

التحكيم كطريق بديل لحلّ النزاع في مجال الصفقات العمومية

أ. موساوي مليكة
جامعة المدية

مقدمة

تؤدي الصفقات العمومية دورا أساسيا في تحقيق التنمية الوطنية، باعتبارها الأداة الضرورية لإنفاق المال العام في سبيل تنفيذ مشاريع الاستثمار العمومية، ويقتضي ذلك إبرام هذه الصفقات وتنفيذها حسب المخططات الموجودة في البرامج التنموية المعدة سلفا وفي الأجل المحددة لذلك.

غير أنه، قد تثور في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها نزاعات تعرقل أو تحول دون التوفيق في إبرامها أو إتمام تنفيذها، وهذا ما ينعكس سلبا على نجاح المشاريع العمومية وما يسفر عنه من تعطيل برامج الاستثمار وإيقاف عجلة التنمية.

من أجل تفادي ذلك استوجب الأمر إيجاد آليات لإزالة هذه العراقيل والمعوقات عن طريق تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أقرب الأجل، لضمان استمرارية تنفيذ المشاريع ومواصلة درب النمو.

وفي هذا الصدد، خصّص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم⁽¹⁾، قسم فرعي جاء تحت عنوان "تسوية النزاعات" تضمن مادتين فقط هما المادة 114 والمادة 115، بيّن من خلالهما الوسائل الودية لتسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية الناجمة في مرحلة الإبرام أو تلك التي تحدث في مرحلة التنفيذ، وفي حالة الفشل في الوصول إلى الهدف، نصت المادتان على إمكانية اللجوء للتشريع المعمول به.

يقصد بالتشريع المعمول به، الشريعة العامة لتسوية جميع النزاعات، وتتمثل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، الذي يبيّن إجراءات تسوية النزاع قضائيا كما ينص على وسائل بديلة لحل هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء، أطلق عليها المشرع تسمية "الطرق البديلة لحل النزاعات" وهي: الصلح، الوساطة، والتحكيم.

يعتبر التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد نص عليه المشرع الجزائري في موقعين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتجلى الموقع الأول في المواد 975-976-977 وهو يتعلق بالتحكيم في

القضايا الإدارية، في حين يتجلى الموقع الثاني في المواد: من المادة 1006 إلى غاية المادة 1061، ويتعلق بالتحكيم في جميع النزاعات، حيث جاءت هذه النصوص متأثرة بالقانون الفرنسي والقانون السويسري⁽³⁾ وشملت أحكامها التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

إذا كان التحكيم وسيلة من الوسائل البديلة التي استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأقرها صراحة لحل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، فإن الإشكالية التي نطرحها في هذا السياق: ما هو مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، وما هو نطاقه، ما هو الدور الذي يلعبه في تسوية النزاعات الناجمة عن الصفقات العمومية داخلية كانت أو دولية؟ ما مدى ملاءمته وما مدى فعاليته؟

ومن أجل معرفة ذلك، لا بد من التطرق إلى النظام القانوني للتحكيم (مبحث أول) ثم إلى دوره في تسوية نزاعات الصفقات العمومية (مبحث ثاني)، وفي تفصيل ذلك نقترح الخطة الموالية:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية
المطلب الأول: تعريف التحكيم وتحديد طبيعته القانونية
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم والآثار المترتبة عليه
المبحث الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية
المطلب الأول: نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء

إلى

التحكيم

المطلب الثاني: الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية
التحكيم كطريق لحل النزاعات كان الأسلوب السائد في المجتمعات القديمة⁽⁴⁾، عرفته الشريعة الإسلامية بقول الله عزّ وجل في محكم تنزيله: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"⁽⁵⁾.

وكان الأسبق في الظهور من القضاء، حيث ظهر هذا الأخير ببروز هيكل الدولة التي أصبحت معه العدالة وظيفة من وظائفها، إلا أنه ومع التطور الحاصل على عدة أصعدة لم تعد عدالة الدولة تلبّي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم بأقل المشاق والتكاليف، ولم تعد محل ثقتهم لعدة عوامل، أهمها البطء في حل النزاعات وفق إجراءات معقدة، وما يصاحب ذلك من هدر المال والوقت، فضلا عما يعتقد المتخاصمون من عدم كفاءة هذه العدالة لمعالجة بعض مسائلهم المعقدة.

فهاته الأعباء وغيرها، دفعت المستثمرين والتجار خاصة إلى السعي للتخفيف من وطأتها بالجوء إلى طرق بديلة لحل نزاعاتهم تتميز بالليونة والسرعة والفعالية، من بينها طريق التحكيم الذي لا ينعكس انتهاجه وسلوكه إيجابا على المتقاضين فحسب، بل وكذلك على وظيفة الدولة ذاتها في مجال حلّ النزاعات لاسيما ماتعلق منه بالتقليل من أعبائها الناشئة أساسا جرّاء تراكم الكم الهائل من القضايا⁽⁶⁾، لذلك سعت العديد من الدول إلى تبني التحكيم كطريق لحل النزاع ضمن تشريعاتها، كما فعل المشرع الجزائري ضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس منه الذي خصصه لتنظيم الطرق البديلة لحل النزاعات وقد تناول التحكيم في المواد من 1006 إلى 1061.

من أجل الإمام بكنه مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لابد من التطرق لتعريفه وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الأول)، ثم لإجراءاته والآثار المترتبة عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التحكيم وتحديد طبيعته القانونية

الفرع الأول: تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية: لا يختلف تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية عن التعريفات التي قدمت للتحكيم بصفة عامة، سنعرض فيما يلي تلك التعريفات.

المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم:

عرّف الأستاذ محمد بجاوي التحكيم بأنه: "نظام عدالة خاصة، من خلالها ينتزع النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئيا من قبل الأطراف أو بمساعدتهم"⁽⁷⁾ وعرّفه فقهاء آخرون على النحو التالي:

"يقصد بالتحكيم، العدالة الخاصة وهي آلية يتم وفقا لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"⁽⁸⁾

"التحكيم هو نظام تسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلا من الطريق القضائي"⁽⁹⁾.

الاجتهادات القضائية لتعريف التحكيم: لم تتفق الاجتهادات القضائية على إعطاء تعريف موحد للتحكيم وهذه بعض اجتهاداتها:

عرّفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادر بتاريخ: 18-01-1994، طعن رقم: 882 بأته: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁽¹⁰⁾ وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن: "التحكيم يتمثل في سلطة اتخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم..."⁽¹¹⁾

هذه التعاريف ليست موحدة ولا هي جامعة مانعة، لكنها متكاملة ومتقاربة نوعا ما، تصدق على كلّ النزاعات مهما كانت طبيعتها مدنية، تجارية أو إدارية، أو تلك المتعلقة بالصفقات العمومية.

3- التعريف التشريعي للتحكيم: عرّف المشرع الجزائري التحكيم⁽¹²⁾، سواء كان شرطا أو اتفاقا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

عرّف شرط التحكيم (la clause compromissoire) في المادة 1007 منه كما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ولقد حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الحقوق المتاحة بنصها:

"يمكن لكلّ شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

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

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

أي لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا أم متبنيا، أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا أم باطلا، أو كان النزاع بشأن فوائد القروض بين الأفراد التي نص القانون المدني صراحة على بطلانها المطلق بموجب أحكام المادة 454 منه، أو كان بصدد تحديد مسؤولية المتهم الجنائية، أو في تحديد النص الواجب التطبيق عليه.

كما لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب اكتساب جنسية ما، أو دعوى طلب دين أو قمار أو أعمال سيادة، وغيرها.

وبالنسبة للأشخاص العمومية العامة فإنّه لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ما عدا في حالتين هما: العلاقات الاقتصادية الدولية، الصفقات العمومية، وهذا هو موضوع دراستنا.

لم يعرف النص شرط التحكيم في الصفقات العمومية، وهذا يدل على أنّ التعريف الذي أعطاه في نص المادة 1007 ينطبق على التحكيم في كافة النزاعات مهما كانت طبيعتها.

عرّف قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتفاق التحكيم (le compromis) في المادة 1011 بما يلي:

"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

ويظهر جليا الفرق بين المصطلحين حيث إنّ شرط التحكيم يوضع في العقد قبل وقوع النزاع بينما اتفاق التحكيم يلجأ إليه بعد نشوء النزاع. وبإسقاط التعريف القانوني لكل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم على موضوع الصفقات العمومية يستنتج بأن:

* شرط التحكيم في الصيغة العمومية هو: الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة (المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم) والمتعامل المتعاقد معها في صيغة عمومية متصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصيغة، على التحكيم.

* اتفاق التحكيم في الصيغة العمومية هو: الاتفاق الذي يقبل أطراف الصيغة العمومية (المصلحة المتعاقدة المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم، والمتعامل المتعاقد معها) بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، أي أن النزاع قد نشأ بعد إبرام الصيغة العمومية ولم يحترز لنشوئه بتضمين الصيغة العمومية شرط التحكيم لأجل حله، وبالتالي يمكن عقد اتفاق على اللجوء إلى التحكيم حال نشوء النزاع.

أمّا التحكيم الدولي فقد عرّفه قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 1039 منه كما يأتي:

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

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من نفس القانون على اعتبار 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.

وقد أرسى الفقرة الرابعة من هذه المادة مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث لا يمكن الدفع بعدم صحة العقد الأصلي لإبطال شرط التحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم: يتميز التحكيم عن غيره من الآليات بأنه يصدر من هيئة غير قضائية يطرح عليها النزاع بموجب اتفاق الأطراف، غير أنّ الحكم الصادر عنها يعتبر ذو طبيعة قضائية لذلك اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فقد ثار جدل فقهي كبير بهذا الخصوص، أدى إلى ظهور أربعة اتجاهات حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نعرضها وجيزة فيما يلي⁽¹³⁾:

التحكيم ذو طبيعة تعاقدية: اعتبر هذا الاتجاه، أنّ التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين، حيث اعتمد هذا الاتجاه على المعيار العضوي، المتعلق بالهيئة مصدرية التحكيم، بغض النظر عن موضوع التحكيم أو مكان وقوعه.

وقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا، بعد حكم محكمة النقد الفرنسية الشهير سنة 1812 بصدد اتفاق تحكيم، الذي أكد صراحة على وجود حكم تحكيم ملزم يرجع للاتفاق المبرم بين الأطراف على التحكيم، وبالتالي يصبغ الحكم بذات الصبغة الاتفاقية.

ورغم استقرار القضاء الفرنسي لمدة طويلة على الأخذ بهذا الاتجاه، إلا أنّ هذا الأخير تعرض للنقد، على أساس أنّ اتفاق التحكيم يمثل عنصر من عناصر التحكيم ولا يمكن اعتباره كل التحكيم، كما أنّ إرادة الأطراف ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.

ب- التحكيم ذو طبيعة قضائية: يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنّ التحكيم هو نوع من أنواع القضاء، يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، وبالتالي فهو يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية.

اعتمد هذا الاتجاه المعيار الموضوعي، لأنه يتعلق بالفصل في منازعة تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي ويحوز قرار المحكم حجية الأمر المقضي فيه وتلك خاصية مرتبطة بالأعمال القضائية دون غيرها.

وقد ظهر هذا الاتجاه أيضا في فرنسا، بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893، حيث اعتبر التحكيم، لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملا قضائيا، لكن هذه النظرية لم تسلم أيضا من الانتقاد نتيجة الفرق الشاسع بين التحكيم والقضاء، فلا يمكن الخلط بينهما.

ج- التحكيم ذو طبيعة مختلطة: مزج هذا الاتجاه بين مضمون الاتجاهين السابقين وحاول التوفيق بينهما، تعود بداية ظهور هذا الاتجاه، إلى التقرير المقدم من

قبل الأستاذ "جورج سوزار هال" في الجلسة الرابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي في أبريل 1952، الذي طرح فيه الأسس الرئيسية لهذه النظرية.

ومفاد هذا الاتجاه، أنّ التحكيم له طبيعة مركبة أو مختلطة؛ فهو عقدي، إذا نظرنا إليه من حيث أصله الذي يقوم عليه وهو العمل الإرادي للأطراف، متمثلاً في اتفاق التحكيم، ومن جهة أخرى، هو قضائي من حيث الحكم الصادر عن المحكم، الذي يعتبر ملزماً لأطراف التحكيم، بقوة تختلف في القوة الملزمة للعقود.

رغم أهمية ما توصل إليه هذا الاتجاه، إلا أنّ هذه النظرية تعرضت للنقد لأن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة يؤدي إلى تناقضات كثيرة لما ينتج عليه من خلط في المفاهيم.

د- التحكيم ذو طبيعة مستقلة: لقد جاء هذا الاتجاه، لكي يعترف بالاستقلالية الذاتية للتحكيم، كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيداً عن مرفق القضاء وهذا نظراً للخصوصيات التي يتمتع بها.

فلا يعتبر التحكيم من طبيعة إرادية، كالصلح ولا يعتبر من طبيعة قضائية، كالقضاء ولا يعتبر من طبيعة عقدية، كالعقود وإنما له نظام قانوني خاص به.

وذهب بعض الفقه في هذا الاتجاه، إلى اعتبار التحكيم صورة من صور القضاء الخاص، لأنّ منازعة التحكيم يتولى الفصل فيها شخص أو أشخاص عاديين، ليسوا من رجال القضاء النظاميين ولا تسأل الدولة عن أعمالهم وإنما يختارون بواسطة أطراف المنازعة طبقاً للقانون⁽¹⁴⁾.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم والآثار المترتبة عليه

تنقسم إجراءات التحكيم وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى قسمين حسب أنواع التحكيم، حيث ميّز المشرع بين إجراءات التحكيم الداخلي وإجراءات التحكيم الدولي.

الفرع الأول: إجراءات التحكيم الداخلي والآثار المترتبة عليه تجدر الإشارة، أنّ التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد حصر التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون فقط، بل نص وأكد أنّ المحكمين يفصلون بالدعوى وفق لقواعد القانون، وهذا عكس ما هو في التحكيم الدولي الذي ترك للأطراف حرية اختيار قانون الإجراءات وقانون حسم النزاع؛ فإنّ تضمن القانون الأجنبي نص يعترف بالتحكيم بالصلح وبالعدل والإنصاف، فليس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يمنع ذلك، إلا في حالة ما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق، فإنّه لم يعترف بالتحكيم بالصلح

والعدل والانصاف، بل نص على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف؛ وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة (المادة 1050 من ق إ م إد)⁽¹⁵⁾.

يمر التحكيم الداخلي عبر الإجراءات التالية:

- الإجراء الأول: اتجاه إرادة الأطراف إلى التحكيم الداخلي

يشترط المشرع على أطراف النزاع من أجل اللجوء إلى التحكيم، أن تتجه إرادتهم إلى التحكيم ويترجم هذا في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، المنصوص عليهما في المادتين 1007 و 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الإجراء الثاني: تعيين المحكم أو المحكمين

يتم تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد كفاءات تعيينهم وفق اتفاق الأطراف، الذي تضمنه شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه (المادة 1009 ق إ م إد).

وقد فرض المشرع في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أطراف النزاع، إسناد التحكيم إلى شخص طبيعي بشرط أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية، أو إسناده إلى شخص معنوي يتولى تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

تشتترط المادة 1015 من نفس القانون أن يقبل المحكم هذه المهمة حتى يكون تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً.

أجاز المشرع رد المحكم في الحالات المنصوص عليها في المادة 1016 نذكرها كالآتي:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط، غير أنه لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

- الإجراء الثالث: إجراء عملية التحكيم

تتم عملية التحكيم وفق مقتضيات المواد من 1019 إلى 1023 من ق إ م إد، وتنتهي الخصومة التحكيمية للأسباب المذكورة في المادة 1024 وذلك بـ:

1. وفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تحيته أو حصول مانع له أو استبداله باتفاق الأطراف أو من قبل المحكم أو المحكمين الباقين؛
2. انتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تسترط المدة، فبانتهاؤها مدة 4 أربعة أشهر؛
3. فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه؛
4. وفاة أحد أطراف العقد.

أما فيما يخص آثار التحكيم الداخلي، فتتمثل في أحكام التحكيم (يتضمن حكم التحكيم البيانات المنصوص عليها في المادة 1028 من ق إ م إ د) التي يصدرها المحكمين، بعد مداوات سرية (المادة 1025 ق إ م إ د)، بأغلبية الأصوات (المادة 1026 ق إ م إ د)، وتكون حائزة لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها (المادة 1031 ق إ م إ د).

تعتبر أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة (المادة 1032 ق إ م إ د)، غير أنها تكون قابلة للاستئناف خلال أجل شهر من تاريخ النطق بها، ويتم الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتم تنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم (المادة 1033 ق إ م إ د).

تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 1034 ق إ م إ د).
يمهر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، بأمر من رئيس المحكمة المختصة ويكون الحكم قابلا للتنفيذ⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الدولي والآثار المترتبة عليه: يمر التحكيم الدولي بالإجراءات التالية:

الإجراء الأول: توجه إرادة الأطراف إلى التحكيم الدولي

تتجه إرادة الأطراف إلى التحكيم الدولي بموجب اتفاقية التحكيم بين أطراف النزاع والتي يشترط فيها أن تبرم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تحيز الإثبات بالكتابة، كما يشترط فيها أن تستجيب للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

الإجراء الثاني: تعيين المحكمين

يتم تعيين المحكمين بواسطة أطراف النزاع، سواء مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة لتقوم بتعيينه.

الإجراء الثالث: عملية التحكيم

إذا لم ينص في اتفاقية التحكيم على الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة والقانون الذي يطبق، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا لقانون أو نظام تحكيم. وتقوم محكمة التحكيم بالبحث عن الأدلة والتحقيق بخصوص النزاع، مع إمكانية أن تطلب تدخل السلطة القضائية لمساعدتها في جمع الأدلة. ويمكن لمحكمة التحكيم أن تتخذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. وإذا لم يقم الأطراف المعينين بتنفيذ هذه التدابير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن يطلب تدخل القاضي المختص من أجل أن يطبق قانون بلد القاضي.

وتقوم محكمة التحكيم بالفصل في النزاع، عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار، تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

أما بالنسبة لأثار التحكيم الدولي، فتتمثل في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم، الذي يكون قابلا للتنفيذ⁽¹⁷⁾، بعد الاعتراف به من رئيس المحكمة المختصة، عن طريق أمر يصدر من هذا الأخير⁽¹⁸⁾.

وفي حالة صدور أمر برفض الاعتراف بالحكم أو برفض التنفيذ، يمكن استئنافه أمام المجلس القضائي المختص في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي له⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية

تعتبر مسألة تحديد نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية أمر مهم، وهذا بسبب تنوع نزاعات الصفقات العمومية من جهة وبسبب ما يثيره التحكيم من جدل كبير، سواء في الجزائر أو في البلدان المجاورة كفرنسا ومصر والمغرب، فيما يتعلق بمشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم⁽²⁰⁾، من جهة أخرى.

ولمعرفة نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لا بد من تحديد نزاعات صفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم (المطلب الأول)، ثم تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم
حسب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة سابقا، يقتصر اختصاص التحكيم على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية

فقط (الحقوق التي له مطلق التصرف فيها)، هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة فيما يلي:

-النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية،

-النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في

القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها،

-النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي لا تتعلق

بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية.

كما يستبعد من التحكيم أيضا، النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة

الأشخاص وأهليتهم (الفقرة الثانية من المادة 1006 من القانون رقم: 08-09

المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية).

وتجدر الإشارة، أن المشرع لم يحدد مجال النزاعات التي يجوز فيها

طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية سوى استبعاده النزاعات المتعلقة

بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم السابقة الذكر.

المطلب الثاني: الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات

العمومية

كانت المادة 442 من الأمر رقم: 66-154 المؤرخ في: 08 جوان

1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽²¹⁾ تنص صراحة في فقرتها

الثالثة على ما يلي:

"لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا

التحكيم"

وضعت هذه المادة قاعدة عامة مفادها منع لجوء الأشخاص

العموميين إلى التحكيم على المستويين الداخلي والدولي، إلى غاية صدور

المرسوم التشريعي رقم: 93-09 المؤرخ في: 25 أفريل 1993، المعدل

والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 66-154⁽²²⁾، الذي

ألغى الفقرة الثالثة من المادة 442 من الأمر رقم: 66-154، سابقة الذكر،

ونصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على ما يلي: "ولا يجوز

للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في

علاقاتهم التجارية الدولية".

وبالتالي أجاز هذا المرسوم التشريعي للأشخاص العمومية اللجوء

إلى التحكيم الدولي فقط، وذلك عندما يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية،

وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيما أو له موطن خارج الجزائر على الأقل

طبقا لنص المادة 458 مكرر من هذا المرسوم.

وبصدور القانون رقم: 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حظي تحكيم أشخاص القانون العام في مجال الصفقات العمومية باهتمام المشرع في هذا القانون مرتين: المرة الأولى عندما أجازت المادة 975 إمكانية لجوء الأشخاص المذكورة في المادة 800 إلى التحكيم "إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية" على حد تعبير هذه المادة الواردة ضمن مقتضيات الكتاب المتعلق بالإجراءات الإدارية.

ومرة ثانية عندما نصت المادة 1006 في الفقرة الثالثة على إجازة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم "في علاقاتها الاقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية"، حيث وردت هذه المادة ضمن مقتضيات الكتاب الخامس والأخير المتعلق بالتحكيم.

يتضح جليا أن المادتين الجديدتين 975 و 1006 وسعتا مجال التحكيم إلى مجال الصفقات العمومية، ومجال الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية المصادق عليها، ومجال العلاقات الاقتصادية الدولية، لكن يبدو أن المشرع وقع في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم، فمن جهة، يذكر الأشخاص المعنوية العامة ومن جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800، فهناك فرق بين المصطلحين، المادة 800 لم تشمل إلا بعض الأشخاص المعنوية العامة وليس كلهم.

كما وقع المشرع في تعارض أيضا، فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم. ففي المادة 975 يحصره في مجال الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ومجال الصفقات العمومية، في حين يحصره في المادة 1006 في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ومجال الصفقات العمومية، ذكر المادتين للمجالات على وجه الحصر يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء ونفي كل مادة لمجالات لم تتضمنها، لا بد على المشرع أن يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتفاذي أسلوب التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص⁽²³⁾.

وسنقوم بتحديد هذه الأشخاص بأكثر توضيح، مع مراعاة الأشخاص المذكورة في المادة 2 من المرسوم رقم: 10-236 السابق الذكر، فيما يلي:
بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 :

فيجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي، فيما يخص الصفقات العمومية، كما يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية، وفي هذا الصدد، فإن المبادرة باللجوء إلى التحكيم، تكون من طرف الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، إن كان متعلقا بالدولة أو من طرف الوالي إن كان متعلقا بالولاية أو من

طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي؛ إن كان متعلقا بالبلدية، أما إن كان متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فيبادر به ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابعة لها (انظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم (غير المؤسسات العمومية الإدارية) فإنّ المشرع لم ينص صراحة على إمكانية لجوءها للتحكيم، غير أنه من قراءة نص المادة 1006 فقرة الثالثة، التي تنص على جواز الأشخاص المعنوية العمومية طلب اللجوء إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية أو في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية، نستنتج أن هذه المؤسسات تدخل في إطار مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 1006، لأنّ هذه المادة جاءت عامة، تشمل كل الأشخاص المعنوية العامة ولم تقتيد بالأشخاص المذكورة في المادة 800 فقط، وبما أن هذه المؤسسات تعتبر أشخاص معنوية عامة، فيمكن لها طلب التحكيم الداخلي في إطار الصفقات العمومية والتحكيم الدولي بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية.

الخاتمة

يعتبر التحكيم في مجال الصفقات العمومية مكسب وغنيمة هامة، باعتباره عدالة من نوع خاص تتجلى أهميتها في كونه من بين أهم الوسائل المشجعة للتجارة والاستثمار وخاصة الأجنبي، ذلك لأنّ القضاء غير قادر على تقديم الخدمات نفسها التي يقدمها التحكيم، الذي أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة تفاهم بين المتنازعين بدلا من أن يكون وسيلة قسرية⁽²⁴⁾، ووعيا بما للتحكيم من أهمية ودور في استجابة النظام القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته وجلب المستثمر الاجنبي للتعاقد، تمّ القبول بجواز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، لاسيما تلك المبرمة مع المؤسسات الأجنبية، وذلك موازاة مع التزامات الدولة في الخارج، وكذا لإضفاء مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس الشفافية في الإجراءات.

تجدر الإشارة إلى أنّ اللجوء إلى إجراء التحكيم في النزاعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها يكون بمبادرة من الوزير المعني والوزراء المعنيين أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي (المادة 976 من ق إ م إ د) الممثلة للمصالح المتعاقدة، وذلك ضابط غايته الحفاظ على الصالح العام وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا

عندما يقتضي الحال والأوضاع الضرورة التي ستظهر معها السلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام.

رغم إجازة التحكيم في قوانين الصفقات العمومية المتلاحقة والنصوص القانونية ذات الصلة بها، وأهميته إلا أنّ اللجوء إلى هذه الآلية قليل جدا، حيث أثبتت الدراسات النسب الضئيلة من العقود التي لجأت إلى التحكيم مقارنة بالصفقات العمومية التي خضعت للقضاء⁽²⁵⁾.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) المرسوم الرئاسي رقم: 236/10، المؤرخ في: 07-10-2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58، المؤرخة في: 07 أكتوبر 2010، ص3، المعدل والمتمم ب:-
- المرسوم الرئاسي رقم: 98-11، المؤرخ في: 01-03-2011، ج ر ع 14، ص 14.
- المرسوم الرئاسي رقم: 11-222، المؤرخ في: 16-06-2011.
- المرسوم الرئاسي رقم: 12-23، المؤرخ في: 18-01-2012، ج ر.ع. 04، المؤرخة في: 26-01-2012، ص4.
- المرسوم الرئاسي رقم: 13-03، المؤرخ في: 13-01-2013، ج ر.ع. 02، المؤرخة في: 13-01-2013، ص5.
- (2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم: 08-09، المؤرخ في: 25 فيفري 2008، ج ر ع 21.
- (3) ISSAD(M) : «La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage internationale », revue de l'arbitrage, 2008, n°3, p 420.
- (4) بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، ص 10 وما بعدها.
- (5) الآية 64 من سورة النساء.
- (6) زروني محمد، "التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد" ، محاضرة ألقاها رئيس محكمة فرجيو، مجلس قضاء قسنطينة، بتاريخ 22 جوان 2009.
- (7) حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 04 جويلية 2012، ص6.
- (8) محمد محجوبي، "دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2009، ص 385 .
- (9) يسعد حورية، "التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010، ص 314.
- (10) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013، ص70.
- (11) المرجع السابق نفسه، ص71.
- (12) انظر تعريف القانون الفرنسي والمصري والمغربي للتحكيم في المرجع السابق، ص 71-75.
- (13) طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 87 وما بعدها.

- (14) المرجع السابق نفسه، ص 89.
- (15) عبد الحميد الأحذب، " قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009، ص 84.
- (16) راجع المواد 1035 - 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (17) يخضع تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى المواد من 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (18) المادة 1051 من القانون نفسه.
- (19) المادة 1057 من القانون نفسه.
- (20) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، انظر عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 59 و60.
- (21) الأمر رقم: 154-66 المؤرخ في: 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 47.
- (22) ج ر ع 27.
- (23) رمضان غناي، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 46-47 .
- (24) خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 97.
- (25) صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 201 وما بعدها.