

التحكيم كتقنية لتقليل من منازعات الصفقات العمومية لأشخاص القانون الخاص
Arbitration is technical to reduce disputes of private law public transactions

بن ملوكة كوثر، طالبة دكتوراه علوم(*)
 جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
 Kaouthar.1988@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2022/07/20 تاريخ القبول للنشر: 2023/05/31

ملخص:

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة لتجسيد مشاريع التنمية على أرض الواقع باعتبارها تتضمن كل من ميزانيتي التسيير والتجهيز ومحركها الخزينة العمومية، ما يصنفها ضمن القسم العام من القانون أساسا لكن أورد المشرع استثناءا بإمكانية أشخاص القانون الخاص إبرام صفقات عمومية باعتبارها مصلحة متعاقدة وهو يشكل نوع من تناقض المؤسس قانونا ولكن ليس كل أشخاص القانون الخاص مؤهلة لإبرام مثل هذه العقود فهي مخصصة فقط للمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية.

في حال وجود نزاع يبقى القضاء هو المؤهل قانونا لفضه ولكن هناك طرق ودية تغني المؤسسات العمومية من اللجوء إلى القضاء والاعتماد على التحكيم باعتبارها الأنجح والأسرع. الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، نزاع، طرق ودية، التحكيم.

Abstract:

Public deals are a means of embodying development projects on the ground, as they include both the management and equipment budgets and their engine is the public treasury, which essentially classifies them within the general section of the law. But not all private law persons are qualified to conclude such contracts, as they are intended only for public, industrial and commercial establishments.

In the event of a dispute, the judiciary remains the legally qualified to resolve it, but there are friendly ways that enrich public institutions from

*المؤلف المرسل. بن ملوكة كوثر

resorting to space and relying on arbitration as the most successful and fastest.

key words: General transaction; dispute; amicable methods; arbitration.

مقدمة:

أصبحت الصفقات العمومية الوسيلة المثلى الموضوعة في أيدي الإدارات العمومية لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بالمرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على استعمال هذه الأموال من أجل تنشيط الوتيرة التنموية، وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، لهذا يعد نظام الصفقات الوسيلة الإستراتيجية لاستغلال وتسيير الأموال العامة.

والقول بالصفقات العمومية يحيلنا إلى أشخاص القانون العام "الدولة، الولاية، البلدية..." (المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) ، لكن المشرع أورد استثناءا بتكليف الأشخاص الخاضعة للتشريع التجاري ويقصد هنا بالمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية (المادة 09 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره) ، بالزامية تطبيق تنظيم الصفقات العمومية في حالتي التمويل الكلي و/أو الجزئي من قبل الدولة و/أو الجماعات الإقليمية.

تعرف عقود الصفقات العمومية العديد من التعقيد والعقبات أثناء مرحلتي الإبرام و/أو التنفيذ ما ينتج عنه العديد من الإشكالات التي تحد من وتيرة التنمية بشكل عام، لهذا يبقى اللجوء للقضاء كحتمية لفض النزاعات، التي قد يطول النظر فيها لعدة أسباب أهمها طول الإجراءات هذا كله يقف عائقا أمام تنفيذ الصفقة على أرض الواقع.

لهذا يعتبر التحكيم من أهم الطرق أو الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أيا كانت وخصوصا في ميدان الصفقات العمومية، حيث يساعد على إيجاد تسوية سريعة للنزاع من دون ضرورة اللجوء إلى القضاء (عمامرة حسان، 2016، ص 01) ، والتحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من غير، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع.

فهو يبتدئ بوجود اتفاق التحكيم وهذا الأخير ككل عقد أو اتفاق يجب أن ينشأ صحيحا أي مستوفيا لشروطه الموضوعية والشكلية من تراض، محل، سبب وكتابة تحت طائلة البطلان (تراري ثاني مصطفى، 2009، ص 86) ، ويحتوي على مجموعة من الإجراءات تتوج بإصدار حكم تحكيمي غير أن أهم عنصر في هذه العناصر الثلاثة يبقى الاتفاق حيث يستمد التحكيم شرعيته منه وهو مؤسس له والخطوة الأولى لإعمال قواعده كوسيلة لتسوية المنازعات (ايت وارث حمزة، 2012، ص 98).

لهذا ما مدى مساهمة التحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة من قبل الهيئات الخاضعة للتشريع التجاري؟

للإجابة عن هذا التساؤل تم الاعتماد على منهج تحليلي وصفي لتوضيح مكانة التحكيم لفض النزاعات خصوصا في عقود الصفقات العمومية، وعلى المنهج المقارن من أجل الاستفادة من الدراسات السابقة على اعتبار أن التشريع الجزائري مستمد في كثير من الأحيان من التشريع الفرنسي. تكمن أهمية البحث في توضيح أهمية التحكيم كوسيلة بديلة عن اللجوء للقضاء وما يساعد على التقليل من النزاعات والخروج بحلول من أجل تجسيد الصفقات العمومية على أرض الواقع وهو المبتغى.

خصوصا أن طرفي العلاقة التعاقدية له نظام هجين بين تطبيق القسم العام والخاص من القانون فالأجدر الامتثال للتحكيم.

تم الاعتماد على تقسيم ثنائي متمثل في بيان النظام القانوني للتحكيم في المبحث الأول ثم بيان التنظيم الإجرائي الخاص بصفقات العمومية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: النظام القانوني للتحكيم

لتعرف على النظام القانوني للتحكيم وجب بيان تعريف التحكيم وبيان مميزاته في مطلب أول ثم التطرق إلى التأصيل القانوني ومشروعيته في المطلب الثاني.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف التحكيم سواء في قانون الإجراءات المدنية السابق (الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966) أو المرسوم التشريعي رقم 93-09 ويمكن القول بأن المشرع الجزائري يأخذ بالاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم من اختصاص الفقه على خلاف التشريع الفرنسي الذي عرف التحكيم في قانون الإجراءات المدنية المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 ماي 1980 وذلك من خلال المادتين 1442-1447 وإن كانتا تتعلقان بصورتي التحكيم شرط والمشاركة.

وهناك من يعرفه بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطا كان أو مشاركة (jean robert, 1993, p03).

إن ما يميز التحكيم هو ارتكازه على أساسين هما إرادة الخصوم وإجازة المشرع فلا بد من أن يتفق الأطراف على الالتجاء للفصل في منازعاتهم بدلا من القضاء الذي توفره الدولة عن طريق محاكمها فالأصل في التحكيم أنه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع.

أما عن إجازة المشرع فالقانون الذي يجيز التحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع على تحكيم المحكمين بدلا من المحاكم الوطنية.

الفرع الثاني: مميزات التحكيم

يتميز التحكيم باعتباره وسيلة لفض المنازعات بالمميزات التالية:

قيام التحكيم على أساس مبدأ سلطان الإرادة

إن التحكيم قوامه مبدأ الرضائية أي إرادة الأطراف واتفاقهم، إذ تهيمن هذه الإرادة على نظام التحكيم في كل جوانبه من حيث اختيار المحكمين وتحديد عددهم واختصاصاتهم، تحديد الإجراءات التي تتبع لحل النزاع والقانون الواجب التطبيق، كما يتم تحديد الجهة التي تتولى الإشراف على التحكيم.

سرعة وبساطة الاجراءات

من المتفق عليه أن طول إجراءات التقاضي وعدم فعالية الأحكام من الظواهر التي تهددان العدالة، لهذا يمتاز التحكيم بالبساطة وسهولة اللجوء إليه، لأنه غير مقيد بشكليات معينة كما يمتاز بقدر كبير من المرونة غالبا ما يحددها الأطراف.

السرية.

تعتبر العلانية من المبادئ الدستورية في أداء مهمة القضاء، وتعني أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص كما أن الأحكام تسرد بطريقة علنية طبقا للمبدأ الدستوري.

بخلاف التحكيم الذي من خصوصياته السرية والتي تعد من الضمانات الهامة للشركات التجارية المتنازعة وذات السمعة العالمية والشهرة بحيث أن الثقة من مبادئ التي تعتمد عليها الشركات، فجلسات التحكيم تجرى سرا لا يحضرها إلا الأطراف ونتائجها لا تعلن للجمهور ولا تنشر في وسائل الإعلام.

لهذا يعطي لأطراف العلاقة قدرا كبيرا من الحرية في تحديد المحكمين الذين سوف ينظرون في النزاع ولا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة، كما للطرفين في التحكيم أن يتفقوا على تخويل هيئة الفصل وفقا لقواعد العدل والإنصاف وعندئذ لا تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقا لما تقرره قواعد العدالة.

المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم

عرف موقف المشرع الجزائري إزاء التحكيم مع الأشخاص المعنوية مرحلتين، تميزت الأولى بتذبذب النظام القانوني المتعلق في مواجهة التحكيم الأشخاص الاعتبارية ليشهد بعد ذلك حسما في تحديد موقفه من تحكيم المتعلق بالصفقات العمومية.

الفرع الأول: مرحلة عدم استقرار في النظام القانوني

كانت النزاعات المثارة بشأن الصفقات المبرمة من قبل الحكومة مع الشركات الأجنبية تخضع لقانون البترول الصحراوي لسنة 1958 بموجب الأمر 58-1111 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1958 وذلك بنص المادة 41 منه على إخضاع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنفعة به إلى مجلس الدولة الفرنسي ابتداءً ونهائياً (رحماني راضية، 2017، ص 131).

يستند نص المادة 41 من هذا الأمر على أساس نص المادتين 83 و 1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسية¹ بحيث تنص المادة 1004: "يمنع الاتفاق على التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة بشأنها" وتضيف المادة 83: "القضايا التي يتطلب فيها إخطار النيابة العامة هي القضايا التي تخص الدولة والأملاك العامة والبلديات والمؤسسات العامة"، الذي يحظر على أشخاص القانون العام الاعتبارية اللجوء للتحكيم وكذا المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على مايلي: "يحظر الاتفاق على التحكيم في مسائل الطلاق والانفصال الجسماني، وفي المنازعات المتعلقة بوحدات الإدارة العامة أو بالمؤسسات العامة وبوجه عام جميع المسائل التي تمس النظام العام".

وأضافت المادة في فقرتها الأخيرة على أنه: "لبعض فئات المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري امكانية اللجوء إلى اتفاق على التحكيم وذلك بمرسوم خاص يرخص لهم ذلك".

وإن كان المرسوم الذي ينص عليه القانون المدني لتحديد فئات المؤسسات العامة الاقتصادية "الصناعية والتجارية" التي يمكن أن تلجأ إلى التحكيم في عقودها لم يصدر، إلا أن هناك كثيرا من القوانين المتعلقة ببعض المشروعات العامة سمحت لها بالاتفاق على التحكيم منها المادة 25 من القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982 الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية وكذا المادة 27 من القانون الصادر في 02 جويلية 1990 والخاص بهيئة البريد والاتصال الفرنسية (عمامرة حسان، 2016، ص 67).

كانت الجزائر تعتقد أنها بعد الاستقلال تحال هذه النزاعات على القضاء الجزائري لتحل محل مجلس الدولة الفرنسي، لكن فرنسا والمتعاملين رفضوا عرض نزاعاتهم على القضاء الجزائري (تراري ثاني مصطفى، 2007، ص 17)، مما دفع بالمفاوضيين في اتفاقية ايفيان وبالتحديد بالنظام الخاص بالمنازعات: "تحل فرنسا والجزائر المنازعات التي تحدث بينهما بالطرق السلمية سواء بالصلح أو

التحكيم وتستطيع كل من الدولتين اللجوء فوراً إلى محكمة العدل الدولية إذا لم يتم الاتفاق على إجراءات هته المحاكمات".

أما اتفاق 29 جويلية 1965 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية ، فقد اشتمل على نظام التوفيق والتحكيم(قدوج حمامة، 2010، ص 210).

بالإضافة إلى المناخ الإقتصادي الذي كرس في تلك الفترة لقواعد الاشتراكية أي تحفيز التحكيم الإجباري على التحكيم الاختياري، وكرس المشرع الجزائري في الكتاب الثامن من قانون الإجراءات المدنية الصادر في 08 جوان 1966 بموجب الأمر 154-66 متبعا في ذلك قواعد التحكيم المتبعة في القانون الفرنسي ، فالمادة 442 منه تضع قاعدة بمقتضاها يمكن لكل شخص أن يطلب التحكيم دون قيد سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاضعة للقانون الخاص مع وضع استثناء صريح فيما يخص منع الأشخاص المعنوية من اتباع طريق التحكيم.

لقد وجد المشرع الجزائري بأن التحكيم الدولي يختلف عن التحكيم الداخلي وأنه لا بد من أحكام قانونية تراعي التحكيم الدولي خاصة بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية منذ سنة 1989، وهذا كان من ضرورة للإنخراط في النظام التجاري العالمي الحالي والقبول به، بل أكثر من ذلك تقديمه للمستثمر الأجنبي كمحفز وضمان(تراري ثاني مصطفى، 2005، ص 04)

وقد تبنى المنظم في أول قانون ينظم الصفقات العمومية أي الأمر 67-90 المؤرخ 17 جوان 1967 في حيث أشارت المواد 152، 155، 159 إلى حل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية بالطرق الودية أمام لجان الصفقات كأصل عام قبل عرض النزاع على القضاء. ثم تدخل المشرع لتعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 والذي جعل التحكيم حكرا على النزاعات الناتجة عن العلاقات فيما بين المؤسسات العمومية.

ثم بعدها صدر الأمر 75-44 المؤرخ في 17 جويلية 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري بين المؤسسات العمومية².

لكن بصدور المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 نصت المادة 104 منه على تسوية الخلافات التي تطرأ أثناء التنفيذ الصفقة في اطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وبالرجوع إلى الأحكام التشريعية نجد نص المادة 442 ف03 من قانون الإجراءات المدنية الذي يمنع الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم كأصل عام، لكن المرسوم 82-145 في المادة 55 فقرة 01 "التي تنص يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم ... كما

يجب أن تحتوي الصفقة فضلا عن ذلك ان اقتضى الأمر البيانات التكميلية التالية ... القانون المطبق وشروط تسوية المنازعات". ما يسمح بالقول بإمكانية اللجوء للتحكيم.

ومع صدور القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية جاء نص المادة 20 بأن أموال وأملاك المؤسسات العمومية الاقتصادية يجوز أن تكون محل مصالحاة أي يجوز التنازل عنها وهي قابلة للحجز. ثم جاء المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وعلى هذا النحو جاءت المادة 51 منه في نفس النسق الذي جاء به المرسوم 82-145 بالنص على إلزامية تبيان القانون الواجب التطبيق وشروط تسوية الخلافات في نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية.

ثم صدر المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 الذي ألغى المادة 442 ف3 وهذا تماشيا مع موقف المشرع الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي في نص المادة 1492، فالمشرع فتح المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم فيما يخص العلاقات الخارجية.

ثم جاءت المادة 50 من المرسوم الرئاسي 02-250 متجانسة مع المرسوم التنفيذي 91-434 التي نصت على ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على مستوى كل صفقة.

الفرع الثاني: مرحلة الاستقرار

لقد فتح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الباب للجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الخاضعة للقانون العام:

-مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم

نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800، أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية."

عند تحليل المادة نستنتج الملاحظات التالية:

- الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم تمثلت في الأشخاص الواردة في المادة 800 والمتمثلة في كل من الدولة والولاية البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، لهذا الأشخاص الاعتبارية المعنية بالتحكيم هي ذات الصبغة الإدارية.

- وقد اعترفت نفس المادة بعدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم إلا في

نقطتين وهما :

في ما يخص الاتفاقيات الدولية بحيث أن هذا النوع من التحكيم إلزامي وليس ناشئا عن إرادة الأطراف بل منشؤه هو مصادقة الدولة للاتفاقية الدولية المتضمنة لشرط اللجوء للتحكيم في حالة نشوب نزاع لهذا وفي حالة الإغفال تكون الدولة قد أخلت بالالتزام دولي فتتحمل مسؤوليتها طبقا لقواعد المسؤولية الدولية.

-جوازية التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

حددت المادة 975 امكانية الأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية وحددت المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية مجال تطبيقه بتحديد تقريبا نفس الأشخاص الاعتبارية العامة المذكورة في المادة 800.

نتيجة لذلك يجوز أن تلجأ للتحكيم سواء تعلق الأمر بالصفقات الوطنية أو الدولية وهذا ما تجسده المادة 38 من تنظيم الصفقات العمومية. بالتالي اللجوء إلى التحكيم يعد مستقلا في حد ذاته وغير تابع للاتفاقيات المصادق عليها.

وقد حددت المادة 976 الأشخاص الذين يمكنهم تمثيل الأشخاص الاعتبارية العامة: تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية. عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى 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.

المبحث الثاني: تنظيم التحكيم في صفقات العمومية

تكمن صور اتفاقيات التحكيم في كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم من أجل معرفة كيفية تنظيم المشرع لاتفاقيات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية يقتضي الأمر إلى عرض صور اتفاقيات التحكيم وشروط صحتها.

المطلب الأول: تعريف صور اتفاقيات التحكيم

نصت المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

تنعقد اتفاقيات التحكيم بإحدى الصورتين: شرط التحكيم أو باتفاق التحكيم.

الفرع الأول: أنواع التحكيم

أولاً: شرط التحكيم

تنص المادة 1007 من قانون الاجراءات الإدارية على مايلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

لقد وردت عدة تعريفات لشرط التحكيم فهناك من يعرفه على أنه اتفاق باللجوء الى التحكيم بشأن ما قد ينشأ مستقبلا بين الأطراف من منازعات ويكون في صورة بند أو شرط ضمن بنود عقد معين وهذا الاتفاق يتم عند ابرام العقد الأصلي وقبل حدوث النزاع فلا ينتظر أطراف العلاقة التعاقدية نشوب النزاع وإنما يسبقون الحوادث فيتفقون على التحكيم مقدما في العقد الذي يبرمونه أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا للعقد ولكن في كل الحالات السابق على قيام النزاع.

نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

لهذا وجب أن يكون شرط التحكيم ضمن بنود الصفقة المبرمة والموقع عليها ، كما يمكن تحريره في وثيقة لاحقة ولكنها تابعة للصفقة.

ولما كانت الصفقات العمومية عقود مكتوبة فإن شرط التحكيم يندرج ضمن نفس الطابع الكتابي وما يؤكد هذا الشرط المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تحدد البيانات الواجب توافرها في عقد الصفقة بحيث تنص: "يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ...

ويجب أن تتضمن الصفقة العمومية فضلا عن ذلك البيانات التكميلية الآتية:
...القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات".

ثانيا: اتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم بحسب نص المادة 1011 على أنه: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

كما عرفه بعض من الفقه : " اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلا بصدد هذا العقد".

فاتفاق التحكيم هو اتفاق ارادة الأطراف عقد الصفقة العمومية على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع نشأ بينهم بالفعل ويأتي كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي وبالتالي فهو اتفاق يواجه

مشاكل وقعت بالفعل لذلك فهو يتميز عن شرط التحكيم الذي يقتصر دوره على الإلتجاء الى التحكيم لحسم ما يقع من منازعات في المستقبل بين الأطراف.

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاقيات التحكيم

لترتب اتفاقيات التحكيم في الصفقات العمومية آثارها ، يجب توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية:

أولاً:الشروط الشكلية

لقد ميز المشرع الجزائري بشأن الشكل الذي تظهر فيه اتفاقيات التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا أو دوليا.

فالتحكيم الداخلي يشترط الكتابة بمفهوم المادة 1008 أما اتفاق التحكيم هو أيضا وجب أن يكون كتابيا طبقا للمادة 1012.

طبقا للمادتين السابقتين وجب على أطراف التحكيم أن يثبتوا اتفاقهم على اختيار التحكيم كتابة وأن يدرج في الاتفاق الرئيسي أو في وثيقة أشار إليها هذا الاتفاق باعتباره وسيلة حل المنازعات التي تنشأ بينهم فلا يجوز إثبات التحكيم بالوسائل المعروفة في الإثبات.

بينما في التحكيم الدولي الأمر يختلف حيث تشترط المادة 1040 الكتابة أو أي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة.

ولابد أن تترجم وثيقة التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأي شكلية أخرى من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة وأي خروج على هذه الشكلية أو عدم احترامها يرتب عنه البطلان.

غير أن الإشكال يثار حول المقصود بوسائل الاتصال القابلة للإثبات بالكتابة خاصة وأن المشرع لم يحدد نوع هذه الوسائل ،رغم أن بعض من التشريعات وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المادة 02 والتشريع السويسري في المادة 178 قد حددتها على سبيل المثال في الخطابات المتبادلة والبرقيات والتيلكس.

وقد ألزم المشرع أن تتضمن الاتفاقيات التحكيمية مجموعة من البيانات الرئيسية حيث نصت المادة 1008 ف02: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحدد كيفيات تعيينهم.

وفي حال اعتراض أي صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ اجراءات تعيين المحكم أو المحكمين فإن طبقا للمادة 1009 يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيذه.

أقرت المادة 1012 ف 02 على ضرورة تضمين عدد من البيانات: " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم".
فلا بد أن يلتزم الأطراف شرط التحكيم بتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم أما اتفاق التحكيم وزيادة على تعيين المحكمين لابد أن يتضمن موضوع النزاع ويعود ذلك إن شرط التحكيم يتعلق بمنازعة مستقبلية غير معروفة إذ يمكن أن يحدث هذا النزاع أو لا يحدث لعدم نشوئه ومعرفته في حين أن اتفاق التحكيم يحدث بمجرد نشوء النزاع ما يجعل هذا الأخير معروفا.
أما التحكيم الدولي فلم يقوم المشرع باشتراط بيانات معينة لأجل تضمينها اتفاقيات التحكيم إذ لا توجد مادة تجبر الأطراف على ضرورة تضمينها اتفاقيات التحكيم لبيانات معينة ما عدا شرط الكتابة.

يتضح ذلك أكثر من خلال نص المادة 1041: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.
وفي غياب تعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي:
*رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

*رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.
ثانيا: الشروط الموضوعية
تتمثل في الرضا والمحل والأهلية.
-الرضا.

لابد من توافر رضا الطرفين لذا يجب أن لا تشوب إرادة الأطراف عيوب الرضا، يتم اللجوء إلى التحكيم باتفاق الطرفين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، فالأساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الأطراف وحريةهم في الاتفاق على التحكيم تمتد إلى اختيار المحكمين.
ويمكن للأطراف رد المحكمين بحسب ما جاء في المادة 1015 " إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم .

وبالرجوع للتحكيم الدولي تترسخ فكرة الرضا بين الأطراف فتتص المادة 1040: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما -المحل.

إن محل التحكيم هو موضوع النزاع ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام والآداب العامة إلا اعتبرت باطلة والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل المتعلقة بالنظام العام لاعتبارها تخضع لرقابة السلطة العامة وإشرافها وقد جاءت المادة 1006 ف 02 صريحة في هذا المجال: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام". -الأهلية.

باعتبار التحكيم اتفاق بين طرفين وجوباً توافر الأهلية اللازمة للتعبير عن الإرادة فتتص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية: " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

إن الأهلية التي يشترطها القانون لإبرام عقد التحكيم هي أهلية التصرف في الحقوق أي أهلية التصرف

في الحق المتنازع عليه ذلك أن اتفاقية التحكيم تعني التنازل عن رفع النزاع إلى القضاء وهو ما قد يعرض الحق المتنازع فيه للخطر.

وأهلية ممنوحة للأشخاص الاعتبارية للجوء إلى التحكيم بموجب المادة 975 أما المادة 1006 فقد منحت لباقي الأشخاص المعنوية الأهلية لطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

الفرع الأول: الاجراءات التحكيمية أمام هيئة التحكيم

يعتبر التحكيم وسيلة قانونية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة من قبل هيئة التحكيم والتي تستمد مصدرها من اتفاق الأطراف على التحكيم فتتشكل هذه الهيئة بمجرد نشوء النزاع ، بحيث يقوم الأطراف باتباع جملة من الأعمال الإجرائية وهي كمايلي:

أولاً:- تحريك إجراءات التحكيم

تنقسم إجراءات التي تتم بها عملية التحكيم وفقاً للإجراءات التالية:

-بالنسبة للتحكيم الداخلي

تخضع إجراءات التحكيم الداخلي إلى عدد من القواعد وفي هذا الاطار نصت المادة 1019 على

مايلي:

"تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على ذلك".

حوصلة المادة أن أصل تنظيم إجراءات التحكيم يعود للأطراف أي إخضاعها لمبدأ سلطان الإرادة.

لهذا وبالرجوع لنص المادة 976 التي تحيل إلى الأوضاع المقررة أمام القضاء الإداري.

- تحريك إجراء التحكيم الدولي

يستند تحريك إجراءات التحكيم الدولي للمادة 1043: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

يتحدد مكان التحكيم هو أيضا ما جاء في الاتفاق.

أما عن تشكيل هيئة المحكمين فقد نصت المادة 1008 على تعيين المحكمين في شرط التحكيم بحيث لا بد من أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم.

ثانيا: ممارسة طرق الطعن في أحكام التحكيم

بما أن الصفقات العمومية تعرف نوعين من طرق الإبرام عندما يكون المتعامل المتعاقد شخص وطني وعندما يكون المتعامل المتعاقد شخص أجنبي لهذا فرق قانون الاجراءات المدنية والادارية في طرق الطعن بين المنازعات أحكام التحكيم الداخلي "الوطني" وأحكام التحكيم الخارجي "الدولي".

-فيما يخص طرق الطعن في التحكيم الداخلي

وقد تم النص عليها بموجب المادتين 977 و1019 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية تنص المادة 977: "تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

أما المادة 1019: "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

يستنتج من المادتين السابقتين أن لأحكام التحكيم طريقتين للطعن: الطعن العادي والطعن غير العادي.

-الطعن العادي بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي.

بالرجوع للمادتين السالفتين فإن طرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف
✓ المعارضة:

إن الغاية من المعارضة هو مراجعة الحكم الغيائي وذلك للفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم المعارض فيه كأن لم يكن (المادة 327 من ق.إ.م.إ.) ، فجاءت المادة من نفس القانون 328 لاعتبار الحكم الغيائي يكون قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته . بتطبيق هذه الأحكام على التحكيم الداخلي فإنه لا يقبل المعارضة على أساس اعتماده على الطابع الاتفاقي لأطراف الخصومة ، إضافة أنه على المحكم التخلي على الخصومة فور الفصل فيه (المادة 1030 من ق.أ.م.إ.) ، أي خروج النزاع من محكمة التحكيم بمجرد الفصل فيه ما عدا ما تعلق بتصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه وكذا بتفسيره.

إضافة أن لما جاءت به المادة 1031 أن الأحكام التحكيمية تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما وما يؤكد التحليل السابق نص المادة 1032 فقرة أولى التي تنص بصريح العبارة على عدم قابلية أحكام التحكيم للمعارضة.

✓ الاستئناف

بالرجوع للمادتين 1033 و1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحق في استئناف حكم التحكيم في نزاع يتعلق بصفقة عمومية ، بحيث يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به ، ويكون ذلك أمام المجلس القضائي الذي صدرت في دائرة اختصاصه . إلا أن هذه المادة تثير إشكال قانوني فبتبني الجزائر ازدواجية الهرم القضائي لم يعد هناك وجود للغرفة الإدارية على مستوى المجالس القضائية فهي تندرج ضمن القضاء العادي.

لكن بالعودة للمادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على تطبيق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في القانون أمام الجهات القضائية الإدارية لهذا يستنتج أن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية تستأنف أمام مجلس الدولة.

-طرق الطعن غير العادية في أحكام التحكيم الداخلي.

بتطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل طرق الطعن غير العادية في الطعن بالنقض واعتراض غير الخارج عن الخصومة.

✓ بالنسبة لاعتراض غير الخارج عن الخصومة .

بتطبيق أحكام المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير ، إلا أنه قد يحدث وأن يسبب حكم التحكيم ضرر للغير وبالتالي يمكن الطعن بهذه الطريقة أمام المحكمة الإدارية المختصة شريطة أن يتم ذلك قبل عرض النزاع على التحكيم.

✓ الطعن بالنقض .

جاءت المادة 1034 من قانون الاجراءات المدنية والادارية صريحة في هذا المجال بإمكانية انتهاز هذه الطريقة تنص : " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا لأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

وتطبق نفس الأحكام المتعلقة بالطعن بالنقض الخاصة بالمادة الإدارية.

- طرق الطعن في أحكام التحكيم الخارجي.

نص المشرع الجزائري على ثلاث أنواع من طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي وهي كمايلي:

- الطعن بالاستئناف.

يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابل للإستئناف أمام مجلس الدولة خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة الإدارية ولايجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم ، أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

- الطعن بالبطلان.

يشمل الطعن بالبطلان أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر بنفس الحالات التي يتم بها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ ، إلا أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لايقبل أي طعن ، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو التخلي المحكمة الإدارية عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم الفصل فيه.

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم أمام مجلس الدولة ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، غير أن هذا الطعن بالبطلان لا يكون مقبولا بعد شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ.

وجب التنويه أن كل الطعن بالنقض أو الإستئناف، وأجل ممارستها يوقفان تنفيذ أحكام التحكيم.

ج- الطعن بالنقض.

إن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة نتيجة الطعون المذكورة أعلاه قابلة للطعن بالنقض وهي القرارات الصادرة بعد استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ حكم التحكيم وحتى الصادرة عن الطعن بالبطلان في حكم محكمة التحكيم وهي الطعون المنصوص عليها بالمواد 1055 و1056، 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة:

للتحكيم أهمية جد كبيرة في فض منازعات سواء بالنسبة لأشخاص القانون العام أو لأشخاص القانون الخاص، خصوصا أن المؤسسات العمومية التجارية والصناعية حينما تمول من حزينة الدولة، فلا بد من التطبيق الحرفي لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والهدف هو حماية المال العام من الضياع والتلاعب وتجسيد مشاريع التنمية.

المراجع

المؤلفات

- Jean robert, 1993, l'arbitrage droit interne droit international privé, Dalloz 6 édition.
- TRARI TANI Mostefa, 2007, droit algerien de l'arbitrage commercial international, 1^{er} ed, berti, Algerie.

أطروحات

- عمامرة حسان، السنة الجامعية 2015-2016، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه العلوم جامعة الجزائر.
- آيت وارت حمزة، السنة الجامعية 2011-2012، طبيعة القانونية لعقود الصفقات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في اطار الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير تخصص قانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية.
- رحماني راضية، السنة الجامعية 2016-2017، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل.م.د، جامعة الجزائر.
- قدوح حمامة، السنة الجامعية 2009-2010، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر.

المقالات والمداخلات

تراري ثاني مصطفى، يومي 20-21 جانفي 2009، أشخاص القانون العام والتحكيم الدولي، أشغال الملتقى الوطني التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كلية الحقوق جامعة وهران.

Mostefa .Trari-tani, 2005,les pays en developpement face à l'ordre arbitrage international,approche historique dans le droit et la pratique des pays du magreb.Revue marocaine des contentieux.
