».

وفقا لنص المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- يجب أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية الأصوات.
- يجب أن يتضمن غرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم والأساليب التي تدعم هذه الإدعاءات[1].
- كما اختار المشرع الجزائري أيضا الإتجاه الذي يقضي بتعليل أو تسبيب الأحكام التحكيمية وعدم التسبيب يشكل سببا من أسباب إبطال الحكم التحكيمي[2].

إضافة إلى ذلك أوجب القانون الداخلي وفقا للمادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:

1-إسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2-تاريخ صدور الحكم.

3-مكان صدوره.

4-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء.

وهذه البيانات الخمسة هي بيانات إلزامية، وتخلف أحدها يعرض الحكم الصادر من المحكمين للإلغاء من طرف مجلس الدولة عند استئنافه.

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

1-تنص المادة 01/1027 من ق.إ.م.إ على مايلي:" يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم" .

2-عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص 379.

- إذا لم يتضمن حكم التحكيم اسم المحكمين أو المحكم فكيف تتم مراقبة مدى حيادهم واستقلالهم.
- وجوب أن يتضمن تاريخا لصدوره، لمعرفة هل الحكم ضمن مرحلة مهلة التحكيم المحددة باتفاق الأطراف أو وفقا للمهلة القانونية أم ط.
- مكان إصدار حكم التحكيم، لمعرفة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ومتى يجب رفعها.
- أسماء أطراف النزاع وعناوينهم من أجل الإعتراف بالحكم وتنفيذه.
- أسماء المحامين أو ممثلي الأطراف.
- يجب أن يكون حكم التحكيم موقعا عليه من طرف المحكمين[1].

أما فيما يخص شرط الكتابة فالمشرع الجزائري لم يورد نص صريح عن اشتراط الكتابة في حكم التحكيم لكن وفقا لما سبق يتضح أن صدور حكم التحكيم يكون كتابة[2]، وعليه فإن حكم التحكيم عمل مكتوب والكتابة شرط ضروري لقيام الحكم ذاته بوصفه عملا قضائيا يمارس المحكمون في شأنه كل سلطة قضائية[3].

كما إشترط المشرع على ضرورة توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين لكن لم يستلزم المشرع ضرورة بيان أسباب عدم توقيع الأقلية وإنما اقتصر فقط على ضرورة الإشارة

1-نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوي، قسنطينة، 2011-2012، ص 102.

2-محمد كوط، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، بدون طبعة، منشورات بغدادي، الجزائر 2008، ص 240.

3- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي (في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء)، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 362.

إلى واقعة رفض الأقلية على الحكم واعتبر الحكم الموقع من قبل الأغلبية كأن تم توقيعه من قبل جميع المحكمين[1].

فالتوقيع من شأنه إعطاء الحكم مصداقية وجدية، فلا يتصور صدور حكم تحكيمي غير موقع عليه[2].

المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم في الصفقات العمومية.

بعد صدور حكم التحكيم نكون أمام حالتين إما تنفيذ حكم التحكيم وإمهاره بالصيغة التنفيذية وبالتالي يصبح قابلا للتنفيذ بالنسبة للأطراف وإما أن تكون أمام حاله رفض تنفذ هذا الحكم وفي هذه الحالة فتكون أحكام التحكيم قابلة للمراجعة بكل طرق الطعن العادية وغير عادية بحيث يعتبر الطعن من الضمانات القضائية التي يمنحها المشرع للخصوم والتي لا يمكن الإستغناء عنها حيث أنه يمكن أن تكون أحكام التحكيم قابلة للاستئناف أو الطعن بالنقص أو إعتراض الغير خارج عن الخصومة، ونلاحظ أنه هناك فرق بينها وبين الأحكام القضائية حيث أن أحكام التحكيم يجوز رفع دعوى البطلان ضمنيا ، كما أن المعارضة لا تقبل في كل أحكامها وما نلاحظ في هذه الأخيرة أن أحكامها متفاوتة الفرص من حيث أن تقبل المراجعة أو الطعن بطرق مختلفة دون الأخرى ضف إلى أن التحكيم الداخلي فيما يتعلق بالطعن فإنه يختلف عن التحكيم الدولي وبالتالي فسنحاول دراسة طرق الطعن في التحكيم الداخلي ثم التحكيم الدولي

1-المادة 1029 من ق.إ..م.إ على مايلي :"توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين...."

2-جبايلي صبرينة ، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012-2013، ص115.

الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي.

كقاعدة عامة أن معظم الأحكام تقبل طريقتين للطعن بالطرق العادية وتتمثل في المعارضة والاستئناف إضافة إلى طرق الطعن غير العادية وبالتالي فإلى أي مدى يطبق الأمر على حكم التحكيم الداخلي.

أولا: نتعرض إلى طرق الطعن العادية:

1-المعارضة:

فتعتبر طريق عادي عن طرق الطعن وتعرض في حالة الأحكام هدفها هو مراجعة الحكم أو القرار الحيادي وهدفها هو الفصل في القضية من جديد وهذا ما ورد في نص المادة 327 ق.إ.م.إ [1]، حيث يصح القرار أو الحكم المعارض كأنه لم يكن إلا إذا كان مشمول بالنفاذ المعجل، وبناءا على المادة 328 من نفس القانون أن الحكم أو القرار الغيابي، محل المعارضة يتم عرضه أمام نفس الجهة القضائية التي أصدر له وتطبيق إلى ما ورد النصوص المتعلق بمجال التحكيم الداخلي نجدها لا تنطبق وهذا ما نص عليه في المادة 1032 ق.إ.م.إ على عدم إمكانية طعن المعارضة في حكم التحكيم[2] وذلك في الحالات التالية:

1-تنص المادة 327 ق.إ.م.إ على مايلي:"تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب،إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي...."

2- تنص المادة 1032 ق.إ.م.إ على مايلي:"أحكام التحكيم غير قابلية للمعارضة، يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

أ-**انعقاد خصومات التحكيم:** كما أن التحكيم نظام اتفاقي ورضائي فإنه لا يتم اللجوء إليه إلا باتفاق الأطراف أو بما أن إجراءات التحكيم من حيث تعيين المحكمين للفصل في النزاع وهذا تطبيقا لنفس القاعدة المنصوص عليها في المادة 952 ق.إ.م.إ [1].

لا يمكن أن يكون دون علم الطرف الأخر بالتحكيم وأن تشكيل محكمة التحكيم تكون باتفاق الطرف وبالتالي فلا يتصور البدء في إجراءات التحكيم دون علم الطرف الآخر وبالتالي فإن المشرع الجزائري منع المعارضة.

ب-من حيث الجهة التي ترفع أمامها المعارضة: إن الهدف من المعارضة هو مراجعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم والمجالس أمام نفس الجهة التي صدر فيها الحكم الغيابي ولكن ليس هو الأمر نفسه فيما يتعلق بأحكام التحكيم حيث أن اختصاص محكمة التحكيم للنظر في النزاع من جديد يكون فقط بتفسير الحكم،تصحيح الأخطاء المادية والغير مادية حيث أنها تصبح منعدمة بعد إصدارها لحكم التحكيم وذلك حسب نص المادة 330 ق.إ.م.إ التي نصت على: « تخلي محكمة التحكيم عن النزاع بمجرد الفصل فيه».

2-الاستئناف: يعتبر من الطرق العادية للطعن ضد الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس أثره يعرض النزاع على محكمة درجة الثانية من أجل إعادة النظر في الحكم إما بالإلغاء أو التعديل أو التأييد 332 ق.إ.م.أ و بالتالي فإن يحكم التحكيم في الصفقات العمومية يجب مراعاة المسائل التالية :

أ-**من حيث الحكم الصادر عن محكمة التحكيم** : حيث المشرع الجزائري منح حق الاستئناف في حكم تحكيم الصادر في النزاع المتعلق بالصفقات العمومية في مختلف مراحلها وفي جميع أحكام التحكيم الفاصلة في موضوع النزاع كما يسرى الاستئناف على

1-تنص المادة 952 ق.إ.م.إ على مايلي:" لاتكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع،قابلية للإستئناف إلامع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، ويتم الإستئناف بعريضة واحدة."

أحكام التحكيم الصادر قبل الفصل في النزاع، كتعيين خبير في الأشغال العمومية أو غيرها من الجراء حيث لا يجوز الاستئناف فيها إلا مع الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع[1] وهذا تطبيقا لنفس القاعدة والمنصوص عليها في المادة 952 ق.إ.م.إ.

«لا تكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ويتم في عريضة واحدة»[2].

ب- من حيث أطراف الاستئناف: فإنه يسمح لأطراف حكم التحكيم رفع الاستئناف بنوعية طبقا لاحكام المادتين 949 و 951 ق.إ.م.إ[3].

ج- من حيث أجل الاستئناف: أقر المشرع في المادة 1033.ق.إ.م.إ. أن أجل الاستئناف في حكم التحكيم الداخلي يكون في أجل شهر من تاريخ صدور وذلك على شرط أن لا يتنازل أطراف اتفاقية التحكيم على هذا الحق ضف إلى هذا فإن المادة لم تراع خصوصية النزاع المتعلق بالصفقة العمومية فيما يخص بالجهة التي يرفع أمامها الاستئناف فهذه المادة تنص على أن الاستئناف يكون أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة امتصاصه حكم التحكيم.

فيرى البعض أن أحكام التحكيم في مادة الصفقة العمومية لا تستأنف أمام المجلس القضائي وإنما أمام مجلس الدولة هذا لكونها منازعة إدارية، علما أن أحكام المحاكم الإدارية

1-هدى نويرة، المرجع السابق، ص 108.

2-نص المادة 952 ق.إ.م.إ. على مايلي "لا تكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في النزاع ، قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى ، ويتم الإستئناف بعريضة واحدة".

3-تنص المادة 949 ق.إ.م.إ.على مايلي:" يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية،ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافا ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، مالم ينص هذا القانون على خلاف ذلك" .

يتم استئنافها أمام مجلس الدولة وبالتالي فإن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية تسري عليها نفس القواعد[1].

وبالنظر في نص المادتين 976-977 ق.إ.م.إ. فإن تنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها التي تخص العقود الإدارية منها [2]، تطبق أمام الجهات القضائية الإدارية

إضافة إلى هذا فإن استئناف حكم التحكيم له أثر ناقل حيث بمقتضاه يحول النزاع بأكمله أمام مجلس الدولة للنظر فيه من جديد وهذا ما يجعل اللجوء إلى التحكيم الداخلي فيما يتعلق بالصفقات العمومية دون جدوى علما أن اتجاه الأطراف إلى التحكم يهدف إلى تفادي طول إجراءات التقاضي تنفيذها [2]، وإن استئناف حكم التحكيم الداخلي في المنازعة المتعلقة بالصفقة العمومية أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقفا وذلك حسب المادة 913 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3].

- إن تنازل الأطراف على الاستئناف في الأصل هو كطريق من الطرق العادية في جميع الأحكام فهو حق مكفول دستوريا وقانونيا لا يجوز منع أي طرف من الأطراف لرفع استئنافه في حكم صادر ضد مصلحته ما لا يكن فيما يتعلق بحكم التحكيم وبالنظر لخصوصيته فإن المشرع سمح للأطراف التنازل عن الحق في الاستئناف وذلك في بعض الحالات.

1-غلاب عبد الحق،التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي15-247،مجلة ص 135.

2-تنص المادة 977 ق.إ.م.إ على مايلي:" تطبق المقتضيات الواردة من هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية" .

3-تنص المادة 913 ق.إ.م.إ "يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من نشأته أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف".

- التنازل لا يكون بعد صدور حكم التحكيم وإنما بعد ذلك، المتمثلة بالرغبة في التنازل عن الحق في الاستئناف تكون فقط عند إبرام اتفاق التحكيم.
- عدم جوازية فرض التنازل وإنما يكون متفق عليه منذ البداية.
- تدوين التنازل صراحة في اتفاق التحكيم.

وفي حالة الإتفاق بين الأطراف في إتفاقية التحكيم على التنازل على الاستئناف رفع أحد الأطراف لهذا الأخير فإنه على مجلس الدولة عدم قبول الاستئناف وهذا لوجود مانع لرفعه[1].

- إن الباب الوحيد المتروك للأطراف هو أمام القاضي الذي يعطي بحكم التحكيم الصيغة التنفيذية أو عدمها.
- وفي حالة ما إذا تبين للقاضي أن الأمر غير قابل للتنفيذ جاز له رفض التنفيذ وفي هذه الحالة فإن قرار يكون قابل للاستئناف طبقا للمادة 1035 ق.إ.م.إ.

ثانيا: طرق الطعن غير العادية :

تتجلى طرق الطعن غير عادية في أحكام التحكيم الداخلية في إعتراض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض.

1-بالنسبة للطعن في حكم التحكيم عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

فيعتبر طريق غير عادي يمنح الحق فيه لكل شخص له مصلحة في النزاع من أجل أن يعارض في حكم لم يكن طرفا فيه في البداية بحيث هذا الحكم يمس بحقوقه.

وإن حسب المادة 1038 ق.إ.م.إ إن حكم التحكيم لا ينتج أي أثر على أشخاص لم يكونوا طرف في التحكيم وفي حالة ما إذا لحق ضرر به أو مست مصلحته وبالتالي كفل له القانون حق الطعن ضده وذلك عن طريق الإعتراض الخارج من الخصومة[2].

1-نويوة هدى، مرجع سابق، ص 110.

2-تنص المادة 1038 ق.إ.م.إ على ما يلي: "لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه غيرها".

حسب المادة 1032ق.إ.م.إ أجارت صراحة هذا الطعن في التحكم الداخلي دون الدولي وذلك في فقرة الثانية "يجوز الطعن فيها عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

فالإعتراض يجب أن يكون الشخص الذي تكون له مصلحة وصفة، أما فيما يتعلق بميعاد رفع الإعتراض فإن المشرع لم ينص ولم يحدد أجل معين وأن سكوت المشرع عن ميعاد لرفع هذا الطعن يظهر في القواعد المنصوص عليها في المادة 384 ق.إ.م.إ[1] كما أن الطعن بإعتراض الغير في حكم التحكيم الداخلي هو أنه لا يوقف التنفيذ وأن الشخص الذي رفع هذا الطعن من حقه أن يعيد النظر في الحكم برمته. ويكون الحكم الصادر بعد الإعتراف قابلا للطعن فيه بكل طرق الطعن وفي حالة رفض هذا الطعن فإنه يحكم على من عارض الحكم بغرامة(10.000 دج إلى 20.000 دج) مع مصادرة مبلغ الكفالة المودعة قبل التسجيل: كما يحق للمعترض ضدهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سيدعها لهم بموجب هذا الإعتراض[2].

2- الطعن بالنقض بإحكام التحكيم الداخلي

حسب المادة 1034 ق.إ.م.إ إن القرارات الفاصلة في الاستئناف هي الوحيدة التي تقبل الطعن بالنقض، وفقا للأحكام المتعلقة بالنقض وذلك أمام مجلس الدولة رغم أن هناك العديد من الإشكالات، ومبرر ذلك هو أن هناك للتنازل عن الإستئناف في إتفاقية التحكيم، فلا يمكن أن يطعن في هذه الحالة في حكم التحكيم بالطعن بالنقض[3].

1- تنص المادة 384 ق.إ.م.إ على مايلي"يبقى أجل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر،قائما لمدة 15سنة،تسري من تاريخ صدوره،مالم ينص القانون على خلاف ذالك....."

2- هدى نويوة، مرجع سابق، ص 112-113.

3- نص المادة 1034 ق.إ.م.إ سالف الذكر"تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة لطعن بالنقض طبقا لأحكام النصوص عليها في هذا القانون".

كما لا يمكن الطعن بالنقض في قرارات المحاكم الإدارية الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم أمام مجلس الدولة وذلك بناءا على المادة 11 من القانون العضوي 11-13 المعدل والمتمم للقانون العصري 98-01 [1]، المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله نصت على أنه "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في أخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية ويختص أيضا بالنظر في الطعون بالنقض المحولة له بموجب نصوص خاصة"

وقد جاء في هذا الرأي المجلس الدستوري[2]، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون 98-01 للدستور أن : المادة 11 منه تعد دستورية مع تحفظ أن عبارة نصوص خاصة القصد منها نصوص تكتسي نفس طابع القانون العضوي تأسيسا على المادة 153 من الدستور والتي تنص على :"يحدد قانون عضوي ....ومجلس الدولة...وإختصاصاتهم الأخرى"[3].

وعلى إعتبار أن آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافة[4].

وبناءا على ما ذكرا سابقا يمكن الملاحظة أنه لا يمكن الطعن بالنقض في قرارات المحاكم الفاصلة في إستئناف أحكام التحكيم أمام مجلس الدولة.

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية

أما فيما يخص الطعن في الأحكام الدولية فلقد ميزه المشرع بين حكم التحكيم الدولي ذات الصلة بالصفقة العمومية الصادر في الجزائر، وحكم التحكيم الصادر في الخارج حيث

1- القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 3 غشت 2011، ص7.

2- نص المادة 54 من النظام الداخلي المؤرخ في 16 أبريل 2012 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المنشور في ج ر، عدد 26 المؤرخ في 3 مايو 2012، ص9.

3- كريمة خلف الله، المرجع السابق، ص118.

أنه يتميز كل واحد منهما بطريقة طعن معينة حيث أن الأول يقبل بالطعن بالبطلان في حين الثاني يطعن فيه بشكل غير مباشر بعد إكتسابه الصيغة التنفيذية من طرف القضاء، وهذا ما جعل البعض يتبنى أن الطعن في حكم التحكيم فاصل في منازعة تنفيذ صفقة عمومية دولية، غير ممكن في التشريع الجزائري لأنه لا يتوافق مع طبيعة نظام التحكيم[1].

ويعد الطعن بالبطلان طريق مغاير لطرق الطعن المعمولة سابقا بالنسبة للأحكام القضائية، ولا تشكل دعوى البطلان في هذه الحالة جزءا من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها، حيث نص المشرع على هذا المعنى في المادة 1031 ق.إ.م.إ[2].

كما أن القاضي المختص لا يملك تغيير أو تعديل حكم التحكيم ،فهو يملك سوى الحكم بصحة الحكم أو الحكم ببطلانه[3]، ولا يهم درجة عدم عدالته أو جسامة الأخطاء في التقدير الوارد فيه، فالقاضي لا يملك غير تقرير مشروعيته من عدمها وفق أسباب محددة.

إن أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر والمتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية تكون قابلة للبطلان حيث أن بالنسبة لحكم التحكيم الصادر في الجزائر يؤدي إلى الطعن بقوة القانون في أمر التنفيذ وعدم إضفاء الصيغة التنفيذية عليه إلى غاية التحقيق في طلب الإبطال، فحسب أحكام المدة 1056 من ق.إ.م. هناك 6 حالات لطلب بطلان حكم التحكيم الدولي وجاءت على سبيل الحصر وتعتبر أسباب للإبطال حكم التحكيم الدولي في الجزائر أو الاستئناف في الأمر القضائي لإضفاء على حكم التحكيم للصيغة التنفيذية أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر[4].

1- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم (الدراسة المقارنة)، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص216.

2- نص المادة 1031، ق.إ.م.إ السالف الذكر، «تجوز تحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصل فيه».

3- بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مذكرة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص331.

4 - Mohand ISSAD. La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage ، REVUE de l'arbitrage, N3 .2008.

1-إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية وبناءا على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية، في هذه الحالة فإنه يطرح تساؤل على النظام القانوني الأنسب لتطبيقه في قبل القاضي للنظر في صحة الإتفاقية التحكيمية في هذا الصدد فإن المشرع الجزائري وفيما يتعلق بتحكيم دولي فإنه يرفض ربط قرار بطلان القرارات التحكيمية والإتفاقات التحكيمية بالبلد الذي صدر فيه، كما أنه لا يأخذ بإبطال الصادر في أي بلد.

2- حالة تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون فيما يتعلق بالتحكيم الدولي وبناءا على المادة 1041 ق.إ.م.إ وفيما يخص طرق تشكيل محكمة التحكيم وكيفية تحسين المحكمين وفي حالة غياب أو تعذر تعيينهم وعليه فإذا كان حكم التحكيم مخالفا للقواعد المتفق عليها جاز لمن له مصلحة أن يطعن في الحكم بدعوة البطلان.

3- فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة الموكلة إليها حيث أنه يحق ذي مصلحة الإدعاء بأن المحكم لم يتقيد بمهمة وأمام هذه الحالة يشكل القاضي التابع للدولة وفي اختصاص محكمته أن يقوم لمراقبة وحده للخرق الواضح في حدود تلك المهمة حيث أنه فالمحكم الموكل له مهمة الصلح بين الأطراف وعهد إليه محكمة المحكم بالقانون يعتبر خرقا لحدود المهمة الموكل إليه[1].

هذا وقد اعترفت اتفاقية نيويورك بدعوى بطلان الحكم التحكيمي، وجعلت القاضي المختص بهذه الدعوى هو قضاء الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أو قضاء الدولة التي صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها دون سواهما، وذلك حماية لحكم التحكيم من دعوى البطلان الكيدية التي تقام في دول لا علاقة لها بالحكم التحكيمي[2].

1-عبد المجيد الأحدب، الطرق البديلة لحلّ النزاعات، الوساطة، الصلح، التحكيم، بحث مقدم في الملتقى المنظم المحكمة العليا يومي 15 و16 جوان 2008، بالجزائر غير منشور، ص101.

2- مصلح أحمد الطروانة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لإتفاقية نيويورك، مقال مقدم في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أفريل 2008، ص918 وما بعدها.

ونشير أن المشرع جعل الطعون في أحكام التحكيم الدولي موقفة لتنفيذها، ولا لدعوى تنفيذ، وجعل من آجال ممارسة هذه الطعون موقفة للتنفيذ أيضا، وهذا ما نصت عليه المادة 1060 ق.إ.م.إ ، وهو ما يتعارض مع المبادئ التي تحكم تنفيذ الأحكام الإدارية[1].

أما بالنسبة للمادة 1061 ق.إ.م.إ[2]، جعلت القرارات التي قضت برفض أو بتنفيذ القرار التحكيمي الأمر الصادر في الطعن بالبطلان تكون محل طعن بالنقض، غير أن هذه المادة لم تحدد جهة الطعن بالنقض بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية[3].

في الأخير نلاحظ أن المشرع جعل أسباب البطلان هي نفسها أسباب الاستئناف، وحرص على إمكانية استخدامهما في مرة واحدة خلال مدة واحدة وأمام نفس المحكمة، وهذا بالرغبة منه في إيجاد أسلوب واحد لإصلاح حكم التحكيم المعيب خاصة في مجال الصفقات العمومية، التي لا تقبل التعطيل بحكم طبيعتها وأهدافها.

1- تنص المادة 1060 ق.إ.م.إ على مايلي "يوقف تقديم الطعون وآجال ممارستها" .

2- تنص المادة 1061 ق.إ.م.إ على ما يلي "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و1056و1058 أعلاه ، قابلة لطعن بالنقض.

3- غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي15-، ص143.

الخاتمة

الخاتمة:

غالبا ما تسعى الإدارة العمومية إلى إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية في مختلف المشاريع ذات المنفعة العامة، لتحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين ما يحصله في الأخير على كافة حقوقه وكافة مستحقاته عند التسليم النهائي للمشرع.

إن تنفيذ لصفقة عمومية بين المتعاملين الإقتصاديين لابد من خضوعها إلى جملة من الإجراءات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة، بهدف احترام مبدأ الشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين.

إلا أنه غالبا ما تقع الأطراف المتعاقدة في نزاعات تشوب بينهما لأسباب عدة لكثرة المشاريع والمناقصات التي تطرح بينها ما يفقد سكوت على التجاوزات.

مما يدفع بالإدارة إلى البحث عن حلول لهذه المنازعات بالطرق الودية، حيث حاول المشرع الجزائري ضبط هذه التسويات فيما يخص النزاعات، وإعطائها الحلول اللازمة سواءا إداريا أو قضائيا، حتى لا يكون هناك تعسف أو تعدي على حقوق أحدهما على الآخر، وأن يلتزم كلا الطرفين بالالتزامات المتفق عليها من خلال دفتر الشروط.

يعتبر التحكيم من الوسائل بالودية لتسوية النزاعات الناشئة خاصة عن الصفقات العمومية حيث يلعب دورا كبيرا في حسم هذه النزاعات لا سيما على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية إلا أن المشرع الجزائري كان حاسما إزاء التحكيم في البداية حيث كان موقفه الرافض لهذا الجراء وأخذ بمبدأ الحظر في لجوء الأشخاص إلى التحكيم باعتباره يمس بالسيادة الوطنية.

غير أنه مع التحول والانفتاح الاقتصادي الذي انتهجته الجزائر في الثمنينات، لاحظنا أن المشرع الجزائري بدأ يتفتح إلى التحكيم ولم يبقى متشددا في موقفه المعارض.

أول تكريس للتحكيم في مجال الصفقات العمومية بصدور المرسوم التشريعي 93-09 المعدل والمتمم بقانون الإجراءات المدنية 1966 أين أجاز لأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم فيما يتعلق بالصفقات العمومية الدولية وحضر ذلك في الصفقات العمومية الداخلية ما يبين لنا أن الإجاز لم تكن تامة فلا زال المشرع متحفظ فيما يتعلق بالعقود الإدارية.

رفع الحضر بصفة نهائية بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، الذي جاء مسايرة للمتغيرات المستجدة على الساحة الدولية وكذا انسجاما مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر.

كما أدرج المشرع في المرسوم الرئاسي 10-236 شرط التحكيم عند إبرام الصفقات العمومية.

إضافة إلى المرسوم الرئاسي 15-247 وهذا بمقتضى المادة 153 التحكيم كحسم ودي لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية مثلما تطرق تنفيذ الصفقات العمومية مثلما تطرق إلى نزاعات الخاصة بمرحلة الإبرام.

وفي الأخير نقترح على المشرع أن يكون أكثر وضوحا ودقة في تطرقه لدراسة موضوع التحكيم في مجال الصفقات العمومية و تفادي اللبس في المواد القانونية و الأخذ بعين الإعتبار بضرورة هذا الحل البديل لفض النزاعات في هذا المجال.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المراجع باللغة العربية:

1-الكتب:

1. أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم (الدراسة المقارنة)، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.
2. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2006.
3. أشرف محمد خليل جماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
4. حمدي ياسين عكاش، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998.
5. خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر،2011 .
6. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
7. عبد القادر نريمان، إتفاق التحكيم وفق لقانون التحكيم في المواد المدنية ولتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
8. عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
9. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2007.

10. عمار بوضياف، المنازعات الإدارية "الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2013.
11. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7-10-2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له)، جسور للنشر والتوزيع، ط 3، 2011.
12. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث- الأزاريطة، الإسكندرية، 2003.
13. غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، تلمسان، الجزائر، دار الجامعة الجديدة.
14. كلوفي عزالدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيلطي، الجزائر، 2012.
15. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر.
16. محمد السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختباري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007.
17. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة،2005.
18. محمد كوط، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي- الجزائر 2008.
19. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007.

20. مسعود شيهوب، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، ط3، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
21. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، 2010.
22. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي (في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء والتحكيم)، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.

2-الرسائل والمذكرات:

- **رسائل الدكتوراه:**

1. بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر.
2. بوصنوبرة خليل، القرارات التحكيمية وطرق الطعن فيها، رسالة دكتوراه، جامعة منتوي، قسنطينة، 2007-2008.
3. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016-2017.
4. صبري أحمد الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2004.
5. عمامرة حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري "دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر1، 2015-2016.

6. معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية والدّولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

- **مذكرات الماجستير:**

1. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلي الحقوق 2008-2009.
2. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010-2011.
3. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010-2011.
4. بن بشيرة وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2013.
5. بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، الصفقات العمومية نموذج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2014-2015 .
6. تاقة حسين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة الماجستير في الحقوق، جامعة بجاية، سنة 2017.
7. جبايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2012 -2013.

8. جلاب علاوة، نظام الرقابة على الصفقات العمومية قبل تنفيذها في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013-2014.
9. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية قي التشريع الجزائري، مذكرة ماجستر كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012-2013.
10. فتيحة قريقر، القابلية للتحكيم، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007-2008 .
11. نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوي، قسنطينة، 2011-2012.
12. هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرّقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير، جامعة وهران 2، كلية الحقوق العلوم السياسية، سنة 2016-2017.
13. وعيل حكيم، النظام القانوني للصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،1 كلية الحقوق، السنة الجامعية

3-المقالات:

1. أحمد رواية، توتال تلجأ للتحكيم الدولي ضد سونطراك، مجلة بي بي سي، 5 يوليو /تموز 2016، 15 -05-2019. ص ص4- 2
2. بودليو سليم، منظمة التجارة الدولية ونظام تسوية النزاعات، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009، الجزائر، ص174.
3. جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الفكر البرلماني، العدد 15، فيفري 2015، ص106.
4. حكم صادر من الدائرة الأولى من محكمة استئناف باريس 1997.09.09 ومشار إليه في مؤلف محي الدين إسماعيل، مختارات التحكيم، مجلة التحكيم العربي عدد/ 02 جانفي 2000 ص223.

5. بودليو سليم، تويوة هدى، خصوصية الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 50 ديسمبر 2018، المجلد ب، ص ص 473-486.
6. شريفة ولد الشيخ –الطرف البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2012/02، ص95.
7. طيبي سعاد، دور القضاء الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد الأول، أفريل 2014، ص270.
8. عادل محمد القزاز، التحكيم، المحكمين، مجلة التحكيم الهندسي، العدد الأول، 2009، مركز التحكيم الهندسي نقابة المهندسين، محافظات غزة،ص106.
9. غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان لتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، جوان 2018، ص 98.
10. قاسي العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2009، ص 198.
11. مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العامة كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، العدد 13 أكتوبر 2018. ص ص.

12. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، جانفي 2003. ص ص
13. ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 29، أفريل 2012، ص141.
14.مصلح أحمد الطروانة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لإتفاقية نيويورك، مقال مقدم في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أفريل 2008. وما بعدها.

4-المداخلات:

1. أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار الوقاية من الفساد وحمايته، مداخلة رقم 09، جامعة بشار.
2. تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام وأحكام الدولي، التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، مداخلة مقدمة في ملتقى وطني، 2009.
3. خليفي سمير، القضاء الإداري الإستعجالي بين حماية حقوق المتقاضي وإمتيازات السلطة العامة، مداخلة في إطار اليوم الدراسي الأول ب "حق التقاضي في المسائل الإدارية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية "، يوم 24-05-2014 ،جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
4. فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مداخلة.

5. قنفوذ رمضان، مكافحة الفساد في المناقصات العمومية، مداخلة مقدمة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ،كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي، 2013.
6. محمد فقير، رقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية لحماية المال العام، مداخلة مقدمة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام" ،كلية الحقوق،جامعة المدية،يوم 30 ماي .2013

5-النصوص القانونية:

- **النصوص التشريعية :**

1. القانون رقم 62-157 الصادر في 31-12-1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج ر عدد 20 الصادر في 11-01-1963.
2. أمر رقم 66-154 الصادر في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم (ملغى).
3. أمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة الرسمية، عدد 52 الصادرة في 27 يونيو 1967 (ملغى).
4. أمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 1967.
5. أمر رقم 74-09 المؤرخ في 30-01-74 المتضمن مراجعة الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 13 سنة

6. المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، عدد 27، الصادرة في 27 أفريل 1993 .
7. القانون 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 14 2006.
8. قانون تنظيم الصفقات العمومية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، ج ر عدد 58 الصادرة بتاريخ 2010/10/07.
9. القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 43 ، الصادرة في 3 أوت 2011.

- **النصوص التنظيمية**

1. المرسوم الرئاسي 02-250 مؤرخ في 13 جمادي الأول عام 1423 الموافق لـ24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52 ، الصادرة في 28 جويلية 2002 ، معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 ، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 ، ج ر عدد 55 ،الصادرة في 14 سبتمبر 2003 ، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 ، المؤرخ في 23 أكتوبر 2008 ، ج ر عدد 62 ، الصادرة في 09 نوفمبر 2008 ،(ملغى) .
2. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50 ، الصادرة في 20 سبتمر 2015

3. المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، الصادرة في 13-11-1991 (ملغى) .

ثانيا-المراجع باللغة الأجنبية:

1. Mohand ISSAID . La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage ، REVUE de l'arbitrage,n3 , année 2008 .
2. SUD HORIZONS, JOURNAL ELECTRONIQUE, www.aps.dz, consulté le 17 JUIN 2019.

الفهرس

الفهرس

كلمة شكر

إهداء

مقدمة.....1

الفصل الأول:

موقف المشرع الجزائري من التحكيم كوسيلة لحلّ النّزاعات في الصّفقات العمومية.

المبحث الأول: وسيلة حل النزاعات قبل إعتماد نظام التحكيم في الصفقات العمومية.

.....7

المطلب الأول: استبعاد التحكيم في الصفقات العمومية.....8

الفرع الأول: تفسير مبدأ حظر التحكيم في الصفقات العمومية. 9

الفرع الثاني: خصوصية مبدأ المنع في منازعات الصفقات العمومية. 11

المطلب الثاني: اللجوء إلى القضاء الوطني لحل نزاعات الصفقات الوطنية. 12

الفرع الأول: اللجوء إلى القضاء الإداري في الصفقات العمومية..... 13

الفرع الثاني : اللجوء إلى القضاء الإداري الإستعجالي. 17

الفرع الثالث: اللجوء إلى القضاء الجزائي..... 21

المبحث الثاني: الإقرار التدريجي بالتحكيم كوسيلة لحل نزاعات الصفقات العمومية 25

المطلب الأول: الإقرار المحتشم بالتحكيم في الصفقات العمومية..... 25

الفرع الأول: تبني التحكيم في فترة 1993..... 26

الفرع الثاني: التحكيم في إطار القانون 08- 09..... 29

المطلب الثاني: الإقرار الصريح بالتحكيم في الصفقات العمومية. 33

الفرع الأول: التحكيم في إطار المرسوم الرئاسي 10-236. 33

الفرع الثاني: التحكيم في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المنظم للصفقات العمومية..... 35

الفصل الثاني:

اعتماد التحكيم في الصفقات العمومية

المبحث الأول: نطاق الإعمال بالتحكيم في نزاعات الصفقات العمومية. 41

المطلب الأول: شروط صحة اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية. 41

الفرع الأول: الشروط الموضوعية. 42

الفرع الثاني: الشروط الشكلية..... 45

الفرع الثالث: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية..... 48

المطلب الثاني: نزاعات الصفقات العمومية وتطبيقاتها. 49

الفرع الأول: النزاعات التي يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها..... 50

الفرع الثاني: حالات التحكيم في الصفقات العمومية. 57

المبحث الثاني: حكم التحكيم وأثاره في الصفقات العمومية..... 59

المطلب الأول: الإطار القانوني لحكم التحكيم في الصفقات العمومية. 60

الفرع الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم..... 61

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم..... 67

المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم في الصفقات العمومية. 71

الفرع الأول: طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي. 72

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية 78

الخاتمة 82

قائمة المصادر والمراجع..... 85

الفهرس 96