



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة



معهد الحقوق

قسم القانون: القانون الإداري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تحت عنوان

التحكيم في الصفقات العمومية

تحت إشراف الدكتور:

طاهير العيد

من إعداد الطالبين:

- فندو إسماعيل

- درويلتي إبراهيم

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة العلمية	إسم و لقب الأستاذ
رئيسا	أستاذ محاضر.أ.	بوفلجة عبد الرحمان
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر.ب.	طاهير العيد
مناقشا	أستاذ محاضر.أ.	دربال محمد

السنة الجامعية: 2024 - 2025



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة
Centre Universitaire Salhi Ahmed de Naâma

325/6/04 النعامة في:

معهد الحقوق

الإذن بالإيداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ (ة)

طاهير العبيد

الرتبة : أستاذ محاضر ب الجامعة : المركز الجامعي صالحى أحمد

المعهد : الحقوق القسم : الحقوق

المشرف على مذكرة الماستر للطالب (ة)

فندي إسماعيل ، د. روييلي إبراهيم

تحت عنوان : الخفكيس في الصفتا حة الخرمية

المقدمة لنيل شهادة الماستر في

القانون الإداري

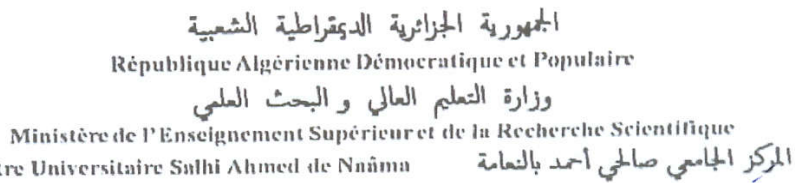
التخصص : الم.ا.ا.

خلال الموسم الجامعي : 2004/2005

أشهد أن الطالب (ة) قد أتم (ت) تحرير المذكرة، وأخذ (ت) بعين الاعتبار مجمل التوجيهات المقدمة له (ها)، وعليه نوافق على طباعة العمل المذكور وفق المعهود في مذكرات والرسائل الجامعية ثم تقديمه للإدارة.

توقيع المشرف (ة)

الدكتور: طاهير العبيد



الترقيم: /



التشكرات

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: ﴿مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ﴾

" رواه الترمذي و قال عنه حديث حسن صحيح "

و امتثالاً لقوله ﷺ نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل " الدكتور طاهير العيد " الذي تشرفنا به مُشرفاً على هذا العمل ، فأنازل لنا سبيل هذا البحث ، و لم يتأخر عنا و لم يخل علينا و زودنا بكل ما يعيننا لانجازه من توجيهات و نصائح فجازاه الله عنا كل خير.

و الشكر موصول كذلك لأعضاء لجنة المناقشة و المتكونة من:

– الدكتور بوفلجة عبد الرحمان : أستاذ محاضر صنف " أ " رئيسا .

– الدكتور دربال محمد : أستاذ محاضر صنف " أ " مناقشا.

على قبولهم فحص و تصويب هذه المذكرة، و من خلاهم إلى كل أساتذة المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة و طاقمه الإداري.

و دون أن ننسى كافة الأساتذة لجميع الأطوار، و إلى كل من علّمنا ولو حرفاً.

و إلى وطننا الغالي " الجزائر".

الإهداء

إلى روح والدتي الطاهرة ، رحمها الله ، إلى والدي ، حفظه الله .
إلى زوجتي ، و سندي ، و أبنائي ، زينة حياتي و قرة عيني ، حفظهم الله .
إلى كل الإخوة و الأخوات ، و أبنائهم ، وخاصة أخي و صديقي ، في ديار الغربة .
و دون أن أنسى أصدقاء الدراسة و العمل ، و خاصة من أعانوني و لو بالقليل .
أهدي هذا العمل المتواضع
سائلا المولى عز و جل أن يجعله في ميزان حسنات الوالدين، و صدقة جارية لي و لأسرتي .

الطالب:

فندو إسماعيل

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهم الله.

إلى كل إخوتي و أخوالي ، و دون أن أنسى أصدقاء الدراسة و العمل ، و خاصة من كانوا
عوناً لي في دراستي و إلى غاية انجازي لهذه المذكرة.

أهدي لهم ثمرة هذا العمل

سائلاً المولى عز و جل أن يجعله صدقة جارية ، وعملاً نافعا لأهل العلم.

الطالب:

درويلتي إبراهيم

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

قانون الصفقات العمومية	ق . ص . ع
القانون المدني	ق . م
قانون الإجراءات المدنية	ق . إ . م
قانون الإجراءات المدنية و الإدارية	ق . إ . م . إ
ليسانس ماستر دكتوراه	ل . م . د
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج . ر . ج . ج
الجزء	ج
العدد	ع
الصفحة	ص
من الصفحة ... إلى الصفحة ...	ص . ص
المرسوم الرئاسي	م . ر
المرسوم التشريعي	م . ت
المعدل و المتمم	م . م
الطبعة	ط
القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية	ق . ع . م . ت . ص . ع
قانون الوقاية من الفساد و مكافحته	ق . و . ف . م
تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام	ت . ص . ع . ت . م . ع
دون سنة نشر	د . س . ن

مقدمة

تقوم الإدارة بأعمال و تصرفات كلها قانونية ، تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة و إشباع حاجيات الجمهور المتنوعة ، ويمكن تقسيمها إلى نوعين ، أعمال مادية تفرضها المصلحة العامة و لا تحدث أثر قانوني، وأعمال قانونية تحدث أثر قانوني ، إما بإنشاء مراكز جديدة من العدم أو تعديل مراكز قائمة أو إلغائها ، هذه الأعمال منها ما تصدره الإدارة بنفسها و باستعمال سلطتها العامة دون مشاركة الأفراد و تأخذ شكل القرار الإداري ، و أعمالاً أخرى تصدر بتوافق إرادتان تتجسد في صورة العقد الإداري.

المسلّم به أن غياب الإدارة عن طرفي العقد لا يسّى عقداً إدارياً ، و إنّما هو من العقود الخاصّة التي تخضع لقواعد القانون الخاص ، و على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، يقوم على التفاوض بين الطرفين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلّا بإرادتهما المتبادلة ، أما عقود القانون العام فيختلف الأمر وخاصة عقود الصفقات العمومية ، التي تبرمها الدولة مع الغير فتقوم على معيار الشروط الاستثنائية و غير المألوفة في قواعد القانون الخاص ، التي تمارسها السلطة المختصة و بإرادتها المنفردة لتحقيق المصلحة العامة.

تحتل عقود الصفقات العمومية جانباً هاماً من أعمال الدولة و سياستها العامة ، نظراً لارتباطها الوثيق بالمال العام ، لذا عمّد المشرّع لإدخال كمّ هائل من التّعديلات عليها منذ الاستقلال إلى غاية يومنا هذا ، بدايةً بصدر أول تشريع بموجب الأمر رقم 67-90¹ و حتّى آخر تعديل ولأول مرة صدر على شكل قانون ينظّم القواعد العامّة للصفقات العمومية تحت رقم 23-12².

حدّد المشرّع في هذا القانون آليات إبرام الصفقات العمومية و تنفيذها، مقيّداً بذلك سلطة المصلحة المتعاقدة خشية استعمالها في غير موضعها ، مراعيّاً في ذلك المبادئ الأساسية ضماناً لنجاعتها والمتمثلة في حرية الوصول إلى الطّلبات العمومية ، المساواة بين العارضين ، و شفافية الإجراءات حيث أخضع طرق إبرامها إلى إجراءات معقّدة و متنوّعة لمواكبة التطورات المتسارعة للنّظام الاقتصادي العالمي و من خلال التطلع على نصوص هذا القانون ، تتّضح طريقتين أساسيتين لإبرام الصفقات العمومية طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة ، و التفاوض كاستثناء.

¹ - الأمر رقم 67-90 ، المؤرخ في 17 جوان 1967 ، المتضمن ق.ص.ع ، ج.ر.ج.ج ، ع 52 الصادرة في 27 جوان 1967 .

² - قانون رقم 23-12 مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، ج.ر.ج.ج ، ع 51 الصادر في 6 غشت 2023.

تطراً على مرحلة الإبرام منازعات يمكن تقسيمها إلى قسمين ، منازعات ترفع أمام لجان الصفقات العمومية ومنازعات تعرض أمام جهات القضاء الإداري المختص ، عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو غيرها من الهيئات و المؤسسات العمومية طرفاً فيها ، علماً أنّ الصفقات العمومية من العقود الإدارية ممّا يجعلها غير خاضعة لدعوى الإلغاء ، هذا الأخير لا يوجّه إلى العقود ، لأن من أهم شروط قبوله أن ينصبّ على قرار إداري كجزءاً لمبدأ المشروعية ، والصفقة العمومية هي مجموعة قرارات مركّبة تخرج عن نطاق دعوى الإلغاء ، ولكن ينظر القاضي في قراراتها كلّ على حده ، لأنها تختلف عن العقد ممّا يجيز للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى إلغائها بدعوى تجاوز السلطة بناءً على نظرية الأعمال القابلة للانفصال و من أهم هذه القرارات المتعلقة بمرحلة الإبرام ، قرار الإعلان عن الصفقة و قرار الحرمان من المشاركة فيها و قرار الاستبعاد و قرار المنح المؤقت.

تأتي بعد ذلك مرحلة التنفيذ ، و التي تجعل من المصلحة المتعاقدة في مركز قانون أعل لتمتعها بسلطات واسعة اتجاه المتعاقد معها ، سواء كان المتعاقد وطني أو أجنبي فهناك سلطات وقائية عند عملية التدخّل و الإشراف و الرقابة على ما اتفق عليه و تم تدوينه في دفتر الشروط لكل الالتزامات التعاقدية أو إمكانية تعديله وفق ما تتطلبه المصلحة العامة ، أو الفسخ الإداري أو الانفرادي أو ما يصطلح عليه بالجزائي للصفقة والذي يتطلب عنصراً جوهرياً قبل إجرائه ، حمايةً للمتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة و خروجها عن المشروعية ، فتم تعليقها على إجراء شكلي ضروري يتمثل في الإعذار ، الذي يوجّه للمتعاقد المقصّر حتى يفي بالتزاماته من خلال الأجل المحدد له قبل توقيعه فالأصل أن الصفقات العمومية تنقضي بالطرق الطبيعية.

وسلطات ردعية أو علاجية توقع جزاءات على المتعاقد معها بصفة انفرادية في حال إخلاله بالتزاماته و تنقسم هذه الجزاءات إلى قسمين ، جزاءات مالية كغرامة التأخير أو مصادرة كفالتي الضمان و حسن التنفيذ ، و أحياناً أخرى استعمال وسائل ضاغطة عند تقاعس أو إخلال المتعاقد بالتزامه على حساب نفقته و مسؤوليته للحفاظ على مبدأ استمرارية المرافق العامة ، و جزاءات أخرى غير مالية تتمثل في عملية الإقصاء من طرف المصلحة المتعاقدة ، و الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية و تسجيله ضمن قائمة الممنوعين من المنافسة.

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بحقوق متمثلة في الثمن المتفق عليه مقابل تنفيذ العقد و ضمان توازنه المالي في حال تسببت الإدارة في إرهابه، بإحداث تغييرات تفرضها المصلحة العامة ، و كذلك حق المطالبة بالتعويض طبقاً للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني¹، عند تجاوز أو إخلال الإدارة بالتزاماتها، تقابل هذه الحقوق التزامات على عاتق المتعامل اتجاه المصلحة المتعاقدة أهمها أداء الخدمة حسب ما اتفق عليه في بنود العقد ، وبصفة شخصية من طرف المعني خلال المدة المحددة مع إلزامية دفع مبلغ الضمان .

أما بخصوص مرحلة تنفيذ الصفقة فتشهد منازعات متعددة يستحيل حصرها أو توقعها لأنها حالات مفترضة ، قد تعيق مسارها الطبيعي و هذا يشكل تعطيلاً لسياسة الدولة العامة في مجال الاستثمار ما يستوجب البحث عن طرق بديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في مهدها بما يضمن التوازن المالي و التوصل لأسرع الطرق لإنجاز المشروع و تسوية نهائية لتنفيذه.

الأصل أن منازعات الصفقات العمومية من اختصاص القضاء الإداري و هو المخول قانوناً للفصل فيها، إلا أن تبني المشرع لطرق بديلة لتسويتها لا يعد خروجاً عن الأصل بل لخصوصية هذا المجال من جهة و الهروب من البطء و التراخي لجهات القضاء من جهة أخرى ، أصبح اللجوء إلى الطرق البديلة أمراً طبيعياً فرضته الظروف الاقتصادية ، التي تفضل السرعة و البساطة في إجراءاتها حال وجود نزاع ، فالتأخر ينعكس سلباً على تنفيذ موضوع العقد و على المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها و حتى على الخزينة العمومية بل و أكثر من ذلك فقد يلحق ضرراً للمنتفعين من خدمات المرافق لقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه الطرق البديلة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم: 09-08² و المتمثلة في ، الصلح ، الوساطة ، و التحكيم.

¹ - الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن ق.م ، ج.ج.ج ، ع 78 الصادر 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر ، ع 31 ، لسنة 2007.

² - قانون رقم 09-08 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 ، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المعدل و المتمم ، ج.ج.ج ، ع 21 الصادر في 23 أبريل 2008.

الصلح الذي اعتبره المشرع كآلية لتسوية النزاع في مرحلة التنفيذ مستبعدا من ذلك مرحلة الإبرام التي تستند لأساليب و قواعد قانونية محددة مسبقا ، حيث يعتمد الصلح في إجراءاته على الاتفاق بين الطرفين على وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل من خلال التنازل لكل منهما على وجه التبادل عن حقه حسب ما جاء في نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري¹.

الوساطة هي كذلك إحدى الطرق البديلة لفض النزاعات ودياً نص عليها المشرع في المواد 994 إلى غاية 1005 من قانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر² فهي تمتد إلى كل نزاع أو إلى جزء منه ، ويمكن للقاضي من خلالها اتخاذ أي تدبير يراه ضروري ، لأنه هو من يعرض الوساطة و يعين الوسيط بعد موافقة الخصوم ، حيث يباشر هذا الأخير إجراءاته للوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه ، ويقع على عاتقه إخطار القاضي حال الاتفاق بين الطرفين من عدمه ، و في حال التوافق يكون بمحرر كتابي يرفق بمحضر ممضي من طرفه و الخصوم مع إلزامية السر إزاء الغير، و في جميع الأحوال ترجع القضية إلى الجلسة.

من بين أهم الطرق البديلة لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية على غرار ما ذكرناه "التحكيم" - و الذي هو موضوع بحثنا- حيث أفرد له المشرع الكتاب الخامس بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات في الباب الثاني من المادة 1006 إلى غاية المادة 1061، ونظم إجراءاته قبل ذلك في المواد 975 ، 976 ، 977 من نفس القانون المذكور أعلاه ، و بهذا يكون المشرع قد ساوى بين الأشخاص المعنوية العامة و الهيئات و المؤسسات التابعة لها ، وبين المتعاقدين معها سواء كان أجنبيا أو وطنيا ، و أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا طبيعيا لتسوية منازعاتهم ، هذا الأمر الذي لم يكن يسمح به في وقت غير بعيد لأسباب متعددة.

أقر المشرع الجزائري التحكيم في منازعات الصفقات العمومية مما يجعل اللجوء إليه بديلا عن جهات القضاء ، و في ذات السياق يفرض على الدولة و هيئاتها طوعية النزول إلى مستوى المتعاقد معها فيجبردها من سلطاتها و امتيازاتها العامة ، هذه الموازنة بين جهات القضاء و التحكيم في حل نزاعات الصفقة من جهة ، وبين تساوي طرفين غير متكافئين من جهة أخرى ، كانت سببا رئيسيا لاختيارنا لهذا الموضوع .

¹ - المادة 459 «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.» الأمر رقم 58-75، المتضمن ق.ق. ، المصدر السابق.

² - قانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة العمومية من أبرز العقود و أهم الوسائل القانونية لتنفيذ البرامج التنموية و مجال ضخ الأموال ، و كل الرهانات العالمية قائمة على نجاح و تنفيذ هذه الالتزامات ، خدمة للجمهور و إشباع حاجياته ، مما يظهر الأهمية البالغة لموضوع التحكيم في المنازعات التي قد تعيق عجلة الاستثمار.

هناك عديد المواضيع التي تناولت موضوع التحكيم بصفة عامة ، أما مجال منازعات الصفقات العمومية ، فلم نحظى إلا بالقليل بحسب قدرتنا البحثية المبدولة ، و من بين الدراسات السابقة لهذا الموضوع و التي اعتمدنا عليها في هذه المذكرة لدينا كل من.

- برباوي رقية، التحكيم في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، جامعة طاهري محمد بشار للموسم الجامعي 2018-2019 .

- الدكتور طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص حقوق، فرع التجريم في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962 سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2020-2021.

- الأستاذ نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الخصومة ، التنفيذ ، التحكيم ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر سنة 2008 و الذي شرح فيه الطرق البديلة لحل النزاعات من الكتاب الخامس في الباب الأول في الصلح و الوساطة و الباب الثاني في التحكيم ، من الصفحة 542 إلى غاية 588 .

- لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات ، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية المجلد السادس العدد الثاني ، السنة 2022 ، ص . ص ، 622 ، 643 .

و من خلال هذه الدراسات و غيرها ندرك بأن المشرع الجزائري استحدث مجال التحكيم و نظمته و اعتبره من الوسائل البديلة لحل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، و هذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى يمكن اعتماد نظام التحكيم كآلية بديلة لفض منازعات الصفقات العمومية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي و التحليلي لنصوص المواد التي تخيم على مجال التحكيم ، مع مقارنة بعض المسائل و النصوص القانونية الجزائرية مع تشريعات أخرى و مع بعض الاتفاقيات الدولية المصادق عليها بالجزائر.

لا يخلو أي بحث علمي مهما كان مستواه من الصعوبات التي تواجه الباحث أثناء انجاز عمله و غالبا ما تعود لقلة المراجع ، و خصوصا إذا تعلق الأمر بمواضيع حديثة و ذات خصوصية كموضوع بحثنا فالأمر يصبح شاق في كيفية الإلمام به من دونها ، لأن منازعات الصفقات العمومية في بلادنا تسوى كأصل عام عن طريق القضاء الإداري و خضوعها لأي وسيلة أخرى كالتحكيم لا زال فتيا و تنظيم قواعده محشورة ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و لم يستقل بتقنين خاصا به لذا واجهنا ندرة في المراجع المتخصصة به ، و لم نصادف إلا القليل في حدود قدرتنا ، و إصرارا منا على مواصلة العمل بذلنا كل ما بوسعنا و ظفرنا بما يعيننا على انجاز بحثنا.

رغم تناوله من بعض الباحثين فلا يعد موضعه مستهلك وليس فيه مجال للإضافة ، بل مجاله مفتوح لأنه يواكب مجالات عالمية حساسة و حيوي مثل الصفقات العمومية و ما تسجله من منازعات مختلفة عبر العالم و هذا جدير بالبحث فيه إضافة لما يحققه التحكيم لمختلف المنازعات من أهداف تدعوا إلى دراسة هذه الآلية التي حققت نجاحا بديلا عن القضاء ، و على هذا سنقسم دراستنا إلى فصلين الفصل الأول نتناول فيه التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات الصفقات العمومية ، و الذي نفصله من خلال مبحثين ، الأول تحت عنوان ماهية التحكيم و صوره ، و الثاني بعنوان مزايا و عيوب التحكيم و تمييزه عن النظم المشابهة له و مكانته .

أما الفصل الثاني فتم تحت عنوان وسيلة التحكيم و مدى ملائمتها كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، و هو الآخر تم تفصيله إلى بمبحثين ، الأول تناولنا فيه نطاق نظام التحكيم في الصفقات العمومية ، و الثاني خصص لإجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .

الفصل الاول:

التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات

الصفقات العمومية

شهدت الجزائر بعد الاستقلال فراغا على مستوى مؤسساتها ، ما عجل بصدور القانون رقم 157-62¹، الذي يجيز الاستمرار بالتشريع الفرنسي ما لم يتعارض مع مبدأ السيادة الوطنية من بينها المرسوم رقم ، 24-57 المؤرخ في 08-01-1957 المتعلق بالصفقات العمومية² ، الذي دام سريانه إلى غاية صدور أول تنظيم بموجب الأمر رقم ، 90-67³ المتضمن قانون الصفقات العمومية و لحقته العديد من التعديلات تماشيا مع الأوضاع السياسية و الاقتصادية و كان آخرها القانون رقم 12-23⁴ المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية.

عرف إبرام الصفقات العمومية سواء على المستوى الوطني أو الدولي انتشارا واسعا ساهم في حركة رؤوس الأموال و إنعاش الاقتصاد الوطني، إلا أن هذه العقود لا تكاد تخلو من نزاعات قد تعيق عجلة التنمية، مما يستدعي لجوئها إلى جهات القضاء للفصل فيها ، هذا الأخير إجراءاته معقدة وبطيئة قد لا تتلاءم مع مجال المال و الأعمال الذي يميل للسرعة في التنفيذ ، فكان البحث عن طرق بديلة أمرا حتميا لفض منازعاتهم و من أهم هذه الطرق التحكيم ، باعتباره الأنسب لمنازعات الصفقات العمومية.

شهد نظام التحكيم قفزة عالمية ميزته عن باقي الطرق البديلة في مجال فض المنازعات و للتعقق أكثر حول هذا النظام سوف نتناول ماهيته ، وما طبيعته القانونية و صوره في المبحث الأول و للتحكيم مزايا و عيوب نوضحها بالتفصيل و نضيف إليها تمييز التحكيم عن النظم المشابهة ونشير إلى مشروعيتها في التشريع الجزائري ، إلى جانب موقف الفقه و القضاء منه بالمبحث الثاني.

¹ - قانون رقم 157-62 ، مؤرخ في 31 ديسمبر 1962 ، يتعلق بتمديد العمل التشريع الفرنسي إلا ما تعارض مع مبدأ السيادة الوطنية ج.ر. ، ع 02 بتاريخ 11 جانفي 1963.

² - دراوسي مسعود ، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية وفق القانون 12-23 ، المؤرخ في 05 أوت 2023 مقدمة لطلبة ، اليسانس الماستر ، الدكتوراه ، جامعة البليدة 2 ، الجزائر ، السنة الجامعية ، 2023-2024 ، ص 5.

³ - الأمر رقم ، 90 - 67 المتضمن ق.ص.ع ، المصدر السابق.

⁴ - القانون رقم ، 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

المبحث الأول: ماهية التحكيم وطبيعته القانونية.

يفضّل غالبية أطراف النزاع في سبيل إيجاد حل لمنازعاتهم ، البحث عن حل ودّي بعيد عن القضاء و هروبا من تعقيداته التي تأخذ وقتا طويلا للنظر و الفصل في ملقّات الخصوم ، و أفضل هذه الطرق البديلة عن القضاء نظام التحكيم ، حيث عرف تقدما ملحوظا وحقق نجاحا على الصعيد العالمي لآتسامه بالسرعة و بساطة إجراءاته.

من بين العقود التي تركز عليها الدولة في إنجاز مشاريعها التنموية ، عقود الصفقات العمومية وتعطيلها يسبب خللا في حركة الأموال العامة ، ما جعل من المشرع يجيز فض منازعاتها عن طريق التحكيم ، بالرغم من أن نزاعها تابع لولاية القضاء الإداري حسب نص المادة 800 من القانون رقم 13-22¹ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل و المتمم ، استنادا للمعيار العضوي.

يتضح لنا من خلال هذا العرض أن التحكيم نظام قائم بذاته ، لذا سوف نتطرق لمفهومه و صوره في المطلب الأول ، كما للتحكيم عدة أنواع نكتفي بذكر أبرزها ، إلى جانب الطبيعة القانونية التي سجّلت تضارب بين الفقهاء بالمطلب الثاني.

¹ - القانون رقم 13-22 ، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 ، الموافق 12 يوليو سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون رقم 09-08 المؤرخ في 12 صفر عام 1429 ، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن ق.إ.م.إ. ، ج.ر. ، ع 48 الصادر في 17 يوليو 2022 ، حيث جاء في نص المادة 800 "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية...تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الإدارية و المنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها".

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وصوره.

للإمام أكثر بالتحكيم في مجال الصفقات العمومية ، سوف نعرض تعريفه من كل جوانبه بدءا بالجانب اللغوي ثم من الناحية الاصطلاحية والتشريعية ، ونعزّز ذلك بأراء الفقه و القضاء في الفرع الأول و خصّصنا الفرع الثاني لصور التحكيم .

الفرع الأول: تعريف التحكيم .

التحكيم ليس جديدا لا من الناحية العلمية و لا من الناحية العملية ، فقد عرفه القدامى قبل القضاء و عملوا به ، حيث كانت تطرح القضايا على أشخاص مشهود لهم بالخبرة و الحنكة و التجربة من كبار السن ذوي الفطنة و الذكاء و كانوا أهلا لفض مختلف النزاعات وهذا في الجاهلية قبل الإسلام ، ثم أقرت الشريعة الإسلامية التحكيم من خلال ما ورد ذكره في القرآن الكريم في العديد من الآيات نستدل بذكر بعضها كالآتي :

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا¹ .

وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا² .

أولا : تعريف التحكيم لغة.

الحُكْمُ ، بالضّم : القضاء ، و الحَاكِمُ : منقذ الحُكْم ، و حَاكَمَهُ إِلَى الحَاكِمِ : دعاه و خَاصَمَهُ و حَكَمَهُ فِي الأمرِ تَحْكِيمًا : أمره أن يَحْكُمَ فَاخْتَكَمَ³.

¹ - القرآن الكريم ، الآية 35 من سورة النساء.

² - القرآن الكريم ، الآية 65 من سورة النساء.

³ - الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، مصر ، سنة 2008 ، ص.ص ، 388.389 .

ثانيا : التعريف الفقهي للتحكيم .

تتعدد أقوال الفقهاء في مجال التحكيم و تتنوع بين فقهاء الشريعة الإسلامية و فقهاء علم الاجتماع و فقهاء القانون إلا أن مضمون أقوالهم صبت في معنى مشترك و لعلنا نذكر أهمها فيما يلي :

بداية في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية عُرِفَ التَّحْكِيمُ على أنه " تولية الخصمين حَكْمًا يَحْكُمُ بينهما"¹.

عرّفه عالم الاجتماع ابن خلدون في مقدمته على أنه " اتخاذ الخصمين حَكْمًا برضائهما للفصل في خصومتها و دعواهما"².

عرّفه أيضا الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"³.

عرّفه الأستاذ jean Robert بأنه "إنشاء قضاء خاص بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام ، بغرض حسمها بواسطة أشخاص ، يتمتعون بسلطة القضاء و ذلك في حالة قضية معينة "⁴.

ثالثا : التعريف القانوني والقضائي للتحكيم.

ندرج في هذا العنصر التعريف القانوني للتحكيم ، ثم نلحقه بالتعريف القضائي.

1- التعريف القانوني.

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا تشريعيّا خاصا للتحكيم، وإنما عرّف لنا صوره التي سوف نعرضها بعد ما نسوق تعريفا لبعض القوانين المقارنة في هذا السياق، من بينها ما جاء به المشرع

¹ - نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، قانون رقم 09-08 ، مؤرخ في 25 فبراير 2008 الخصومة- التنفيذ - التحكيم ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة - الجزائر، سنة 2008 ، ص 546.

² - كينا عبد المالك ، بوخرير الصالح ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون أعمال ، جامعة أحمد درارية ، أدرار ، الجزائر، السنة الجامعية 2017 - 2018 ، ص 6.

³ - رائد جمال سليمان محمد الزغرتي ، أحمد محمد البغدادي ، التحكيم و فض المنازعات ، مجلة بنها للعلوم الإسلامية ، ع 1 ، ج 2 ، مصر سنة 2022 ، ص 227.

⁴ - محمد شعبان إمام سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية ، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان الأردن سنة 2014 ص 21.

المصري في تعريفه للتحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم بأنه ،"اتفاق الطرفين بإحالة كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة ربط علاقات قانونية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ، أو يمكن أن تنشأ مستقبلا باللجوء إلى التحكيم لتسويتها".¹

وباستقراءنا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 نجد أن المشرع الجزائري أورد تعريفين لصور التحكيم ، فعرف لنا شرط التحكيم في المادة 1007² منه بأنه اتفاق يلتزم به أطراف النزاع في حقوق لهم مطلق التصرف فيها ، ما عدا ما تعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم بمفهوم المادة 1006³ من نفس القانون ، ويجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب اللجوء للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية ، أو في عقود الصفقات العمومية ، و أضاف إليها تعريف اتفاق التحكيم في المادة 1011⁴ الرامي إلى إمكانية اتفاق مستقبلي بين طرفي العقد حال نزاعهم أثناء تنفيذ الصفقة العمومية و طرحه على التحكيم لتسويته بالرغم من عدم ذكره كشرط في بنود عقد الصفقة الأصلي.

يقول الأستاذ نبيل صقر أن التحكيم في معناه القانوني هو "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهما".⁵

2- التعريف القضائي:

نذكر في هذا المجال ما جاءت به المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث عرفت التحكيم بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".⁶

¹ - محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في المنازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديد للنشر والإسكندرية مصر، سنة 1999، ص 18.

² - المادة 1007 "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" القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - المادة 1006 "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. " القانون رقم 09-08 ، متضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 1011 "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوئه على التحكيم". القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁵ -نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، رقم 09-08 ، المرجع السابق ، ص 548.

⁶ - رواب جمال ، موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية المجلد 4 ع2 ، جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، الجزائر ، لسنة 2019 ، ص 1156 .

و في ذات السياق ذهب مجلس الدولة الفرنسي على أن التحكيم " يتمثل في سلطة القرار التي يعترف أنها لطرف ثالث ، و التسليم بصفة قضائية لقرار التحكيم".¹

من خلال ما عرضناه لمختلف آراء الفقهاء و التشريعات حول تعريف التحكيم بإمكاننا محاولة إفراغ جميع هذه الآراء و نعرف التحكيم بأنه "طريقاً بديلاً عن القضاء قوامه إرادة الأطراف لعرض نزاعهم على شخص آخر للفصل فيه"، أو بصيغة أخرى هو " احتكام طرفي العقد بإرادتهم و اختيارهم لشخص آخر في نزاع قائم أو محتمل للفصل فيه دون اللجوء إلى المحكمة".

الفرع الثاني: صور التحكيم.

تأخذ صور التحكيم أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية حالتين ، الحالة الأولى عندما يتم الاتفاق على التحكيم بين طرفي العقد كبند من بنود الصفقة الأصلي ، وهذا يصطلح عليه بشرط التحكيم وفي الحالة الثانية يمكن أن يتم الاتفاق عليه بعقد مستقل أي بعد نشوء النزاع أو حتى أثناء سير الخصومة أمام جهات القضاء ، ويصطلح عليه بمشارطة التحكيم.

أولاً: شرط التحكيم.

نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 بأنه موجود ضمن بنود العقد الأصلي للصفقة العمومية و ليس مستقلاً عنها ، يدرجه الأطراف لتسوية أي نزاع قد ينشأ أثناء تنفيذ موضوع العقد و بالتالي فهو أمر احتمالي يقع في المستقبل قد يتم العمل به أو لا حسب الحالة.²

¹ - بن ساحة محمد أمين ، أرماس محمد سعيد ، التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون خاص ، جامعة بلحاج بوشعيب ، عين تموشنت ، الجزائر ، السنة الجامعية 2019-2020 ، ص 19.

² - جيايلي صبرينة ، إجراءات التحكيم في العقود الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون الإدارة العامة جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، الجزائر ، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص.ص ، 40.41.

ثانيا: مشاركة التحكيم.

تطرق المشرع لهذا الشكل من خلال تعريفه لاتفاق التحكيم أو كما يصطلح عليه بمشارطة التحكيم ، في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08¹ ، مفادها أن مشارطة التحكيم هي اتفاق مستقل عن بنود عقد الصفقة ، حيث يتم اللجوء إلى التحكيم بين أطراف العلاقة القانونية متى ثار بينهم نزاع، إضافة إلى ذلك هناك بعض المسائل الجوهرية التي يجب مراعاتها و إلا كان باطلا ، وردت بالتفصيل في نص المادة 1012² من نفس القانون ، مثل عنصر الكتابة و هي أمر ضروري في كل العقود حتى يتمكن الطرفان من التوجه إلى أي جهة سواء للتحكيم أو للمقاضاة فهي الشاهد على إجراءات العقد إضافة إلى الإشارة على موضوع النزاع ، و أسماء المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه ، و كيفية تعيينهم، و في حالة رفض المحكم مباشرة المهمة المسندة إليه يجوز استبداله بمحكم آخر بأمر من طرف المحكمة المختصة ، و يجوز كذلك لأطراف النزاع الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سيرها أمام جهة القضاء المختصة حسب نص المادة 1013³.

يتفق مع المشرع المصري حيث عرف مشارطة التحكيم في مادته العاشرة في فقرتها الثانية من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 " كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية"⁴.

و عليه يعتبر الاتفاق على التحكيم شرطا كان، أم مشارطة مكنة اختيارية في يد الأطراف لفض منازعاتهم وبإمكانهم اللجوء إليها بإرادتهم وفق ضوابط و قيود حددها القانون لسلامة قراراتهم.⁵

¹ - المادة 1011 " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ.، المصدر السابق.

² - المادة 1012 "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم. إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه ، يستبدل بغيره بأمر من طرف المحكمة المختصة" ق.إ.م.إ. رقم 09-08 المصدر نفسه.

³ - المادة 1013 "يجوز لأطراف الاتفاق على التحكيم ، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة قضائية" ق.إ.م.إ. رقم 09-08 المصدر نفسه.

⁴ - دريس كمال فتحي ، التحكيم التجاري الدولي ، محاضرات أُلقيت على السنة الثانية ماستر تخصص قانون أعمال ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، الجزائر ، السنة الجامعية ، 2021-2022 ، ص 21.

⁵ - محمود السيد التحيوي ، طبيعة شرط التحكيم و جزاء الإخلال به ، الناشر المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، مصر، سنة 2007 ص 5.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وأنواعه.

اختلف الفقه في تحديد طبيعة التحكيم حيث تعددت آرائهم و لم تستقر على توحيد نظرية جامعة و سوف نذكر هذه الآراء بالتفصيل بالفرع الأول ، و نخصص الفرع الثاني لأنواع التحكيم البارزة .

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم.

تعددت الآراء حول الطبيعة القانونية للتحكيم، و تردد الفقه المقارن حول أربع نظريات رئيسية، فمنهم من قال أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، و طائفة أخرى رجّحت الطبيعة القضائية للتحكيم في حين هناك جماعة جمعت بين النظريتين أي عقدية و قضائية و جعلت التحكيم ذو طبيعة مزدوجة و ظهرت فرقة رابعة نادى باستقلالية التحكيم و تفصيل ذلك كالآتي :

أولاً : الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن التحكيم نابع من إرادة الأطراف التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد ، و يستمد المحكم ولايته من إرادة الخصوم ، و هؤلاء هم من يعود لهم اختيار المحكم و كذا تحديد القانون الواجب التطبيق ، فالقرار التحكيمي الصادر على هذا الشكل يستمد حجتيه من اتفاق التحكيم ذاته.¹

- نقد النظرية ، أهملت هذه الطائفة دور و حقيقة المحاكم القضائية على حساب مبدأ سلطان الإرادة فنفس الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي ، و يتم النظر و الفصل في النزاع بنفس المراحل التي تجرى أمام جهات القضاء ، و كلاهما يسعى لحسم النزاع و تحقيق العدالة ، بانتهاء عمله بإصدار حكم مماثل يقبل الطعن فيه أو تنفيذه.²

ثانياً : الطبيعة القضائية للتحكيم.

أسست هذه الطائفة نظريتها بناء على قوانين الدولة التي جعلت من عمل التحكيم في مجال فض منازعات العقود ، و عقود الصفقات على وجه الخصوص، عملاً قضائياً خاص ، و المُحكّم

¹ - على أحمد صالح المهدي ، دراسة تحليلية في التحكيم و طبيعته القانونية مقارنة بالفقه الاسلامي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، مصر ، العدد الأول لسنة 2009 ، ص.ص ، 144. 145 .

² - درسي كمال فتحي ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص.ص 65 .

فيه يقوم بوظيفة القاضي ، حيث سمحت لجهات القضاء بقبول الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي شأنه في ذلك شأن أي حكم أو قرار صادر من جهات قضائية مختصة ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم في الحكم الذي أصدرته سنة 1986 بأن حكم المحكم هو عمل قضائي.¹

هذه النظرية من حيث طريقة عملها تعتبر الأكثر شيوعاً و اعتماداً في الفقه القانوني فالمحكم وظيفته هي الفصل في النزاع المطروح أمامه و هي وظيفة قضائية حسب طبيعتها ، و الدليل في ذلك أن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به.²

- نقد النظرية ، نظام التحكيم بإجماع الفقهاء هو الأقدم ظهوراً و عملاً من القضاء ، فكيف يكون تابعا له هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن مصدر سلطة القاضي هي القانون الذي يحمي الحقوق و المراكز القانونية للأشخاص وفق إجراءات مرسومة و مقيدة لعمله ، عكس المحكم في مجال مصدر سلطته المستمدة مباشرة من اتفاق التحكيم ، فولاية القضاء عامة أما ولاية التحكيم خاصة بالإضافة إلى وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية و اقتصادية سلمية تقوم على حماية مصالح أطراف التحكيم كما أن المحكم يكتسب صفته من رضا الأطراف و اختيارهم رغم تدخل القانون في بعض المواصفات أما القاضي فيخضع لمواصفات و شروط حددها القانون لا يجوز تجاوزها.

و خلاصة القول أن النظام القضائي و نظام التحكيم يتشابهان في مجال الفصل في النزاع مما يصعب التفرقة بينهما رغم الاختلاف الظاهر من حيث المبادئ ، أو التنظيم ، أو الغاية أو حتى على الآثار المترتبة أثناء صدور أحكام كلاً منهما ، ومع ذلك فمقتضى النظرية لحسم النزاع يوجب كلا النوعين ، قضاء الدولة ، و قضاء التحكيم.³

¹ - براهيمية نصر الدين ، ربيعي عيسى ، التحكيم في الصفقات العمومية ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون إداري ، جامعة العربي التبسي ، تبسة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2021-2022 ، ص.ص ، 14.16 .

² - على أحمد صالح المهداوي ، دراسة تحليلية في التحكيم و طبيعته القانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 145 .

³ - على أحمد صالح المهداوي ، دراسة تحليلية في التحكيم و طبيعته القانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع نفسه ، ص ، 146 .

ثالثا : الطبيعة المزدوجة للتحكيم.

عزم أنصار هذا الاتجاه على الجمع بين النظريتين السابقتين ، العقدية و القضائية فأخذوا بمزايا كلاهما ، فهم بذلك يرون أن نظام التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو ثنائية للتشابه الحاصل بينهما في العناصر الأساسية ، حيث يظهر الطابع القضائي في وقت صدور القرار التحكيمي أو أثناء صدور أمر بتنفيذه و الذي يمكن اعتباره قرار قضائي خاص من حيث أنه توصل لحل نهائي للنزاع و حسمه و قبل صدور القرار فعمل المحكم يبدأ بالإجراءات اللازمة لسير العملية أو مجال تحديد القانون الواجب التطبيق فهو عمل تعاقدية و يذهب رواد هذه النظرية بأنها الأنسب في التحكيم الدولي مراعاة لمصلحة التبادل التجاري الدولي الذي يقضي بإطلاق حرية الإرادة للاتجاه إلى التحكيم لتسوية المنازعات التعاقدية ، و تشير إلى أن تسمية هذه النظرية بالمختلطة عقّب عليها بعض الأساتذة المختصين في هذا المجال بعدم دقتها نظرا لصعوبة الجمع بين نظامين مختلفين وفضلوا تسميتها بالنظرية المزدوجة لاعتبار أن التحكيم ذو طبيعة ثنائية.¹

قال الأستاذ الدكتور محسن شفيق في ذات السياق " أن التحكيم ليس اتفاقا محضا و ليس قضاء محضا ، و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة ، يلبس في كل منها لبسا خاصا و يتخذ طابعا مختلفا فهو في أوله اتفاق ، و في وسطه إجراء ، و في آخره حكم".²

رابعا : الطبيعة المستقلة للتحكيم.

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن التحكيم ذو طبيعة خاصة و مستقلة ، مرد ذلك إلى نقد المنادون بالطبيعة التعاقدية للتحكيم إذ لم يتفقوا إلى أي العقود ينتمي ، هل هو من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص ، حتى وإن نسبوه لهذا الأخير فاختلفوا في ماهيته ، ما بين اعتباره عقد عمل أم عقد وكالة ، و الأمر كذلك لمن جعلوه ذو طبيعة قضائية ، لم يسلموا من الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي ، فبعضهم يراه مجرد بطانة للقضاء الوطني ، و بعضهم الآخر يرون أنه تفويض صادر من الدولة إلى المحكم للفصل في النزاع ، و أما الفريق الذي جمع بين الاتجاه التعاقدية والاتجاه القضائي و جعله ذو طبيعة مزدوجة، فهي مراوغة لا تكاد تفضي إلى طبيعة قانونية محددة، فنظريتهم تقليدية ربما

¹ - على أحمد صالح المهدي ، دراسة تحليلية في التحكيم و طبيعته القانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 147 .

² - نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 ، المرجع السابق ، ص.ص ، 558.559 .

كانت في الماضي ذا فائدة قد لا تجد نفسها صامدة أمام حتمية الوصول إلى نظرة شاملة لظاهرة التحكيم في الوقت الحالي ، حيث باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية.¹

و منه فالتحكيم نظام قضائي استثنائي ، فهو وسيلة لفض المنازعات إلا أنه يختلف عن القضاء و موازي له ، و المسلم به أن التحكيم مصدره العقد ، لكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات ، وتقترب جل التشريعات من هذا الطرح دون الخلط بين الطبيعة العقدية التي تنتهي بإبرام العقد ، و الطبيعة الإجرائية التي تظهر بوضوح من خلال الدفع بالاعتداد بالتحكيم.²

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

فرضت الظروف الاقتصادية على الدول اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها التعاقدية بعيدا عن القضاء ، فواكب المشرع هذه التطورات من خلال نص المادة 1006 في الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08³ ، وباعتبار أن التحكيم نظام اتفاقي يلجأ إليه الأفراد بمحض إرادتهم ولهم مطلق الحرية في اختيار من يثقون فيه لتولي دور المحكم في نزاعهم ، هنا يظهر للتحكيم أنواع من أبرزها التحكيم الدولي و التحكيم الوطني ، التحكيم الفردي أو الخاص ، و التحكيم المؤسسي المنظم نذكرها بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولا : التحكيم الفردي و التحكيم المؤسسي.

يمكن للتحكيم أن يأخذ طابعًا خاصًا استنادا لإرادة أطراف النزاع ، و يمكن أن يأخذ طابعًا منظمًا على شكل مؤسسة.

01- التحكيم الفردي أو الخاص.

في هذا النوع من التحكيم يقوم أطراف النزاع بكل حرية في تعيين محكم يكون تحت تصرفهم و بإمكانهم عزله أو رده إن لزم الأمر، و يقع على عاتقهم تحديد المواعيد و المهل لسير الإجراءات

¹ - جبايلي صبرينة ، إجراءات التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 22 ، 23.

² - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 ، المرجع السابق ، ص 559.

³ - المادة 1006 "...ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية ، أو في إطار الصفقات العمومية"، القانون رقم 09-08 ، متضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

و القواعد الواجبة التطبيق ، فالمعيار الذي تم من خلاله اختيار المحكم هو الذي يبين نوعه¹ و يعد التحكيم الفردي هو الأقدم من الناحية التاريخية ، و من أبرز مزاياه حرية التسيير و عدم تقيده بنظام إجراءات محدد مسبقا ، و أقل تكلفة.²

02- التحكيم المؤسسي.

التحكيم المؤسسي أو كما يصطلح عليه بالتحكيم المنظم ، يكمن في وجود هيئة أو مؤسسة هي التي تتولى اختيار المحكمين³ ، حيث يشهد تطورا ملحوظا ، و أصبح يمثل ظاهرة بأتم معنى الكلمة نظير إعانتته لأطراف النزاع بإطلاعهم على قائمة أسماء المحكمين تسهيلا للاختيار المناسب مع توفير نظام مسبق و مقر و رغم هذه المزايا فلا يخلو من بعض العيوب على رأسها تقليص إرادة أطراف النزاع ، إلى جانب كلفته الباهظة ، حيث أصبح في الوقت الحاضر بمثابة السوق التي يسيطر عليها الأقوى نفوذا ، كما هو الحال للدول المتقدمة على حساب الدول النامية حماية لمصالح رعاياها.⁴

ثانيا : التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

يستند هذا الشكل إلى عدة معايير يتم من خلالها معرفة و تمييز التحكيم الوطني من التحكيم الدولي ، و التي سوف نتناولها كما يلي:

01- التحكيم الوطني.

هذا النوع يتعلق أساسا بعلاقات وطنية داخلية بجميع عناصرها ، سواء تمثلت في العناصر الموضوعية ، أو تعلق الأمر بأطراف النزاع ، أو أسباب النزاع ، في حين يرى آخرون أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسية المكونة لهذه العلاقة تنتمي إلى دولة معينة فنكون أمام تحكيم وطني.⁵

¹ - رائد جمال سليمان محمد الزغرتي، أحمد محمد البغدادي ، التحكيم و فض المنازعات ، مجلة بنها للعلوم الإسلامية ، المرجع السابق ص 229.

² - نور الدين قارة ، قانون التحكيم ، مقدمة عامة ، التحكيم الداخلي ، طبعة ثانية ، مركز النشر الجامعي ، تونس سنة 2017 ص 24.

³ - رائد جمال سليمان محمد الزغرتي ، أحمد محمد البغدادي ، التحكيم و فض المنازعات ، مجلة بنها للعلوم الإسلامية ، المرجع نفسه ص 229.

⁴ - نور الدين قارة ، قانون التحكيم ، مقدمة عامة ، التحكيم الداخلي ، ط 2 ، المرجع نفسه ، ص.ص ، 24 . 26 .

⁵ - درسي كمال فتحي ، التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 10.

يفهم من هذا أن كل نزاع يقع داخل الدولة ، و تجتمع فيه كل العناصر الموضوعية أو يكون أطراف النزاع أو سبب وقوعه يقع داخلها و ليس للطرف الأجنبي أي صلة بأي عنصر مما ذكرناه فهنا التحكيم يقع على التراب الوطني ، و يكون بذلك تحكيمياً وطنياً.

02-التحكيم الدولي.

يعتبر التحكيم دولياً إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين وقت إبرام الاتفاق ، أو في حالة اتفاقهما للجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز دولي للتحكيم أو إذا كان موضوع النزاع مرتبط بأكثر من دولة ، وهذا الأخير هو الأكثر وضوحاً لدولية النزاع.¹

للتفرقة بين التحكيم الوطني من التحكيم الدولي ، لابد من الوقوف أمام معايير ثلاثة حدّدهم فقه التشريعات المقارنة كالآتي :

- المعيار الجغرافي، اعتمد هذا المعيار بموجب القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 و المعدل سنة 2006 وأخذت به بعض التشريعات المقارنة حيث يتعلق بموقع التحكيم أو بجنسية و محل إقامة أطراف النزاع.

- المعيار القانوني ، يقصد به القانون الواجب التطبيق ، لأن التحكيم يرتبط بأكثر من قانون فإذا اتصل مكان إجراء التحكيم ، أو موضوعه أو جنسية أطرافه ، و جنسية المحكمين بدولة واحدة نكون أمام تحكيم وطني ، و إن اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة فالتحكيم دولي.

- المعيار الاقتصادي ، يتعلق هذا المعيار بارتباط العقد موضوع النزاع بمجال التجارة الدولية و قد ورد في التشريع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2011 على أنه "يكون التحكيم دولياً إذا تضمن مصالح متعلقة بالتجارة الدولية".²

¹ - عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية ، طبقاً للقانون رقم 27 سنة 1993 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2014 ، ص 24.

² - على محمد ، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية ، العدد الثاني ديسمبر 2017 جامعة أدرار ، الجزائر ، ص 135.

موقف المشرع الجزائري.

في ظل المرسوم التشريعي رقم 09-93 ، أخذ المشرع بمعياريين لدولية التحكيم في مجال العقود الإدارية ، و يظهر ذلك في نص المادة 458 مكرر¹ من قانون الإجراءات المدنية ، حيث تم جمع المعيار الاقتصادي للنزاع المتعلق بالتجارة الدولية ، و المعيار الجغرافي الذي أخذ بضرورة مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

وباستقراء نص المادة 1039 من القانون رقم 09-08² المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية يتّضح أن المشرع الجزائري اكتفى بوجود نزاع متعلق بالمصالح الاقتصادية ، و هذا المصطلح شامل مقارنة بالتجارة الدولية ، و يقع هذا النزاع بين دولتين على الأقل.

¹ - المادة 458 مكرر: "يعتبر دوليا ، بمفهوم هذا الفصل ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج . "مرسوم تشريعي رقم 09-93 ، مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 أبريل سنة 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 154-66 ، المؤرخ في 8 يونيو و المتضمن ق.إ.م .

² - المادة 1039 " يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل . " القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

المبحث الثاني: مزايا وعيوب التحكيم وتمييزه عن النظم المشابهة ومكانته.

مما سبق التطرق إليه يفهم أن التحكيم طريق استثنائي ، يغني أطراف النزاع عن اللجوء إلى القضاء لفض منازعاتهم التعاقدية ، وخاصة المتعلقة بالصفقات العمومية ، و قد انتشر بصورة كبيرة سواء على الصعيد العالمي أو المحلي ، نظرا للمزايا التي أسست وجوده بجوار القضاء ، لتقاسمه معه نفس المهام وتحقيقه نفس الأهداف ، و إلى جانب تلك المزايا قد تتخلله بعض العيوب كغيره من الأنظمة المشابهة هذا ما سنتناوله بالمطلب الأول بالإضافة إلى تمييزه عن باقي النظم المشابهة على أن نبين في المطلب الثاني مكانته في التشريع الوطني ، و نذكر موقف كل من الفقه و القضاء منه.

المطلب الأول: مزايا وعيوب نظام التحكيم وما يميزه عن النظم المشابهة.

لكل نظام مزايا و عيوب ، و التحكيم أحد هذه الأنظمة التي سادت عالم المال و الأعمال لاسيما منازعات عقود الصفقات العمومية ، ويتشابه التحكيم مع عدت أنظمة لها نفس الدور مما يصعب تمييزها عنه ، لذلك وجب الكشف عن أبرزها لتسهيل التفرقة فيما بينهم ، وعليه نذكر هذه المزايا و العيوب بالفرع الأول ، و بالفرع الثاني ندرج تمييزه عن غيره من النظم المشابهة .

الفرع الأول: مزايا وعيوب نظام التحكيم

تتعدد مزايا التحكيم كطريق بديل عن القضاء ، الأمر الذي جعله يتصدر تسوية المنازعات المتعلقة بمجال العقود الاقتصادية¹، التي تعتمد الدولة في سياستها العامة كما قد تشوب نظام التحكيم بعض العيوب أثناء ممارسته لمهامه المتعلقة بالفصل في المنازعات العقدية ، و خاصة مجال الصفقات العمومية.

أولا: مزايا نظام التحكيم.

الدافع الحقيقي الذي جعل من التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء في فض النزاعات المختلفة في عقود الصفقات العمومية هي المزايا التي نوجز أهمها فيما يلي :

- بساطة اللجوء إلى التحكيم ، المقصود هنا ببساطة الإجراءات و سهولتها و خُلُوها من أي تعقيدات أو شكليات ، و هذا ما يجعله نظام مرن يدفع بكل ما من شأنه الوصول إلى حل للنزاع المطروح أمامه

¹ - كينا عبد المالك ، بوخريص الصالح ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 10.

حتى و إن تطلّب هذا الأخير قوانين مختلفة ترضي الطرفين ، و حتى جانب من العادات السائدة إذا اقتضى الأمر.

- السرعة ، و هي الميزة التي يفضلها أطراف النزاع و تجعلهم يُقبلون إلى طرح منازعاتهم أمام التحكيم لتسويتها ، هروبا من بقاء جهات القضاء ، لاسيما عقود الصفقات العمومية التي تقع تحت تهديدات التقلبات الاقتصادية ، التي هي عرضة لها نظير التأخير.

- المحافظة على استقرار العلاقة بين أطراف النزاع ، تعبر هذه الطريقة عن حسن نية أطراف النزاع و مبدأ الاحترام المتبادل بينهم ، عكس ما يؤول إليه حالهم لو اتجهوا إلى القضاء ، حيث يفكر كل طرف النّيل من خصمه ، لذا وجب استنفاد كافّة الطّرق البديلة قبل اللّجوء إلى القضاء الذي يعود له الأمر في كل الأحوال.

- السرية، هذا العنصر يخدم أطراف العقد المتنازعين، فجل الشركات تشتترط فض منازعاتهم عن طريق التحكيم، لأنهم شديدي الحرص على عدم إفشاء أسرارهم، وهذا الأمر يعتبر منافي لمبدأ علنية الجلسات لو اتجهوا بنزاعهم أمام القضاء.¹

- تخفيف العبء عن المحاكم ، تراكمت منازعات عقود الصفقات العمومية على مستوى قضاء الدولة نتيجة الوتيرة المتسارعة للنشاط الإداري و الاقتصادي، هذا الأخير الذي يشكل الركيزة الأساسية لمجال التنمية مما أقر المشرع جواز لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم بدلا من القضاء الذي أصبح عاجزا عن الإسراع في الفصل فيها ، و ليس على الفصل فيها ، و لإظهار بعد النظرة المستقبلية للمشرع خدمة للمصلحة العامة.²

- توفير الثقة والخبرة و التخصص ، تحقيق هذه العناصر مقرون بحرية اختيار المحكم الذي يعود لإرادة أطراف النزاع ، و الذي يجب أن تتوفر فيه الخبرة و التخصص في النزاع موضوع التحكيم حتى يحظى بقبول حكمه من طرفهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى المحكم يحقق العدالة بين الخصمين حتى في ظل التقلبات التشريعية و عدم ثبات قوانينها مما يجعل لمبدأ الثقة حظ أوفر.³

¹ - حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء و التحكيم ، دار الجامعة الجديد الإسكندرية ، مصر سنة 2012 ص.ص ، 189، 194 .

² - هاین أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية، الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون عام جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، الجزائر ، السنة الجامعية 2021-2022 ، ص.ص ، 30، 31.

³ - حمادة عبد الرازق حمادة ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء و التحكيم ، المرجع السابق ص.ص ، 195، 197.

ثانياً: عيوب نظام التحكيم.

رغم المزايا المتعددة التي ذكرنا أبرزها، فإن نظام التحكيم لم يسلم من انتقادات البعض التي توصف بأنها عيوب نوجز أهمها فيما يلي :

- التحكيم نظام استثنائي يزاحم القضاء من خلال دوره الفعّال في تحقيق العدالة بين أطراف النزاع فالمنازعات الإدارية هي التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها العامة طرفاً فيه ، و الدولة بصفتها ذات سلطة و سيادة ، الأصل في النظر و فصل نزاعاتها يكون أمام المحاكم الرسمية للدولة ، حيث تتنازل عن هذه الصفة - مؤقتاً - في سبيل تسوية النزاع و هذا الأمر يشكل مساساً بسيادة الدولة التي تهيمن على القضاء كأحد سلطاتها الثلاث.¹

- الحرمان من الضمانات القضائية ، مما لاشك فيه أن لجوء أطراف النزاع إلى القضاء لهم ضمانات دستورية وعلى رأسها مبدأ التقاضي على درجتين ، الذي يعطي الحق لمن صدر في حقه الحكم الطعن فيه أمام جهات أعلى لتدارك الحكم مما قد يشوبه ،² و هذا بموجب نص المادة 65 من الدستور الحالي لسنة 2020.³

- عدم ثبات نفقات التحكيم ، المقصود بهذا العنصر المقابل الذي يتقاضاه المحكمون و من يساعدهم من محامين و مستشارين و خبراء و غيرهم ، ممن تم إشراكهم في العمل الذي يكون جد مرتفع خاصة إذا كان أطراف النزاع من دول مختلفة ، مما يتطلب التنقل عبر الطائرات و مختلف وسائل النقل ، فيزيد من حجم تكاليف الأتعاب التي تفوق ما يتطلبه القضاء الرسمي للدولة.

¹ - محمد شعبان إمام سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية ، ط الأولى ، المرجع السابق ، ص 84.

² - حمادة عبد الرازق حمادة ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء و التحكيم ، المرجع السابق ، ص 189.

³ - مرسوم رئاسي رقم 442-20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 ، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 ، في ج.ر.ج.ج ، ع 82.

- عدم إمكانية الفصل في النزاع ، قد يحدث هذا الأمر لسبب أو لآخر و يعجز التحكيم عن حسم النزاع مما يجعل إعادته إلى جهات القضاء المختص أمراً حتمياً ، فيعود أطراف النزاع إلى الوضع الذي قَرّوا منه ومن تشكيلات و رسميات و بطء في الإجراءات.¹

هذه الانتقادات لها جانب من الصواب إلا أنه ربما مبالغ فيها ، مقارنة بالمزايا العديدة التي يتّسم بها نظام التحكيم في مجال العقود و خاصة عقود الصفقات العمومية فمواجهة العالم المعاصر و ما يشهده من تطور ، و احتكار لأسرار مقاليد التجارة و المعاملات ، تجعل مواكبته حتمية لكشف خباياه و الدخول في عالمه من بابه الواسع لتحقيق التنمية و إشباع حاجياتنا العامة و إلا تعرضنا للعزلة الاقتصادية.²

الفرع الثاني: تمييز نظام التحكيم عن غيره من النظم المشابهة.

التحكيم هو أهم الطرق البديلة لفض المنازعات إلى جانب أنظمة أخرى مشابهة له حيث يصعب التمييز فيما بينهم ، لاشتراكهم في نفس الهدف ، و لإزالة هذا اللبس نحاول التمييز بين التحكيم والقضاء لكثرة التداخل بينهما ، ثم بين التحكيم وبين الصلح و الوساطة على سبيل التوضيح لا الحصر ، لاعتبارهم من الوسائل البديلة.

أولاً: تمييز نظام التحكيم عن القضاء.

يشارك التحكيم مع القضاء في بعض الأمور و يختلف معه في غيرها، و لنفرق بينهم يجب إبراز أوجه التشابه ، وأوجه الاختلاف فيما بينهم كالآتي :

1- أوجه التشابه.

كلا النظامين يهدف للفصل بين الخصوم ، فالتحكيم و بإقرار كل التشريعات يسعى لفض المنازعات بين طرفي النزاع ، و بطرق ودية للوصول إلى حل نهائي ، و القضاء هو السلطة المخول قانوناً للفصل في النزاع حماية للحقوق ونشر العدالة ، و هذا هو الهدف المشترك بينهما.³

¹ - حمادة عبد الرازق حمادة ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء و التحكيم ، المرجع السابق ، ص.ص ، 189. 202.

² - محمد شعبان إمام سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية ، ط الأولى، المرجع السابق ، ص.ص ، 84. 85.

³ - خرشى نبيل ، قاسم على، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر قانون أعمال جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة ، الجزائر، السنة الجامعية 2021-2022 ، ص 32.

2- أوجه الاختلاف.

- يستمد القضاء شرعيته للقيام بمهامه في مجال الفصل في النزاعات من القانون ، بدءا من الدستور الذي يمنحه هذه الصلاحيات ، لذلك تصدر أحكام القضاء دائما باسم الشعب بموجب نص المادة 166 من الدستور¹ ، و بموجب المادة 7² ، فالشعب يعتبر هو مصدر كل سلطة ، أما نظام التحكيم فيستمد مشروعيته من إرادة طرفي النزاع وهي الركن الأساسي له.³

- يتم تعيين القاضي من طرف الدولة ، أما المحكم فيختاره أطراف النزاع و بمحض إرادتهم.

- القاضي أثناء فصله للنزاع هو ملزم بتطبيق قانون الدولة الذي ينتهي إليها ، بينما المحكم غير ملزم بذلك أثناء فصله في النزاع المطروح أمامه ، فبإمكانه النزول عند طلب أطراف النزاع لأي قانون يختارونه، أو ما يراه هو ملائم لهم، فهو يتمتع بحرية كبيرة و غير مقيد بقانون معين في تسويته للنزاع.⁴

ثانيا: تمييز نظام التحكيم عن الصلح.

يعد الصلح أحد الوسائل البديلة عن القضاء ، حيث بموجبه يتم تسوية نزاعات عن طريق تنازل متبادل من طرفي النزاع عن حقه ، بغية الوصول إلى حل للنزاع القائم بين الأطراف ، حسب ما عبّر عليه المشرع الجزائري في نص المادة 459 من القانون المدني رقم 58-75⁵ السالفة الذكر و نظراً للتشابه بينه و بين نظام التحكيم سوف نتعرض لبعض نقاط التشابه ، و مواقع الاختلاف بينهما فيما يلي :

¹ - المادة 166 "يصدر القاضي أحكامه باسم الشعب"، المرسوم الرئاسي رقم 20-442 ، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020 المصدر السابق.

² - المادة 7 "الشعب مصدر كل سلطة"، مرسوم رئاسي رقم 20-442 ، متعلق بالتعديل الدستوري لسنة 2020 ، المصدر نفسه.

³ - خرشي نبيل ، قاسم على، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 32.

⁴ - خرشي نبيل ، قاسم على، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، المرجع نفسه ، ص 32.

⁵ - الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن ق.م ، ج.ر.ج.ج ، ع 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 ، المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر. ، ع 31 ، لسنة 2007.

1- أوجه التشابه.

- كلاهما يعد وسيلة من الوسائل البديلة لفض النزاعات بين المتخاصمين و بطرق ودية بدلا من القضاء.
- كلاهما يركز على إرادة طرفي النزاع ، بصفتها الركن الأساسي لإنشائهما ، فإن انعدم الاتفاق بينهما فلا تحكيم ولا صلح.
- يسعى كل من التحكيم و الوساطة في مجال الخصومة المطروحة أمامهم للفصل فيها بصفة نهائية.¹
- التحكيم بصورتيه سواء كان شرطا أو اتفاقا يعد عقد،² و الصلح هو الآخر يعد عقداً بنص القانون.³
- أوجه الاختلاف.
- الصلح يتضمن نزول عن بعض الحق ، و التحكيم يرمي إلى إيصال الحق إلى صاحبه و بأمر ملزم و دون تنازل من أحد الطرفين عن حقه.⁴
- عقد التحكيم محله يتمثل في سلب اختصاص المحاكم المختصة و طرحه على شخص آخر هو المحكم لإنهاء النزاع بإصدار حكمه فيه ، أما في الصلح فمحله التبادل بين طرفي النزاع عن حقهم.
- التحكيم لابد لطرف ثالث من غير المتخاصمين للنظر في نزاعهم ، أما الصلح فبإمكان طرفي النزاع أن ينظروا فيما بينهما دون واسطة من شخص ثالث.

¹ - بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، التحكيم نموذجا ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون إداري و إدارة عامة ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2010 - 2011 ، ص.ص ، 34.35 .

² - المادة 1007 " 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 " . القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - المادة 459 " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ،... " الأمر رقم 58-75 ، المتضمن ق.م المصدر السابق.

⁴ - بودلال فطومة ، التحكيم في العقود الإدارية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية ، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس ، الجزائر ، السنة الجامعية 2015-2016 ، ص 75.

- في مجال الإجراءات الشكلية الصلح يتم عن طريق تلاقي الإرادتين ، أما بخصوص التحكيم فله إجراءات حددها القانون.¹

ثالثا: تمييز نظام التحكيم عن الوساطة.

نظم المشرع الجزائري الوساطة بصفتها وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات وخصّص لها اثنا عشرة مادة ، بداية من المادة 994 ، و التي من خلالها يعرض القاضي على الخصوم الوساطة و إذا وافقوا يعين وسيط يحاول التوفيق من خلال جمع وجهات النظر فيما بينهم للوصول إلى حل² و إلى غاية المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، فهي تتشابه مع التحكيم في بعض الأهداف و تختلف معه في أمور أخرى ، و بيان ذلك فيما يلي:

1- أوجه التشابه.

- يسعى كل من التحكيم و الوساطة في مجال الخصومة المطروحة أمامهم ، إلى إيجاد حل للنزاع بشكل ودي يرضي الطرفين.

- العامل الزمني أو المدة التي يستغرقها كل منهما للنظر و الفصل في النزاع المعروض أمامهم قصير مقارنة بجهات القضاء ، هذا الأخير الذي اتسم بطول إجراءاته ، فالوساطة لا تتجاوز في إجراءاتها الثلاثة 3 أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة حسب ما ورد صراحة في نص المادة 996 من القانون رقم 09-08³ ، المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية .

و في اتفاق التحكيم كذلك حدد المشرع الجزائري المدة بأربعة 4 أشهر قابلة للتمديد حسب نص المادة 1018 من نفس القانون.⁴

¹ - بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، التحكيم نموذجا ، المرجع السابق ص.35.36.

² - المادة 994 " يجب على القاضي إجراء عرض الوساطة على الخصوم و في جميع المواد ، باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ، إذا قبل الخصوم هذا الإجراء ، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم ، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - المادة 996 "لا يمكن للوساطة أن تتجاوز 3 أشهر. و يمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء بعد موافقة الخصوم." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 1018 " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه ، و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف ،..." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

- يحتاج التحكيم في إجراءاته التي يقوم بها لمحاولة إيجاد حل نهائي للنزاع المطروح أمامه إلى طرف ثالث للنظر و الفصل في الخصومة ، ويشترك في هذه الميزة مع الوساطة ، حيث هي الأخرى تتم بواسطة طرف آخر يقرب طرفي الخصومة من بعضهم البعض ، من أجل الوصول إلى سبيل يمكن من خلاله الفصل في النزاع.¹

2- أوجه الاختلاف.

- حكم التحكيم ملزم للأطراف و يتمتع بقوة الأمر المقضي به² ، و يمنع على القضاء من إعادة بحث النزاع مرة أخرى ، في حين الوساطة لا تمنع القضاء من إعادة النظر في النزاع ، لأنه هو صاحب الاختصاص الأصلي بالفصل فيه.

- التحكيم تنظيم قضائي خاص ينتهي بحكم و له آثار الأحكام القضائية ، ينفذ جبرا و بشروط ملزمة للخصوم ، و يعتبر سند تنفيذي ، أما الوسيط فلا ينتهي عمله بحكم ، بل باقتراح حل لأطراف النزاع لتقريب بعضهم من بعض ، و لا يكون لِمَحْضَرِهِ أيُّ حُجَّةٍ.³

من خلال ما تم التطرق إليه للتمييز بين نظام التحكيم و بعض النظم المشابهة التي تشترك معها نفس الهدف و المتمثل في فض المنازعات، على غرار القضاء الرسمي الذي هو الأصل في هذا المجال اقتصرنا على التمييز بين التحكيم و القضاء ، إلى جانب كل من الصلح و الوساطة حسب ما ورد في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08،⁴ تحت عنوان الطرق البديلة لحل المنازعات الذي خصّ الباب الأول للصلح و الوساطة ، و الباب الثاني للتحكيم.

¹ - مراد سيساوي ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي ، لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص اقتصاد دولي ، جامعة باجي مختار عنابة الجزائر، السنة الجامعية 2023-2024 ، ص 14.

² - "... ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر المقضي ، إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون ،..." لمزيد من الشرح أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات-آثار الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، سنة 1938 ، ص 651.

³ - بودلال فطومة ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 78.79.

⁴ - القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

يظهر بعد هذا العرض مدى تفوق نظام التحكيم على باقي الطرق البديلة ، بل أصبح موازي للقضاء في فض المنازعات الإدارية ، و خاصة عقود الصفقات العمومية التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفا فيها ، حيث أصبح الطرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لا سيما في العقود الدولية أكثر ارتياحا باللجوء إلى التحكيم لانسجام نظامه بالمرونة في كافة إجراءاته التي يتخذها و المتمثلة في مجال حرية اختيار المحكمين ، البساطة و السرعة في التنفيذ ، وسرية الإجراءات هذا من جهة ، ومن جهة أخرى و هو الأهم نجد تساوي أطراف النزاع رغم تفاوتهم من ناحية المراكز القانونية ، يعد وحده ضمانا تكفل للمتعاقد ثقته في الدولة للوفاء بالتزاماتها.

المطلب الثاني: مكانة التحكيم في التشريع والفقه والقضاء الجزائري.

سجل التحكيم مساره رغم التذبذب الحاصل بين المنع و التقييد على مستوى التشريعات العالمية و بين تضارب آراء الفقهاء بين مؤيد و معارض ، و بلغ من شأنه حتى ارتقى إلى أعلى المراتب فأصبح بديلا عن القضاء في فصل المنازعات العقدية وخاصة تلك المتعلقة بالصفقات العمومية و من أجل معرفة هذا المسار بمختلف مراحل ، سوف نتطرق لمشروعية التحكيم في الفرع الأول ثم نأخذ موقف الفقه و القضاء من نظام التحكيم في الفرع الثاني .

الفرع الأول : مشروعية التحكيم في التشريع الجزائري.

بعد تحقيق الاستقلال مباشرة حافظت الجزائر على هذا النصر، بالرغم من هشاشة مؤسساتها التي تعاني نقص الكفاءات البشرية ، فعمدت على تسيير مرافقها بما تركه المستعمر من قوانين لا تتعارض مع السيادة الوطنية ، و على هذا الأساس جعل المشرع من القضاء هو الوحيد المخوّل للفصل في كل المنازعات كمبرر لهذا المبدأ ، فلم يجد التحكيم طريقا له خاصة في ظل سريان الإرث القانوني الذي يمنع الأشخاص المعنوية العامة باللجوء إليه¹، إلا أن المشرع تفتّن بعد فترة لهذا الأمر، و سائر التشريعات المقارنة و سنّ عدّة قوانين وصلت إلى حد الاعتراف بالتحكيم كبديلاً عن القضاء لفض المنازعات و خاصة منها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية.

أولا : الحظر المطلق و النسبي لنظام التحكيم.

لم تكن الجزائر بعد استقلالها كما أسلفنا في وضع يسمح لها بتشريع قوانين جديدة أو حتى تعديلها ، لذا كان من الصائب الحفاظ على مبدأ الاستمرارية من خلال مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي ما لم يتعارض مع السيادة الوطنية ، بموجب القانون رقم 62-157 السالف الذكر ومن بين القوانين التي كانت سائدة و غير معادية للسيادة هي ، حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم ، فتم تبنيه من طرف المشرع الجزائري مدة من الزمن ، إلى أن شهد تخفيفا نبينه بالتفصيل كالآتي :

¹ -رمضاني مصطفى ، القابلية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، وفقا لتنظيم الصفقات العمومية و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مجلة متون ، المجلد الثامن، العدد الرابع ، كلية العلوم الاجتماعية و السياسية ، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة ، الجزائر جانفي 2017 ص.ص ، 664 . 665.

1- الحظر المطلق لنظام التحكيم.

استمرت الجزائر المستقلة حديثا بتسيير مؤسساتها بالتشريع الفرنسي بموجب القانون رقم 62-157 السالف الذكر، و لم يبادر بإلغاء أو تعديل أي قانون لم يتعارض مع سيادتها ، فقررت تبني الحظر الذي كان سائدا في مجال العقود الإدارية ، و تأكيداً لذلك تم إصدار الأمر رقم 66-154 المتضمن أول تقنين للإجراءات المدنية الجزائرية ، الذي نص في المادة 442 منه ، على عدم جواز الدولة أو الأشخاص الاعتباريين العامين طلب اللجوء إلى التحكيم في أي علاقة تربطهم مع طرف آخر¹.

يستنتج مما ذكرناه و من خلال النص الصريح للمادة 442 من القانون 66-154 السالف الذكر أنه إذا كان أحد هذه الأشخاص طرفا في صفقة عمومية ، فإن لجوئه للتحكيم غير جائز ما يلاحظ على المشرع الجزائري هو استحسنه للتركة الاستعمارية في هذا المجال فتبناها كما هي.

إلا أن المشرع الجزائري بعد فترة سار في طريق الإصلاح بانتهاجه للنظام الاشتراكي للحفاظ على هياكل الدولة ، و التعبير عن استقلالها ، و خاصة القطاع العام من خلال عدم السماح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في جميع منازعاتها ، بما في ذلك منازعات الصفقات العمومية².

2- الحظر النسبي لنظام التحكيم.

صعّب على الجزائر بناء ما خربه الاستعمار الفرنسي لمؤسساتها، نظير النقص الذي خلفه في الإمكانيات المادية و البشرية والوسائل الحديثة، إضافة إلى الأزمة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية التي عاشتها الجزائر، التي تسببت في مشاكل داخلية في فترة الثمانينيات، زيادة على انخفاض في أسعار البترول³، و ثقل الديون الخارجية جرّاء فشل السياسة الخارجية ، أدّت بالمشرع الجزائري إلى مراجعة ما آلت إليه الأوضاع ، و التفكير في سلسلة من الإصلاحات الواسعة

¹ - المادة 442 "... و لا يجوز التحكيم للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم". الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن ق.إ.م ، ج.ر ، ع 49 ، الصادر في 11 جوان 1966.

² - برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم الثالث ل.م.د ، تخصص عقود إدارية جامعة الطاهري محمد بيشار، الجزائر، الموسم الجامعي 2018-2019 ، ص.ص ، 58. 57.

³ - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2022، ص 631.

للخروج من هذه الأزمات و البحث عن الطريقة التي يتم بها جلب المستثمر الأجنبي، للنهوض من جديد و تحريك عجلت التنمية و إنعاش الاقتصاد الوطني.

أدى هذا التفكير بتحول جذري من النهج الاشتراكي المعتمد في الدولة ، إلى الدخول في اقتصاد السوق كخطوة إيجابية لفك العزلة الوطنية من الداخل و الخارج ، من خلال وضع دستور جديد للبلاد سنة 1989¹، و كان لهذا التحول الأثر الكبير و البارز في مجال الاستثمار ، و خاصة الاستثمار الأجنبي الذي يساهم في جلب العملة الصعبة و التكنولوجيا الحديثة إلى الوطن ، يأتي هذا تزامنا مع مصادقة الجزائر و بتحفظ على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بموجب المرسوم رقم 233-88 بتاريخ 05 نوفمبر 1988².

ما يلاحظ هنا أن الجزائر لجأت إلى التحكيم في منازعاتها الدولية ، قبل صدور أي نص صريح يجيز ذلك ، لكن تم ذلك بناء على مصادقتها للاتفاقيات الدولية في مقدمتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، لحقت بها عدة اتفاقيات دولية ثنائية أخرى نذكر منها على سبيل التوضيح ، الاتفاقية الجزائرية الأمريكية في 17 أكتوبر سنة 1990، لتشجيع الاستثمارات ، وقعت في واشنطن بتاريخ 02 جوان 1990، و الاتفاقية الثنائية الجزائرية البلجيكية في لكسمبورغ ، التي تم التوقيع عليها في 24 أبريل 1991 المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة في الاستثمار ، و الاتفاقية التي جمعت بين الجزائر و إيطاليا و الموقعة بتاريخ 08 ماي سنة 1991، المتعلقة بالترقية المتبادلة للاستثمارات و غيرها من الاتفاقيات.³

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 23 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور ، الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 ج.ر. ، ع 9، المؤرخ في 01 مارس 1989.

² - المرسوم رقم 233-88 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409، الموافق 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج.ر. ، ع 48 في 23 نوفمبر 1988.

³ - بودلال فطومة ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 142.

تدارك المشرع الجزائري أخيرا الوضع بإصداره للمرسوم التشريعي رقم 93-09 ، المؤرخ في 08 يونيو 1993¹، يعدل به الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، و يلغي بموجب المادة الأولى منه نص المادة 442 ، ليصبح بذلك طلب اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام مسموح به في علاقاتهم التجارية الدولية ، بمفهوم المخالفة يفهم أن حظر التحكيم يبقى قائما فيما سواها.²

ثانيا : تبني المشرع الجزائري لنظام التحكيم.

بعد تطلعنا للمراحل التي قطعها المشرع الجزائري في مجال التحكيم ، يظهر أن المشرع رفض في بداية الأمر أن يطلب الأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في منازعاتهم إلا أن الوضع الاقتصادي فرض رسم طريقا آخر لتحسين الظروف المعيشية ، ومحاولة الخروج من الأزمة في ذلك الوقت عن طريق قبول ربط علاقات دولية بواسطة اتفاقيات تبيح أعمال التحكيم في منازعاتها ، رغم تعارضها مع القانون الداخلي ، و كانت المصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بموجب المرسوم رقم 88-233 كمؤشر على بداية تغيير التوجه ، من النهج الاشتراكي إلى دخول اقتصاد السوق باستفتاء 23 فبراير من سنة 1989، معلنا بذلك دستور جديد للبلاد يفتح آفاق جديدة و توجهات حديثة ، من بينها تكريس مبدأ سمو المعاهد على القانون الداخلي بموجب المادة 128 منه ، و بذلك أصبح فض المنازعات عن طريق التحكيم معترف به في العلاقات الدولية.³

يعد دستور 1989 بداية التحول الحقيقي، الذي فتح الباب أمام المستثمرين مما أدى بالمشرع إصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09، الذي تمّ بموجبه تعديل الأمر رقم 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، و مع ذلك لم يتم إدراج مجال منازعات الصفقات العمومية اعتباراً أن أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام.

¹ - المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، المؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413، الموافق 25 أبريل سنة 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 ، المتضمن ق.إ.م. ، نص في المادة الأولى منه " تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و تستبدل بالأحكام الآتية : يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، و لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية.

² - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ص.ص ، 626 . 627.

³ - برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.ص 100 . 106.

راجع المشرع الجزائري نفسه حول مصير منازعات الصفقات العمومية في ظل هذه التعديلات وتم على إثرها إصدار القانون رقم 09-08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الذي حل محل القانون القديم ، و بذلك صرح بموجب المادة 1006 منه في فقرتها الثالثة¹، بجواز طلب التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، عندما يكون أحد أطرافها شخص معنوي عام.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء الجزائري من نظام التحكيم .

انقسم الفقهاء إلى اتجاهين ، ما بين مؤيد لنظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية و بين معارض لهذا المجال ، و كل اتجاه عمد رواده لجمع مجموعة من الآراء دعماً لموقفهم أما القضاء فقد واجه صعوبة في قبول نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، لاحتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة لدى عقود القانون الخاص و اعتبار أن الدولة بوصفها صاحبة سلطة و سيادة وبيدها ممارسة سلطة التعديل أو الفسخ بإرادتها المنفردة ، و لها حق توقيع مختلف الجزاءات الإدارية و المالية ، تصطدم بمجال خضوعها للتحكيم الذي يعد من مظاهر القانون الخاص، فيفرض عليها الخضوع لهيئة التحكيم و بعيدا عن قضائها الإداري ، و قانونها العام ، و يجردها من كافة امتيازات سلطاتها العامة ، ومن هنا ظهر تضارب في موقف القضاء في الفصل في منازعات الصفقات العمومية سواء الداخلية أو الدولية.²

أولا: موقف الفقه الجزائري من نظام التحكيم.

اختلف الفقه في مجال خضوع منازعات الصفقات العمومية إلى التحكيم ، فظهر اتجاهان متضادان، اتجاه يؤيد التحكيم في مجال الصفقات العمومية ، و اتجاه آخر يعارض هذا اللجوء و كل جماعة لها مبرراتها التي سوف نفصلها كالاتي :

1- الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

أسس أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بعدة أسانيد فقهية تبرر رفضهم لقبول التحكيم كبديل عن القضاء في مجال تسوية منازعات عقود الصفقات العمومية ، و أهم ما ارتكزوا عليه من آراء نذكر منها ما يلي :

¹ - المادة 1006 "... و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". القانون رقم 09-08 ، المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ، ص.ص ، 623 . 625.

- مساس التحكيم بسيادة الدولة ، و يقصد به نزول الدولة بصفتها صاحبة سلطة و سيادة عند قبولها للتحكيم إلى مستوى المتعاقد معها ، علما أن القضاء الإداري هو المختص و المخول قانونا للنظر و الفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها ، إضافة إلى ذلك يؤدي هذا اللجوء في المنازعات الإدارية إلى استبعاد القانون الوطني و تطبيق قانون آخر حسب اتفاق طرفي النزاع ، وهذا مرفوض في مجال العلاقات التعاقدية التي يحكمها القانون العام.¹

- اعتداء التحكيم على القضاء الإداري، تساوي الخصمين في النزاع المعروض للتحكيم الذي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه ، لاسيما لدى الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء والقانونفلو نظر في منازعاتها القضاء العادي ، يعد سلب لاختصاص القضاء الإداري ، فكيف تسمح بلجوها و فض منازعاتها عن طريق التحكيم ، وهذا يعد مساسا بالنظام العام بإبعاد المنازعة عن القضاء الإداري و إسنادها لهيئة تحكيمية ، اعتبارا أن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام للدولة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.²

- تعارض المبادئ و الأسس التي يقوم عليها العقد الإداري ، ما يميز العقود الإدارية عن غيرها هو سعيها لتحقيق المصلحة العامة ، ويتبنى هذا بتزجيج كفة الإدارة مع المتعاقد معها ، إذ أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يتلاءم معها ، و إن كانت تسري على اتفاق التحكيم ، لأن الإدارة تدفعها المصلحة العامة لتعديل عقودها بمفردها دون إشراك الغير.³

2- الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

رواد هذا الاتجاه انتقدوا من يعارض لجوء منازعات العقود الإدارية التي أحد طرفيها شخص معنوي عام إلى التحكيم ، وردُّوا على كل ما قيل عنهم من طرف المعارضين و برَّروا انتقاداتهم بعدة أقوال نذكر منها مايلي :

- بخصوص مساس التحكيم بسيادة الدولة هو مردود عليهم ، لأن الدولة لها سلطات تجعلها تتصرف بمفردها و دون إشراك الغير في تصرفاتها خدمة للمصلحة العامة ، و لها أن تفرض القانون الذي يمنع

¹ - جبور جيلالي ، التحكيم بديل كحل النزاعات في العقود، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، الجزائر ، السنة الجامعية 2020-2021 ، ص.ص ، 39 38.

² - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ، ص 627.

³ - جبور جيلالي ، التحكيم بديل كحل النزاعات في العقود، المرجع نفسه ، ص.ص ، 39 40.

أو يجيز نظام التحكيم¹، و الدولة أو أشخاصها الاعتباريين يلجئون إلى التحكيم بصفة اختيارية ولا يمكن إجبارهم على القبول.

- أما بخصوص تعدي التحكيم على الحصانة القضائية ، فالتحكيم ليس بمنأى عن رقابة القضاء فالتحكيم لا يمتاز بالاستقلالية المطلقة لنظامه ، حيث يخضع عمل المحكم لسلطة القضاء تمنحه له نصوص قانونية صريحة.²

- التحكيم لا يتم إلا بموجب نص قانوني صريح ، وهذا ما يظهر من خلال إقراره في عدة مواد وردت في المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، الذي يجيز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم ، و أكدته نص المادة 1006 من القانون رقم 08-09.³

نستنتج من خلال آراء الفقهاء أن المؤيدين لنظام التحكيم هم الأغلب من حيث آرائهم الصائبة التي تتماشى مع التطورات الحديثة ، التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها ، مبررين ذلك بعدم تأثير قبول لجوئهم على مبادئ العقد الإداري ، و عدم مساسه بسيادة الدولة و لا بسلطاتها الواسعة ، من حيث تمحور منازعات الصفقات العمومية بالمجال المالي ، المتمثل في طلب التعويض من طرف المتعاقد مع الإدارة نظير إخلالها بالتزاماتها و استعمالها لسلطاتها العامة كسلطة التعديل بدافع ظروف طارئة ، أو طلب إعادة التوازن المالي للعقد ، أو طلب دفع المستحقات المالية اتجاه الإدارة العامة ، و هذا كله يجوز خضوعه للتحكيم ما دام تابع لمجال تنفيذ الصفقة ، و هذا ما عمد إليه المشرع الفرنسي لإجازته للتحكيم في مجال تصفية نفقات عقود الأشغال العامة و التوريد و هي صفقات عمومية في فرنسا و في الجزائر.⁴

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من نظام التحكيم.

القضاء الجزائري رغم قلة اجتهاداته في مجال التحكيم و نظرا للتذبذب الحاصل بين موقفه حول المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، سواء ما تعلق بالنزاع الدولي ، أو ما تعلق بالنزاع المثار داخل الوطن ، و مع ذلك واجه هذه القضايا و فصل فيها بما رآه مناسب لتسوية المنازعات الماثلة أمامه، وسوف نتطرق لبعض المواقف في هذا السياق.

¹ - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ، ص 628.

² - هاین أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية، الصفقات العمومية نموذجا ، المرجع السابق ، ص 27.

³ - القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁴ - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات ، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر ، المرجع نفسه ، ص.ص ، 628. 629.

1- موقف القضاء من التحكيم في منازعات الصفقات الداخلية.

تصدى القضاء الجزائري في سابقة قضائية للنزاع الحاصل بين شركة "ك-ل"، ضد المؤسسة العمومية للبناء بتاريخ 20 ديسمبر 1985، بحجة عدم جواز إدراج شرط التحكيم بالصفقات العمومية التي كان أحد أطرافها شخص معنوي عام ، عملا بنص المادة 442 من القانون رقم 154-66، الذي كان يمنع هؤلاء الأشخاص من طلب اللجوء إلى التحكيم ، وتم الفصل في النزاع من طرف القضاء ، لأن المؤسسة العمومية للبناء في ظل النظام الاشتراكي تعتبر شخص معنوي عام.¹

و في سابقة أخرى للنزاع الذي وقع بين سونطراك ، وشركة SMC² حيث أقرت المحكمة بشرط التحكيم ، لكن شركة SMC رفضت تعيين محكم ، فطلبت سونطراك من المحكمة القيام بتعيينه لكن المحكمة رفضت هذا الأخير، ليس لعدم جواز طلب التحكيم للأشخاص المعنوية العامة حسب المادة 442 لكن لأسباب أخرى ، مما يظهر مفارقة في اعتبار شرط التحكيم صحيحا ، عكس ما ورد في النص الصريح الذي لا يجيزه و تصدّت المحكمة للنزاع ، بحكم صادر بتاريخ 3 مايو 1973.

الملاحظ أن القضاء لم يستقر على موقف محدد نظراً لقلّة الاجتهادات في تلك الفترة ، و عدم وجود نصوص واضحة تمكن القاضي من الفصل في النزاع أو حتى محاولة الاستناد إلى النص الأقرب من قضية النزاع المطروح ، و مع صدور القانون رقم 08-09 ، يكون بذلك قد أغلق باب الجدل الفقهي و حتى القضائي ، فلا اجتهاد مع نص.³

¹ - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ص 624.

² - شركة SMC هي اختصار لاسم الشركة Sintered Metal Corporation هي شركة عالمية متخصصة في هندسة التحكم الهوائي تقوم بتطوير مجموعة واسعة من أنظمة و معدات التحكم، مثل صمامات التحكم الاتجاهي، و المحركات، ومعدات خطوط الهواء لدعم تطبيقات معينة ، تأسست سنة 1959، يقع مكتبها الرئيسي في سوتوكاندا، تشيودا-كو ، طوكيو ، اليابان ، و لها عدة مرافق تقنية في الولايات المتحدة الأمريكية ، و في أوروبا ، و في الصين و سنغافورا. الموقع الإلكتروني : www.Smcworld.com.

³ - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار المعرفة ، الجزائر، سنة 2009 ص 188.

2- موقف القضاء من التحكيم في منازعات الصفقات الدولية.

سجلت الجزائر عدّة نزاعات لعقود التجارة الدولية ، أحالت بعضًا منها إلى التحكيم للغرفة التجارية الدولية ، و على سبيل المثال العقد الذي أبرم بين مؤسسة جزائرية و شركة يوغسلافيا حيث تضمن هذا العقد على شرط تحكيمي ، مما جعل مجلس قضاء الجزائر إثر الطعن أمامه في حكم محكمة الدرجة الأولى ببئر مراد راييس ، يقوم بإلغاء الحكم الابتدائي تطبيقا لنص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية 66 - 154، مقررًا عدم الاختصاص الموضوعي للمحكمة وبصحة شرط التحكيم الدولي الذي يعد رابطة بين طرفي النزاع و يقيد بذلك يد القضاء من الفصل في النزاع.¹

يظهر من خلال ما تطرقنا إليه عدم استقرار القضاء على موقف محدد لقبول أو رفض التحكيم و مرد ذلك وجود نص صريح يمنع قبول التحكيم للأشخاص المعنوية العامة المادة 442 من القانون 154-16، قبل إلغائها بموجب القانون 09-93 ، تقابلها مصادقة الدولة على الاتفاقيات الدولية التي تجيز التحكيم ، اعتبارًا أن الدستور أقر سموها على التشريع ، و اختلاف آراء القضاء العادي و القضاء الإداري في إدراج الصفقات العمومية من ضمن العقود الإدارية أو من ضمن عقود التجارة الدولية ، و تضارب الآراء في تفسير الغموض للمرسوم التشريعي 09-93 و تفسير معنى مصطلح مصالح التجارة الدولي² ، و هذا كله يرجع إلى قلة الاجتهادات القضائية الجزائرية التي تعود أسبابها لحدثة نظام التحكيم بالجزائر، زيادة على سريه الإجراءات التي تميز نظام التحكيم عن القضاء ، هذا ما جعل المواقف متعارضة في غياب نص صريح في تلك الفترة.³

¹ - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ، ص.ص ، 624. 625.

² - لمياء بلهوشات ، ليندة بلهوشات، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع نفسه ، ص.ص 625. 626.

³ - جبور جيلالي، التحكيم بديل كحل النزاعات في العقود ، المرجع السابق ، ص.ص ، 50. 52.

الفصل الثاني:

وسيلة التحكيم ومدى ملائمتها لتسوية

منازعات الصفقات العمومية

تطراً على مرحلة إبرام الصفقات العمومية ، أو أثناء تنفيذها ، أو حتى بعد تنفيذها منازعات تختلف في ظهورها بحسب ما يحدثه تضارب المصالح بين طرفي العقد الإداري ، الذي تحتل فيه المصلحة المتعاقدة الطرف الأقوى ، بوصفها صاحبة سيادة و سلطة لتحقيق المنفعة العامة و الحفاظ على المال العام ، فيما يسعى الطرف المتعاقد معها إلى تحقيق المصلحة الخاصة و هو بذلك يبقى في مرتبة أقل منها ، فيعود اختصاص الفصل في نزاع هذه الرابطة غير المتكافئة إلى جهات القضاء الإداري حسب المعيار العضوي الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب نص المادة 800¹ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 13-22، إلا أن خصوصية الصفقات العمومية التي تعتبر المحرك الأساسي للاقتصاد الوطني ، قد تتأثر بكل تعثر يصيبها ، جزاء التأخر و البطء في إجراءات جهات القضاء ، فيحول دون تحقيق أهدافها الاستثمارية.

يقع على عاتق المشرع البحث عن طرق بديلة و متميزة عن جهات القضاء ، لتحل محله وتفصل في النزاع بإجراءات بسيطة و سريعة ، تتماشى مع ما يفرضه الواقع الاقتصادي الحديث ، من أجل تنفيذ المشاريع في وقتها و بالمواصفات المتفق عليها ، فأقر المشرع اللجوء إلى الطرق البديلة مكانه و العمل إلى جانبه في إيجاد حل ودي خاصة في المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية .

يعتبر نظام التحكيم أفضلها على الإطلاق لما يتسم به من مزايا تخدم المجال الاقتصادي و يفضلها أهل هذا الاختصاص ، و أوسعها نطاقاً كما سنوضحه بالمبحث الأول ، و قد أظهر التحكيم براعة و قفزة استباقية في تسوية المنازعات العقدية على الصعيدين الدولي و الداخلي ، بإجراءاته الخاصة و المتميزة عن القضاء التي سوضحها بالتفصيل في المبحث الثاني .

¹ - المادة 800 " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، باستثناء المنازعات الموكلة إلى جهات قضائية أخرى ، تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية طرفاً فيها". القانون رقم 13-22 ، يعدل و يتمم القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

المبحث الأول: نطاق نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

كرّس المشرع الجزائري آليات التسوية الودية للمنازعات الإدارية ، التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طرفا فيها ، و جوّز اللّجوء إليها قبل كل تقاضي ، و نظّم قواعدها بنصوص قانونية ، و ردت مناصفة ما بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و القانون المنظّم للقواعد العامة للصفقات العمومية و عليه سوف نصنّف المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بحسب مراحلها بالمطلب الأول ، و نبين جوازية اللّجوء إلى التحكيم في منازعاتها الدولية و الداخلية بالمطلب الثاني.

المطلب الأول: تصنيف منازعات الصفقات العمومية.

بالعودة إلى النصوص القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في كل من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09¹، والقانون رقم 23-12² الذي ينظم القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية السالف ذكرهم ، يمكن تصنيف المنازعات الإدارية إلى قسمين ، القسم الأول يتمثل في تلك المنازعات التي تثور أثناء مرحلة إبرام الصفقة ، و التي تدور حول خرق المبادئ الأساسية لإبرام للصفقات العمومية ، المتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية ، و بكل شفافية و على قدم المساواة و التي وردت في نص المادة الخامسة من القانون رقم 23-12 المذكور أعلاه كما سنرى في الفرع الأول و في القسم الثاني تأتي مرحلة التنفيذ ، هي الأخرى تطرأ عليها منازعات متعددة يصعب حصرها أو حتى توقعها ، تتمحور أساسا في حقوق و التزامات الإدارة من جهة ، و الطرف المتعامل المتعاقد معها من جهة أخرى ، و ما ينجم عنه من منازعات مختلفة نوضحها في الفرع الثاني.

¹ - القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - القانون رقم 23-12 الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع. ، المصدر السابق.

الفرع الأول: منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة إبرام.

اختلفت آراء الفقهاء في إيجاد تعريف مانع و جامع للنزاع الإداري¹، و مع ذلك فالمعيار الذي اتفق حوله جل الفقهاء هو وجود شخص معنوي عام طرفا في القضية يعد نزاعاً إدارياً و الصفقات العمومية كما عرّفها المشرع الجزائري في نص المادة الثانية من القانون الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية رقم 12-23²، هي عقود مكتوبة تبرم بين طرفين أحدهما المصلحة المتعاقدة ، مع طرف آخر يسمى المتعامل المتعاقد ، و نظرا للتفاوت البارز بين الطرفين و اختلاف أهدافهم ، فنشوب النزاع و ارد لا محالة سواء في مرحلة إبرام العقد أو أثناء تنفيذه.

المسلم به أن مرحلة إبرام الصفقة لا علاقة لها بمجال التعاقد ، لأنه لا وجود للعقد أصلا فكل ما هو موجود هو عبارة عن التزامات قانونية ، يفرضها القانون ضمانا لنجاعة الصفقات العمومية و التي حددها المشرع في نص المادة الخامسة³ من القانون رقم 12-23 المذكور أعلاه المتمثلة في المبادئ الأساسية لإبرام الصفقات العمومية ، فلا مجال للحديث عن قابلية اللجوء إلى التحكيم في هذه المرحلة بل هي من صلاحيات جهات إدارية مختصة.

أولا: منازعات مرحلة إبرام الصفقات العمومية.

باستقراء المادة الخامسة من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية السالف الذكر، يتّضح أن إبرام الصفقات العمومية يخضع إلى المبادئ الأساسية المتمثلة في، مبدأ المنافسة الشريفة ، و مبدأ المساواة بين العارضين ، و الشفافية في الإجراءات ، و أي إخلال يطرأ على هذه المبادئ يؤدي إلى منازعة إدارية⁴.

¹ - عرفه الأستاذ أحمد محيو بأن "النزاع الإداري يتجسد في كل قضية يكون شخص عام طرفا فيها"، الشريف شريفي محاضرات في المنازعات الإدارية، المركز الجامعي صالح أحمد النعام ، الجزائر ، الموسم الجامعي 2016-2017 ، ص 50.

² - المادة 2 "الصفقات هي عقود مكتوبة ، تبرم بمقابل ، من قبل المشتري العمومي المسى " المصلحة المتعاقدة " ، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر و المسى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة..." القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع المصدر السابق.

³ - المادة 5 " لضمان نجاعة الصفقات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الآتية :

- حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ، المساواة في معاملة المرشحين ، شفافية الإجراءات." القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع المصدر نفسه.

⁴ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط4 ، جسر للنشر و التوزيع ، المحمدية ، الجزائر ، سنة 2010 ص 353.

1- الإخلال بمبدأ المنافسة ، تكريسا لهذا المبدأ ألزم المشرع الجزائري إشهار كافة الإجراءات بمختلف الوسائل ليتم التطلع على المعلومات من أول عملية إعلان عن الصفقة ، إلى غاية المنح النهائي للطرف للفائز بها و قد نص على هذا الإجراء في المادة 46¹ من القانون رقم 12-23 المذكور أعلاه ، أن اللجوء إلى الإشهار أمر لزومي و بمختلف وسائله الحديثة ويعد هذا من ضمن حقوق المعنيين بالعملية فالخطاب موجه إليهم للتقدم بكل حرية للمشاركة في المنافسة ، إذ لا سبيل لمعرفة ما تُقدّم عليه المصلحة المتعاقدة بدون إعلان و أي حرمان لهم يعد تعدي على هذا المبدأ المهم ، و لخطورة هذا الإجراء أشار إليه المشرع أيضا في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 01-06 بموجب المادة التاسعة 9²، على وجوب الإعلان عن كل العمليات المتعلقة بمراحل إبرام الصفقات العمومية تأسيسا للشفافية و المنافسة الشريفة.

2- الإخلال بمبدأ المساواة ، إذا كان مبدأ المنافسة الذي أقره المشرع و كرس تنظيمه في قانون الصفقات العمومية بكل تعديلاته ، و أكد عليه في قانون الوقاية من الفساد ، فهذا المبدأ لن يجد صداه ولن يتجسد قانوناً و واقعياً إلا بإقراره بمبدأ المساواة بين المتنافسين.

هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي كرّسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789³، و تبنتها جل الدساتير العالمية و الجزائر هي الأخرى من ضمن الدول التي استجابت لهذا المبدأ ، حيث جاء في المادة 35⁴ من التعديل الدستوري الحالي لسنة 2020 الدولة تضمن مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات ، و أضافت المادة 37⁵ منه كذلك ، بأن المواطنين سواسية أمام القانون ، فأصبح هذا المبدأ دستوريا ما يستوجب على الإدارة تكريسه و عدم التمييز بين المرشحين أثناء المنافسة ، أو منح امتيازات لطرف على الآخر، كالإعفاء

¹ - المادة 46 "يكون اللجوء إلى الإشهار إلزاميا عن طريق النشرة الرسمية لصفقات التعامل العمومي ، وعن طريق الصحافة المكتوبة و الصحافة الإلكترونية المعتمدة ... يكون اللجوء إلى الإشهار إلزاميا أيضا عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية ..." القانون رقم 12-23 يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

² - المادة 9 "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة ... و يجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، ..." القانون رقم 01-06 ، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، ج.ج.ج.ع ، ع 14 ، الصادر في 08 مارس 2006.

³ - تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو ، الجزائر ، تاريخ المناقشة 23 نوفمبر 2013 ، ص 71.

⁴ - المادة 35 "... تضمن الدولة الحقوق الأساسية و الحريات ... ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات ... " م.ر ، رقم 20-442 ، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020، المصدر السابق.

⁵ - المادة 37 "كل المواطنين سواسية أمام القانون..." م.ر ، رقم 20-442 ، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020، المصدر نفسه.

من بعض الوثائق أو من دفع التأمين ، فيصبح وضع أحد الأطراف أفضل على حساب غيره من المتنافسين ، فيعد هذا خرق لمبدأ المنافسة ، لذا وجب على الإدارة أن تعامل الجميع على قدم المساواة ، و عدم خلق أي قانون يمكن أن يقحمها في مخالفات غير مشروعة لا سيما في مجال عقود الصفقات العمومية ، حتى لا تتسبب في إثارة نزاعات.¹

3- الإخلال بمبدأ الشفافية ، هذا المبدأ عبارة عن مرآة عاكسة يظهر تجسيد عمل المبادئ السابقة فالشفافية تظهر في مبدأ العلانية الذي من خلاله يتم معرفة ما تنوي المصلحة المتعاقدة الإقدام عليه في مجال المشاريع التنموية ، حيث ألزم المشرع الإشهار بموجب نص المادة 46 من القانون رقم 23-12² ، و بكل الوسائل التي من شأنها إيصال المعلومة إلى المواطنين في وقت واحد ، وفور تمكين المعنيين من قراءة الإعلان تفتح أبواب الترشح ويتم استقطاب أكبر عدد من المتنافسين ، فتظهر المعاملة على قدم المساواة بين المشاركين .

فالمبادئ متداخلة فيما بينها و تخدم بعضها البعض ، لذلك أي عمل خارج عن مبدأ الشفافية يؤثر على المبادئ الأخرى ، وقد ورد في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06-01 للمادة 11³ بعنوان الشفافية في التعامل مع الجمهور مفادها تسهيل الحصول على كل المعلومات ، وتبسيط الإجراءات الإدارية ، و نشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد ، حتى تسود الطمأنينة المتبادلة بين الإدارة و المواطن ، حتى يتم استبعاد الريبة و الشك عنهم ، فأموال الدولة و خاصة الصفقات العمومية باعتبارها من العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمال العام و الأكثر عرضة للفساد من باب أولى الحفاظ عليها ، و صونها و ضمان تسييرها بكل شفافية.

إضافة إلى ذلك ما جاء في المادة 205 من التعديل الدستوري الحالي لسنة 2020⁴ الذي يؤسس لمبدأ الشفافية سلطة مستقلة ، و خصص لها مهام على رأسها جمع المعلومات و إخطارها لمجلس

¹ - خضري حمزة ، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام جامعة الجزائر 1، الجزائر ، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص.ص ، 126 ، 127.

² - القانون رقم 23-12 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المرجع السابق.

³ - المادة 11 " لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية ، يتعين على المؤسسات و الإدارات و الهيئات العمومية أن تلتزم أساسا : باعتماد إجراءات و قواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها و سيرها ، و كيفية اتخاذ القرارات فيها بتبسيط الإجراءات الإدارية ، بنشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية ، بالرد على عرائض و شكاوى المواطنين بتسبب قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن ، و بتبيين طرق الطعن فيها." القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، المصدر السابق.

⁴ - المادة 205 من الأمر رقم 20-442 ، المتضمن إصدار التعديل الدستوري لسنة 2020 ، المصدر السابق.

المحاسبة والسلطة القضائية المختصة ، وإشراك المجتمع المدني و نشر ثقافة الشفافية ، و المشاركة في تكوين أعوان مكلفين بأجهزتها ، و أخلقة الحياة العامة و تعزيز مبادئ الشفافية و الحكم الراشد وطبقا لأحكام المادة 205 المذكورة أعلاه ، صدر قانون رقم 08-22¹، يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية حيث ورد في مادته الثانية ، أن السلطة العليا مؤسسة مستقلة بشخصيتها المعنوية و المالية و الإدارية بما يوحي نية المشرع في إضفاء الشرعية عليها و جعلها من المبادئ الدستورية.

علاوة على ما أسلفنا من تصنيف المنازعات التي تثور في مرحلة إبرام الصفقات العمومية حرص المشرع على وضع آليات لدراسة الطعون الواردة بشأنها ، من خلال إنشاء لجان مختصة بالصفقات العمومية على كل المستويات ، زيادة على جهات قضائية مختصة ، بموجب المادة 56² من القانون رقم 12-23، التي تمنح حق الطعن أمام هذه الجهات عن أي قرار يمكن أن يحدث ضرراً مما يستنتج أن هذه المنازعات لا تخضع لولاية التحكيم ولم يرد أي نص عليها.

ثانيا: منازعات ناشئة نتيجة القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية.

تقوم الإدارة بنشاطات و تصرفات قانونية تنتج عنها حقوقا و التزامات ، منها ما تصدره عن طريق ربط علاقة قانونية مع الغير و يصطلح عليها بالعقود الإدارية ، و منها ما تصدره بإرادتها المنفردة و تسمى بالقرارات الإدارية ، و تعد هذه الأخيرة من أهم الوسائل التي تمتلكها الدولة لإدارة مرافقها تحقيقا للمصلحة العامة ، حيث يرى بعض الفقهاء أن ربط العلاقة العقدية لا يمكن تشكيلها من دون قرارات منفصلة تصدرها المصلحة المتعاقدة ، فهي التي تساهم في تكوين الصفقة العمومية من بداية مراحلها التمهيدية إلى غاية نهايتها ، فعقد الصفقة العمومية هو عقد مركب تتوفر فيه إرادة الإدارة و المتعاقد معها من جهة وبين مجموعة القرارات التي تجسد الصفقة العمومية عبر كافة مراحلها من جهة أخرى.³

¹ - قانون رقم 08-22 ، المؤرخ في 4 شوال عام 1443 ، الموافق 5 مايو سنة 2022 ، يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية و الوقاية من الفساد و مكافحته و تشكيلها و صلاحياتها ، ج.ر.ج.ج ، ع 32 ، الصادر بتاريخ 14 مايو سنة 2022 .

² - المادة 56 " زيادة على حق الطعن القضائي المنصوص عليه في التشريع المعمول به ، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة العمومية ... أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة" القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

³ - إيمان بعلي ، القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري ، قرار المنح المؤقت نموذجا ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021 ، جامعة صفاقص تونس ، ص.ص ، 1628.1630.

عرّف الأستاذ عمار عوابدي القرارات الإدارية المنفصلة " هي القرارات التي تصدر قائمة بذاتها و مستقلة عن عمل قانوني آخر ، بل تصدر مرتبطة و مصاحبة لأعمال إدارية أخرى ، فقد تأتي سابقة أو معاصرة ، أو لاحقة لعمل قانوني آخر مرتبط به."

و عرّفها الأستاذ عمار بوضياف بأنها "القرارات التي تصاحب أعمالا إدارية أخرى فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره ، أي العقد ، مع وجود صلة ارتباط بينهما"¹.

يتضح من خلال هذه التعاريف أن القرارات الإدارية المنفصلة هي عمل قانوني ، يساهم في تكوين العقد تصدره سلطة إدارية مختصة و بإرادتها المنفردة بدافع المصلحة العامة ، بما تملكه الإدارة من امتيازاتها ، و تحدث هذه القرارات آثار في المراكز القانونية ، قد تكون مخالفة لإجراءات أو شروط الإبرام ، أو كيفية الإبرام ، وقد تخالف قواعد الإشهار و المنافسة ، حيث يمكن رفع دعوى مستقلة عن العقد لإلغائها عن طريق رفع دعوى الإلغاء²، حال إلحاقها ضررا بالغير ، رغم وجودها ضمن العملية المركبة للصفقة العمومية و يدخل هذا في مجال رقابة القضاء على مشروعية هذه القرارات.

نستنتج من خلال ما ذكرناه و ما توصلنا إليه في هذا المجال ، أن عقود الصفقات العمومية هي مجموعة من القرارات الإدارية المنفصلة ، التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء ، و هذا الأخير ينصب على قرار إداري غير مشروع ، حيث يجب على رافع الدعوى أن تتوفر فيه بعض الشروط و أهمها الصفة و المصلحة من أجل قبول دعواه ، ونستدل في هذا السياق على وجوبية توفرهما فيما ذهب إليه الأستاذ عمار عوابدي بقوله " أما الصفة القانونية لرفع الإلغاء فهي في هذه الدعوى تندرج و تمتزج بالمصلحة ، حيث صاحب الصفة القانونية في رفع دعوى الإلغاء ، هو نفسه صاحب المصلحة

¹ - بن دياب إكرام ، القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعقم جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، السنة الجامعية 2016-2017 ، ص 21.

² - دعوى الإلغاء" هي دعوى قضائية ترفع إلى القضاء لإعدام قرار إداري صدر بخلاف ما يقضي به القانون و تسمى أيضا دعوى تجاوز السلطة و تعد من أهم وسائل حماية المشروعية" مازن ليلو راضي، القضاء الإداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الأولى لبنان سنة 2013 ، ص 183.

و عرفها الأستاذة الدكتورة سعاد الشرقاوي في مؤلفها ، المسؤولية المدنية بأنها " الوسيلة القانونية التي قررها المشرع للأفراد ذوي المصلحة للطعن أمام جهات القضاء المختصة بالقرارات الإدارية غير المشروعة و طلب إلغائها. "عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومة للطبع و النشر و التوزيع ، الجزائر سنة 2003 ، ص 174.

في رفع هذه الدعوى"، و الذي يفهم أن دعوى الإلغاء لا ترفع ضد الصفقة العمومية لأنها من ضمن العقود الإدارية المركبة و إنما ترفع ضد أحد قراراتها غير المشروع.¹

و الجدير بالذكر أن دعوى الإلغاء من مبادئها أنها لا تأسس على مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية ، و إنما تهاجم القرار الإداري المنفصل و غير المشروع ، الذي قد يشوبه عيب من عيوب المشروعية مثل ، السبب أو الشكل و الإجراءات ، أو عيب عدم الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، و تشمل جميع القرارات التمهيدية أو المكونة للصفقة في مرحلة إبرامها ، كقرار إعلان عن الصفقة ، أو قرار استبعاد أحد ، أو حرمانه من المنافسة ، أو المنح المؤقت أو أي قرار يدخل في تكوين العقد الإداري.²

بالعودة إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09-08³ في فقرتها الثانية ، يمنع جواز التحكيم في المسائل التي هي من النظام العام ، ودعوى الإلغاء من حيث لا يجوز الاتفاق على عدم رفعها ، ولا التنازل عنها ولا سحبها ، و لا حتى الصلح فيها ، فهي تابعة لجهات القضاء العام فلا يجوز إخضاعها لولاية قضاء خاص ، أي إلى نظام التحكيم ، و إن كان يجوز للمشرع استثناءا عن الأصل العام ، بإخراج بعض المنازعات الخاصة بمشروعية الأعمال الإدارية عن ولاية القضاء الإداري ، و إخضاعها لجهات قضاء عادي ، مثل مخالفات الطرق عملا بنص المادة 802⁴ ، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.⁵

¹ - لعربي عادل ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، الجزائر، السنة الجامعية 2020-2021 ، ص.ص ، 53.51.

² - خلدون عيشة ، جعفر خديجة ، منازعات الصفقات العمومية وإشكالاتها القانونية ، مجلة أبحاث ، المجلد 06 ، ع 02 ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، الجزائر، سنة 2021 ، ص.48.

³ - القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁴ - المادة 802 "...يكون من اختصاص المحاكم العادية... مخالفات الطرق..." ، القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

⁵ - عمامرة حسان ، محاضرات في مقياس التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، جامعة حسيبة بن بو علي ، بالشلف ، الجزائر السنة الجامعية 2020-2021 ، ص 46.

الفرع الثاني: منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة التنفيذ.

الهدف الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو مجال تنفيذها ، و مرحلة التنفيذ تختلف عن سابقتها ، كون الطرفان أمام مواجهة مباشرة لتنفيذ العقد ، فتضيق حلقة المتعاقد مع الإدارة و يصبح أكثر ارتباطا معها ، مما يظهر عدم تكافؤ طرفي العقد و اختلاف أهدافهم ، فالمصلحة المتعاقدة تسعى لتحقيق المصلحة العامة ، و لها امتيازات واسعة تجعلها تحتل مركز أعلى من المتعاقد معها و يسعى هذا الأخير لتحقيق المصلحة الخاصة و يحتل مرتبة أدنى منها ، و من هنا تتضارب المصالح التي قد تتسبب في نشوب نزاع بين الطرفين¹ ، فالمتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ كل ما تم الاتفاق عليه ضمن بنود العقد و هو الآخر له حقوق و التزامات اتجاهها ، فالالتزامات متبادلة و الهدف منها تنفيذ مشروع عقد الصفقة العمومية ، و أي إخلال يقع بين الطرفين ، حتماً يحدث عنه منازعة.

أولاً: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته.

الإدارة بصفتها صاحبة المشروع ، من واجبها السهر على تنفيذه بالكيفية التي وضعتها ضمن شروط العقد ، و وجودها كطرف في هذه العلاقة القانونية لا يجعلها في مقام المتعاقد معها بل لها امتيازات عامة تجعلها تفرض عليه ما تفرضه عليها المصلحة العامة ، فتكون أحيانا تصرفاتها ضارة بالمتعاقد معها و تتلخص هذه التصرفات في استعمال الإدارة لسلطاتها العامة و التي يمكن تقسيمها إلى قسمين ، قسم تتناول فيه السلطات الوقائية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة ، و القسم الآخر نخصه للسلطات العلاجية أو الردعية².

1- السلطات الوقائية ، لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية ، تقوم المصلحة المتعاقدة بالإشراف و المراقبة و التعديل ، بما تملكه من سلطات في مجال تنفيذ الصفقة العمومية.

- سلطة الإشراف و المراقبة، المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع ، تقوم بزيارة أماكن العمل و معاينتها ، بالتنسيق مع مكتب الدراسات الموكل إليه متابعة تنفيذ موضوع الصفقة ، و تتجسّد سلطة الإشراف و المراقبة بالتحقق كذلك من سلامة المواد ، عن طريق فحصها ، و معاينة اليد العاملة بها ، لتتأكد من مدى التزام المتعامل المتعاقد معها بالوفاء بما التزم به ، حيث يتزامن عمل هذه السلطة

¹ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص حقوق ، فرع التجريم في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962، سيدي بلعباس ، الجزائر، السنة الجامعية 2020-2021 ص 84.

² - دراوسي مسعود ، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية ، وفق القانون 12-23، المرجع السابق ، ص 121.

مع تنفيذ العقد ولا يمكن أن يكون بعده ، حتى يتسنى تجاوز العراقيل التي قد تقع ، و إمكانية حلها في بداية انجاز المشروع و يظهر ذلك من خلال التقارير الشاهدة على سلامة الصفقة وإتمامها في وقتها المحدد.¹

- سلطة التعديل، مكن المشرع المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديل بنود العقد أو طريقة تنفيذه بإرادتها المنفردة كلما دعت المصلحة العامة لذلك ، إلا أن هذه الممارسات ليست مطلقة ، بل بدافع ظروف ما تطرأ بعد إبرام الصفقة تستدعي إصدار قرارات لاحقة تحدث تعديلا فيها ، و لكن في حدود مبدأ المشروعية²، و يمكن حصر هذا التغيير في مجال اللجوء إلى إبرام ملاحق وفق ما جاء في نص المادة 81³ من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية حيث أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة إبرامه في جميع الحالات لأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ، هدفه إما زيادة في الخدمات أو تقليلها ، أو تعديل بند أو عدة بنود خاصة بالصفقة ، مع مراعاة الدقة أثناء هذا التعديل و عدم تجاوز موضوع الصفقة حتى لا نكون أمام صفقة جديدة ، فترهق المتعاقد مع الإدارة و يعجز عن تنفيذها و إن أنجزها بكل ما طرأ عليها من تعديل أجاز له القانون المطالبة بحق التعويض لكل ما لحقه و إعادة توازنه المالي.⁴

2- السلطات العلاجية ، يتسم عمل هذه السلطات بتوقيع جزاءات مختلفة ، و تعتبر كعلاج لأي خلل يحدثه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة قبل اللجوء إلى جزاءات أخرى و هي الأكثر قسوة و يمكن تقسيم عمل هذه السلطات إلى قسمين ، قسم يشمل سلطة توقيع الجزاءات المالية، وقسم آخر نخصه لسلطة توقيع الجزاءات غير المالية.

¹ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع السابق ، ص.ص ، 209. 211.

² - مبدأ المشروعية " بمعناها الواسع سيادة القانون ، أي خضوع جميع الأشخاص بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها و أجهزتها للقواعد القانونية". محمد الصغير بعلی ، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا للقانون رقم 09-08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، سنة 2009 ، ص 8.

³ - المادة 81 "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة العمومية المبرمة في إطار أحكام هذا القانون. يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية ، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية ، و يمكن أن تغطي الخدمات ، موضوع الملحق ، خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة العمومية." القانون رقم 12-23 الذي يحدد ق.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

⁴ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع نفسه ، ص.ص ، 211. 214.

- سلطة توقيع الجزاءات المالية ، أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بموجب المادة 84¹ من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، بتوقيع عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد معها جرّاء عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، أو عدم مطابقتها حسب ما اتفق عليه أو خارج الآجال القانونية ، و من صورها غرامة التأخير ، مصادرة التأمين المتمثلة في كفالتي التعهد و حسن التنفيذ و كفالة التسبيقات ، أو تكون على شكل تغطية الأضرار التي ألحقها المتعاقد المقصّر بالتزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة ، أو باستعمال وسائل ضاغطة تهدف لإرغامه بالوفاء بالتزاماته ، كالتعامل مع طرف آخر على حسابه و نفقته ، حفاظا على مبدأ استمرارية خدمات المرافق العامة.²

- سلطة توقيع الجزاءات غير المالية ، الأصل أن الصفقة لها نهاية طبيعية تسلكها سواء بتنفيذها أو إنهاء مدتها القانونية ، و إلا أنها قد تأخذ منحى آخر فتنتهي بطرق غير طبيعية عن طريق الفسخ و يعتبر هذا الإجراء الأخطر في عمر الصفقة ، وأشدّ قسوة إذا ما قورن بالجزاءات المالية ، لذا لا تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة إلا إذا أخلّ المتعاقد معها في تنفيذ الصفقة إخلالاً خطيراً³ ، و باستقراءنا للمادة 90⁴ من القانون رقم 12-23 المذكور أعلاه ، منح المشرع الجزائري سلطة فسخ العقد من جانب واحد في حال عدم استجابة المتعاقد المقصّر للإعذار الأول و الثاني الموجّه له من طرف المصلحة المتعاقدة و المحدّد بأجل ، لتذكيره بالوفاء بالتزاماته التعاقدية ، و يمكن فسخ جزئي للصفقة.

يمكن كذلك فسخ الصفقة من جانب واحد بموجب نص المادة 91 من القانون رقم 12-23 السالف الذكر ، و بدون ارتكاب المتعاقد لأي خطأ بل بدافع المصلحة العامة ، وزيادة على هذا الفسخ من جانب واحد سواء بخطأ أو من غير خطأ ، يمكن أيضا اللجوء إلى الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عملا بنص المادة 92 من نفس القانون ، لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد إلا أنه إذا لحق بالمصلحة المتعاقدة ضرر بسبب خطأ من طرف المتعامل، حسب ما ورد في نص المادة 93 من القانون نفسه، يتحمل هذا الأخير الفارق الذي ينجم عن فسخ الصفقة، أما في حالة الفسخ

¹- المادة 84 "ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق ، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة..." . القانون رقم 12-23 الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

²- دراوسي مسعود ، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية ، وفق القانون 12-23 ، المرجع نفسه ص 124.

³- تياب نادية ، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص 94.

⁴- المادة 90 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر نفسه.

المتفق عليه من الطرفين على صفقة جارية التنفيذ ، فيتم توقيع وثيقة الفسخ ، بداخلها كل الحسابات الخاصة بالأشغال المنجزة والباقي تنفيذها.¹

و هذا المظهر الذي تميزت به عقود الصفقات العمومية عن غيرها من العقود المدنية هذه الأخيرة تلجأ إلى جهات القضاء للمطالبة بعملية فسخ العقد ، أما الإدارة فتستعمل امتيازاتها ضد المتعاقد معها من أجل الضغط عليه و إرغامه بمختلف الجزاءات للوفاء بالتزاماته ، ليكفل حقوق الجمهور المنتفع بمختلف خدمات المرافق العامة و عدم تعطيل مبد استمرارية سيرها بانتظام و اطراد.²

يتضح من خلال هذا العرض الموجز أن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته يعرضه لجزاءات مختلفة قد تكون ذو طبيعة مالية ، أو غير مالية متمثلة في فسخ الرابطة التعاقدية ، هذه الجزاءات خولها القانون للمصلحة المتعاقدة بغية تنفيذ موضوع الصفقة حسب ما تم الاتفاق عليه و في الأجل المحدد لها ، و تحقيق المصلحة العامة للمنتفعين من استمرارية سير المرافق ، و الحفاظ على المال العام.

ثانيا: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها .

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات واسعة بصفتها صاحبة سيادة و سلطة ، ما يجعلها تفرض شروط استثنائية على المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة ، و ضمان تنفيذ الصفقة على الوجه المتفق عليه أثناء إبرام العقد ، و بالمقابل يتمتع المتعامل المتعاقد معها بحقوق و تقع عليه التزامات وجب عليه الوفاء بها.

1- حقوق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، تتلخص حقوق المتعامل مع الإدارة مقابل أدائه مجموعة من الالتزامات ، في حقوق ذات طبيعة مالية ، إذا نفذ موضوع الصفقة بالكيفية المحددة قانوناً و المتفق عليها مسبقا ، و في حالة مواجهة صعوبات أثناء تنفيذ العقد و أضرت به و تعذر عليه الاستمرار صار من حقه المطالبة بالتوازن المالي و في حال الأضرار الناجمة عن تصرفات الإدارة جرّاء استعمال سلطاتها المختلفة جاز له المطالبة بالتعويض.³

¹ - تياب نادية ، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 96. 98.

² - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع السابق ، ص 128.

³ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع نفسه ، ص 229.

- الحق في المقابل المالي ، تختلف أشكال الحصول على هذا الحق المتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد ، و يعتبر هذا الأخير الهدف الأساسي الذي يسعى المتعاقد على تحقيقه و يأخذ عدة صور¹ ذكرها المشرع في نص المادة 80² من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية و لم يتطرق إلى شرحها ، وعملا بنص المادة 112³ منه ، و التي تُبقي على الأحكام المنظمة لهذا القانون ريثما يتم نشر النصوص التنظيمية ، فبإمكاننا أن نستعين في هذا المجال بما ورد في نص المادة 109 من الأمر رقم 15-247⁴، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، التي تطرقت لشرح الصور المذكورة في المادة 80 من القانون رقم 12-23 المذكور أعلاه كالآتي :

- التسبيق ، هو كل مبلغ يتم دفعه للمتعاقد قبل أي إنجاز لموضوع الصفقة و قد يكون جزائياً لمرة واحدة ، أو على شكل أقساط ، أو على التمرين بحسب النسب المحددة قانوناً و لا يجوز تجاوزها حسب ما ورد في المواد من المادة 111⁵ إلى غاية المادة 116 من الأمر 15-247 المذكور أعلاه.

- الدفع على الحساب ، هو كل دفع تقدمه المصلحة العامة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة خاصة الأشغال و الخدمات ، و يكون شهرياً حسب نص المادة 118 من نفس الأمر كقاعدة عامة ، و استثناءاً إذا تم النص عليه لمدة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات و يتوقف هذا الدفع بواسطة الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط، حسب الحالة.⁶

- التسوية على رصيد الحساب ، المقصود هنا هو الدفع النهائي أو المؤقت، و رد الاقتطاعات الخاصة بالضمان، و رفع اليد عن الكفالات، بعد التنفيذ الكامل و حسب الشروط القانونية المحددة لموضوع الصفقة ، في أجل محدد ب 30 يوماً بحسب نص المادة 122 من الأمر رقم 15-247 ، من استلام الكشف أو الفاتورة ، و لا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل الشهرين.⁷

¹ - تياب نادية ، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 96.

² - المادة 80 "تم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات ، أو الدفع على الحساب ، أو بالتسويات على رصيد الحساب،..." . القانون رقم 12-23 ، المحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

³ - المادة 112 "تلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون ، وتبقى الأحكام التي تدخل ضمن المجال التنظيمي سارية المفعول إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة تطبيقاً لهذا القانون." القانون رقم 12-23 المحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر نفسه.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 ، الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 ، ت.ص.ع.م.ع ، ج.ر.ج.ج ع 50 ، الصادر في 20 سبتمبر 2015.

⁵ المادة 111 "تسمى التسبيقات، حسب الحالة ، جزافية ، أو على التمرين،..." م.ر ، رقم 15-247 ت.ص.ع.م.ع ، المصدر نفسه.

⁶ - تياب نادية ، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية ، المصدر نفسه ، ص 98.

⁷ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع السابق ، ص 235.

- الحق في التوازن المالي ، إن المبلغ المالي المحدد للصفقة العمومية مبدئياً لا يمكن تغييره ، فالمتعاقد ملزم بتنفيذ العقد ، و بالثمن المتفق عليه ، إلا أن أحداثاً غير متوقعة قد تطرأ ، فتحدث تغييراً مما يكلف تعويضه بمبالغ إضافية باهظة قد تؤدي إلى إفلاسه ، و هذه الحالة المتسبب فيها هو الإدارة مثل نظرية الأمير¹، أو قد تقع تحت وطأة ظروف طارئة و لا دخل للإدارة فيها ، و في كلتا الحالتين تنعكس سلباً على التوازن المالي للعقد و مُنْقِذِهِ²، و قد يكون عن طريق خطأ عمدي قامت به الإدارة إثر عدم التقيد بالتزاماتها أو إهمالاً منها ، فيجوز للمتعاقد معها بطلب تدخل المصلحة المتعاقدة و مد يد العون للمتعاقد المتضرر ، لضمان استمرارية الوفاء بالعقد المبرم بينهم ، و ضمان توازنه المالي و حسن سير المرفق العمومي³.

- الحق في التعويض ، يتجسد عنصر إدخال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها بشكل واضح في مجال التعويض الذي يقع على عاتقها ، فالواقع يفرض على الإدارة أحياناً إرهاب المتعامل معها فتتسبب في إلحاق الضرر به و عملاً بالمبادئ العامة للقانون المدني ، فإن الإدارة مجبرة على تعويض المتعاقد معها إذا كانت هي السبب في خرق التزاماتها التعاقدية ، و بإرادتها المنفردة ، فالقانون أجاز للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن كل ضرر لحق به⁴.

2- التزامات المتعامل المتعاقدة مع المصلحة المتعاقدة ، المقصود بهذه الالتزامات هي محل الصفقة العمومية التي تم الاتفاق على تنفيذها ، و تحمل كل الواجبات اتجاه الإدارة ويعتبر المحل هنا إما القيام بعمل ، أو أداء خدمة ، إذ لا يتصور الامتناع عن الفعل كمحل فيها ، فهذا الأخير يترتب عليه مسؤولية عقدية ، ما لم تكن هناك قوة قاهرة لا دخل لإدارة فيها ، أو بفعل من طرف المصلحة المتعاقدة حال دون تنفيذ ما تم الاتفاق عليه أو استحالت ذلك⁵.

¹ - نظرية الأمير ، هي من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ، و هي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد ، فهي في معناها الواسع " تدل على كل تدخل من السلطات العامة تكون نتيجتها المس بطريق ما بالشروط القانونية أو حتى بالشروط الواقعية التي ينفذ فيها متعهد لدى الإدارة عقداً معها" ، و في معناها الضيق " هي جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة و تؤدي إلى آثار ضارة بالمتعاقد ، تتجلى في زيادة الأعباء المالية اللازمة لتنفيذ العقد. " خالد خليل الظاهر العقود الإدارية دراسة تأصيلية ، مقارنة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، سنة 2022 ، ص.ص ، 173. 174.

² - ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار المجدد للنشر و التوزيع ، سطيف ، الجزائر ، د.س.ن ، ص 214.

³ - دراوسي مسعود ، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية ، وفق القانون 12-23 ، المرجع السابق ، ص 128.

⁴ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع السابق ، ص.ص ، 236. 237.

⁵ - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 4 ، المرجع نفسه ، ص 244.

يمكن حصر هذه الالتزامات في ، الأداء الشخصي لموضوع العقد ، و في الآجال المحددة قانونا و بالكيفية المتفق عليها مسبقا ضمن بنود العقد.

- الأداء الشخصي للصفقة ، لا يقصد بهذا القول أداء الخدمة من طرف المتعامل المتعاقد بصفة شخصية و دون مساعدة من الغير ، فيستحيل ذلك خاصة في عقود الأشغال ، بل المقصود عدم التنصل من المسؤولية التي تعهد بالوفاء بها ، و إلقائها إلى الغير.¹

- الآجال المحدد لانجاز الصفقة ، المدة الزمنية المحددة لانجاز الصفقة العمومية مهمة ، و عدم التقيد بها يعرض صاحبه إلى عقوبات مالية نص عليها المشرع في المادة 84 من القانون رقم 12-23 إلا إذا حالت قوة قاهرة دون تنفيذ ذلك ، فيتم تعليق الآجال ضمن أوامر توقيف ، و استئناف الخدمة ، و لا يترتب أي عقوبات على هذا التأخير.

- مطابقة العمل بالمواصفات المحددة في العقد ، تفرض المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها عقوبات مالية ، نظير كل عمل غير مطابق للمواصفات العقدية التي تم الاتفاق على انجازها مسبقا و تم تقييدها ضمن بنود العقد ، و التي ورد ذكرها ب نص المادة 84 من القانون المذكور أعلاه رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.²

¹ - دراوسي مسعود ، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية ، وفق القانون 12-23 ، المرجع السابق ، ص 129.

² - المادة 84 " ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة ،... ". القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

المطلب الثاني : جوازية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

للحديث عن مبدأ الجوازية من أجل فض منازعات عقود الصفقات العمومية عن طريق آلية التحكيم ، هذا الأخير الذي أجازته المشرع بنصوص قانونية و عبر فترات متفاوتة حسب التدرج الزمني الواردة في مختلف النصوص الشاهدة على ذلك ، فمنها ما تم النص عليه في القانون المنظم للصفقات العمومية ومنها ما ورد النص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و ما يجب التركيز عليه هو إمكانية اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية الداخلية و الدولية الذي نحاول معالجته في الفرع الأول ، و نوضح في الفرع الثاني الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم في التشريع الجزائري .

الفرع الأول: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية والدولية.

بالرجوع قليلا إلى النصوص القانونية التي لم تُجز رفع منازعات الصفقات العمومية إلى نظام التحكيم من خلال نص المادة 442 من الأمر رقم 66-154¹ ، و التي يفهم من خلال استقراءها أن وجود أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في النزاع الإداري لا يمكن لأي جهة النظر أو الفصل فيه من غير القضاء الإداري ، الذي تعود له ولاية الاختصاص بشكل عام ، و لا يسمح لهؤلاء الأشخاص حتى طلب اللجوء إلى التحكيم ، و بقي الحال على ما هو عليه رغم صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09² الذي ألغى المادة 442 أعلاه ، لكن بعد هذا التجاهل و العداء الذي دام لفترة من الزمن أقر المشرع أخيرا بجواز اللجوء إلى التحكيم في مجال النزاع المتعلق بالصفقات العمومية ، بشكل صريح في القانون رقم 08-09³ المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية.

أقر المشرع جوازية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بصفة صريحة و عامة بموجب المادة 1006⁴، لذا يتعين علينا التمييز بين النزاع الداخلي من النزاع الدولي ، الموجب لنظام التحكيم من عدمه.

¹ - الأمر رقم 66-154 ، المتضمن ق.إ.م ، المصدر السابق.

² - م.ت ، رقم 93-09 ، م.م ، للأمر رقم 66-154 المتضمن ق.إ.م ، المصدر السابق.

³ - القانون رقم 08-09 المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁴ - المادة 1006 " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.... و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. القانون رقم 08-09 ، المتعلق ق.إ.م.إ. المصدر السابق.

أولاً: إمكانية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية.

المتصفح للمواد التي صرّح بها المشرع و المتعلقة بتسوية النزاع الداخلي للصفقات العمومية نجد ما ورد في مستهل المادة 1006 من القانون رقم 09-08 ، والتي أجازت اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يكون لكل شخص مطلق التصرف فيها ، و اختتمت الفقرة الأخيرة من نفس المادة بعبارة صريحة تجيز طلب اللجوء إلى التحكيم للأشخاص التابعين للقانون العام في العلاقات الاقتصادية الدولية ، و أضافت أو في إطار عقود الصفقات العمومية ، باستعمال أداة العطف "أو" التي تفيد التخيير في مجالها اللغوي فوردت المادة على إطلاقها ، و أيضاً نص المادة 975¹ من نفس القانون ، التي وردت هي الأخرى صريحة في جوازية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، و لكن النصوص الخاصة بتنظيم الصفقات العمومية ، و بكل ما شهدته من تعديل تقضي بخلاف ذلك ، و بالتالي يجب الاستناد إلى نصوص صريحة تفيد تبيان و بدقة قابلية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من عدمه².

ما يستشف من خلال ما ذكرناه أنه إذا اتضح أن أي منازعة في مجال الصفقة العمومية ذات طبيعة داخلية بكل عناصرها ، فإن ولاية الاختصاص ترجع للقضاء الإداري دون سواه ، ولا يجوز التحكيم فيها إطلاقاً ، استناداً إلى نص المادتين 975 و 1006 من القانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية³ ، وغاية المشرع في ذلك هو إخضاع هذه المنازعات لقواعد أحكام القانون الجزائري ، حسب نص المادة 87⁴ من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية ، لخصوصية هذه الأخيرة و ارتباطها بالمال العام ، تحتم رقابتها و محاربة المخالفات التي تندرج ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁵.

¹ - المادة 975 "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ، أن تجري تحكيمياً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية . " القانون رقم 09-08 المتعلق ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - هدى نويوة ، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 31 ، ع 3 جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة 1 ، الجزائر 2020 ، ص.ص ، 244 . 245.

³ طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص. 98.

⁴ - المادة 87 " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري... " القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

⁵ - هدى نويوة ، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري ، المرجع نفسه ، ص 245.

ثانيا: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الدولية.

لم يرد تعريفا للمنازعات ذات الطابع الدولي ، و لكن بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، و خاصة نص المادة 1039 منه ، نجد أن المشرع حددها بمعيار النزاع المتعلق بالمصالح الاقتصادية ، والمعيار القانوني الذي يظهر في عبارة دولتين على الأقل ، أي تعدد الجنسيات و الإقامات و الدول¹، وما يهمننا هو منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنبى التي نص عليها المشرع صراحة في القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية بموجب المادة 89² حيث أخضع المصالح المتعاقدة باللجوء إلى هيئة تحكيم دولية لتسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة ، و قد حرص المشرع على ذلك رغبة منه لتجنب أي عرقلة يمكن أن تحدث للصفقة العمومية جزاء لجوئها لولاية القضاء ، اعتبارا أن المتعامل الأجنبي يضع شرط اللجوء إلى التحكيم ضمن بنود العقد لثقلته به ، و خشية انحياز القضاء الرسمي لدولته حال الفصل في النزاع المطروح أمامه³.

و المتتبع للنصوص التي أصدرها المشرع الجزائري و المتعلقة بتنظيم عقود الصفقات العمومية و خاصة المبرمة مع متعاقدين أجنبى ، إلا و تناولت اللجوء إلى التحكيم بعد التخوف الذي دام لسنوات عديدة ، و انتهت بإصدار المرسوم التشريعي رقم 09-93 الذي ألغى الحظر الذي كان قائما على الأشخاص المعنوية العامة من نظام التحكيم ، في ظل المادة 442 من الأمر رقم 154-66 ، وأجاز اللجوء إليه في العلاقات التجارية الدولية فقط ، إلى أن تم إقراره لأول مرة بصدور القانون رقم 09-08 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية ، الذي أضاف إليه و بعبارة صريحة منازعات الصفقات العمومية بموجب المادة 1006⁴ منه.

¹ - المادة 1039 "يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل. " القانون رقم 09-08 ، المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - المادة 89 "في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى ، يخضع لجوء المصالح المتعاقدة إلى هيئة تحكيم دولية..." القانون رقم 12-23 ، يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع. ، المصدر السابق .

³ - برباوي رقية ، بودالي محمد ، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247-15 ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 3 ، العدد 5 ، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي ، تيسميسلت ، الجزائر سنة 2018 ، ص 150.

⁴ - المادة 1006 "...و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية . " القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

و يعتبر هذا الإقرار بمثابة دفع الريبة و الشك للعنصر الأجنبي من جهة ، لأنه يجهل قوانين الدولة التي يتعاقد معها ، و قبول هذه الأخيرة بالتحكيم لفض المنازعات يعد ضمانا للمتعاقد الأجنبي من تقلبات القوانين ، و من جهة أخرى حرص المشرع على تنفيذ الصفقات العمومية على الوجه المتفق عليه لجلب العملة الصعبة عن طريق التسهيلات للمستثمر الأجنبي ونقل أفكار جديدة و تكنولوجيا حديثة للبلاد و تنشيط خدمات المرافق العامة ، لإشباع حاجيات الجمهور المختلفة.¹

وتأكيد لموقف المشرع الجزائري أخرج الخصومة التحكيمية القائمة أو التي تبين أنها تتضمن اتفاقية التحكيم من ولاية اختصاص القضاء، بموجب المادة 1045 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، شريطة إثارته من أحد الأطراف.²

الملاحظ أن المشرع الجزائري أقر التحكيم في الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة مع متعاقدين أجنبى للمساهمة في ترقية الاقتصاد الوطني ، من خلال تقديم جملة من التنازلات الجبارة التي تحسب له من أجل خدمة المصلحة العامة ، و التي تفرض تسهيلات و من ضمنها قبول الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم متجردة من امتيازاتها العامة ، بدلا عن القضاء الذي تعود له ولاية الاختصاص في المنازعات التي تكون تلك الأشخاص طرفا فيها ، عكس الصفقات الوطنية التي يخشى عليها من المخالفات باعتبارها الأكثر عرضة للفساد ، فلم يسمح بتسوية منازعاتها إلا عن طريق اللجان المختلفة و حسب الاختصاص ، أو أمام جهات قضاء الدولة في كل الأحوال.

ولو وضعنا مقارنة بسيطة في مجال تسوية المنازعات بواسطة نظام التحكيم ، ما بين ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال ما تطرقنا إليه و نظيره المصري ، لوجدنا خلافا شاسع بينهما لاسيما في مجال التعاقد ، فالمشرع المصري لم يفرق بين تحكيم داخلي أو تحكيم خارجي ، حيث أجاز اللجوء لنظام التحكيم لبعض العقود الداخلية لفض منازعاتها بموجب قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 - 1994، و خضوع كل العقود الدولية إليه.³

¹ - قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 247.

² - المادة 1045 "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف." القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، المرجع نفسه ، ص 238.

الفرع الثاني: الأشخاص التي يجوز لها التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

بعدما تطرقنا إلى المنازعات التي يجوز لها الاحتكام إلى نظام التحكيم و قد ميزنا بين الصفقات العمومية الداخلية ، من الصفقات العمومية الدولية ، و المسلم به أن أحد أطراف الصفقة العمومية هو شخص معنوي عام ، والمشرع الجزائري جوز لهؤلاء ولأول مرة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08¹، بموجب نص المادة 975 بالنسبة للأشخاص المذكورة بالمادة 800 من نفس القانون، والمادة 1006 منه التي نصت على الأشخاص بصفة عامة في المنازعات المتعلقة بالاتفاقيات الدولية المصادق عليها بالجزائر، و في مادة الصفقات العمومية و هذه الأخيرة هي التي سوف نبين أهلية الأشخاص المعنية بإجراء التحكيم في منازعاتها.

أولاً: الأشخاص المعنوية العامة بمفهوم قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالرجوع إلى الأمر رقم 66-154² المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، و تحديداً بنص المادة 442 منه التي منعت الأشخاص المعنوية العامة طلب اللجوء إلى التحكيم ، وهؤلاء الأشخاص المعنوين هم الدولة و الأشخاص الاعتباريين العموميين ، و بعد رفع الحظر النسبي عبرت عنهم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-09³ بالأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام ، وأما القانون رقم 09-08 من خلال نص المادة 800 حددتهم بالدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية و تم تعديلها بموجب القانون رقم 22-13⁴ و أضافت الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية و هؤلاء الأشخاص الذي ذكرهم المشرع بعدة صيغ ، قد أحدثت نوع من التعارض قبل هذا التعديل مقابل ما نص عليه المشرع في نفس السياق عند تحديده للأشخاص المعنوية العامة في إطار النصوص المنظمة للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 15-247⁵ الذي تم تعديله بموجب القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، و التي سوف نعرضها حتى نتمكن من معرفة كيف حدّد المشرع الجزائري هؤلاء الأشخاص .

¹ - القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - الأمر رقم 66-154، المتضمن ، ق.إ.م. ، المصدر السابق.

³ - م ت رقم 93-09 ، م.م الأمر رقم 66-154 المتضمن ق.إ.م. ، المصدر السابق.

⁴ - القانون رقم 22-13 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁵ - م.ر. ، رقم 15-247 يتضمن ، ت.ص.ع.ت.م.ع. ، المصدر السابق.

ثانيا : الأشخاص المعنوية العامة بمفهوم النصوص المنظمة للصفقات العمومية.

الباحث في مختلف النصوص المنظمة لقواعد الصفقات العمومية ، يكتشف أن هذه الأخيرة أولاها المشرع عناية خاصة تظهر من خلال الكم الهائل من التعديلات التي شهدتها ، باعتبار أن الصفقات العمومية مجال خصب لضخ الأموال و الأكثر عرضة للفساد ، فيقع على عاتق المشرع حمايتها و رقابتها ، لذلك طرأ على قواعدها عدة تغييرات ، و كان آخرها على شكل قانون تحت رقم 12-23¹ ، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، الذي نكتفي بالأشخاص التي شملها بصفة عامة بموجب المادة التاسعة منه ، و المتمثلة في الدولة و هيئاتها الإدارية و الجماعات المحلية² و المؤسسات العمومية التي يحكمها القانون العام ، و المؤسسات العمومية الاقتصادية سواء المكلفة من قبل الدولة ، أو تلك المكلفة من طرف الولاية أو البلدية بالإشراف المنتدب على المشروع ، إضافة إلى المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري إذا كان ممولا بصفة مباشرة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة ، أو ميزانية الولاية ، أو ميزانية البلدية ، في إنجاز العمليات التجارية.

ثالثا: الأشخاص المخولة قانونا للمبادرة باللجوء إلى التحكيم.

حصر المشرع الجزائري في نص المادة 975³ من القانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية ، اللجوء لإجراء التحكيم للأشخاص الواردة في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 13-22⁴ المعدل و المتمم ، في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في الجزائر و في مادة الصفقات العمومية ، حيث قيد المشرع تطبيق هذه الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين ، أو من طرف الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من طرف الممثل القانوني للمؤسسات و الهيئات الوطنية أو المنظمات المهنية ، أو من ممثل الجهة الوصية الخاصة بهم ، و تفصيل ذلك أدناه.

¹ - المادة 975 " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية ". القانون رقم 12-23 الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

² - المادة 17 " الجماعات المحلية هي البلدية و الولاية.م.ر. ، رقم 442-20 ، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020 المصدر السابق.

³ - القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁴ - القانون رقم 13-22 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين إذا تعلق التحكيم بالدولة .
- تكون المبادرة من طرف الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق مجال التحكيم بالولاية أو بالبلدية .
- وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية فيتم إجراء المبادرة بالتحكيم من طرف ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي تنتهي إليها، و هذا حسب ما ورد في نص المادة¹ 976 من القانون رقم 09-08 السالف الذكر.
- حيث طرأ على هذه المادة أعلاه تعديلا بموجب القانون 22-13² المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل و المتمم للقانون رقم 09-08 أعلاه ليضيف إليها ما يلي :
- الهيئات الوطنية أو المنظمات المهنية إذا تعلق الأمر بهما فيبادر بالتحكيم عنهم ممثلهم القانوني أو ممثل الجهة الوصية الخاصة بهم.
- و بهذا يكون المشرع قد جمع و وحد بين الأشخاص المعنوية العامة، متداركا بذلك الغموض الذي كان بينهم بالتصريح بدل التلميح .

¹ - المادة 976 "طبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون ، أمام الجهات القضائية الإدارية ، عندما يكون التحكيم متعلق بالدولة ، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين ، عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي ، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي ، عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني ، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها ." القانون رقم 09-08 المتضمن، ق.إ.م.إ.، المصدر السابق.

² - المادة 976 "... عندما يكون التحكيم متعلقا بالهيئات العمومية الوطنية أو المنظمات المهنية ، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من الجهة الوصية." القانون رقم 22-13 ، يعدل و يتمم القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ.، المصدر نفسه.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

تبنى المشرع الجزائري نظام التحكيم كما أسلفنا، و نظم إجراءاته المختلفة في القانون رقم 08-09¹ ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و نتيجة لما توصلنا إليه فإن التحكيم بمثابة قضاء استثنائي موازي للقضاء الرسمي ، لكن يختلف عنه من حيث بساطة الإجراءات و سرعة إصدار الحكم في النزاع المطروح أمامه ، من طرف أشخاص ليسوا قضاة ، لكن تمت تزكيته و اختيارهم من طرف الخصوم و بإرادتهم ، فوثقوا فيهم و في خبرتهم حتى حظوا بحجية أحكامهم و قبول الأمر بتنفيذها² ، و هذا ما ساهم في انتشار و اتساع رقعة نظام التحكيم عبر العالم و حتى نلم بإجراءات التحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية ، نتعرض لمحكمة التحكيم و الإجراءات التحكيمية في المطلب الأول ، و نخصص المطلب الثاني للحكم التحكيمي و شروط صحته، و إمكانية الطعن فيه.

المطلب الأول: محكمة التحكيم والإجراءات التحكيمية.

تعد الإرادة الركن الأساسي و الجوهرى لنظام التحكيم ، و الأصل في تشكيل هيئة التحكيم يعود لإرادة الخصوم ، وهم المعنيون باختيار المحكم سواء كان قبل نشوء النزاع أو بعده ، أو حتى أثناء سير الدعوى في المحاكم فالأمر يعود لأطراف النزاع³ ، و هم من يحددون قواعد عملهم ، و كيفية تسوية النزاع المطروح أمامهم ، و القانون الواجب التطبيق ، علما أن المشرع الجزائري ترك مجال هذا الأخير لإرادة الأطراف ، سواء كان النزاع تجاري دولي أو داخلي ، فقد كرس مبدأ حرية الأفراد حسب نص المادة 1043 من القانون رقم 08-09 المذكور أعلاه ، و باستقراء نص المادة 1017 من نفس القانون نجدها قد أشارت إلى تشكيل هيئة التحكيم ، و فور تشكيلها تبدأ إجراءاتها و إصدار أحكامها وهذا ما سنوجزه في غضون فرعين متتاليين ، الأول نتناول فيه محكمة التحكيم، و الثاني لإجراءات الخصومة التحكيمية .

¹ - القانون رقم 08-09 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - أحمد هندي ، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري و قوانين الدول العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر، سنة 2013 ، ص.ص ، 10. 11.

³ - طاهر العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 142.

الفرع الأول: محكمة التحكيم.

الملاحظ من خلال ما سبق من دراستنا حول التحكيم و ما يثور من منازعات في الصفقات العمومية لا سيما من ناحية الطبيعة القضائية التي تأهله لأن يكون إلى جانب القضاء الرسمي و لو بصفة استثنائية و المشرع الجزائري اصطلح على هيئة التحكيم بمحكمة التحكيم و هذا أيضًا يأخذنا إلى حد كبير لجهات المحاكم الرسمية ، إلا أن من خصائصها الصفة المؤقتة ، لأن نشوئها مرتبط بنزاع محدد ، و مهمتها مرهونة بالفصل فيه و إصدار حكم نهائي له حجية الشيء المقضي فيه.¹

تشكل محكمة التحكيم من محكم فرد أو عدد من المحكمين ، شريطة أن يكون العدد وترًا استنادا للطبيعة القضائية للتحكيم كما نصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 و إمكانية إصدار الحكم بالأغلبية حسب نص المادة 1026 منه ، و لا يمكن الحصول على الأغلبية دون وتيرة الأفراد المشكلة للمحكمة ، و بعد القبول الصريح للقيام بالمهمة المسندة إلى المحكم أو المحكمين التي تعد من الشروط القانونية لصحة تشكيل محكمة التحكيم.²

أولاً: تشكيل محكمة التحكيم.

يرتكز تشكيل هيئة التحكيم إلى مبدأين أساسيين ، أولهما إرادة الخصوم التي يعود لها اختيار المحكمين بطريق اتفاقي فيما بينهم ، مع مراعاة عدة معايير ، وأما المبدأ الثاني يكمن في المساواة بين طرفي النزاع أثناء عملية الاختيار ، فلا يمكن أن يعهد اختيار جميع المحكمين لطرف دون إشراك الطرف الآخر و إضافة إلى ذلك بإمكان الهيئة بعد تشكيلها حسب ما يتطلبه موضوع النزاع الاستعانة بخبير أو أكثر و تقوم كذلك بسماع الشهود لكن من دون أدائهم اليمين.³

1- إختيار وتعيين المحكمين.

استعمل أحد كبار فقهاء التحكيم في سياق الحديث عن كيفية تعيين المحكم مقولة شهيرة و هي " بقدر قيمة المحكم ، بقدر قيمة التحكيم "⁴ ، و انطلاقا من هذه المقولة نستنتج أن اختيار

¹ - برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 206.

² - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 142. 143.

³ - مراد سيساوي ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص اقتصاد دولي ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2023-2024 ، ص 35.

⁴ - نور الدين قارة ، قانون التحكيم ، مقدمة عامة ، التحكيم الداخلي ، المرجع السابق ، ص 109.

و تعيين المحكمين يقتضي مراعاة عدة شروط ، و قبل ذلك نعرف المحكم ، ثم لطريقة تعيينهم والشروط الواجب توافرها فيهم.

- تعريف المحكم ، لم يعرف المشرع الجزائري لا المحكم و لا هيئة التحكيم ، على غرار أغلب التشريعات والاجتهادات القضائية و على رأسهم القضاء المصري الذي وصف المحكم بأنه "الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له النظر في النزاع و الاشتراك في المداولة بصوت محدود و في إصدار الحكم و في التوقيع عليه"، كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "شخص يتمتع بثقة الخصوم ، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم ، و قد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز القيام بذات المهمة المتقدمة"¹.

- طريقة تعيين المحكمين ، بالرجوع لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09²، مكن المشرع الجزائري أطراف النزاع بصفة مباشرة تعيين المحكمين ، و تحديد شروط تعيينهم و عزلهم و استبدالهم بناء على اتفاقهم ، فمنحهم حرية واسعة ، و في حال عدم قدرتهم على التعيين يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي ، أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج فيرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر و أضافت المادة 1042³ من نفس القانون إذا لم يتم تحديد الجهة القضائية المختصة يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكمين وحالات ردهم.

التحكيم آلية فعّالة لفض منازعات الصفقات العمومية ،تعهد لأشخاص تم اختيارهم من طرف الخصوم و بإرادتهم و لثقتهم بهم و خبرتهم و حيادهم ، يسعى هؤلاء الأفراد محكم أو محكمين و قبل مباشرة مهامهم لابد من توفر شروط تؤهلهم لذلك ، وتقابلها حالات يتم ردهم لأجلها هذا ما سوف نتناوله بالتفصيل.

¹ - برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 213.

² - المادة 1041 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. المصدر السابق.

³ - المادة 1042 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. المصدر نفسه.

1- الشروط الواجب توافرها في المحكم.

ورد في الشريعة الإسلامية أن المحكم بمنزلة القاضي ، فيجب أن يكون رجلاً مسلماً عاقلاً و حراً ، يُفهم من هذا أن مهمة التحكيم ليست بالمهمة الهينة ، و الدليل في ذلك أنه يحظى بكامل الثقة من طرف الخصوم للفصل في النزاع القائم بينهم أو المحتمل ، و ما دام موضوع بحثنا يدور حول منازعات الصفقات العمومية ، هذه الأخيرة قد تبرم داخل الوطن أو خارجه ، مما يستلزم على من اعتلى وظيفة المحكم أن يتحلى بروح المسؤولية والاستقلالية و الحياد ، و أن يُلمَّ بمجال التجارة الدولية ، و يتزود بلغات أخرى عالمية ، و أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية و غير محكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف ولا يكون محجوراً عليه ، بالغاً لسن الرشد و كامل الأهلية كما ورد في نص المادة 40¹ من القانون المدني و تأكيداً لما سلف أضافت المادة 1014² من قانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية ، عن عدم إسناد مهمة التحكيم للشخص الطبيعي ما لم يتمتع بحقوقه المدنية ، أما بالنسبة للشخص المعنوي ، إذا عين بموجب اتفاقية فيقوم بإسناد مهمة التحكيم لعضو من أعضائه³.

2- الحالات التي يجوز فيها رد المحكم.

باستقراء نص المادة 1015⁴ من قانون رقم 09-08 ، يتبين أن من شروط صحة تشكيل محكمة التحكيم قبول المحكم لمهمته المسندة إليه⁵ ، إلا أنه إذا علم بوجود أسباب قابلة لرده ، يجب أن يطلع عليها أطراف النزاع و لا يجوز له مباشرة مهمته الموكلة إليه إلا بعد موافقتهم ، كما لا يجوز عزل المحكم إلا بموافقة الخصوم ، و لا يجوز التنحي بغير عذر مقبول و بدون اتفاق⁶.

¹ - المادة 40 "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و سن الرشد تسعة عشر، 19 سنة كاملة." الأمر رقم 58-75، المتضمن ق.م. ، المصدر السابق.

² - المادة 1014 "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية ، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 145. 147

⁴ - المادة 1015 "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحة ، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم ، إذا علم المحكم أنه قابل للرد ، يخبر الأطراف بذلك ، و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. المصدر نفسه .

⁵ - ملحق يحمل نموذج رقم 02 لصيغة إقرار محكم بقبول المهمة .ص. 92 ، و نموذج رقم 03 لصيغة محكم مرجح بقبول المهمة .ص. 93.

⁶ - أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2015 ، ص 183.

من المعلوم أن اختيار المحكم غير مقيدة على فئة أو شخص معين ، بل باتفاق أطراف النزاع على شخص موثوق فيه و ذو خبرة و حياد ، و حتى الرابطة التي تكون بينه و بين أحد الخصوم لا يؤثر على مجريات التحكيم حال علمهم بها ، لكن إذا جهلها الخصوم فهي ذاتها تتحول إلى ذريعة للخصم فيجوز له طلب رد المحكم على إثرها¹، إلا أن مختلف التشريعات لم تتفق حول الجهة المختصة في طلب الرد ، فمنهم من جعلها من اختصاص القضاء ، و منهم من جعلها من اختصاص هيئة التحكيم لاتسامه بالسرعة في الإجراء ، و من التشريعات من أخذت بها لكنها تعرضت للانتقاد على أساس تتحول هيئة التحكيم إلى خصماً و حكماً في آن واحد ، و هذا ما ينكره الفكر القانوني وبناء على هذا خوّلت جل قوانين الدول مسألة رد المحكم من اختصاص المحكمة المختصة و من بينها قانون سوريا و الأردن و المملكة العربية السعودية².

أما المشرع الجزائري فعالجها بموجب نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر³ ، و التي ذكر في مقدمتها جواز رد المحكم في حال عدم توفر مؤهلات تم الاتفاق عليها بين أطراف النزاع ، أو وجود سبب منصوص عليه في نظام التحكيم و باتفاق الأطراف ، أو تبين شبهة مشروعة تطعن في استقلاليته قد تكون بسبب علاقات عائلية ، أو اقتصادية تربطه بصفة مباشرة مع أحد الأطراف أو غير مباشرة ، حيث لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي قام بتعيينه أو شارك فيه إلا إذا تبين هناك سبب بعد تعيينه ، ويجب تبليغ هذه الأسباب إلى محكمة التحكيم و الطرف المعني فوراً و في حالة عدم تسوية إجراء الرد يعود الأمر إلى القاضي ليفصل فيه بناء على طلب الطرف الذي يهمله التعجيل ، و يصبح هذا الأمر غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن⁴.

يلزم المحكم أو المحكمين بإتمام مهمتهم التي باشرها في مدة أربعة أشهر، ما لم يحدد أجل لإنهائه ، تحتسب المدة من تاريخ تعيينهم أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم ، وهذا الأجل قابل للتمديد باتفاق الأطراف ، فان لم يتفقوا جاز تمديده وفقاً لنظام التحكيم ، و إن لم يتسنى ذلك قام رئيس المحكمة

¹ - حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، شروطه، أقسامه ، إجراءاته ، أحكامه شرعاً و قانوناً ، مطبعة الفجر ، بيروت لبنان سنة 1977 ، ص.ص. 43.45.

² - برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص. 228.229.

³ - المادة 1016 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

⁴ - جبايلي صبرينة ، إجراءات التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص.ص. 57.59.

المختصة بإتمام المدة ، و لا يجوز خلال هذا الأجل عزل المحكمين إلا باتفاق جميع الأطراف ، أي منع عزل المحكم بالإرادة المنفردة و لو من الطرف الذي قام باختياره.¹

الفرع الثاني: إجراءات الخصومة التحكيمية.

الخصومة التحكيمية تعتبر أكثر مرونة في إجراءاتها مقارنة بالخصومة القضائية و مردّ ذلك يعود لاتفاق الخصوم على تنظيم معين فيما بينهم بمساعدة هيئة التحكيم و هذا ما نصت عليه معظم التشريعات كما أن سير الخصومة التحكيمية تحكمها مبادئ أساسية مثلها مثل المبادئ العامة في التقاضي وعلى المحكم مراعاة ذلك و إلا كان حكمه باطلاً.²

أولاً: المبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة التحكيمية.

خشية تعرض حكم التحكيم إلى دعوى البطلان وجب على المحكم أن يراعي في ذلك المبادئ الأساسية التي تحكم كافة مراحل الخصومة التحكيمية و المتمثلة في مبدأ المساواة ، مبدأ احترام حقوق الدفاع و مبدأ الوجاهية.

1- مبدأ المساواة ، هذا المبدأ يعد سمة من سمات العدل ، و هو مبدأ دستوري نص عليه المؤسس الدستوري بموجب المادة 35 من الأمر رقم 20-442³ ، حيث يراعى هذا المبدأ من طرف الإدارة و المتعاقد معها أثناء إبرام الصفقات العمومية ، حسب ما ورد في نص المادة 5 من القانون رقم 23-12⁴ ، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث يستفيد الخصوم من فرص متكافئة أثناء سير الخصومة ، و هذا ما أشارت إليه المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و المسلم به أن استقلالية محكمة التحكيم عن أطراف النزاع الذين قاموا بتعيينها ضماناً لحقيقة مبدأ المساواة بينهم.⁵

¹ - طاهير العبد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 148.

² - نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 576 . 577.

³ - المادة 35 من م.ر ، رقم 20-442، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020 ، المصدر السابق.

⁴ - المادة 5 من القانون رقم 23-12 الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

⁵ - طاهير العبد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 149 . 150.

2- مبدأ حقوق الدفاع، نصت المادة 815¹ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 على رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية عن طريق عريضة يوقعها محام و تعفى من هذا الإجراء الدولة و الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 22-13 بخصوص نزاع متعلق بصفقة عمومية بمفهوم المادة 827² من القانون رقم 09-08 و على هذا الأساس يعد حق الدفاع من المسائل الهامة و الجوهرية في منازعات الصفقات العمومية و الإجراءات التي تتخذها الخصومة التحكيمية ، تقتضي بها في غالب الأحيان العودة إلى المحكمة الإدارية المختصة ، ويستوجب مثل المتعامل المتعاقد مع الإدارة في حال رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في النزاع الخاص بالصفقات العمومية ممثلا بمحام.³

3- مبدأ الواجهية ، يقصد بهذا المبدأ مواجهة بين طرفي النزاع ، و الاطلاع على كافة الإجراءات و يُعْرَض تجاهله إلى الطعن بالبطلان ، لاسيما حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر كما نصت عليه المادة 1058⁴ من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وبين المشرع حالاته و من بينها عدم تجاهله لأنه يعد من النظام العام ، و لا يجوز الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا بمراعاته مع باقي الحالات التي عدتها المادة 1056⁵ من نفس القانون.⁶

ثانيا: سير إجراءات الخصومة التحكيمية.

ترك محكمة التحكيم لأطراف النزاع الحرية الكاملة لاختيار المكان و الزمان المتفق عليه مسبقا أو الذي يتم تحديده وفقا لنظام التحكيم ، وتعقد المحكمة التحكيمية جلساتها بداية من تلقي طلب تحكيم⁷ من الأطراف المتنازعة أو من الطرف الذي يهّمه التعجيل ، كما بينت ذلك نص المادة 1010⁸ من القانون رقم 09-08 المذكور أعلاه ، إلى غاية إحالة القضية على المداولة بعد تبادل المذكرات

¹ المادة 815 "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام . " القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - المادة 827 من القانون رقم 09-08 المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه .

³ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 150.

⁴ - المادة 1058 "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه..." القانون رقم 09-08 ، المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁵ - المادة 1056 "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية ، ... 4- إذا لم يراع مبدأ الواجهية ، ... " . القانون رقم 09-08 المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁶ - بودلال فتومة ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 147.

⁷ - ملحق يحمل نموذج رقم 01 لإخطار اللجوء إلى التحكيم ، ص 91.

⁸ - المادة 110 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

و استعراض الأدلة ، لينتهي بحكم نهائي فاصل في النزاع ما لم تكن هناك عوارض تشوب الخصومة التحكيمية كما سنفصله بإيجاز.

1- طرح النزاع أمام محكمة التحكيم ، يتم طرح النزاع أمام هيئة التحكيم بواسطة طلب الخصوم معا أو الطرف المعني بالتعجيل كما أسلفنا ، حيث يجب أن يحتوي على مجموعة من البيانات الشكلية والموضوعية ، والمتمثلة في إسم المدعي والمدعي عليه و عنوان كل واحد منهم بالنسبة للشخص الطبيعي أو ذكر الممثل القانوني بالنسبة للشخص الطبيعي ، والإشارة إلى الصفة العمومية محل النزاع ، وبيان شرط التحكيم أو المشاركة التي يستند إليها الطلب المقدم مع دقة تحديده علما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه البيانات على غرار باقي النظم المقارنة الأخرى التي أولت أهمية لهذه البيانات إلى حد تحديد اللغة المستعملة في المنازعة التحكيمية التي لم يحددها المشرع الجزائري نيته في ذلك عدم تقزيم آفاق التحكيم مقارنة بالمشرع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي العربية ما لم يتفق الطرفان على لغة أخرى في حين ألزم المشرع السعودي اتخاذ اللغة العربية دون سواها لغة للتحكيم ، و على الأطراف اتخاذ احتياطاتهم في ذلك.¹

2- سير جلسات الخصومة التحكيمية، تستمر هيئة التحكيم في عقد جلساتها إلى غاية استيفاء ما تراه يساهم في الوصول إلى حل للنزاع ، و لا يعوقها عن ذلك تخلف أحد الطرفين عن الحضور إذا تم إخطاره أو تقاعس في تقديم السندات عمدا، حيث ألزم المشرع الجزائري حسب نص المادة 1022 من القانون رقم 09-08² ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كل طرف و قبل انقضاء أجل خمسة عشر 15 يوما على الأقل ، تقديم دفاعه ومستنداته و إن تخلف تم الفصل بما قُدِّم خلال هذا الأجل أما في التحكيم الدولي فيعود البحث عن أدلة الإثبات من طرف هيئة التحكيم ، و في حال عدم اتفاق الأطراف على إجراءات معينة أو إخضاعها لنظام قانون يحدده الأطراف كما ورد في نص المادة 1043 من نفس القانون .

تتعدد طرق الإثبات التي رسمتها جل الأنظمة القانونية الوضعية المختلفة مع تبيان قوة كل واحدة منها و إجراءاتها وهي ، الكتابة الإقرار، شهادة الشهود ، بعض القرائن القريبة ، و أداء اليمين ، ومما لاشك فيه تعد الكتابة أهم هذه الطرق ، بما أنها تعد مسبقا و هذه أفضل ميزة لها³

¹ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 152 . 153.

² - المادة 1022 من قانون رقم 09-08 المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - محمود السيد التحيوي ، طبيعة شرط التحكيم و جزاء الإخلال به ، المرجع السابق ، ص 186.

وبما أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة كما عرفها المشرع الجزائري بنص المادة الثانية¹ من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، فأهم وسيلة للإثبات لكافة الوثائق هي الكتابة ، و يمكن لمحكمة التحكيم طلب بموجب عريضة تدخّل القاضي المختص ، لتقديم الأدلة فغالبا ما تمنع الإدارة استظهار هذه الوثائق ، كما يمكن أيضا الاستعانة بخبير حسب موضوع النزاع في حالة الضرورة مع وجوب إخطار طرف النزاع بذلك تطبيقا للمبادئ الأساسية التي تسير عليها الخصومة التحكيمية وخاصة مبدأ الوجاهية.²

3- عوارض الخصومة التحكيمية ، يعترض الخصومة التحكيمية ما قد يؤدي إلى وقفها أو انقطاعها أو سقوطها ، و هذا أمر طبيعي شأنها في ذلك شأن الخصومة القضائية إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إلى عارض واحد و هو الوقف الذي تم النص عليه بموجب المادة 1021³ من القانون رقم 09-08 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية و بالرجوع إلى نص المادة 1019⁴ من نفس القانون نجدها جعلت للخصومة التحكيمية نفس الآجال و الأوضاع المقررة أمام جهات القضاء الرسمي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، و الوقف هو عدم مواصلة السير في الخصومة إلى غاية زوال السبب ، و قد يكون وقفا قانونيا كوفاة المحكم أو أحد المحكمين ، أو إذا طعن بالتزوير أو حصل عارض جنائي حيث يستأنف سريان أجل التحكيم بداية من الحكم في المسألة العارضة.⁵

4- إحالة القضية إلى المداولة ، المداولة هي تبادل الآراء من طرف جميع أعضاء الهيئة التحكيمية بشأن جملة من النقاط التي تمت إثارتها في موضوع النزاع المنعقد المراد الفصل فيه ، أي قبل صدور الحكم النهائي ، لذلك تعتبر المداولة آلية مناقشة حول ظروف القضية التي أخذت وقت للتشاور بغية الإجماع على رأي يفيد إنشاء الحكم الذي يمكن أن يضع حدا للنزاع ، و تعتبر أيضا شرطا جوهريا لصحة إصدار الحكم و باعثة الحقيقي ، و واجب إجرائها حتى في غياب نص صريح يأمر القيام بها لكن عدم إجرائها يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم.⁶

¹ - المادة 2 " الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة ،..." القانون رقم 12-23 ، الذي يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع ، المصدر السابق.

2- طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص. 153. 156.

3- المادة 1021 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ ، المصدر السابق.

4- المادة 1019 من القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ ، المصدر نفسه.

5- طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية، المرجع نفسه ، ص. 156. 157.

6- جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018 ، ص. 390. 394.

و حسب نص المادة 1025¹ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، الذي حثّ على سرية المداولة ، و الذي يستشف من هذا أن المشرّع نص عليها من خلال الأمر بسريتها ، و السرية كما هو معلوم من المميزات الهامة لنظام التحكيم فلا بد من مراعاة قواعده ، و من جهة أخرى أن الصفقة العمومية يكون أحد طرفيها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة حسب المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 800² من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 13-22، و إفشاء أسرارها لا يترتب عليه بطلان ، لكن بلجوء هؤلاء الأشخاص إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم يعد عملا خطيرا.

و عليه فالمداولة تعد حق لأطراف النزاع لمناقشة قضيتهم التي أسندوها و بإرادتهم لهيئة التحكيم من أجل الظفر بحل مرضي يأتي نتيجة فحص دقيق لجميع الأوراق و المستندات التي تم تقديمها أثناء المرافعات في ملف القضية ، و عدم الإحالة إلى المداولة هو الذي يعرض الحكم التحكيمي للإبطال.³

¹ - المادة 1025 " تكون مداولات المحكمين سرية . " القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - المادة 800 " من القانون رقم 13-22 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص ، 158.

المطلب الثاني: الحكم التحكيمي وإمكانية الطعن فيه

بعد الانتهاء من المداولة و تبادل الآراء حول النزاع المتعلق بالصفقات العمومية من خلال تقديم كافة المستندات و دفاع الأطراف ، و التقيد بالأجل المحدد مع مراعاة المبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة التحكيمية ، فمسار التحكيم كما أسلفنا يبدأ باتفاق الأطراف المتنازعة باللجوء إليه بإرادتهم ، تتوسطه إجراءات تقرّب وجهات نظر الخصوم من بعضها البعض ، لينتهي بحكمًا فاصلاً في النزاع ، يصدر بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين كما ورد في نص المادة 1026¹ من القانون رقم 09-08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

هذا الحكم سوف نتعرض لشروط صحته وكيفية تنفيذه في الفرع الأول ، و مادام الحكم من صنع البشر فالخطأ و السهو محتمل و وارد ، لذا سوف نخصص الفرع الثاني لإمكانية تدارك ما قد يشوبه من عيوب ، و الرقابة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري ، كرقابة الطعن فيه.

الفرع الأول: الحكم التحكيمي، أنواعه وشروط صحته وتنفيذه.

منح المشرع للمحكم ولاية قضاء تفصل في النزاع المعروض أمامها ، رغم نشأتها الاتفاقية لإرادة الخصوم و طبيعتها المؤقتة ، لأن أجلها مقرون بالفصل في النزاع بحكم صادر يحمل عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف المتنازعة ، وأوجه دفاعهم ، حسب نص المادة 1027² من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث يتضمن شروط شكلية و أخرى موضوعية و في حدود ميعاد محدد من أطراف النزاع استناداً إلى ما اتفقوا عليه ، أو طبقاً للقانون الواجب التطبيق ، ليتم إيداعه إلى جهات المحكمة المختصة ، مع تبليغ نسخة منه لأطراف الخصومة كما سنوضح ذلك.

¹ - المادة 1026 " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات . " القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - المادة 1027 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

أولاً: الحكم التحكيمي وأنواعه.

لم يعرف لنا المشرع الجزائري ، و لا غالبية التشريعات المقارنة الحكم التحكيمي مما فتح المجال للفقهاء الذي لا يغفل على مثل هذه الأمور ، لذا سوف نكتفي بتعريف واحد على سبيل التوضيح والفهم لا الحصر، ثم نأتي على شروط صحة الحكم التحكيمي ، وكيفية تنفيذه .

1- تعريف الحكم التحكيمي، انقسم الفقه حول تعريف للحكم إلى اتجاهين ، اتجاه موسع شمل جل النقاط المكونة له ، و آخر ضيق اقتصر على العناصر الأساسية للحكم.

- الاتجاه الموسع ، حسب هذا الاتجاه تم تعريف الحكم التحكيمي بأنه "القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه ، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتضمن الإجراءات التي أدت بالمحكم إلى الحكم بانتهاء الخصومة".

- الاتجاه الضيق ، يعتبر الحكم " ذلك القرار الذي يفصل في طلب محدد ، و ينهي بشكل جزئي أو كلي لمنازعة التحكيم"¹.

2- أنواع الحكم التحكيمي ، هناك عدة أنواع للتحكيم ذكرها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية منها الأحكام التحضيرية ، و الجزئية ، و الاتفاقية ، و الأحكام النهائية المنتجة لآثارها ، ما لم يتبين أن هناك غموض أو أخطاء ، تستوجب التفسير أو التصحيح كما سنوضح ذلك.

- الأحكام التحضيرية ، ورد في المادة 1035² من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أنواع أحكام التحكيم من بينها الحكم التحضيري ، الذي يعتبر تمهيدا لإصدار حكم موضوعي و من خلاله لا تفصل محكمة التحكيم في النزاع و إنما تمهد لذلك عن طريق خبرة فنية أو حسابية لإثبات الواقعة ، حيث يصدر بصفة استعجاليه في حالة الضرورة و لا يمس بأصل الحق و قابل للتنفيذ من قبل رئيس المحكمة المختصة³.

¹ - ليلي بن حليمة ، خصوصية و آثار حكم التحكيم في التشريع الجزائري ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، المجلد 12 العدد الأول جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، سنة 2019 ، ص 142.

² - المادة 1035 " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابل للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها..." القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - هدى نويوة ، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 252.

- الأحكام الجزئية ، هي الأخرى وردت في نفس المادة أعلاه ، و أيضا في المادة 1049¹ من نفس القانون هذه الأحكام تصدرها محكمة التحكيم في مجال العقود المركبة ، و الصفقات العمومية تعد كذلك مما يجيز إصدار حكم تحكيم جزئي يعالج مسألة معينة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ريثما يتم إصدار الحكم النهائي الفاصل في النزاع ، علما أنه قابل للتنفيذ من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.

- الأحكام الاتفاقية ، هذا النوع جوزه المشرع تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد الركن الأساسي لنظام التحكيم ، تم ذكره في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 1049، و الذي يفهم منه أن أطراف النزاع بإمكانهم أن يتفقوا على حل ودي فيما بينهم أثناء سير الدعوى التحكيمية و يطالبون بإنهاء الإجراءات التحكيمية ، و يفرغوا ما تم التوصل إليه على شكل عقد ، وتتبناه محكمة التحكيم كحكم بالصيغة التي اتفق عليها أطراف النزاع ، و يحظى بحجية الشيء المقضي به.²

- الأحكام النهائية، بصور هذا النوع من الأحكام و الذي يصطلح عليه أيضا بالحكم المنهني للخصومة و قد ورد ذكره في نص المادة 1035³ من القانون رقم 09-08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و منحة الصيغة التنفيذية فور صدوره و ما يميزه عن غيره من الأحكام السابقة، هو فصله في جميع طلبات الخصوم المقدمة و إنهاء ولاية المحكم ، و غلق باب المرافعات وينفذ بعد أصباغه بالصفة التنفيذية ، و هو الحكم الذي يمكن الطعن فيه بالبطان ، وبالرجوع إلى نص المادة 1030⁴ من نفس القانون أعلاه ، و كما أسلفنا ، أن إصدار الحكم التحكيمي من صنع البشر فهو معرض لبعض العيوب التي قد تشوبه ، لذا جَوَّز المشرع الجزائري إمكانية تفسير الغموض الذي قد يكتنف الحكم التحكيمي ، أو حتى تصحيحه ، حتى لا يتم تأخير الفصل في النزاع المطروح .

¹ - المادة 1049 " يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ."
القانون رقم 09-08 ، المتضمن ، ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - جارد محمد ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 375.

³ - المادة 1035 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 1030 " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم ، أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه ، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون ."
القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

ثانيا: شروط صحة الحكم التحكيمي.

حتى يتم تنفيذ الحكم التحكيمي و ينتج آثاره ، لابد له من شروط لصحته ، و أي مخالفة لهذه الشروط تؤدي لإبطاله.

1- شروط صحة الحكم التحكيمي ، للحكم التحكيمي شكلية معينة و مضمون ، و شروط موضوعية سوف نوضحها بالتفصيل.

- الشروط الشكلية ، اشترط المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان شروطا شكلية للأحكام التحكيمية في حال مخالفتها ، و المتمثلة في المداولة ، و الأغلبية للأصوات ، و الكتابة.

- المداولة ، تسبق حكم التحكيم إجراء المداولة و تكون حصرا على المحكمين دون سواهم و بالرجوع إلى المادة 1025¹ من القانون رقم 09-08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على وجوب إجراء المداولة و بسرية ، حفاظا على قواعد التحكيم المتسم بطابعه السري ، إلا أن عدم إجرائها يعرض حكم التحكيم إلى البطلان.

- الأغلبية ، تصدر أحكام المحكمين بأغلبية الأصوات كما ورد في نص المادة 1026 من القانون رقم 09-08 و في حالة التساوي يرجح صوت الرئيس.²

- الكتابة ، لم ينص المشرع عليها صراحة و لكن أشار إليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 السابق الذكر³ ، من خلال نص المادة 1027 التي تخص العرض الموجز عن الأحداث ، و المادة 1029 التي تتحدث عن توقيع المحكمين على الحكم ، و المادة 1035 المتعلقة بالأمر الخاص بالتنفيذ أمام المحكمة المختصة ، و كل ما ذكرناه يركز على عنصر الكتابة ، و ما دامت دراستنا حول منازعات الصفقات العمومية فقد صرح المشرع الجزائري في المادة 2 من قانون رقم 12-23⁴ الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية ، بأن عقود الصفقات العمومية عقود مكتوبة ، فكل ما يتعلق بها يجب كتابته.

¹ - المادة 1025 "تكون مداولات المحكمين سرية". القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

² - هاین أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية ، الصفقات العمومية نموذجا ، المرجع السابق ، ص 64.

³ - القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 2 "الصفقات العمومية عقود مكتوبة..." القانون رقم 12-23 يحدد ق.ع.م.ت.ص.ع. ، المصدر السابق.

- مضمون الحكم التحكيمي ، تم ذكر مضمون الحكم التحكيمي بالتفصيل في نص المادة 1028 من القانون رقم 09-08 ، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية¹.

- أسماء المحكمين و الأطراف و المحامين ، اقتصر المشرع الجزائري على ذكر اسم و لقب المحكم أو المحكمين ، أما الأطراف فلا بد من ذكر أسمائهم و ألقابهم و موطن كل واحد منهم ، و إن كان شخص معنوي فيذكر مقره الاجتماعي بغية معرفة العنوان ، و الذي من خلاله يسهل الاتصال بهم و تبليغهم أو تكليفهم بالحضور.

- تاريخ و مكان صدور الحكم ، ذكر التاريخ له علاقة باحتساب الآجال ومدى احترام محكمة التحكيم له ، حيث ترتب عليه أثره مواعيد الطعن ، و بإنهاء الأجل تنتهي مهمة المحكم و يتخلى عن النزاع باستثناء حالة تفسير بعض الغموض أو تصحيح الأخطاء ، أما المكان فمن أجل تنفيذ الأحكام سواء بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ، و هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي حسب ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 1035 من القانون رقم 09-08² ، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية أما بخصوص التحكيم الدولي فبواسطة محكمة محل التنفيذ إذا كان مقرها خارج إقليم التراب الوطني حسب نص المادة 1051 في فقرتها الثانية من نفس القانون.

- توقيع المحكمين ، باستقراء نص المادة 1029³ من القانون رقم 09-08 المذكور أعلاه ، يتم التوقيع من جميع المحكمين الحاضرين ، و من تخلف أو امتنع يتم الإشارة إليه من طرف المحكمين و يتم باعتباره موقع من الجميع ، و هو نفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي و المصري ، مع اشتراط هذا الأخير ذكر أسباب عدم توقيع الأقلية.

- الشروط الموضوعية ، و المتمثلة في العرض الموجز لادعاءات للأطراف ودفاعهم ، و منطوق الحكم و تسريبه ، الذي نوضحه بالتفصيل كما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08.

¹ - القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

² - القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

³ - المادة 1029 "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين ، و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين على ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

- عرض موجز لإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم ، حيث وردت بصيغة الوجوب في نص المادة 1027¹ من القانون رقم 09-08 ، ويعتبر هذا العرض الموجز بمثابة تلخيص لمجريات ما تم طرحه من طرف أطراف النزاع ، و تجاهله يعرض الحكم للإبطال.

- تسبب الحكم ، أوجبت نفس المادة 1027 أعلاه في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تسبب الحكم التحكيمي ، أي عدم التسبب يرتب بطلانه.

- منطوق الحكم ، هو الإجراء النهائي للنزاع ، أي الحكم الذي تصدره محكمة التحكيم ، سواء فصلت في جزء أو في الموضوع بأكمله ، و يجب أن يكون الحكم واضح و غير غامض حيث لم يشر إليه المشرع الجزائي صراحة ، ولكن يمكن استنتاجه ضمنا من خلال تبرير طلبات المدعي التي يتم ذكرها والاستناد عليها في منطوق الحكم الذي يصدر في صالحه ، و يحكم المحكم له بجميع ما يطلب².

ثالثا : تنفيذ الحكم التحكيمي وأثاره.

يستمد حكم التحكيم قوته و فاعليته من سلطة القضاء الرسمي للدولة ، و تتجلى الطبيعة القضائية لمحكمة التحكيم بوصفها قضاء خاص تمارس اختصاصها خارج ولاية المحاكم القضائية و ذلك بواسطة إرادة أطراف النزاع التي منحهم سلطة الفصل في النزاع إلا أن عملية التحكيم تنشأ تحت مظلة النظام القانوني للدولة الذي تحتاجه في إنفاذ أحكامها و لو جبرا ، و لا يتأتى ذلك إلا بتدخل قضاء الدولة، وهذا الأخير هو الذي يمد محكمة التحكيم القوة الإلزامية لتنفيذ أحكامها و الأصل أن تنفيذ أحكام التحكيم تنفذ طواعية ، لكن إن تعذر ذلك فيتم بواسطة تدخل جهات القضاء ، و تعتبر هذه المرحلة نقطة التقاء تجمع بين القضاء الرسمي و محكمة التحكيم³ ، و للإشارة فإن المشرع الجزائري ميز بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي في طريقة تنفيذ الأحكام التحكيمية.

1- تنفيذ حكم التحكيم الداخلي ، نص المشرع من المادة 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 ، عن تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي سواء النهائي أو التحضيري أو الجزئي على حد سواء ، يتم منحة الصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الإدارية الصادر في دائرة اختصاصها

¹ المادة 1027 "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم ، يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة." القانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق .

² - طاهير العبد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص.ص ، 168 . 169.

³ - أشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية و أثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، ط1، دار الفكر جامعي،الإسكندرية مصر ، سنة 2010، ص177.

ما دام الأمر متعلق بمنازعات الصفقات العمومية كما حددها المشرع الجزائري في نص المادة 800 من نفس القانون ، و فور إصدار الأمر بالتنفيذ يقوم أمناء الضبط لدى المحكمة المختصة بتسليم نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي لمن يطلبها من أطراف النزاع ، ما لم يخالف النظام العام ، أو مسائل لا يجوز الحكم فيها.¹

2- تنفيذ حكم التحكيم الدولي ، حكم التحكيم الدولي ينفذ طواعية ، ولا يمكن تنفيذه بالجبر إلا إذا استحال ذلك ، ورغم قلة هذه الظاهرة إلا أنها بدأت في ظهور متزايد في الآونة الأخيرة مما يستوجب تدخل القضاء للوقوف على الحكم و منحه الأمر بتنفيذه ، ليصبح سنداً تنفيذياً للمعني بالتعجيل كما حددته المادة 1053² ، و عليه فحكم التحكيم الدولي لابد من إثباته و الاعتراف به أولاً عن طريق تقديم الحكم التحكيمي الأصلي مرفقاً باتفاقية التحكيم أو نسخة رسمية عنها و إن كانوا محررين بغير اللغة العربية لابد من ترجمتهما ، حسب الفقرة الثانية من نص المادة 4 لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 و كذا نص المادة 8³ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، إضافة إلى الشروط الشكلية و الموضوعية لحكم التحكيم - التي ذكرناها خلال دراستنا في شروط صحة الحكم التحكيمي - و أن لا يكون الحكم مخالف للنظام العام ، الذي يحكم إبرام الصفقات العمومية و بعد ذلك يتم إيداعها أمام المحكمة المختصة و تقديم طلب الأمر بتنفيذها.⁴

3- آثار الحكم التحكيمي، بعد قطع التحكيم كل هذه المراحل بنجاح تنتج عنه آثار متمثلة في حيازة حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره ، وهذا حسب نص المادة 3 من اتفاقية نيويورك 1958 و نص المادة 1031⁵ من القانون رقم 09-08 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، و باقي التشريعات المقارنة ، و هو ما يعني أنه لا يجوز إعادة طرح النزاع على القضاء المختص الذي تم حسمه بحكم التحكيم و على جهات القضاء الرسمية احترام هذا الحكم و عدم قبول الفصل فيه مرة أخرى ، و الأثر الثاني يظهر

¹ - سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 264.

² - المادة 1053 "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه ، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل." القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ، المصدر السابق.

³ - المادة 8 "يجب أن تتم الاجراءات و العقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول،..." القانون رقم 09-08 المتضمن ق إ م إ، المصدر نفسه.

⁴ - طاهير العيد، التحكيم في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص ص 267 271.

⁵ - المادة 1031 "تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه." القانون رقم 09-08 المتضمن ، ق إ م إ، المصدر نفسه.

في استنفاد ولاية هيئة التحكيم ، بمجرد إصدارها لحكم التحكيم والتوقيع عليه فيكون بذلك قد فصل في النزاع كلية أو في جزء منه ، فحكم المحكم حاسم و لا رجوع فيه إلا في حالة تفسير لبعض الغموض الذي يعتريه ، أو تصحيح أخطاء إن وجدت أو تكملة حالات الإغفال المسجلة في الفصل لبعض الطلبات.¹

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم في التشريع الجزائري.

الملاحظ أن المشرع الجزائري ميز في عدة محطات بين التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية ، و بين التحكيم الدولي ، و الأمر ذاته في مجال الطعن في كليهما ، و سوف نحاول بإيجاز معرفة طرق الطعن العادية و غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي ، و نتطرق لطرق الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولية سواء الصادرة بالجزائر، أو تلك الصادرة خارج إقليم التراب الوطني.

أولا : طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية.

يتم الطعن ضد أحكام التحكيم الداخلي كأصل عام ، بطرق عادية و أخرى غير عادية.

1- طرق الطعن العادية ، القاعدة العامة في هذه الطرق هي المعارضة و الاستئناف.

- المعارضة ، صرح المشرع الجزائري بعدم إمكانية حكم التحكيمي أن يكون محلا للمعارضة في نص المادة 1032² من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09-08 ، لأن المعارضة تصدر أثناء غياب الأطراف ، و هذا الأمر لا يستقيم مع نظام تحكيمي رضائي من طرف الخصوم ، فلا يتصور غيابهم عن الحضور ، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 1022³ من نفس القانون ، والتي تلزم الأطراف على تقديم مستنداتهم و دفاعهم قبل انقضاء أجل خمسة عشر 15 يوم على الأقل ، و إلا فصل المحكم بما قدم له ، فالمشرع الجزائري استثنى الطعن بالمعارضة ضد حكم التحكيم.⁴

¹ - أحمد هندي ، التحكيم دراسة إجرائية ، في ضوء قانون التحكيم المصري و قوانين الدول العربية و الأجنبية المرجع السابق ، ص.ص ، 118 . 122.

² - المادة 1032 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

³ - المادة 1022 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁴ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 242.

- الاستئناف ، يرفع الاستئناف في حكم التحكيم الداخلي حسب نص المادة 1033¹ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، من تاريخ النطق به ، و في أجل شهر أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه ، ما لم يكن هناك تنازل لأطراف النزاع عن هذا الحق ، و إدراجه ضمن البنود في اتفاقية التحكيم².

2- طرق الطعن غير العادية ، جوّز المشرع الجزائري الطعن ضد الحكم التحكيمي عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، و الطعن بالنقض للأحكام الفاصلة في الاستئناف .

- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، جوز المشرع صراحة هذا الطريق بموجب المادة 1032 رغم وجود شيء من التناقض في صياغتها ، و التي وردت بجواز التوجه لهذا الطريق ضد حكم التحكيم أمام جهات القضاء المختصة لكن قبل عرض النزاع على التحكيم ، فقبل التحكيم لا وجود للحكم أصلا ، علما أنه بمجرد جواز المرور عبر هذا الطريق يفهم ضمنا أن الحكم قد صدر³.

- الطعن بالنقض ، و هذا النوع من طرق الطعن جائز في القرارات و الأحكام النهائية و القطعية وتبنى على وجه واحد أو أكثر مما ذكرها المشرع حصراً في نص المادة 358⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و أما مجال التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية ، فيمكن استئنافها كما ذكرنا آنفاً ، مما يفضي بعدم جواز الطعن فيها بالنقض مباشرة ، و قد أجاز المشرع الجزائري صراحة للقرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم الداخلي و القاضي برفض التنفيذ خلال أجل 15 يوم ، و إمكانية الطعن فيها بالنقض بموجب المادة 1034⁵ ، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 مع مراعاة الأوجه المشار إليها في المادة 358 أعلاه⁶.

¹ - المادة 1033 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر السابق.

² - هابن أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية ، الصفقات العمومية نموذجاً ، المرجع السابق ، ص 66.

³ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع نفسه ، ص 252.

⁴ - المادة 358 من القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه.

⁵ - المادة 1034 " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون." القانون رقم 09-08 ، المتضمن ق.إ.م.إ. ، المصدر نفسه .

⁶ - طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 252.

ثانيا: طرق الطعن في حكم التحكيم الدولي في منازعات الصفقات العمومية.

بالعودة لنصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و التي تحيل إلى حالات جَوَز فيها المشرع الجزائري طريق الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر، و حظر تلك الصادرة خارج الجزائر، إلى جانب الأحكام التحكيم الداخلية ، فالطعن بالبطلان يعتبر " جزاء يؤدي إلى شل فعالية هذا التصرف ، و يفقده كل آثاره القانونية و المادية"¹، فهو يتماشى مع نظام التحكيم لأن دعوى البطلان ليست من طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية ، و لا تعد درجة ثانية لإعادة النظر في النزاع من جديد و إنما هي طريق استثنائي في مواجهة ما يعتري الحكم من عيوب ، فيهدف الطعن بالبطلان إلى التحقق من تطابق إرادة الأطراف المتنازعة في لجوئهم إلى نظام التحكيم و مدى احترامهم لهذا التوجه ، و كذلك مدى مراعاة محكمة التحكيم للمبادئ الأساسية أثناء سير الخصومة التحكيمية و إصدارها للحكم ، إضافة إلى توافق الحكم مع النظام العام ، لذلك حصر المشرع الحالات التي تُقبل فيها دعوى البطلان بنص المادة 1056 من القانون رقم 09-08 ، و خاصة للأحكام التجارية الدولية.²

1- الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة بالجزائر، صرح المشرع الجزائري للأحكام التحكيم الصادرة بالجزائر بالمادة 1058 من القانون رقم 09-08 أن تكون محلا للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها بالمادة 1056 من نفس القانون.

2- الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة خارج الجزائر، بالتمعن في نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أعلاه ، و بمفهوم المخالفة نجد أن أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر لا يمكن أن تقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء المختص الجزائري و هو نفس الطرح المعتمد بالنسبة للمشرع الفرنسي كذلك.³

¹ - طاهير العيد ، دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، مجلة القانون و العلوم السياسية ، المجلد 9، 1ع ، المركز الجامعي صالحي أحمد ، النعامة ، الجزائر ، سنة 2023 ، ص 17.

² - تعويلت كريم ، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري ، مقتضيات تشجيعه و تفعيله ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد خاص ، جامعة بجاية ، الجزائر، سنة 2017 ، ص 175.

³ - جارد محمد ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 572.

خاتمة

أصرّ المشرع الجزائري فور انتزاعه لحريته المشروعة ، إلى العمل على إرساء قواعد الدولة والحفاظ على مؤسساتها حتى من خلال تمديد العمل بالتشريع الفرنسي مؤقتا ما لم يتعارض مع السيادة الوطنية و مقومات الهوية العربية و الدين الإسلامي ، سعيًا منه لتحقيق استقرار للأوضاع القانونية ، و استمرار سير المرافق العمومية و ضمان تقديمها و لو لحد أدنى من الخدمات للجمهور ، سدًا للفراغ الذي خلفه المستعمر عمدًا كوجه آخر لاحق للاستعمار ، أو شكل من أشكال التبعية في عملية التسيير.

المشرع الجزائري و هو حديث عهد بالاستقلال ، يعاني من قلة الكفاءات البشرية و نقص في الإمكانيات المادية ، ما جعل بناء دولته تحديّ حقيقي في تلك الفترة ، و كان لزامًا عليه اللّحاق بالركب و تسخير كلّ قواه ليُحقّق النّصر في جميع المجالات ، و ما أخره على ذلك هو المدّة الطّويلة التي قضّاها المستعمر في بلادنا ، فَوَرِثْنَا نمط معيشته فحتمّ على المشرع الجزائري التّأثر بها ، فتسبّبت له بالتّعثر في عدّة مجالات مختلفة كالمجال الثقافي ، و السياسي ، و الاجتماعي ، و الاقتصادي ، و هذا الأخير هو المجال الخصب للّهوض به من جديد ، بغية إنعاش الاقتصاد الوطني ، و خاصّةً ما تعلّق بمجال الصفقات العمومية.

نظّم المشرع الجزائري مجال الصفقات العمومية ، بترسّانة من الأوامر و المراسيم التي تُعَدِّل أو تُلغي بعضها البعض ، بما يتماشى و الوضع الاقتصادي ، وصولاً لآخر تنظيم بموجب قانون تحت رقم 23-12، الذي يعدّ الأول تنظيمًا بهذا الشكل، و يدلّ هذا على مكانتها المتمثلة في ارتباطها بالمال العام من جهة ، و من جهة أخرى حرص المشرع على حمايتها من مخاطر الفساد لأنّها الأكثر عرضةً له ، والمُسلّم به أن عقود الصفقات العمومية يكون أحد طرفيها شخص معنوي عام فالأطراف غير متكافئة ، و الخلاف وارد لا محالة ، لأنّ الدولة و أشخاصها المعنوية تسعى للمصلحة العامّة و الطّرف المتعاقد معها يسعى للمصلحة الخاصّة ، و هذا التضارب ينتج عنه منازعات متعدّدة.

تعتبر المحاكم الإدارية الولاية العامّة للفصل في النزاع الذي تكون الدولة أو أشخاصها المعنوية طرفًا فيه ، حسب المعيار العضوي الذي أخذ به المشرع الجزائري ونصّ عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و بهذا تحتلّ الدّولة و هيئاتها العامة مرتبة أعلى بوصفها ذات سيادة و سلطة مع الطّرف المتعاقد معها ، فلها امتيازات تُفرضُها عليه كما فَرَضَتْها عليها المصلحة العامّة ما تؤدي إلى إرهاقه أحيانًا ، و رُبّما عجزه أو تقاعسه على الالتزام بها ، و نظرًا لخصوصية منازعات

الصفقات العمومية التي لا تحتمل التأخير ، الذي يعيق أو يوقف مسار عجلة التنمية ، يجعل المشرع مُجبراً على البحث لآليات بديلة تقوم مقام المحاكم الإدارية ، و تفصل في المنازعات بإجراءات بسيطة و سريعة ، و هذا هو الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، و التصريح بجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التوجه لنظام التحكيم كطريق بديل عن القضاء.

مرّ نظام التحكيم في بلادنا حتى وصل إلى هذا الوضع بعدّة مراحل شهد فيها تذبذب كبير مرّده في ذلك هو عدم ثقة المشرع الجزائري في تلك الفترة إلا بالقضاء الوطني ، فأدى به الأمر إلى حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التوجه لنظام التحكيم و صرّح بذلك في المادة 442 من أول قانون للإجراءات المدنية الجزائري ، الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 ، إلا أن الوضع لم يبق على حاله رغم خرقه ببعض الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر دفعتم إليها الظروف الاقتصادية ، التي عانت منها الجزائر في فترات متفاوتة ، و تزامناً مع التحوّل من النهج الاشتراكي إلى اقتصاد السوق و وضع دستور جديد للبلاد في سنة 1989 ، و المصادقة على اتفاقية نيويورك قبلهم بموجب المرسوم رقم 88-233 ، ما أدّى لتخفيف القيود بإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي ألغى نص المادة 442 أعلاه ، و رفع الحظر المفروض على الأشخاص المعنوية العامة ، و سمح لهم باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية دون سواها.

يعتبر التحكيم أحد الطرق البديلة عن القضاء ، بل هناك العديد من الفقهاء من اعتبره قضاء خاص و ذلك لما حقّقه من نجاح في تسوية المنازعات ، و خاصة في مجال الصفقات العمومية فهو احتكام طرفي العقد بإرادتهم و اختيارهم لشخص آخر في نزاع قائم أو محتمل للفصل فيه دون اللجوء إلى المحكمة ، و يأخذ صورة شرط إذا تم النص عليه ضمن بنود العقد لتسوية نزاع مستقبلي ، و قد يأخذ صورة مشاركة إذا تم اللجوء إليه بعد نشوء النزاع و باتفاق أطراف الخصومة.

تردّد الفقه المقارن حول أربعة نظريات رئيسية للطبيعة القانونية للتحكيم فمنهم من قال أنه ذو طبيعة تعاقدية يبرمه أطراف النزاع بإرادتهم و يختارون محكّم للفصل بينهم و بإجراءات من صنعهم و قوانين حسب اتفاقهم ، و آخرون جعلوه ذو طبيعة قضائية ، حيث يهدف لنفس ما يقوم به القضاء الرسمي ، من خلال إصداره لأحكام فاصلة في النزاع المعروضة أمامه و لها حجية الشيء المقضي فيه ، فيما جمعت طائفة أخرى بين النظريتين ولم تأني بالجديد

و أما الطائفة الرابعة فقالت إن التحكيم ذو طبيعة خاصّة و مستقلّة ، وهو وسيلة لفض المنازعات و يختلف في ذلك عن القضاء وهو موازي له ، و المسلم به أن التحكيم مصدره العقد ، و قوامه إرادة الأطراف التي تتجه إلى إنشائه ، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الفردي أو التحكيم المؤسسي المنظم أو تعلق الأمر بالتحكيم الوطني ، أو الدولي الذي يحتوي على العنصر الأجنبي ، الذي تحدده عدة عوامل منها الموقع الجغرافي ، و القانون الواجب التطبيق حسب اتفاق أطراف العلاقة العقدية.

يتسم نظام التحكيم بمزايا جعلت الإقبال عليه في تزايد مستمر ، و المتمثلة في سرية إجراءاته و بساطتها ، و سرعة صدور و تنفيذ أحكامه ، و البقاء على العلاقة الطبيعية لأطراف العقد رغم اختلافهم ، إضافة إلى تخفيف العبء على جهات القضاء ، الذي يتميز بعكسها تمامًا و مع ذلك سجّل هذا النظام بعض العيوب في نظر بعض الفقهاء ، من بينها الحرمان من الضمانات القضائية المقرر قانونًا للمتقاضين ، و مزاحمته للقضاء في مهامه ، و ربما عجزه عن الفصل في بعضها إضافة إلى عدم ثبات نفقاته.

يتشابه التحكيم مع بعض النظم مثل ، القضاء و الصلح و الوساطة ، فتربطه بالأول علاقة وطيدة من حيث الفصل في النزاع و الإجراءات المتبعة ، إلى غاية إصدار الحكم الفاصل ، و يختلف عنه في السرعة و السرية والإجراءات المخففة ، أما الصلح و الوساطة فيلتقيان مع التحكيم كونهم من نفس الطرق الودية البديلة عن القضاء ، في حين يختلف عنهم في موازاته للقضاء ، و هم يعملون تحت إشرافه ، و إمكانية تدخله في أي لحظة ، و ليس لهم الحق في إصدار أحكام فاصلة في النزاع المعروض أمامهم كما هو في نظام التحكيم.

فالتحكيم يصلح أن يكون وسيلة بديلة و ملائمة لتسوية المنازعات الناجمة عن إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية ، حيث تتخلّل هذه الأخيرة عدة منازعات لاسيما في مرحلة التنفيذ ، التي يصعب حصرها و السبب هو وجود الدولة كطرف في هذه العلاقة القانونية ، لا يجعلها في مرتبة المتعاقد معها، بل لها امتيازات عامة تجعلها تفرض عليه ما تفرضه عليها المصلحة العامة ، فتكون أحيانا تصرفاتها ضارة به عند استعمالها لسلطاتها العامة ، و التي توصف بالوقائية، عند قيامها بالإشراف و المراقبة و التعديل ، و قد تكون علاجية ، بتوقييعها لجزاءات مالية كغرامة التأخير ، أو مصادرة كفالاتي التعهد و حسن التنفيذ و كفالة التسبيقات ، أو استعمال وسائل ضاغطة ، أو بتوقيع جزاءات غير المالية و هي أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية ، و المتمثلة في فسخ العقد بطريقة غير طبيعية من جانب واحد.

تتقاسم المصلحة المتعاقدة حقوقا و التزامات ما بينها وبين المتعاقد معها ، و كل اختراق يترتب عنه نزاع ، فالمتعاقد له الحق في المقابل المالي نظير انجازه لما تم الالتزام به ، و في حالة إرهاقه بما يخل بتوازنه المالي ، فله الحق في إعادته إلى طبيعته التي كان عليها ، و إن أخلّت المصلحة المتعاقدة بالتزامها عمدا أو لظروف طارئة و لا يد للإدارة فيها ، فله الحق بالمطالبة بالتعويض ، و يقع على المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بالتزاماته بصفة شخصية ، و في الآجال المحددة للصفقة و مطابقتها كما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط.

بعد هذا العرض الموجز يمكننا تحديد الصفقات العمومية التي يجوز فيها التحكيم من عدمه و من خلال النصوص القانونية ، و خاصة نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 ، جوّز المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية العامة اللجوء و لأول مرة طلب التحكيم في مادة الصفقات العمومية ، إلا أننا يجب أن نفرق بين الصفقات العمومية الداخلية من الصفقات العمومية الدولية ، هذه الأخيرة صرّح لها المشرع في نص المادة 89 من القانون رقم 12-23 بصفة صريحة حيث أخضع المصالح المتعاقدة باللجوء إلى هيئة تحكيم دولية لتسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذها.

أما الصفقات العمومية الداخلية ، فإن ولاية الاختصاص ترجع للقضاء الإداري دون سواه ولا يجوز التحكيم فيها إطلاقا، استنادا إلى نص المادتين 975 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المشار إليه أعلاه ، رغبة من المشرع الجزائري في الحفاظ عليها لخصوصيتها و ارتباطها بالمال العام ، ما جعلها تُحتم عليه رقابتها و محاربة كل أشكال المخالفات التي هي عرضة لها تندرج ضمن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

ميّز المشرع الجزائري في عدّة محطّات بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي في منازعات الصفقات العمومية ، والأمر ذاته في مجال الطعن في كليهما حيث أخضع أحكام التحكيم إلى طرق الطعن العادية و المتمثلة في المعارضة و الاستئناف ، فأجاز هذه الأخيرة ، و لم يجز المعارضة لأنها لا تستقم مع نظام اتفاقي لا يعتمد على الغياب في إجراءاته ، و طرق غير العادية جوّز المشرع فيها الطعن ضد الحكم التحكيمي عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، و الطعن بالنقض للأحكام الفاصلة في الاستئناف أما التحكيم الدولي فجوّز له المشرع الجزائري الطعن بالبطالان في أحكام التحكيم الصادرة بالجزائر في نص المادة 1058 من القانون رقم 09-08 ، و بمفهوم المخالفة نجد أن أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر ، لا يمكن أن تقبل الطعن بالبطالان أمام القضاء المختص الجزائري.

لقد أصفرت هذه الدراسة على مجموعة من النتائج أهمها :

- لم يبق هناك حاجز يحول دون لجوء الأشخاص المعنوية العامة بطلب التحكيم في منازعاتها والمتعلقة بالصفقات العمومية بعد تبني المشرع لنظام التحكيم بصفة صريحة.
- يتضح أن مرحلة إبرام الصفقات العمومية غير معنية بنظام التحكيم إضافة إلى كل التزام ليس ذو طبيعة مالية.
- بمجرد صدور حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، يحوز مباشرة على حجية الأمر المقضي فيه.
- الأصل أن تنفيذ الأحكام التحكيمية يكون طواعية ، و الاستثناء هو تنفيذها جبرا ، و لا يحصل هذا الأخير إلا بواسطة الأمر بالتنفيذ الصادر من طرف القضاء المختص و إصباغه بالصيغة التنفيذية و تعد هذه المرحلة نقطة تلاقي نظام التحكيم مع القضاء.

و نستنتج من النتائج التي توصلنا إليها أن هناك فراغ في هذا المجال يمكن استدراكه من طرف أهل الاختصاص، و بالنسبة لنا كتوصيات يمكن البحث فيها مستقبلا نقترحها بإيجاز.

- لازال نظام التحكيم دخيلا على قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رغم إمكانية استقلاله عنه وجمعه في قواعد شاملة و واضحة لا لبس فيها.
- إن مجال التحكيم و طبيعته الرضائية تتنافى مع طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، باستثناء طريق واحد و هو دعوى البطلان ، هذه الأخيرة التي تتماشى مع نظام التحكيم لأنها تعتبر طريق استثنائي يواجه كل ما يعتري حكم التحكيم من عيوب من جهة و من جهة أخرى الإبقاء على فائدة التحكيم و مصداقيته.
- اكتظت المحاكم الوطنية و أثقل كاهلها بالملفات المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية و هي في تزايد مستمر ، و لازال التحكيم في هذا المجال غريب و لم يفعل بعد ، لذا يجب مراعاة هذا الطريق البديل و جعله إلى جانب القضاء الرسمي لتخفيف العبء على المحاكم الإدارية الوطنية.

- العمل على تطوير هذا النظام من خلال تنظيم ندوات و ملتقيات ، و أيام دراسية من أجل اطلاع كافة المجتمع على نظام التحكيم و آلياته ، لاسيما في مجال الصفقات العمومية و العمل على نشر ثقافته على كل المستويات .
- إدراج مقياس التحكيم للدراسة و خاصة في مجال الصفقات العمومية ، في كليات الحقوق و العلوم السياسية ، و حبذا لو أدرج في السداسي الخامس و السادس ، و في طور الماستر .

الملاحق

إخطار اللجوء إلى التحكيم

السيد :

رئيس مجلس إدارة شركة

تحية طيبة وبعد

بموجب عقد موقع بتاريخ تعهدت الشركة بالقيام بتشديد لمصلحة

شركتنا ولقاء ثمن قدره ووفقاً للشروط العامة للصناعة والشروط

الخاصة الملحقة بالعقد بتاريخ

وبما أن أعمال البناء قد وصلت إلى حد وقد عمدت شركتكم

إلى إيقاف أعمال البناء مما أدى إلى نشوء ضرر فادح لمصلحة الشركة

.....

ووفقاً لنص البند رقم من العقد المبرم بين الفريقين والذي يقرر بأن أي نزاع ينشأ بسبب

تنفيذ هذا العقد يتم فضه عن طريق التحكيم

ومن ثم فإن الطالب يخطر المعلن إليه باللجوء إلى حل النزاع الناشئ عن طريق التحكيم عملاً بأحكام الشرط

التحكيمي المنصوص عليه في المادة من العقد.

وقد عينا محكماً من جانباً هو السيد المقيم في

ومن ثم فإننا نخطركم بسرعة موافاتنا باسم وعنوان المحكم المعين من جانبكم خلال خمسة عشر يوماً من

تاريخه.

حتى يتسنى اتخاذ باقي الإجراءات واستكمال تشكيل هيئة التحكيم.

توقيع الطالب

صيغة إقرار محكم
بقبول المهمة

إقرار

القضية التحكيمية المقامة من:

شركة "المحتكمة"

ويمثلها رئيس مجلس إدارتها السيد: وعنوانها

ضد

شركة "المحتكم ضدها"

ويمثلها رئيس مجلس إدارتها السيد: وعنوانها

أقر أنا السيد: والمقيم في

والمحكم المسمى عن بأنني أقبل المهمة المسندة إلي بخصوص النزاع الدائر بين الفرقاء أعلاه

وأتعهد بالالتزام بجميع سلوكيات المحكم وفقاً للقانون وأقر بكامل حيدي واستقلالي وبعدم وجود أية علاقة

بيني وبين فرقاء النزاع أو أي ظروف تدعو إلى الشك في حيدي واستقلالي.

وهذا إقرار مني بذلك.

المقرر بما فيه:

نموذج رقم -03-

صيغة
إقرار محكم مرجح
بقبول المهمة
إقرار

القضية التحكيمية

المقامة من :

شركة:..... "المحتكمة"

ويمثلها رئيس مجلس إدارتها وعنوانها.....

ضد

شركة:..... "المحتكم ضدها"

ويمثلها رئيس مجلس إدارتها..... وعنوانها.....

.....

أقر أنا الأستاذ :

والمقيم في

بقبول المهمة المسندة إلي كمحكم مرجح رئيساً لهيئة التحكيم بخصوص النزاع الدائر بين الفريقين أعلاه
وأتعهد بالالتزام بجميع سلوكيات المحكم وفقاً للقانون وأقر بكامل حيدي واستقلالي وبعدم وجود أي علاقة
بيني وبين أطراف النزاع أو أي ظروف تدعو إلى الشك في حيدي أو استقلالي.

وهذا إقرار مني بذلك:

المقر بما فيه:.....

تحريراً في:.....

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم ، رواية ورش عن نافع.

■ المصادر:

- الوثائق الدولية.

- مرسوم رقم 233-88 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409، الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 ، يتضمن انضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، جريدة رسمية العدد 48 ، في 23 نوفمبر 1988.

- الوثائق الداخلية:

- قانون رقم 157-62 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962 يتعلق بتمديد العمل التشريع الفرنسي إلا ما تعارض مع مبدأ السيادة الوطنية، جريدة رسمية عدد 02 بتاريخ 11 جانفي 1963.
- الأمر رقم 154-66، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية العدد 49، الصادر في 11 جوان 1966.
- الأمر رقم 90-67 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 27 جوان 1967.
- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ج ر ج ج ع ، ع 78 الصادر 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ج ر ع 31، لسنة 2007.
- المرسوم الرئاسي رقم 18-89 مؤرخ في 23 فيفري 1989 ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية العدد 9 المؤرخ في 01 مارس 1989.

- المرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413، الموافق 25 أبريل سنة 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل و المتمم.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015.
- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82.
- قانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 ، يعدل ويتم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 12 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 48 الصادر في 17 يوليو 2022.
- قانون رقم 23-12 مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 51 ، الصادر في 6 غشت 2023 .

■ المراجع :

- المراجع العامة :

- حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم، شروطه، أقسامه، إجراءاته ، أحكامه شرعا و قانونا مطبعة الفجر ، بيروت لبنان ، سنة 1977.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات-آثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر.

- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، جسور للنشر و التوزيع المحمدية الجزائر، سنة 2010.
- الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، سنة 2008.
- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان سنة 2013.
- محمد الصغير بعلی ، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا للقانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة الجزائر سنة 2009.
- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في المنازعات العقود الإدارية دار الجامعة الجديد للنشر ، الإسكندرية ، سنة 1999.
- نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الخصومة- التنفيذ- التحكيم ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع عين مليلة الجزائر ، سنة 2008.
- نور الدين قارة ، قانون التحكيم،مقدم عامة- التحكيم الداخلي ، طبعة ثانية مركز النشر الجامعي تونس، 2017.

- المراجع المتخصصة :

- أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية مصر، سنة 2015.
- أحمد هندي ، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري و قوانين الدول العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، سنة 2013.
- أشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية ، دراسة مقارنة الطبعة 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2010.
- حمادة عبد الرازق حمادة ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء و التحكيم دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية.

- خالد خليل الظاهر، العقود الإدارية ، دراسة تأصيلية ، مقارنة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، سنة 2022.
- عبد الحميد المنشاوي ، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 سنة 1993 ، المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية.
- على أحمد صالح المهداوي ، دراسة تحليلية في التحكيم و طبيعته القانونية مقارنة بالفقه الاسلامي مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الأول لسنة 2009.
- عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري دار هومة للطبع و النشر و التوزيع ، الجزائر سنة 2003.
- قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة دار المعرفة ، الجزائر، سنة 2009.
- محمد شعبان إمام سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية ، الطبعة الأولى دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ، سنة 2014.
- محمود السيد التحيوى ، طبيعة شرط التحكيم و جزاء الإخلال به ، الناشر المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، سنة 2007 .

المقالات :

- إيمان بعلي ، القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة العمومية في التشريع الجزائري قرار المنح المؤقت نموذجا مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية المجلد 06 العدد 01 ، جامعة صفاقص ، تونس ، جوان 2021.
- برباوي رقية ، بودالي محمد ، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 3 العدد 5 ، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي ، تيسمسيلت ، الجزائر ، سنة 2018.

- تعويلت كريم ، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري ، مقتضيات تشجيعه و تفعيله
المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد خاص ، جامعة بجاية ، الجزائر سنة 2017.
- خلدون عيشة، جعفر خديجة، منازعات الصفقات العمومية واشكالاتها القانونية،مجلة أبحاث
المجلد 06 ، العدد 02 جامعة زيان عاشور ، الجلفة، سنة 2021.
- رائد جمال سليمان محمد الزغرتي ، أحمد محمد البغدادي، التحكيم و فض المنازعات ، مجلة بنها للعلوم
الإسلامية ، العدد 1، الجزء 2 ، سنة 2022.
- رواب جمال ، موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية ، مجلة الأستاذ الباحث
للدراسات القانونية و السياسية،المجلد 4 ، العدد2،جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة
لسنة 2019 .
- طاهير العيد ، دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، مجلة القانون
و العلوم السياسية ، المجلد 9، العدد1 ، سعيدة ، الجزائر ، سنة 2023.
- على محمد ، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مجلة معالم للدراسات القانونية
و السياسية ،العدد الثاني ، جامعة أدرار ، الجزائر ، سنة 2017.
- لمياء بلهوشات، ليندة بلهوشات ، التحكيم في عقود الصفقات العمومية في الجزائر المجلة
الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، جامعة
باجي مختار ، عنابة ، السنة 2022.
- ليلي بن حليلة ، خصوصية و آثار حكم التحكيم في التشريع الجزائري ، مجلة الحقوق و العلوم
الإنسانية،المجلد 12 العدد الأول ، جامعة محمد بوضياف المسيلة الجزائر، سنة 2019.
- هدى نويوة ، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري
مجلة العلوم الإنسانية،المجلد 31 العدد 3،جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1،الجزائر 2020.

- الرسائل والأطروحات الجامعية :

- براهيمية نصر الدين، ربيعي عيسى، التحكيم في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون إداري ، جامعة العربي التبسي، تبسة ، السنة الجامعية 2021-2022.
- برباوي رقية ، التحكيم في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث نظام ، ل.م.د ، تخصص عقود إدارية ، جامعة الطاهري محمد ببشار الجزائر ، السنة الجامعية 2018-2019.
- بن دياب إكرام ، القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2016-2017.
- بن ساحة محمد أمين، أرماس محمد سعيد، التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص، جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت ، السنة الجامعية 2019-2020 .
- بودلال فطومة ، التحكيم في العقود الإدارية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية ، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016 .
- بولقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، التحكيم نموذجاً ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون إداري وإدارة عامة ، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2010-2011.
- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر سنة 2013.
- جارد محمد ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة ، دراسة مقارنة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر السنة الجامعية 2017-2018.

- جبايلي صبرينة ، إجراءات التحكيم في العقود الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الإدارة العامة ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي السنة الجامعية 2012-2013.
- جبور جيلالي ، التحكيم بديل كحل النزاعات في العقود ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، الجزائر ، السنة الجامعية 2020-2021.
- خرشي نبيل ، قاسم على ، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر قانون أعمال ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة الجزائر ، السنة الجامعية 2021-2022.
- خضري حمزة ، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام ، جامعة الجزائر1 ، السنة الجامعية 2014-2015.
- سليم بشير ، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية،أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، جامعة الحاج لخضر بباتنة الجزائر،السنة الجامعية 2010-2011.
- طاهير العيد ، التحكيم في الصفقات العمومية،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص حقوق ، فرع التجريم في الصفقات العمومية،كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962، سيدي بلعباس ، الجزائر ، السنة الجامعية 2020-2021.
- كينا عبد المالك ، بوخريص الصالح ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، تخصص قانون أعمال،جامعة أحمد درارية ، أدرار ، السنة الجامعية 2017 - 2018.
- لعريبي عادل ، القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري ، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، السنة الجامعية 2020-2021.
- هاين أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية ، الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر حقوق ، تخصص قانون عام ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، الجزائر السنة الجامعية 2021-2022.

- مطبوعات ومحاضرات رسمية:

- دراوسي مسعود، محاضرات في مقياس الصفقات العمومية وفق القانون 12-23 المؤرخ في 05 أوت 2023 ، مقدمة لطلبة ، اليسانس ، الماستر ، الدكتوراه ، جامعة البليدة 2 ، السنة الجامعية 2023-2024.
- دريس كمال فتحي ، التحكيم التجاري الدولي ، محاضرات أُلقيت على السنة الثانية ماستر تخصص قانون أعمال ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، السنة الجامعية ، 2021-2022.
- عمامرة حسان ، محاضرات في مقياس التحكيم في منازعات العقود الإدارية جامعة حسيبة بن بو على بالشلف ، السنة الجامعية 2020-2021.
- مراد سيساوي ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي لطلبة السنة الثانية ماستر ، تخصص اقتصاد دولي ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2023-2024.

- المواقع الإلكترونية.

- www.Smcworld.com.

الفهرس

الصفحة	العنوان
	البسمة التشكرات الإهداء
01	مقدمة :
08	الفصل الأول: التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات الصفقات العمومية
09	المبحث الأول: ماهية التحكيم و ما طبيعته القانونية
10	المطلب الأول: مفهوم التحكيم و صوره
10	الفرع الأول: تعريف التحكيم
10	أولا : تعريف التحكيم لغة
11	ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم
11	ثالثا: التعريف القانوني و القضائي للتحكيم
13	الفرع الثاني : صور التحكيم
13	أولا : شرط التحكيم
14	ثانيا: مشاركة التحكيم
15	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم و أنواعه
15	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم
15	أولا : الطبيعة التعاقدية للتحكيم
15	ثانيا : الطبيعة القضائية للتحكيم
17	ثالثا : الطبيعة المزدوجة للتحكيم
17	رابعا : الطبيعة المستقلة للتحكيم
18	الفرع الثاني : أنواع التحكيم
18	أولا : التحكيم الفردي أو الخاص ، و التحكيم المؤسسي
19	ثانيا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي
22	المبحث الثاني: مزايا و عيوب التحكيم و ما يميزه عن النظم المشابهة و مكانته
22	المطلب الأول: مزايا و عيوب نظام التحكيم و ما يميزه عن النظم المشابهة
22	الفرع الأول : مزايا و عيوب نظام التحكيم

22	أولا : مزايا نظام التحكيم
24	ثانيا : عيوب نظام التحكيم
25	الفرع الثاني : تمييز نظام التحكيم عن غيره من النظم المشابهة
25	أولا : تمييز نظام التحكيم عن القضاء
26	ثانيا : تمييز نظام التحكيم عن الصلح
28	ثالثا : تمييز نظام التحكيم عن الوساطة
31	المطلب الثاني : مكانة التحكيم في التشريع و الفقه و القضاء الجزائري
31	الفرع الأول : مشروعية التحكيم في التشريع الجزائري
31	أولا : الحظر المطلق و النسبي لنظام التحكيم
34	ثانيا : تبني المشرع الجزائري لنظام التحكيم
35	الفرع الثاني: موقف الفقه و القضاء الجزائري من نظام التحكيم
35	أولا : موقف الفقه الجزائري من التحكيم
37	ثانيا : موقف القضاء الجزائري من التحكيم
41	الفصل الثاني: وسيلة التحكيم و مدى ملائمتها لتسوية منازعات الصفقات العمومية
42	المبحث الأول: نطاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
42	المطلب الأول: تصنيف منازعات الصفقات العمومية
43	الفرع الأول: منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام
43	أولا : منازعات مرحلة إبرام الصفقات العمومية
46	ثانيا: المنازعات الناشئة نتيجة القرارات المنفصلة عن الصفقات العمومية
49	الفرع الثاني: منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة التنفيذ
49	أولا : المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته
52	ثانيا: المنازعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها
56	المطلب الثاني: جوازية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
56	الفرع الأول: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية و الدولية
57	أولا : إمكانية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الداخلية
58	ثانيا : التحكيم في منازعات الصفقات العمومية الدولية
60	الفرع الثاني: الأشخاص التي يجوز لها التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

60	أولا : الأشخاص المعنوية العامة بمفهوم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
61	ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة بمفهوم النصوص المنظمة للصفقات العمومية
61	ثالثا : الأشخاص المخولة قانونا للمبادرة باللجوء إلى التحكيم
63	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
63	المطلب الأول: محكمة التحكيم و الإجراءات التحكيمية
64	الفرع الأول: محكمة التحكيم
64	أولا : تشكيل محكمة التحكيم
65	ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المحكمين و حالات ردهم
68	الفرع الثاني: إجراءات الخصومة التحكيمية
68	أولا : المبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة التحكيمية
69	ثانيا: سير إجراءات الخصومة التحكيمية
73	المطلب الثاني: الحكم التحكيمي و إمكانية الطعن فيه
73	الفرع الأول: الحكم التحكيمي ، أنواعه و شروط صحته و تنفيذه
74	أولا : الحكم التحكيمي و أنواعه
76	ثانيا: شروط صحة الحكم التحكيمي
78	ثالثا: تنفيذ الحكم التحكيمي و آثاره
80	الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم في التشريع الجزائري
80	أولا: طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية
82	ثانيا: طرق الطعن في حكم التحكيم الدولي في منازعات الصفقات العمومية
84	خاتمة:
91	الملاحق:
95	قائمة المصادر و المراجع:
104	الفهرس :

ملخص :

تطراً على إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها منازعات مختلفة ، يعود الفصل فيها لجهات القضاء الإداري ، إلا أن هناك طرق بديلة إلى جانبه ، و تحت مظلتها و رقابته ، تتمثل في الصلح و الوساطة و التحكيم ، هذا الأخير أجازته المشرع الجزائري لأول مرة في مادة الصفقات العمومية بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08 - 09 بعد إنكارٍ دام لسنوات لكن خصوصية هذه العقود وتأثيرها بكل تأخر ، حثت على المشرع التنازل لتسويتها بواسطة التحكيم ، الذي حقق نجاحاً بفضل بساطة إجراءاته و سرعتها.

résumé:

Lors de la conclusion ou de l'exécution des marchés publics, divers litiges surgissent, dont la résolution est laissée à la juridiction administrative. Il existe cependant des méthodes alternatives au système judiciaire, sous son égide et sa supervision représentées par la réconciliation, la médiation et l'arbitrage. Cette dernière a été approuvée par le législateur algérien pour la première fois en matière de marchés publics en vertu de la loi n° 08-09 relative aux procédures civiles et administratives, après des années de déni. Cependant, la spécificité de ces contrats et leur impact sur les éventuels retards ont obligé le législateur à concéder leur règlement par voie d'arbitrage, qui a connu du succès grâce à la simplicité et à la rapidité de ses procédures.

Summary:

Various disputes arise in the conclusion or implementation of public contracts which are adjudicated by administrative courts. However, there are alternative methods both under the auspices of the administrative judiciary and under its supervision, namely conciliation, mediation, and arbitration. The latter was authorized by the Algerian legislature for the first time in the field of public contracts, pursuant to the Civil and Administrative Procedures Code No. 08-09, after years of denial. However, the specific nature of these contracts and their vulnerability to any delay forced the legislature to concede to settling them through arbitration, which has achieved success thanks to the simplicity and speed of its procedures.