

التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15

Amicable settlement of disputes arising from the execution of the procurements contracts under Presidential Decree 15/247

ط.د. برباوي رقية، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

جامعة الطاهري محمد، بشار، الجزائر.

أ.د. بودالي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2018/02/24 - تاريخ المراجعة: 2018/05/01

ملخص:

نص المرسوم الرئاسي 247/15 على التسوية الودية للنزاعات من خلال اعتماد آليات مختلفة سواء فيما تعلق بمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين جزائريين أو تلك المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب.

فالصفقات العمومية الداخلية يتفق الأطراف على حلها بشكل ودي مع مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وفي حالة عدم اتفاقهم يعرضون النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، أما بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي فيتم الاتفاق على التحكيم الدولي بشأنها باقتراح من الوزير المعني ثم موافقة الحكومة، ويمكن عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، واهتمام المشرع الجزائري بالتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية يأتي بغية بحثه عن حل للنزاع بأقل التكاليف وفي أسرع وقت بغية ضمان إنجاز موضوع الصفقة في المدة المحددة لها لكونها وسيلة هامة للتنمية الوطنية من جهة وارتباطها بالمال العام من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، التسوية الودية للنزاع، لجنة التسوية الودية، التحكيم

Abstract:

Presidential Decree n° 15-247 dictates the terms of amicable settlement of disputes regarding procurement contracts, by putting in place various mechanisms, in relation to the disputes of the execution of procurement contracts, both local and international.

In case of a local procurement contract issue, parties agree to an amicable resolution, by taking into account the applicable legislative and regulatory provisions. If they do not agree, they shall submit the dispute to the Committee for Amicable Settlement of Disputes. In case of an international procurement contract, international arbitration must be agreed upon, based on the proposal of the Minister in question, and the approval of the government. The conflict can be presented to the authorities in charge of regulating public transactions and mandates of the General Annex. The interest in amicable settlement of disputes, regarding procurement contracts, is explained by the Algerian lawmaker's will to find the quickest, most cost-effective solution possible to the conflict. An amicable agreement would then ensure the completion of the deal, within the allocated timeframe, as procurement contract are an important means of national development, on the one hand, and are relevant to public funds, on the other hand.

Keywords :

Procurement contracts, amicable settlement of disputes, Amicable Settlement of Disputes Committee, Arbitration.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة لتلبية الحاجات العامة للمواطنين كما أنها تمثل أداة لتنمية الاقتصاد الوطني¹، وهي ترتب حقوقاً والتزامات لأطرافها مما يجعلها تثير العديد من النزاعات عند اصطدام مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد معها، مما يتوجب معه وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه النزاعات².

وتتجلى أهمية منازعات الصفقات العمومية في ارتباطها المباشر بالمال العام على اعتبار العقد المتنازع حول تنفيذه ممول من طرف ميزانية الدولة لذا وجب البحث عن الآليات القانونية التي تؤدي إلى حل النزاع من جهة مع المحافظة على المال العام من جهة أخرى³.

حرص المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية على آلية التسوية الودية للنزاعات في سعيه لحل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية فكرس مبدأ الحل الودي للنزاع وتسويته بالتراضي⁴، محاولاً التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في مجال الصفقات العمومية⁵. والفائدة العملية للتسوية الودية للنزاع تكمن في النفع الذي يعود على أطراف الصفقة العمومية من تطبيقها، هذا النفع يتمثل في الميزات الناتجة عن تطبيقها لمحاولة تسوية النزاع كالتسوية الودية للنزاع كالتسوية الودية للنزاع وتجنب الخصومة القضائية.

فما هي الآليات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية لضمان التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية؟.

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية الإجابة على هذه إشكالية بالتطرق إلى الطرق الودية التي تبناها المشرع بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين (المبحث الأول)، وتلك لحلول التي تبناها بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجانب (المبحث الثاني)، وتجدر الإشارة إلى أن النزاعات التي سنحاول التطرق إليها هي تلك النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أي التي تكون بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بعد إبرام الصفقة العمومية، لاعتبار مرحلة التنفيذ هي المرحلة الأكثر إثارة للنزاعات عن مرحلة الإبرام ففي هذه المرحلة يسعى المتعامل المتعاقد لتحقيق الربح وتسعى المصلحة المتعاقدة لضمان أحسن تنفيذ لموضوع الصفقة بما يشمل التنفيذ المادي للصفقة وكذا احترام آجال تنفيذها.

¹ ملاقي معمر، قراءة في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجزائري عن ماهية الصفقة العمومية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الرابع عشر، جانفي 2017، ص 524.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، أكتوبر 2011، ص 310.

³ خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004-2005، ص 1.

⁴ بجري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف، سنة 2008-2009، ص 113.

⁵ محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، ص 93.

المبحث الأول

التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين جزائريين

تبني المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹ مبدأ الحل الودي للنزاعات وذلك من خلال المادة 153 التي تعتبر الأساس القانوني لمبدأ الحل الودي الذي يبنى على اتفاق الأطراف وبينت ضوابطه (المطلب الأول)، كما أشارت إلى أنه في حالة عدم اتفاقهم يمكنهم عرض النزاع على لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحل الودي للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات الناتجة عن تنفيذ صفقاتها العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين جزائريين، فما هو الأساس القانوني لهذا الحل الودي (الفرع الأول) وفيما تتمثل ضوابطه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الأساس القانوني للحل الودي للنزاعات

نضم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التسوية الودية للنزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية وذلك في القسم الحادي عشر من الفصل الرابع وذلك بالمادة 153 والتي جاء نصها كما يلي:

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها .

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

- يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.
"....."

باستقراء نص هذه المادة يلاحظ بأن المشرع الجزائري في المنازعات المرتبطة بتنفيذ الصفقات العمومية كان حريصا على التسوية الودية وذلك ليجنب طرفي الصفقة النزاع للقضائي وما قد يترتب عليه من عرقلة في تنفيذ الصفقة العمومية في الآجال المحددة لها²، خاصة إذا ما نظرنا لتعدد وطول الإجراءات السابقة لمرحلة إبرام الصفقة العمومية من جانب وارتباطها بحاجات المواطنين من جانب آخر.

¹ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام.

² حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015-2016، ص 99.

لذا أُلزم المشرع الجزائري جهة الإدارة الطرف في العقد بالبحث أولاً عن حل ودي للنزاعات التي يمكن أن تنور في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، وحرص على اتفاق الطرفين على الحل المناسب بشرط عدم المساس بتطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، إذا تم الاتفاق على حل النزاع ودياً يتولى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بإصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق وبين طبيعة الالتزامات الجديدة¹، ويعتبر الحل الودي في هذه الحالة مجهود ذاتي للمصلحة المتعاقدة مع المتعامل التعاقد معها دون تدخل لأي جهة أخرى وفي حالة عدم اتفاق الطرفين تتدخل بعد ذلك لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة².

الفرع الثاني : ضوابط الحل الودي

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 عن الشروط الواجب مراعاتها في الحل الودي والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- احترام المصلحة المتعاقدة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها:

بما يعني عدم جواز اتفاق الطرفين على حل ودي يتعارض مع التشريع أو التنظيم وفي حالة حدوثه يكون باطلا ولا يترتب أي أثر³.

ثانياً- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين:

في بعض الأحيان أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمراً صعباً⁴، فتزيد التكاليف المالية للصفقة، فممكن المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من إبرام ملاحق للصفقة⁵، التي يمكن أن يتم اللجوء لإبرامها بغية إعادة التوازن للتكاليف المالية المترتبة على كل طرف في الصفقة كما في حالة وجود أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف⁶، وبالتالي في هذه الحالة يعتبر الملحق آلية للتسوية الودية للنزاع.

ثالثاً- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة:

المشرع الجزائري أعطى أهمية كبرى لعامل الزمن في الصفقة العمومية، بحيث يمكن اعتماده في دفتر الشروط كأحد المعايير التي يستند إليها في اختيار أحسن العروض⁷، وذلك نظراً للأهمية الكبرى التي يتمتع بها عنصر الزمن في مجال الصفقات العمومية، وذلك لارتباط الصفقة بمجريات المواطنين ومصالحهم والتي تحرض الإدارة على تلبيتها بأسرع ما يمكن، ونظراً لأن النزاعات التي تطرأ عند التنفيذ قد تتسبب في تعطيل إنجاز الصفقة، بما يؤثر سلباً على مبدأ استمرارية سير المرفق العام مما يعطل تنفيذ المخططات التنموية⁸، فجعل المشرع البحث عن حل ودي بين الطرفين وسيلة لضمان أسرع إنجاز لموضوع الصفقة بعيداً عن القضاء وتبعاته.

رابعاً- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة:

1 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 314.

2 خرشي النوي، الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 384.

3 نفس المرجع، ص 315.

4 بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف، سنة 2008-2009، ص 112.

5 المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع نفسه.

6 المادة 136-137 من نفس المرسوم.

7 المادة 78 من نفس المرسوم الرئاسي.

8 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 310.

يستهدف المشرع من خلال تقريره للحل الودي الحصول على نتيجتين مهمتين أولهما سرعة حل النزاع وبالتالي سرعة إنجاز موضوع الصفقة كما تمت الإشارة إليه سابقاً، وثانيهما الاقتصاد في المصاريف من خلال حل النزاع بأقل تكلفة ممكنة فالصفقات العمومية مرتبطة بالمال العام، وليس في صالح لا المتعامل المتعاقد ولا جهة الإدارة الطرف في الصفقة الزيادة في النفقات التي تصرف بغية تسوية النزاع كمصاريف المحامي الوجودي للمتعاقد المتعاقد إذا رفع النزاع أمام جهة القضاء الإدارية ومصاريف الخبرة القضائية ورسوم الدعوى التي غالباً ما يتحملها الطرف الذي جاء القرار القضائي ضده، كما أن الوقت الضائع أثناء البحث عن النزاع يحسب للمتعاقد المتعاقد خسارة مادية.

المطلب الثاني: اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات

وفي حالة فشل الطرفان في التوصل لاتفاق يعرض النزاع على اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات المستحدثة بموجب تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247، حيث أشار المشرع الجزائري في المادة 153 إلى أنه:

"..... وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أذناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أذناه....."

كما أشارت المادة 154 من نفس التنظيم إليها حيث جاء فيها :

" تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين..... "

وبالتالي فهذه اللجنة مختصة بنظر نزاعات الصفقات العمومية الداخلية فقط أي المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين دون الصفقات العمومية الدولية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب، ويتم اللجوء إلى هذه اللجنة في حالة عدم اتفاق الطرفين على إيجاد حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة المبرمة بينهم كما ألزم المصلحة المتعاقدة بإدراج هذا الإجراء في دفتر الشروط كإجراء يتم اللجوء إليه قبل كل مفاضة أمام العدالة.

الفرع الأول: تشكيل اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات

استحدث المشرع الجزائري بموجب المادة السالفة الذكر¹ من تنظيم الصفقات العمومية نوعين من اللجان الإقليمية لجان مركزية ولجان ولائية.

أولاً: اللجنة المركزية:

هي لجنة للتسوية الودية للنزاعات في الوزارة أو الهيئة العمومية تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها، يعين أعضائها المختارون نظراً لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير وهي تتشكل كما يأتي:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيساً.

¹ المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

ثانياً: اللجنة الولائية

هي لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات في الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة، يعين أعضاؤها المختارون نظراً لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من الوالي وهي تتشكل كما يأتي:

- ممثل عن الوالي رئيساً.
 - ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
 - ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع
 - ممثلاً عن المحاسب العمومي المكلف
- ويمكن لرئيس اللجنة أن يستعين بصفة استشارية بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة، كما يعين مقررًا من بين أعضاء اللجنة وتوضع لديه أمانتها.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية للنزاعات

أشارت إليها المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث يمكن أن يعرض النزاع أمام اللجنة من طرف المصلحة المتعاقدة أو من طرف المتعامل الجزائري المتعاقد مع الإدارة، وقد بدأت المادة 155 بعبارة: "يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة....."، مما يفيد بأن الإجراء غير إجباري لكن بالرجوع للمادة 153 ينص المشرع على إجبارية إدراج إجراء التسوية الودية كشرط في دفتر الشروط بمعنى المتعامل المتعاقد مجبر على اللجوء للجنة التسوية الودية قبل اللجوء للقضاء، وأمام هذا التناقض يطرح تساؤل حول طبيعة إلزامية اللجوء إلى التسوية الودية فهل هو إجراء وجوبي أم اختياري¹.

وأشارت المادة إلى الإجراءات الواجب إتباعها أما اللجنة وهي تتمثل في:

- يوجه الشاكي (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) رسالة موصى عليها مع وصل استلام توجه إلى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام تتضمن تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل الوثائق الثبوتية اللازمة المرتبطة بالنزاع.
- يعين مقررًا للنزاع من طرف رئيس اللجنة.
- تدعى الجهة الأخرى (الطرف الخضم) في النزاع من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع.

¹ حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة فاسدي مرياح، ورقلة، 2015-2016، ص 182.

- يبلغ الطرف الخصم لرئيس اللجنة رأيه برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلتها.
- يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح مهامها.
- يدرس النزاع في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من رد الطرف الخصم، ويمكن لها أن تستقبل رأياً موجهاً من سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.
- تصدر اللجنة رأي مبرر يؤخذ بأغلبية أصوات أعضائها وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.
- يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- تبلغ اللجنة رأياً للمتعاقل المتعاقل في أجل 08 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك.

__ الطرف الذي لم يقتنع برأي اللجنة يمكنه رفع طعن أمام القضاء.

المبحث الثاني

التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب

قد تحتاج جهة الإدارة أن تقوم بإبرام صفقات عمومية مع متعاملين اقتصاديين أجنب بغية تنمية الاقتصاد الوطني و كذا جذب رؤوس الأموال والخبرات الأجنبية، وأثناء تنفيذ هذه الصفقات العمومية قد تتصادم مصالح جهة الإدارة مع مصالح المتعامل الأجنبي المتعاقل معها فتثور بينهما نزاعات قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذ الصفقة العمومية وما يمكن أن ينجر عنه من تبعات، لذا حرص المشرع الجزائري على وضع آلية لحل هذه النزاعات بعيداً عن القضاء الرسمي للدولة وذلك باللجوء إلى التحكيم.

المطلب الأول: التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

يعتبر التحكيم نظام قانوني لحل النزاعات في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري أقره المشرع الجزائري لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09² وأكد في تنظيم الصفقات العمومية آخرها المرسوم الرئاسي 15-247، والجزائر وجدت نفسها مجبرة على إدراج التحكيم كنظام لتسوية منازعات الصفقات العمومية وذلك على اعتبار أن المتعامل المتعاقل الأجنبي لا يثق إلا في التحكيم الدولي ويشترط إدراجه في الصفقة المبرمة مع الدولة التي يخاف من انحياز قضائها الرسمي لها في حالة نظره في النزاع المثار بينهما، إضافة إلى جهله في الغالب بقواعد القانون الداخلي لها.

ويتضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية³ هذا الإجراء من خلال المادة 153 التي تنص على أنه:

¹ المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

² القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ... يخضع لجوء المصلحة المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبى إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعنى، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

ما يلاحظ بأن المشرع الجزائري في المنازعات المرتبطة بالصفقات العمومية الدولية ورغبة منه في تجنب ما قد يخلفه اللجوء للقضاء من عرقلة في تنفيذ الصفقة في الآجال المحددة لها ألزم الإدارة بالبحث عن حل ودي للنزاعات التي يمكن أن تثور أثناء تنفيذ الصفقة كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية الداخلية¹، وسمح لها باللجوء للتحكيم عند إبرامها لصفقة عمومية مع متعاملين متعاقدين أجنبى، لكنه وضع ضابطاً تمثل في الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة باقتراح من الوزير المعنى .

ليعتبر الاتفاق على التحكيم في الصفقات العمومية صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية يجب توفر مجموعة من الشروط تتمثل في أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم واشتراط الحصول على موافقة الحكومة

والمنازعات في مجال الصفقات العمومية تصنف إلى منازعات القضاء الكامل ومنازعات قضاء الإلغاء²، فهل يجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة لجميع أنواع المنازعات التي يمكن أن تثيرها الصفقة العمومية؟

الفرع الأول: منازعات الصفقات العمومية التي لا يجوز التحكيم بشأنها

أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تصدر جهة الإدارة قرار إداري يتعلق بالصفقة العمومية ، وهذا القرار لا يكون له وجود بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية، وهي قرارات تتخذها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه بوصفها سلطة عامة، واصطلاح الفقه على تسمية هذه القرارات بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال، كالقرارات المتضمنة تعديلات في الصفقة أو تلك المتضمنة تعليمات للقائم بالتنفيذ وغيرها من القرارات التي أجاز الفقه الطعن فيها استقلالاً بالإلغاء أمام قاضي المشروعية على اعتبار أنها قرارات منفصلة³.

واستند مجلس قضاء الدولة الفرنسي في تفرقة هذه القرارات إلى حالتين وذلك في حكمه الشهير في 16 ديسمبر 1907 في قضية « Grandes Compagnies » حيث فرق المفوض Tradieu بين حالة صدور قرار إداري من جهة الإدارة استناداً إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط وحينئذ تعتبر المنازعة منازعة قضاء كامل ويتعين رفعها أمام قاضي العقد المختص، وبين حالة إصدار الإدارة للقرار المطعون فيه استناداً إلى القوانين واللوائح فيمكن للطرف المتعاقد اللجوء لقضاء الإلغاء للحكم على مشروعية قرار الإدارة في حد ذاته، وبغض النظر عن العقد وأحكامه⁴.

وبالرجوع للمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 التي تنص على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، يتبين أن هيئة التحكيم لا تستطيع أن تنظر مشروعية هذه القرارات من عدمها، لعدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في هذا النوع من المنازعات، لعدم تعلقها بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه، والذي يكون محله قضاء

¹ حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015-2016، ص 99.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 322.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، ص 219.

الحقوق، وبالتالي فإن السبيل الوحيد لفحص مشروعية هذه القرارات الإدارية القابلة للانفصال، هو عن طريق دعوى الإلغاء، ولا يجوز التحكيم بشأنها، لاندراجها في نطاق قضاء المشروعية وليس في نطاق قضاء الحقوق¹.

كما تنص المادة على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، ودعوى الإلغاء تعتبر من النظام العام فلا يمكن التنازل عنها من قبل صاحب المصلحة ويبحث قاضي الإلغاء في صحة تطبيق القانون فهو قاضي المشروعية².

وبالتالي فإن دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفة العمومية تتعلق بالنظام العام في حين أن التحكيم باعتباره أسلوباً من أساليب حسم المنازعات أساسه تراضي أطراف المنازعة في عرضها على التحكيم، وهذه الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تجعله يتنافى مع منازعة مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة لأنها تهدف إلى حماية المشروعية ذاتها ولا تتعلق بإرادة الأفراد³.

الفرع الثاني : منازعات الصفقات العمومية التي يجوز التحكيم بشأنها

بالرجوع إلى المادة 3/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها تنص على أنه:

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

وبالتالي فالمادة تميز التحكيم في المنازعات التي ترتبط بالصفقات العمومية صراحةً، وتستثني المنازعات المرتبطة بالحقوق الغير قابلة للتصرف فيها وتلك المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز التحكيم بشأنها، مما يعني أن المنازعات التي تثيرها الصفقات العمومية والتي تشمل على الجانب المالي يجوز التحكيم بشأنها إلا إذا كانت تتعارض مع النظام العام⁴.

وهي منازعات الصفقات العمومية المنضوية تحت منازعات القضاء الكامل ومنها تلك المرتبطة ببطان العقود والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة، والمنازعات الناتجة عن الأشغال الإضافية، وتلك المتعلقة بالتعويض عن الأضرار، والدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار، والدعاوى المتعلقة بالفوائد التأخيرية، ودعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان، والدعاوى المتعلقة بتوقيف الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات مالية⁵.

المطلب الثاني: ضوابط التسوية الودية للنزاعات بالنسبة للصفقات العمومية الدولية

¹ جبايلي صبرينة، بوعبد الله مختار، التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، عدد 43، جوان 2015، مجلد أ، ص. 223، 233، 225.

² أشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص 126.

³ عمارة حسان، المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 18، جوان 2017، ص. 195-205، 204.

⁴ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 28.

⁵ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 323.

من أجل التسوية الودية للنزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية الدولية أورد المشرع الجزائري مجموعة من الضوابط والتي تتمثل في شرط الحصول على الموافقة المسبقة بالنسبة للتحكيم (الفرع الأول)، وكذا عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط الحصول على الموافقة المسبقة بالنسبة للتحكيم

أورد المشرع الجزائري بموجب المادة 153 شرطا تمثل في إدراج التحكيم في الصفقة العمومية الدولية بناء على اقتراح من طرف الوزير المعني وموافقة الحكومة عليه، المشرع الجزائري بإيراده لهذا القيد يكون قد واکب العديد من الدول، كالمشرع المصري التي اشترط ضرورة توفر موافقة مسبقة من طرف الوزير المختص وأضاف ضابط آخر تمثل في عدم جواز التفويض في ذلك¹، والمشرع السعودي حيث تنص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 لسنة 1983 على أنه: " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء"، والمشرع الإيراني كذلك استلزم موافقة مجلس الوزراء وعرض الأمر على البرلمان ليصادق عليه²، والغاية من هذا الضابط هي الحفاظ على الصالح العام وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا عندما يقتضي الحال ويتضح للسلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام³.

مما يطرح معه التساؤل حول مصير الصفقة التي اتفق على شرط التحكيم بشأن نزاعاتها دون الحصول على الموافقة التي يتطلبها القانون؟ لتوضيح الاختلاف في الأحكام التي صاحبت هذا النوع من الحالات سنحاول التطرق لبعض آراء القضاء الذي تعرض لهذه المسألة⁴.

تعرض القضاء المصري لهذه المسألة في العديد من القضايا، وأدلى بدلوه فيها ومن بين هذه الأحكام:

حكم محكمة القضاء الإداري في 12 مارس سنة 2000 الذي قضت فيه برفض طلب الطرف المدعي بتعيين محكم عن الجهاز التنفيذي لاشتراط موافقة الوزير أو من يتولى سلطاته على شرط التحكيم، للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لخلو أوراق الدعوى تخلو من هذه الموافقة.

حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 7 مايو 2011 التي اعتبرت موافقة الوزير شرط جوهرية يترتب على مخالفته بطلان شرط التحكيم، واعتبرتها من النظام العام يبطل كل إجراء جاء بتخلفها، وأن عبء التأكد من توفرها موجه لطرفي التعاقد.

وسارت المحكمة الإدارية العليا على نفس نهج محكمة القضاء الإداري في العديد من الأحكام الصادرة عنها⁵، ومن الجانب الافتائي فإن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع اعتبرت شرط التحكيم اتفاق مستقل يجب ان تتوافر فيه كل شروط العقد ومنها الرضا الذي يجب ان يكون صحيحاً وإذا تخلف احد أركانها كان العقد بطلاً أو قابلاً للإبطال حسب الأحوال⁶.

1 الفقرة الثانية ن المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، السابق الذكر.

2 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 303.

3 موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، سبتمبر 2015.

4 لم تنطرق لرأي القضاء الجزائري من هذه المسألة لعدم تمكننا من الحصول عليها لشح المراجع التي تتضمن أحكام التحكيم التي كانت الجزائر طرفاً فيها.

5 منها حكم المحكمة الإدارية العليا 21 مايو 2005 في الطعن رقم 6268 لسنة 46 ق. ع.

6 علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 596.

أما مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم فقد تباينت مواقفه فحكم برفض شرط التحكيم تارة وذلك في التحكيم الداخلي، وقبوله تارة أخرى وذلك في التحكيم الدولي على أساس كونها قاعدة في قانون داخلي لا يمكن التخلص بها من شرط تحكيم، كما أن المشرع لم يخلف البطلان لعدم توفرها، كما أن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها مصر توجب عليها قبول التحكيم ولو خالف التشريع الداخلي على أساس ان المعاهدة أسمى من القانون، وباعتبارها نص خاص يقيد العام¹.

وفي قضية framatome ضد هيئة الطاقة الإيرانية رفضت محكمة التحكيم دفع الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية ببطلان شرط التحكيم استنادا للمادة 139 من الدستور الإيراني، وأسست حكمها على أن الاستناد على القانون الوطني لإبطال شرط التحكيم مخالفاً لمبدأ الفاعلية والأثر النافع، فلا يمكن قبول أن الأطراف أرادوا خضوع شرط التحكيم كشرط جوهري إلى شرط إرادي يتوقف على الدولة².

من خلال الأحكام السابقة يلاحظ وجود تعارض بين أحكام كل من القضاء الداخلي وأحكام قضاء التحكيم الدولي، وإزالة هذا الخلاف ذهب بعض الفقه إلى ضرورة التفرقة بين الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد وطني وفي هذه الحالة لا يعذر المتعامل المتعاقد بجهله للقانون المنشور الذي يفترض علمه به، وبالتالي يكون شرط الموافقة واجب التطبيق في مواجهته، بينما في الصفقات العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي فيتعطل إعمال هذه القاعدة على أساس فكرة النظام العام الدولي التي تقتضي عدم جواز تهرب الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة من اتفاق التحكيم الوارد في صفقة عمومية أبرمتها لمخالفة ذلك لشرط وارد في قانونها الداخلي³.

ولقد حدث انقسام بشأن هذه المسألة بالنسبة للقضاء وبالنسبة للفقه أيضاً، فذهب جانب إلى ان تخلف الموافقة يعد خطأ مرفقي ويرتب مسؤولية ويعد بموجب ذلك اتفاق التحكيم عديم الأثر، أما الجانب الآخر فاعتبر استناد الشخص المعنوي العام لقانونه الداخلي للتوصل من اللجوء للتحكيم مخالفاً من الناحية القانونية لمبدأ حسن النية، كما أنه عملياً يسبب اهتزاز ثقة الطرف الأجنبي الراغب في التعاقد مع الدولة و ما قد ينجم على ذلك من أضرار للاقتصاد الوطني⁴.

وفي تنظيم الصفقات العمومية الأخير المشرع الجزائري لم يقرر أي جزء في حالة عدم الحصول على الموافقة المطلوبة للاتفاق على التحكيم، بمعنى هل قصد المشرع جعل موافقة مجلس الوزراء مطلوبة فيما تعلق بشرط التحكيم وغير مطلوبة في مشاركة التحكيم، بالرجوع للحكمة التي ابتغاها المشرع من إدراج هذا الشرط هو ارتباط هذه العقود بالمال العام، وزد على ذلك خطورة اللجوء للتحكيم في هذا النوع من العقود وما يمكن أن ينجر عنه من استبعاد تطبيق القانون الوطني والالتجاء لهيئة تحكيم عوضاً عن القضاء، واتصال هذا النوع من العقود بمصالح العليا للدولة، وهذه الخطورة قائمة سواء تم الاتفاق على اللجوء للتحكيم بموجب شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، لذا فمن المستبعد أن يكون قصد المشرع بإدراج هذا الشرط مرتبطاً بمشاركة التحكيم دون شرط التحكيم.

كما أن المشرع في مجال الصفقات العمومية يحرص على التسوية الودية بغرض الوصول إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة⁵، وإذا انتظرنا حتى يحدث النزاع ثم يعرض الوزير اقتراحه على مجلس الوزراء لإصدار موافقته على اللجوء للتحكيم سيشكل ذلك عبء زمني إضافي يحتسب من الوقت المخصص لإنجاز الصفقة العمومية الدولية التي غالباً ما تكون مرتبطة بمشاريع تنموية ذات أهمية كبرى في الدول،

1 نفس المرجع، ص 618.

2 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 306.

3 محمد طه سيد أحمد، المرجع السابق، ص 249.

4 نفس المرجع، ص 307، 308.

5 المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر.

فالمشرع الجزائري بإيراده لهذا الإجراء قصد مواكبة رغبة المتعامل المتعاقد الأجنبي إضافة إلى رغبته في التوصل لحل ودي للنزاع عن طريق التحكيم اختصارا للوقت والتكاليف.

وتجدر الإشارة إلى أن الطرف الذي لم يكن حكم التحكيم لصالحه مكنه المشرع من طرق مختلفة للطعن فيه إما بشكل مباشر عن طريق دعوى البطلان، أو بشكل غير مباشر بالطعن في الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ أو برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ لحكم التحكيم الدولي وقد أشارت إليها النصوص المنظمة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

الفرع الثاني: عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

استحدث المشرع من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 بالإضافة إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة بالتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين هيئة وطنية لتسوية النزاعات تدعى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بموجب المادة 213 منه والتي تنص على أنه:

" تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات.

تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية: ... - البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب ... يحدد تنظيم وكيفية سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي."

يتضح من خلال نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري أعطى لهذه السلطة التي استحدثتها العديد من الصلاحيات ومن ضمنها صلاحيات تسوية النزاعات بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، لكنه لم يحدد متى يتم اللجوء إلى هذه الهيئة الوطنية بمعنى اختصاصها هل يشمل كل المنازعات المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب فيتم اللجوء إليها قبل عرض النزاع على أي جهة أخرى، أم أنها تختص فقط تلك المنازعات التي لم يتم الاتفاق على إخضاعها للتحكيم الدولي.

وبما أن المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم وكيفية سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما زال لم يصدر بعد رغم مرور أكثر من ثلاث سنوات يبقى الطريق الوحيد لحل منازعات الصفقات العمومية هو التحكيم عند الاتفاق عليه.

خاتمة:

اهتم المشرع الجزائري بالنزاعات التي تثور أثناء تنفيذ الصفقات العمومية حيث رسم لها طريقا للتسوية الودية بعيدا عن دهايز القضاء وشملت هذه التسوية النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية المبرمة مع متعامل متعاقد أجنبي وتلك المبرمة مع متعامل متعاقد وطني فجعل لكل نوع منهما مسلكا خاصا به رغم أن الهدف واحد وهو محاولة حل النزاع بأسرع وقت وبأقل التكاليف بغية الحفاظ على الصفقة وضمنا لإنجاز موضوعها في الوقت المحدد.

وما يمكن ملاحظته من خلال نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 أنه لم يحدد موقفا واضحا من طبيعة إجراء اللجوء للجنة التسوية الودية للنزاعات من حيث كونه وجوبي أو اختياري وذلك للتعارض الموجود بين نص المادتين 153 و155.

¹ المواد من 1055-1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

لم يوضح موقفه من حالة عدم حصول المصلحة المتعاقدة على موافقة الحكومة من اللجوء للتحكيم، بحيث لم يبين الجزاء المترتب عن تخلفها وكيف يمكن معالجة هذا الوضع في حالة حدوثه.

جعل التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين جزائريين مقتصرة على عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، وحرّمهم من إمكانية اللجوء للتحكيم رغم ما يوفره من مزايا تساعد في الإسراع في حل النزاعات المرتبطة بهذا النوع من العقود، لدى يجب التفكير في النهوض بالتحكيم الداخلي وتطويره ومرافقته بتكوين مختصين في التحكيم ذوو خبرة في مجال الصفقات العمومية.