

جامعة محمد الصديق بن يحيى -جيجل-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

التحكيم في العقود الإدارية
(الصفقات العمومية نموذجاً)

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عام

إشراف الأستاذ:

بوالكور عبد الغني.

إعداد الطالبة:

هاين أسماء.

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بلحيرش سمير	أستاذ محاضر (ب)	محمد الصديق بن يحيى -جيجل-	رئيسا
بوالكور عبد الغني	أستاذ مساعد (أ)	محمد الصديق بن يحيى -جيجل-	مشرفا و مقرا
مهدي سوماية	أستاذ مساعد (أ)	محمد الصديق بن يحيى -جيجل-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر و عرفان

" إن الكلية هي المكان الأكبر والأكثر إرباكا، مشكلتهم هنا أنهم يتوقعون منك معرفة الكثير من الأمور التي لم تتعلمها أبدا، وهذا محرج أحيانا".

"جين ويبستر"

اختفت كل هاته الأفكار من رأسي وأصبحت الكلية أجمل، بفضلكم أنتم.

شكرا لكل أستاذة وأستاذ، كان لي الشرف بتكوين نفسي تحت إشرافكم، لم تبخلوا علي من بحر علمكم.

شكر خاص لأستاذي الفاضل "بوالكور عبد الغني"، الذي لم يبخل علي بوقته ومساندته للخروج بهذا العمل المتواضع.

شكرا جزيلا لأساتذتي أعضاء اللجنة الكرام، شكرا لجهودكم ووقتكم.

إهداء

" في النهاية، لن يكون ما تفعله من أجل أطفالك هو الذي يجعلهم أفرادا ناجحين، و إنما سيجعلهم كذلك ما علمتهم أن يفعلوه بأنفسهم".
"آن لاندروز"

إلى من بكى قلبي شوقا وحزنا على لفراقهم، إلى روح أجدادي الطاهرة.

إلى منبع الحنان والأمان، إلى مربيتي وقدوتي، إليك يا جدتي.

إلى مدرستي الأولى، إلى التي سهرت لتعلمني حرفا فكلمة فجملة، إليك يا أمي.

إلى قدوتي وسندي في الحياة، إلى الذي أنا هنا بشيب رأسه، إليك يا أبي.

إلى من أشرقت الدنيا بحضورهما، إليكما يا أخوي.

إلى كل فرد من عائلتي كل باسمه.

" هناك قدر يجعلنا جميعا إخوة، لا أحد منا يسير طريقه وحده".
"إدوين ماركهام"

إلى أسرتي الثانية، إليكم يا زملائي وأساتذتي، إلى كل أفراد كلية الحقوق كل باسمه، إلى أسرة القانون (الدفعة المميزة لسنة 2017 -كلية الحقوق بجيجل)، أشكر القدر الذي جمعني بكم، تشرفت بكوني فردا منكم.

يحتاج الناس إلى الثناء عندما يحاولون و يفشلون أكثر من احتياجهم إليه عندما يحاولون و ينجحون".
"بوب موواد"

إلى رفيقة الدرب، إلى التي لم تسمح لي بالسقوط يوما، إليك صديقتي.

إلى التي كافحت وجاهدت، إلى التي سقطت ونهضت، إلى التي قالت لي ذات يوم "اليوم

ليس يوم استسلامك"... إلى نفسي.

قائمة المختصرات

● المختصرات باللغة العربية

- ج: جزء.

- ج.ر: جريدة رسمية.

- د.ب.ن: دون بلد نشر.

- د.د.ن: دون دار نشر.

- د.س.ن: دون سنة نشر.

- ط: طبعة.

- ص: صفحة.

● المختصرات باللغة الفرنسية

-L.G.D.J : librairie générale de droit de la république française.

-P: page.

مقدمة

القضاء الرسمي في الدولة يعتبر الطريق العادي المتعارف عليه لفض النزاعات والوسيلة المثلى لتحقيق العدالة الاجتماعية بصفته أحد سلطات الدولة. والجزائر على غرار نظيراتها من الدول التي كرس نظام الازدواجية القضائية بشقيه العادي والإداري جعلت من هذا الأخير المختص في نظر النزاعات ذات الطابع الإداري.

في أغلب النظم القانونية تنصب معظم النزاعات التي تكون الإدارة أحد أطرافها في ميدان العقود الإدارية التي زادت أهميتها في ظل التوجه الليبرالي للدولة وانفتاحها على الاقتصاد الحر، حيث أصبحت تلك العقود ركيزة لأغلب المعاملات الداخلية وحتى الدولية منها كونها الوسيلة الأنجع لتنفيذ المشاريع والخطط التنموية، إلى جانب المساهمة في ضمان استمرارية المرفق العام.

عقود الصفقات العمومية باعتبارها أحد أهم العقود الإدارية فقد حظيت بالاهتمام الكبير واعتبرتها الدولة الأداة المثلى للتطوير الاقتصادي وضخ الأموال وتماشيا مع التطورات المتعلقة بمجال التجارة والاستثمار فقد أصبحت الصفقات العمومية الطريق المتبع لتشجيع الخوض فيها واستقطاب المتعاملين الأجانب. وأمام الانفتاح الكبير الذي شهده ميدان الصفقات العمومية واتخاذه للبعد الدولي فقد أثر بالمقابل وزاد من حدة النزاعات المتعلقة بها، حيث لم يعد القضاء يستوعب هذا التطور الهائل الذي أدى لتحمله كما هائلا من القضايا أدت بدورها للتقليل من فعاليته وما عزز من ذلك كان بطء إجراءاته بالأساس وكثرة درجاته.

بداية من هذه النقطة، وجد المشرع الجزائري نفسه في موقف يحتم عليه ضرورة البحث عن طرق جديدة لحل النزاعات خاصة الإدارية منها فكانت أول خطواته في هذا الشأن بإقرار وسائل التسوية الودية للمنازعات. لاحقا أصبح الحل الودي يحتل مكانة ذات أهمية في معظم المنظومات القانونية المعاصرة وأصبح التسابق لإجازته في المجالات الجديدة وهو ما فعله المشرع الجزائري من خلال فتح أبواب الحل الودي في مجال الصفقات العمومية وكان التحكيم أحد تلك الحلول.

يعد التحكيم من أبرز المظاهر والأنظمة القانونية فقد انتشر بشكل كبير مواكبا لتزايد المعاملات خصوصا الدولية والعقود المتعلقة بها وأصبح اللجوء له أمرا حتميا رغم بعض المعارضات التي لقيها، إلا أن النظرة تغيرت مؤخرا كون أشهر التشريعات المقارنة اعترفت به في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من الأشخاص العامة، الأمر الذي واكبه التشريع في الجزائر بحسم الجدل وتبني النظام التحكيمي صراحة في مادة الصفقات العمومية بعدما كان يقتصر على العلاقات التجارية فقط.

الاعتراف بالتحكيم كنظام قائم بحد ذاته يوجب على المشرع ضرورة تنظيمه ووضع إطار قانوني بمعالم واضحة يضمن حسن تطبيقه وفعاليتها، إلا أنه رغم مساعيه في هذا التكريس فقد وقع في تعارض مع خصوصية الصفقات العمومية وعقودها التي تهدف لتحقيق النفع العام وتلبية متطلبات المرافق العامة من خلال الامتيازات الممنوحة للأشخاص المعنوية العامة على حساب المتعاقدين معها.

تكريس التحكيم في المنازعات الناشئة بين طرفين أحدهما شخص عام، أسهم في ظهور عدة إشكالات متعلقة بالناحية الإجرائية للتحكيم على المستوى الداخلي والدولي بصفة أكبر نظرا لحساسيته وما زاد من حدة الإشكالات هو عدم التدخل المستعجل للمشرع بحلها واكتفائه بتنظيم التحكيم ضمن الشريعة القانونية الإدارية المتمثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تتمثل أهمية موضوع التحكيم كطريق للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية من حيث كون هذه الأخيرة ذات طابع مالي حساس ودور التحكيم في تسوية منازعاتها، من جهة أخرى مدى الارتباط الوثيق بينهما والذي ساهم في النهوض بالاقتصاد الوطني.

اختيار موضوع الدراسة جاء بناء على أسباب ذاتية تمثلت في الميل لدراسة كل ما هو متعلق بالصفقات العمومية خصوصا وأنها جزء لا يتجزأ من تخصص القانون العام، إلى

جانب قلة الدراسات المتعلقة بالتحكيم في هذا المجال على المستوى الوطني وحتى إن وجدت فلكل نظرته بشأنها.

من جهة أخرى، وجود أسباب موضوعية تتعلق أساسا بتزايد الإقبال على آلية التحكيم كحل ودي للمنازعات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية نظرا لما يحققه من إيجابيات خصوصا على المستوى الدولي.

الهدف من الدراسة يتمثل في إبراز أسباب التوجه نحو التحكيم لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية، يضاف لذلك التعرض لأهم الإشكالات التي واجهت تكريسه من الناحية الإجرائية خصوصا.

نظرا للأهمية التي يحظى بها نظام التحكيم كآلية بديلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية حرص المشرع الجزائري على ضمان حسن تنظيمها تسهيلا على أطراف النزاع، إلا أن الواقع يبدو مخالفا تماما ومن هذا المنطلق تفرض الإشكالية نفسها حول أسباب غياب **الممارسة التحكيمية في مادة الصفقات العمومية ؟**

للوصل إلى إجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا **المنهج الوصفي** من خلال جمع وعرض جميع النصوص القانونية الخاصة بآلية التحكيم وكذلك الجانب النظري لها.

إضافة للمنهج التحليلي الذي استعنا به في استقراء كافة النصوص القانونية الواردة وإبداء الآراء حولها.

بناء على ذلك قسمنا الدراسة إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة خصوصية النظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية، أما **الفصل الثاني** فقد درسنا فيه الإجراءات المتعلقة بالتحكيم في مادة الصفقات العمومية.

الفصل الأول

خصوصية النظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية

لمساهمتها الفعالة في تمويل المشاريع في مختلف المجالات تحتل الصفقات العمومية هرم وسائل التنمية، وهي بهذا الدور تساهم في إشباع حاجات أفراد المجتمع، كما تساهم في ضمان تطبيق مبدأ استمرارية المرفق العام بالتالي تحقيق المنفعة العامة. ولما تملكه من مميزات لا يكاد ميدانها يخلو من النزاعات التي تتمحور أغلبها حول مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية باعتبارها مرحلة حساسة تتقاطع فيها المصلحة العامة مع المصالح الشخصية للمتعامل المتعاقد. وبهذا فقد أصبحت تشكل عائقا كبيرا أمام تحقيق الهدف من وراء إبرام الصفقة وهو ما أدى إلى إثقال كاهل الأطراف المتعاقدة، خصوصا أمام طول إجراءات الحل القضائي وكلفته في حل مثل هذا النوع من المسائل التي تتطلب نوعا من الدقة والسرعة في الخروج بحكم مناسب في آن واحد.

في زمن كان فيه دور القضاء بارزا وأغلب الخصوم تفضله لم يكن موضوع النزاعات في مجال الصفقات العمومية يشكل هاجزا كبيرا كما هو اليوم، ونطاقها الذي لم يكن يتعدى الحيز الوطني ساهم في ذلك. إلا أن التوسع المحسوس في المجال القانوني عامة والصفقات العمومية خاصة وفي ظل إقدام الدولة على الدخول ضمن عدة اتفاقيات دولية أدى للانفتاح أكثر في هذا الميدان الذي أخذ بعدا دوليا، أصبح معه أحد أطراف الصفقة شخصا أجنبيا لا يخضع للقانون الجزائري.

أمام هذا الوضع وجد المشرع الجزائري نفسه في موقف ألزمه بالتماشي مع التغيرات، حيث جسده من خلال اعترافه الصريح بجواز طرق التسوية الودية للمنازعات في مادة الصفقات العمومية وكان نظام التحكيم كأحدها من أبرز تلك الطرق بوصفه نظاما قائما بحد ذاته.

لما كان لنظام التحكيم الصلة الوثيقة بمجال الصفقات العمومية، يستلزم ذلك إبراز العلاقة الرابطة بينهما (المبحث الأول) إلى جانب مساعي المشرع الجزائري في تثبيت

مكانته(المبحث الثاني) باعتباره نظاما حديث العهد بالجزائر خصوصا في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الأول

مكانة التحكيم في ميدان الصفقات العمومية

حظر اللجوء للتحكيم هو المبدأ الذي تمسك المشرع الجزائري به إلى غاية إجازته له في عقود الصفقات العمومية كاستثناء وبات من أهم الوسائل لحل النزاعات المتعلقة بها. من خلاله حظي أشخاص القانون العام على غرار أشخاص القانون الخاص بحق اختيار التحكيم كحل لقضيتهم، هو الأمر الذي شكل صعوبة بالغة بالنظر لما يحمله النظام التحكيمي من طابع قانوني خاص من شأنه التأثير على جوهر الصفقة سلبا، إذا فالعلاقة من طرف واحد والتحكيم هو المتحكم بها فيما يحل النزاع أو يآثر عليه.

على غير عادته وأثناء تنظيمه لآلية التحكيم لم يترك المشرع الجزائري مجالا للاجتهادات الفقهية أو القضائية وتولى وضع التعريف بنفسه تاركا باب المساهمة في محاولة إسقاط التعريف على الصفقة العمومية وهو ما سعى إليه بعض الفقه.

يعتبر التحكيم تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة في مجال حل المنازعات العقدية والصفقات العمومية كأحدها، إلا أن فتح هذا الطريق أمام الأشخاص المعنوية العامة قد يشكل عائقا جديدا لإرادتهم في الأساس مقيدة بوسيلة تعاقد محددة في تنظيم الصفقات العمومية.

نظرا للتداخل الكبير بين النظام التحكيمي ونظام الصفقات العمومية، وجب أولا إبراز الجانب النظري للتحكيم في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول) ومن ثم شرح فكرة هذا النظام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التحكيم في مادة الصفقات العمومية

عادة ما يفضل الأطراف اللجوء للطريق القضائي كحل لمنازعاتهم في عقود الصفقات العمومية، إلا مؤخرا حيث بدأت الممارسة التحكيمية تعرف نوعا من التقدم خاصة في جانبها الدولي.

يميل أغلب الخصوم لإبرام الاتفاق التحكيمي مستقلا عن العقد الأصلي للصفقة تفاديا لما قد يحدثه ارتباطهما من آثار جانبية ويكون الاتفاق في شكل تعبير صريح عن إرادة كلا الطرفين في إتباع طريق التحكيم الذي رغم طابعه الاختياري إلا أنه ليس مطلقا ويعد مجرد نوع من أنواعه التي تعددت باختلاف معايير تصنيفها كل حسب وجهة نظره بخصوصها.

شغل التحكيم لهذا الحيز المهم في ميدان الصفقات العمومية، يعني إلزامية توضيح معناه (الفرع الأول) وإبراز أهم أنواعه في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف آلية التحكيم في ميدان الصفقات العمومية

بمفهومه العام يعد نظام التحكيم خروجاً عن الطريق العادي للتقاضي، مبني على إرادة أطراف النزاع كجوهر يميزه عن النظام القضائي. ولما كان التحكيم آلية ودية تساهم في تسوية منازعات الصفقات العمومية فقد تداخل تعريفه مع التعريف العام للتحكيم وأصبحت وجهين لعملة واحدة.

وضع المشرع الجزائري تعريفا عاما للنظام التحكيمي ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ (أولا) تاركا مجالا ضيقا للفقهاء القانونيين في شرحه أو محاولة إسقاطه على الصفة العمومية تحديدا (ثانيا) كما أبدى القضاء توجهه بخصوص هذا الموضوع (ثالثا).

أولا: تعريف التشريع الجزائري لآلية التحكيم

خلافًا لغيره في التشريعات المقارنة على غرار مصر والتشريع الفرنسي فالمشرع الجزائري لم يقدم أي تعريف للتحكيم في الصفقات العمومية على وجه الخصوص، إلا أنه أورد تعريفا عاما معتبرا إياه آلية قائمة بحد ذاتها تطبق على مختلف المنازعات المجازة تشريعا في مختلف المجالات والصفقات العمومية كأحدها.

التعريف التشريعي لم يأتي شاملا إنما في شكل تعريفين متعلقين بصور التحكيم وبجمع التعريفين الواردين ودمجهما بمجال الصفقات العمومية يمكننا الخروج بما يلي:

1- شرط التحكيم بمنظور الصفقات العمومية

ورد تعريف الشرط التحكيمي في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".²

يقصد بـ "الحقوق المتاحة" تلك التي يملكها الشخص بصفة مطلقة ولا وجود لأي نزاع حولها ويمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها، أحد هذه الحقوق ما تعلق بالصفقات العمومية.³

¹ - أمر رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

² - المادة 1007 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - سائح سنقوثة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا-شرحا-تعليقا-تطبيقا)، الجزء الثاني: المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص 1195.

التعريف السابق بالنظر له وإحاطته بمجال الصفقات العمومية يمكن القول بأن الاتفاق التحكيمي في هذا المجال هو: "الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة (المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247) والمتعامل المتعاقد معها في صفقة عمومية متصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة على التحكيم".¹

نلاحظ على التعريف إدراجه لمصطلح "التحكيم" إلى جانب المصطلحات القانونية المتعلقة بمجال الصفقات العمومية ما جعل الصبغة القانونية تغلب عليه ويمكن للمشرع الجزائري تبنيه في حال أراد النص على التحكيم بصفة مباشرة في القانون المنظم للصفقات العمومية.

2- اتفاق التحكيم بمنظور الصفقات العمومية

جاء التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم طبقا لنص المادة رقم 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".²

الاتفاق التحكيمي بمفهوم المادة يعني بالضرورة موافقة طرفي النزاع على عرضه للتحكيم الذي يكون مسبقا.³ وبالرجوع إلى عقود الصفقات العمومية وإسقاط التعريف عليها فإن الاتفاق التحكيمي في هذه الحالة هو: "الاتفاق الذي يقبل أطراف الصفقة العمومية (المصلحة المتعاقدة المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعامل

¹ - مليكة موساوي، <<التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية>>، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تامنراست، 2015، ص221.

² -المادة 1011 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ -سائح سنقوثة، المرجع السابق، ص1198.

المتعاقد معها) بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".¹

ما يمكننا فهمه من التعريف أن الصفقة العمومية في هذه الحالة سارية وقد بدأ تنفيذها بالفعل إلا أن عقدها الأصلي لا يحتوي بندا يخص الشرط التحكيمي وبالتالي يحق لطرفي النزاع المتعلق بتنفيذ الصفقة إبرام اتفاق مستقل بإمكانية اللجوء للتحكيم في حال وجود أي نزاع متعلق بها مستقبلا.

ثانيا: تعريف الفقه الجزائري لآلية التحكيم

الباحث في الفقه القانوني الجزائري وخصوصا في مجال الصفقات العمومية يدرك مدى ندرة الاجتهادات المتعلقة بها، وآلية التحكيم كأحد أحدث الوسائل في تسوية نزاعاتها لم تحظى لحد اليوم بالاهتمام الكافي الذي يلاءم مكانتها نظرا لصعوبة إيجاد تعريف جامع مانع له في الصفقات العمومية تحديدا بحيث يأخذ طابعها وخصوصيتها بعين الاعتبار كما لا يستثني أيا من الجانبين النظري أو الإجرائي أثناء التعريف.

في هذا الإطار حاول الأستاذ الجزائري "غلاب عبد الحق" الخروج بتعريفين، أحدهما يصب في الجانب النظري للتحكيم والآخر في الجانب التطبيقي له مع دمجها بالصفقة مباشرة للخروج بما يلي:

1-التعريف النظري للتحكيم في ميدان الصفقات العمومية

من الناحية النظرية يمكن تعريف التحكيم في مادة الصفقات العمومية بأنه: "إجازة المشرع لطرفي المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية القائمة، أو المحتملة والمحددة أو غير المحددة وأيما كان موضوعها إلا ما استثني بنص خاص. إلى اللجوء لطرف محايد

¹-مليفة موساوي، المرجع السابق، ص 221.

(شخص أو هيئة) للفصل فيها بمقتضى القانون أو العدالة باستبعاد اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية والاختصاص".¹

احتواء التعريف على بعض المصطلحات البديهية التي يمكن الاستغناء عنها والحد من طوله كالقول بولاية القضاء واختصاصه، إلا أنه لم يتأثر من ناحية كونه شاملا مفصلا للجانب النظري للتحكيم وإشارة الأستاذ لوجود إجازة من قبل المشرع يؤكد على أنه قائم كنظام قانوني معترف به في مجال الصفقات العمومية إلا ما تم استثنائه بنص قانوني خاص، ويتم اللجوء له في حال رغبة طرفي النزاع في تقادي طريق القضاء الرسمي.

2- التعريف الإجرائي للتحكيم في ميدان الصفقات العمومية

في تعريفه الثاني لآلية التحكيم في مجال الصفقات العمومية وصفه الأستاذ عبد الحق بأنه: "مجموع الإجراءات المتبعة من أطراف الصفقة العمومية تبدأ من الاتفاق على عرض النزاع القابل للتحكيم على طرف محايد (شخص أو هيئة)، وينتهي بحكم تحكيمي ينهي النزاع طبقا لأحكام القانون ومقتضيات العدالة".²

يأخذ على هذا التعريف تركيزه على الجانب الإجرائي للتحكيم كحل لنزاع الصفقة العمومية دون تفصيل والاكتفاء بالإشارة لنهاية التحكيم التي تكون بصدور حكم تحكيمي يحل النزاع محترما للنصوص القانونية، ويمكننا القول بأنه تعريف واضح المعنى مكمل للتعريف الأول الذي يشمل الجانب النظري.

سعيًا لمحاولة الخروج بتعريف ملم بالتحكيم بشقيه النظري وكذا التطبيقي بجمع التعريفين والقول بأنه: حق الأطراف المتعاقدة في إطار صفقة عمومية، في اللجوء لطرف

¹- عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري (في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2017، ص: 10، 11.

²- المرجع نفسه، ص 11.

ثالث محايد يفصل في النزاع القائم بينهما بناء على إجراءات التحكيم القانونية، للخروج بحكم يخدم مصلحتهما وإنهاء النزاع في أسرع وقت ممكن.

الفرع الثاني

أنواع التحكيم في مادة الصفقات العمومية

تعددت أنواع التحكيم بتعدد التوجهات الفقهية فكل جانب يقسمها حسب نظرته لها. في ميدان الصفقات العمومية يمكن الخروج بأنواع أساسية للتحكيم وما يميز النظام التحكيمي الجزائري أنه جمع بين التحكيم الاختياري والإلزامي في نفس الوقت فهو يفصل بين التحكيمين الداخلي والدولي. أما بخصوص المعاهدات المبرمة في هذا الإطار فهي لم تميز بين الحكم القضائي والحكم التحكيمي.¹

وفيما يلي نبرز أهم تلك الأنواع في مادة الصفقات العمومية، حيث يمكن تقسيمها كما يلي:

أولاً: معيار العنصر الوطني

وفقاً لهذا المعيار فإن التحكيم ينقسم إلى نوعين، أحدهما تحكيم داخلي أو وطني والآخر تحكيم دولي.

1- التحكيم الداخلي في مادة الصفقات العمومية

يعرف التحكيم الداخلي بأنه: " التحكيم الذي يتعلق بنزاع على إقليم الدولة وتكون جميع

¹ - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية (التشريع الإسلامي، الأردن، الإمارات، البحرين، تونس، الجزائر، السعودية، السودان، سورية، العراق، عمان، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، مصر، المغرب، اليمن - اتفاقيات التحكيم العربية)، الكتاب الأول، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص321.

عناصره وطنية".¹

بإدخال الصفقات العمومية على التعريف السابق يكون التحكيم الداخلي بهذا المفهوم هو: "الذي تكون فيه المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد والمحكمين خاضعين للقانون الجزائري (الموضوعي والإجرائي)، والمكان الذي يجري فيه التحكيم هو التراب الوطني"²

تعقد الصفقة العمومية داخل حدود الوطن وبين أشخاص يحملون الجنسية الجزائرية في التحكيم الداخلي فلا وجود لأي طرف أجنبي.

2- التحكيم الدولي في مادة الصفقات العمومية

التحكيم الدولي في الجهة المقابلة للتحكيم الداخلي هو: "التحكيم الذي ينصب على علاقات تكون بين أشخاص منتمين لدول مختلفة أو ينصب على منازعات بين الدول أو المنظمات أو الهيئات الدولية".³

يكون التحكيم دوليا من منظور الصفقات العمومية متى كان أحد المتعاقدين من بلد أجنبي ما حتم اللجوء إلى هذا النوع تماشيا مع التوجهات الدولية التي أصبحت بعضها تأخذ به كبديل للقضاء الوطني على غرار أمريكا تشجيعا للدخول في صفقات دولية تعود بالفائدة على البلد المستضيف وتعزز من تنميته.

ثانيا: معيار حرية أعمال التحكيم

كأصل عام يكون اللجوء إلى تنظيم التحكيم اختياريا، إلا أن التشريع الجزائري قد أضفى

¹ - بدر الدين نعومي خيراني، التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص: دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014، ص 11.

² - عبد الحق غلاب، المرجع السابق، ص 20.

³ - بدر الدين نعومي خيراني، المرجع السابق، ص 12.

على بعض المنازعات صبغة إلزامية وجعل من التحكيم فيها إجباريا.¹

1- التحكيم الاختياري في مادة الصفقات العمومية

متى كانت إرادة أطراف النزاع حرة بدون قيود في اللجوء لآلية التحكيم يعتبر في هذه الحالة اختياريا. ومن خلال نص المادتين 1007 و1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتقديمها لكل من تعريف شرط التحكيم واتفق التحكيم على الترتيب، يظهر تكريس المشرع للتحكيم الاختياري من خلال ترك مجال اللجوء إلى التحكيم مفتوحا ومتعلقا بإرادة الأطراف ما عدا في مجالين أحدهما مجال الصفقات العمومية الذي يكون التحكيم فيه اختياريا على وجه العموم.

أكد نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247² هذا التوجه بتأكيد على حرية المصلحة المتعاقدة في البحث عن حل ودي للنزاع القائم جراء تنفيذ الصفقة العمومية وأحد تلك الحلول هو نظام التحكيم.

2- التحكيم الإجباري في مادة الصفقات العمومية

عندما تكون إرادة طرفي النزاع مقيدة بإلزامية اللجوء للتحكيم بدل القضاء فهو بهذه الصفة إجباري ولا يمكن تجاوزه بأي شكل كان، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من التحكيم في النظام القانوني السابق وصرح به من خلال نص المادة 23 من الأمر رقم 75-44 والتي نصت على ما يلي: " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم".³

¹ -محمد براهيم، التحكيم في التشريع الجزائري، جوان 2018، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/15، على الساعة 1:36 سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://brahimi-avocat.com/pages/billets-en-langue-arabe/1-19.html>.

² -مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

³ -المادة 23 من الأمر رقم 75-44، مؤرخ في 17 يونيو 1975، يتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج.ر عدد 53، صادر في 4 يونيو 1975.

سابقا وبالعودة للمرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية يتجسد التحكيم الإجباري من خلال لجنة التسوية الودية التي كان يلجئ إليها كأمر إلزامي إلا أنه ومع التقدم المستمر ودخول المرسوم الرئاسي 15-247 حيز النفاذ تم التخلي عن فكرة إلزامية التحكيم عن طريق لجنة التسوية الودية وإدراجها كتوجه بديل في حالة عدم اتفاق الطرفين على أي حل ودي يسمح به القانون في هذا الإطار.¹

بقي الطابع الإلزامي ملازما من ناحية الحل الرضائي رغم كل محاولات التخلي عنه، وصياغة نص المادة جاء واضحا بفرض التسوية الودية على المتعاملين المتعاقدين كحل لنزاعاتهم واستبعاد الطريق لما له من سلبيات متعددة.

المطلب الثاني

فكرة التحكيم في مادة الصفقات العمومية

النظام التحكيمي المعاصر يقوم على فكرة أساسها الحق الممنوح للأطراف المتعاقدة في الاتفاق على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم بدل القضاء فبدأت فكرة أن التحكيم قضاء من نوع خاص، نظمته المشرع الجزائري² ضمن نصوص قانونية مواكبة للتقدم في هذا المجال كما سعى لتكريسه نظرا لما يحمله من مميزات مع وجود بعض العيوب التي يمكن حلها، كما أن التصريح بهذا الحل الودي كنظام قائم دليل واضح على رأي التشريع فيه والذي لم يختلف عنه الرأي الفقهي والقضائي كثيرا.

تناولنا من خلال هذا المطلب، قانون التحكيم الجزائري الجديد (الفرع الأول) إلى جانب إرساء المشرع الجزائري للنظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

¹ - المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

² - الدكتورة كاملة، بحث مرسل إلى مؤتمر موريتانيا: التحكيم بديلا للقاضي، التحكيم وسيلة لحماية وتشجيع الاستثمار، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/15، على الساعة 1:50 سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.international-arbitration-attorney.com>.

الفرع الأول

أساس نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية

رجوعا للخلف والتوقف عند أول محطة للنظام التحكيمي في الجزائر، تجعلنا ندرك بأن قانون الإجراءات المدنية القديم¹ كان الراعي الرسمي لهذا النظام ويحمل فصلا عنوانه "التحكيم".

أقدمت الجزائر لاحقا على توقيع عدة اتفاقيات مهمة في مجال التحكيم ولعل أهمها كانت اتفاقية نيويورك بعد إدراكها للفرق بين التحكيم الداخلي والدولي² وهنا بدأت بوادر تعديل قانون الإجراءات المدنية لملائمة التطور الذي تجسد من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-3.09

أخيرا تقرر تغيير القانون كليا ليحل محله قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 ويُدْرَج التحكيم كأحد آليات التسوية الودية للمنازعات ضمن الباب الخامس منه. وجاء هذا التعديل حاملا لخاصيتين ميزتا التحكيم و الآتي شرحها فيما يلي:

أولا: الطابع الحر لنظام التحكيم

يملك كل من المحكم وأطراف النزاع إرادة حرة لا تحكمها قيود كثيرة في ظل القانون الجديد للتحكيم وقد برزت من خلال ما منحه المشرع الجزائري للأطراف المتعاقدة من حق

¹ - أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. عدد 49، مؤرخ في 11 جوان 1966. (ملغى)

² - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية (الجزائر-الإمارات العربية المتحدة-السودان)، ملحق الكتاب الأول، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.07.

³ - مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أفريل 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. عدد 27، صادر في 27 أفريل 1993. (ملغى)

في اختيار المحكم وتعيينه كما يملكون حق اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع خصوصا في الحالة التي يكون فيها النزاع متعلقا بصفقة دولية.

جاء التعديل تطبقا لمبادئ النظام الليبرالي القائم على مبدأ الحرية كأساس، إلا أن هذا الانفتاح الكبير لا يعني أنه مطلق فقد تم تقييده بدور القاضي في إجراءات التحكيم والذي يمكن اعتباره مساعدا في النظام التحكيمي.¹

منح الحرية المطلقة للمتعاقدین على المستوى الدولي يعني وجود متعامل أجنبي من شأنه الرجوع على المتعامل الجزائري بالسلب، فالطرف الآخر حتما بإمكانه فرض قانون بلده والمحكم الذي يناسبه (أمام واقع أن المتعاقد الجزائري لا يملك خيارات أخرى) لتلبية مصلحته الشخصية خصوصا أن المشرع الجزائري لم يذهب بعيدا في تنظيم التحكيم ولم يحدد هيئة تحكيمية على مستوى التراب الوطني كما هو الحال في أغلب الدول التي تبنت هذا النظام، كما أن عدم وضع قائمة للمحكّمين المعتمدين في الجزائر يجعل المتعامل المتعاقد الأجنبي في خوف دائم من قبول المحكم الذي يختاره المتعاقد الجزائري.

ثانيا: الطابع الدولي لنظام التحكيم

باعتبارها العقد الإداري الدولي الوحيد المعترف به في القانون الجزائري كانت الصفقات العمومية الدولية أهم مجالاً تركز فيه التحكيم وقد أتى المشرع بنص صريح يجيز من خلاله فكرة التحكيم الدولي في هذا المجال وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ثم أكد هذا التوجه لاحقا ضمن المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية.

هذا التوسع والخروج عن الحيز الوطني من شأنه المساس بجوهر الصفقة العمومية، إلى جانب ما يطرحه من إشكالات متعلقة بأحكام النزاع الإداري التي يسهل تطبيقها أمام

¹- عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية (التشريع الإسلامي، الأردن، الإمارات، البحرين، تونس، الجزائر، السعودية، السودان، سورية، العراق، عمان، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، مصر، المغرب، اليمن - اتفاقيات التحكيم العربية)، المرجع السابق، ص 362.

القضاء المحلي عكس الصعوبة الموجودة على النطاق الدولي.¹

تبقى إمكانية التصدي لهذه المسائل واردة من خلال البحث عن حلول عميقة تضمن تطبيق التحكيم الدولي في ميدان الصفقات العمومية بكل أريحية وإدراجها ضمن تعديل قانوني جديد يمس النظام التحكيمي.

الفرع الثاني

إرساء النظام التحكيمي في مجال الصفقات العمومية

عدة دوافع وأسباب خصوصا منها التي مست الإطار الدولي هي ما أعطت التحكيم فرصة في هذا المجال بالذات والمشروع الجزائري بتبنيه الاستثنائي لهذا النظام في مادة الصفقات العمومية خاصة وتصريحه المباشر به، لهو جواب واضح على موقفه منه والذي أيده فيه أغلب الفقه القانوني والاجتهاد القضائي في الجزائر.

ساهمت الخصائص المميزة للنظام التحكيمي عن القضائي في السماح به دون أي تردد على الرغم من أنه لا يخلو كغيره من الأنظمة القانونية القائمة من بعض النقائص التي قد تؤثر على العملية التحكيمية ولو أنها بشكل طفيف فأغلبها تملك حلولا وجب تفعيلها على المدى القريب.

بناء على ذلك ذهبنا لدراسة أسباب تبني النظام التحكيمي في ميدان الصفقات العمومية (أولا) وبيان مدى مشروعيته في الجزائر (ثانيا) وأخيرا تقدير هذا النظام من حيث مدى ملاءمته (ثالثا).

¹ - أسماء بنور، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2019، ص 07.

أولاً: دوافع تبني نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية

تفكير المشرع الجزائري في إدراج النظام التحكيمي ضمن مجال الصفقات العمومية يتمحور حول سببين رئيسيين كدافع قوي لهذه الخطوة فكان أول تلك الأسباب قانونية والأخرى اقتصادية.

1- الدوافع القانونية لتبني النظام التحكيمي

لطالما حرص النظام التشريعي الجزائري على مواكبة نظيره من التشريعات المقارنة من خلال مختلف التعديلات القانونية التي يجريها في كل مرة والتي غالبا ما تأتي تماشيا مع أية مستجدات في أي مجال كان خصوصا منها ما تعلق بالنطاق الدولي في إطار الاتفاقيات الموقع عليها من طرف الدولة الجزائرية.

كذلك كان الحال فيما يخص ميدان التحكيم الذي لطالما سعى المشرع الجزائري لمواكبة آخر تطوراتها، حيث عمل على تشكيل حيز يساعد على تنفيذ برامج التنمية الوطنية من جهة وتشجيع التعامل الأجنبي من جهة أخرى¹ من خلال تنظيم آلية التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى جانبه المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، مع اكتفاء هذا الأخير بالإشارة إليه فقط كتأكيد على تبنيه دون تفصيل.

جاء التحكيم من منظور القانون كضمان للمستثمر الأجنبي بعد أن وجدت الدولة نفسها مجبرة على الأخذ به في منازعات الصفقات العمومية² فهو يساهم في حماية المتعاقد الأجنبي والسهر على راحته واطمئنانه على سلامة مبالغه المالية الموجهة نحو الاستثمار، كما يتم

¹ - سهام صديق، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، د.س.ن، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/12، على الساعة: 12:21، سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.asjp.cerist.dz>.

² - محمد بودالي، رقية برباوي، <<التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 >>، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 05، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمليت، 2018، ص150.

تجنبيه الخوف الدائم من انحياز القضاء المحلي إلى جانب الدولة التابع لها.

2- الدوافع الاقتصادية لتبني النظام التحكيمي

بعد الأزمة التي مرت بها الجزائر في وقت سابق، سعت لإعادة السيطرة على الوضعية الاقتصادية وإعادتها لمسارها الصحيح بالتغلب على التبعات السلبية للأزمة بوضع عدة مشاريع تطلبت مبالغ مالية ضخمة جدا لتنفيذها ما دفع بالدولة للتفكير في طريق الاستثمار كحل لإعادة تحريك عجلة التنمية والدفع بها نحو الأمام من خلال تشجيعه فكان السبيل لتحقيق ذلك بوضع آلية جديدة لتسوية النزاعات تمثلت في التحكيم كأنسب الوسائل في مجال الصفقات العمومية¹ بطابعها المالي الذي جعل منه الأساس للنهوض بالاقتصاد الوطني من جديد والنزاعات المتعلقة به لا تحتمل أي تأخير في إيجاد حل لها تقاديا للخسائر المحتملة وبدل ذلك تم توظيفها خدمة للوطن ووسيلة مثلى لضخ رؤوس الأموال.

يضاف لما سبق انعدام ثقة الشخص الأجنبي المتعاقد في التحكيم الداخلي وجهله لقواعده غالبا فهو بالتالي يطالب كشرط بإدراج التحكيم الدولي.²

ثانيا: مشروعية النظام التحكيمي في الجزائر

منذ الاستقلال، عرف النظام التحكيمي تذبذبا كبيرا من ناحية قبوله والعمل به وكانت المنازعات كلها تسوى عن طريق القضاء كطريق وحيد وتم تبرير ذلك بحماية السيادة الوطنية من المساس فكان المبدأ يقضي بحظر اللجوء للتحكيم على الأشخاص المعنوية العامة خاصة كما أنه لم يكن متاحا في ميدان الصفقات العمومية. إلا أن المشرع الجزائري تظن لاحقا للوضع واتخذ خطوة ساير من خلالها عدة تشريعات مقارنة فأجاز التحكيم كحل ودي لمنازعات الصفقات العمومية بعد تطور الأحداث التي انتهت بإصلاحات القانون رقم

¹-سهام صديق، المرجع السابق، ص 111.

²- محمد بودالي، بريواوي رقية، المرجع السابق، ص 150.

08-09 الذي فتح المجال أمامه، وقد توضح ذلك من خلال ما طرأ من تحول في هذا المجال رغم خصوصية نظام الصفقات العمومية وبذلك يكون المشرع قد أخذ برأي الاتجاه الفقهي و القضائي الموافق للتحكيم عكس ما ذهب إليه بعضهم.

وكون خطوة التشريع في إجازة التحكيم جاءت مبنية على عدة تغيرات إلى جانب الرأي الغالب في الاتجاهين الفقهي وكذا القضائي فقد تطرقنا لأهم الآراء المعارضة منها والمؤيدة في الجوانب الثلاثة.

1- مشروعية نظام التحكيم في التشريع الجزائري

التحكيم كطريق للتسوية الودية كان ولا يزال محل تقييد بمبدأ المنع كأصل عام إلا أنه وبعد سنوات طويلة من التردد قرر المشرع فك الحظر عنه والتصريح بجوازه لأشخاص القانون العام في هذا المجال.

مر هذا التحول بعدة مراحل انتهت بنص قانوني صريح وتضمنه في مختلف التعديلات القانونية وصولا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، وقد جاءت تلك المراحل مرتبة كما يلي:

أ- نظام التحكيم في ظل القانون القديم

بصدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 فقد تبين توجه التشريع بخصوص مسألة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وكذا لجوء الأشخاص العامة له ورفضه الصريح لها في عدة مواضع إلى أن تغير موقفه تدريجيا.

أ-1: نظام التحكيم في ظل الأمر رقم 66-154

جاءت الفقرة الثالثة من نص المادة 442 (الملغاة) كما يلي: "... ولا يجوز التحكيم

للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".¹

تأكيد المشرع على مصطلح "الدولة" دليل على تخوفه ، خصوصا فيما تعلق بسيادتها في حال طلب التحكيم الدولي. وهو ما ترسخ تشريعا من خلال الأخذ بالمبررات الفقهية التي أتى بها الاتجاه المعارض كسبب لحظر التحكيم.²

كما يأخذ على صياغة نص المادة سكوتها عند عبارة "الأشخاص الاعتباريين العمومية" (بغض النظر عن ركافة التعبير) وعدم توضيح نطاقها وما إذا كانت الأشخاص الاعتبارية العامة والتابعة للقانون الخاص جزءا من قصد المشرع بإمكانية لجوءها للتحكيم من عدمه.³

أ-2: نظام التحكيم في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09

سنة 1993⁴ ظهر تعديل قانون الإجراءات المدنية، إلا أن المبدأ القاضي بحظر التحكيم ظل قائما ما عدا في الجانب المتعلق بالتحكيم الدولي في العلاقات التجارية حيث أجازة وظل متحفظا بخصوص مادة الصفقات العمومية.

ب- نظام التحكيم في ظل القانون الجديد

بحلول القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية محل القانون القديم، راجع المشرع الجزائري نفسه بخصوص التحكيم وإمكانية السماح به لحل منازعات الصفقات العمومية باعتبار أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام وقد أصبح ذلك

¹ -المادة 442 من الأمر رقم 166-154، المرجع السابق.

² -جمال رواب، <موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية >>، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019، ص 1159.

³ - عائشة رمضان، نور الهدى كردوسي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص: منازعات إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015، ص 24 .

⁴ -مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أفريل 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية ، ج.ر عدد 27، صادر سنة 1993.

ممكنا، ونظرا للأهمية البالغة التي تحيط بالتحكيم فقد أولى المشرع عناية كبيرة به وخصص الكتاب الخامس من ذات القانون لتنظيمه والأحكام المتعلقة به في خطوة جريئة منه لإدراج التحكيم الدولي خصوصا.

جاء النص الصريح على جواز التحكيم في إطار الصفقات العمومية في موضعين، أولهما كان نص المادة 975 وليس ببعيد عنها نص المادة 1006 من نفس القانون وباستقراء نص المادتين يمكن الخروج بالملاحظات التالية:

- إدراج المشرع الجزائري لمصطلح "الدولة" وكذا "الأشخاص الاعتبارية العامة" تحت مصطلح واحد ليكون "الأشخاص المعنوية العامة".
- التمسك بمبدأ حظر التحكيم، ما عدا في مجالين أحدهما الصفقات العمومية.¹
- النص على مادتين (المادة 975 و1006) في نفس الموضوع، في حين كان في الإمكان دمجهما وإزالة الغموض والتناقض الموجود بينهما المتعلق خصوصا بعبارة "أو في إطار الصفقات العمومية" الواردة في المادة 1006 في فقرتها الثالثة والتي تتعارض تماما مع العبارة الواردة في نص المادة 975 بقولها " وفي مادة الصفقات العمومية".

لعل اتخاذ المشرع لخطوة جديّة بتكريسه للنظام التحكيمي في مجال الصفقات العمومية، جاء سعيا منه لتطوير هذا الأخير و النهوض به. إلا أنه لم يوفق تماما بوجود بعض الأخطاء المتعلقة بالغموض الموجود في بعض المواد المنظمة للتحكيم و التي يجب إعادة النظر فيها.

¹ -Issad.(M),La nouvelle loi Algérienne relative a l'arbitrage international,Rev.arb,2008,p 420.

نقلا عن: صبرينة جبالي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017، ص 101.

2- مشروعية نظام التحكيم في الفقه الجزائري

كون الفقه الداعم الأساسي للتشريع فهو دائما يسعى لفك الغموض عن المسائل القانونية الحديثة، هنا أتى دوره في مسألة التحكيم التي أخذت حيزا كبيرا من اهتمام الفقهاء الدوليين وقد نالت نصيبها من الاهتمام في الفقه الجزائري الذي ركز مجهوداته أساسا على التحكيم الدولي كونه عرف قبل الداخلي ومن هنا ظهرت عدة آراء منها من ينادي بالتحكيم ومنها من يرفضه تماما ولكل من الاتجاهين مبرراته الشخصية التي تبرز قناعاته.

أ- التوجه الفقهي الرافض لنظام التحكيم في الجزائر

مع تضارب آراء الفقه الجزائري بخصوص التحكيم برز الفقه المعارض لفكرته، متبعين بذلك خطى التشريع الفرنسي¹ ويأخذ هذا الاتجاه بعدة مبررات نذكرها فيما يلي:

أ-1: تعارض نظام التحكيم مع المبادئ القانونية العامة

في بعض الأحيان يصطدم تطبيق نظام التحكيم بمجموعة من المبادئ ما يؤدي لتعارضه الشديد معها أو حتى خروجه عنها في أحيان أخرى وبعض تلك المبادئ نوردها فيما يأتي:

■ مبدأ سيادة الدولة

تواجد الدولة في حيز النشاط الاقتصادي والتجاري وخوضها في مجال الصفقات العمومية يعني بالضرورة لجوئها لآلية التحكيم في حل منازعاتها على المستوى الدولي، إلا أنه وبالنظر لمكانتها وسيادتها فهي تتعارض مع إمكانية ذلك باعتبار قضاء التحكيم يفرض

¹ -Patrikios.(A), L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, 1997, p 28.

نقلا عن: صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص 91.

قانونا أجنبيا عنها في غالب الأحيان وقد وجب تطبيقه رغم أنه قد يمس بسيادتها والصحيح هنا هو خضوعها للقضاء الوطني فقط¹ تقاديا للتعدي على الاختصاص القضائي.

■ مبدأ توزيع الاختصاص

يقضي هذا المبدأ بتوزيع الاختصاص على جهتي القضاء العادي والإداري فلا يمكن للقاضي العادي التدخل في عمل القضاء الإداري.

إجازة التحكيم في العقود الإدارية عامة والصفقات خاصة، يخالف هذا المبدأ صراحة². فالقانونون في هذه الحالة فضل المحكم على القاضي العادي في تولي فض النزاع مع اختلاف خبراتهما القانونية.

■ مبدأ الحصانة القضائية للدولة

يفيد المبدأ بعدم جواز الاختصاص بين دولتين أمام القضاء الوطني لإحدهما وكل واحدة تخضع لقضائها الرسمي فقط وفي حال وقوع أي خصام بينهما يحق للدولة تفعيل حصانتها القضائية التي أصبحت مؤخرا تتعارض مع آلية التحكيم بوصفه قضاء خاصا فهو بهذا لا يختلف عن القضاء الأجنبي من الناحية الشكلية فكلاهما يمارس خارج حدود الوطن تحت رحمة قوانين أجنبية³ من شأنها الإخلال بكافة المبادئ انطلاقا من هذه النقطة.

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 389.

نقلا عن: صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص 93.

² وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 111.

نقلا عن: منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص 37.

³ -Laubadère.(A.de), Moderne.(F),Devolrée (P),Traité des contrats administratifs,L.G.D.J.2 ème éd, tomme 02, 1983-1984, p 955.

نقلا عن: صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص 94.

أ-2: تعارض نظام التحكيم مع نظرية العقد الإداري

تقوم نظرية العقد الإداري على مجموعة من المبادئ والأسس التي تحكم بدورها عقود الصفقات العمومية بصفقتها عقدا إداريا وفتح المجال أمام التحكيم في مثل هاته العقود من شأنه المساس بأسس النظرية العقدية.

تخضع منازعات الصفقات العمومية عادة للقضاء الإداري نظرا لاختصاصه بدلا من القضاء العادي وهو الحال بالنسبة للقضاء التحكيمي الذي يتنافى مع طبيعة عقود الصفقات بشكل خاص والعقود الإدارية بشكل عام¹ وإلا ما كان المشرع الجزائري ليمنعه في بقية العقود.

ب- التوجه الفقهي المؤيد لنظام التحكيم في الجزائر

في الجهة المقابلة يجد الاتجاه الفقهي المؤيد للنظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية مبرراته من خلال نقده للرأي المعارض ومحاولة وضع حلول في هذا السياق، من خلال النقاط التالية:

- فيما يخص سيادة الدولة، لا يمكن للتحكيم المساس بها كون اللجوء له من قبل الأشخاص المعنوية العامة على رأسهم الدولة توجهها اختياريا وليست مجبرة عليه.
- سهر المشرع الجزائري على حسن تنظيم آلية التحكيم وقام بضبط كافة قواعده وهذا من شأنه استبعاد التأثيرات السلبية للتحكيم.
- بالنسبة للحصانة القضائية للدولة، فالتحكيم لا يحظى بالاستقلالية المطلقة عن القضاء الوطني ويحق لهذا الأخير التدخل في عمل المحكم بناء على نصوص قانونية تمنحه سلطة التدخل تمارس في شكل رقابة إشراف أو مساعدة.²

¹ - منير عباسي ، المرجع السابق، ص:38،37.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص76.

- لا يمكن القول بتعدي التحكيم على مبدأ الاختصاص فبالرجوع للقانون المنظم لاختصاصات مجلس الدولة¹ فهو لم ينص صراحة على منع التحكيم كونه لم يرى فيه تعديا على الاختصاص، كما أن ذات القانون أوضح نطاق اختصاص القضاء الإداري ولم يصف التحكيم بأنه بديل للقاضي الذي لا يمكن الاستغناء عن دوره.

3- مشروعية نظام التحكيم في القضاء الجزائري

عرف موقف القضاء الجزائري في مسألة التحكيم نوعا من التذبذب وعدم الوقوف عند رأي ثابت، الأمر الذي اتضح من خلال اجتهاداته وإن كانت نادرة بسبب قلة الممارسة التحكيمية والاحتكاك بهذه الآلية، وقد اختلفت الآراء إلا أن الرأي الراجح والغالب كان موافقا للمشرع الجزائري مجيزا للتحكيم.

في قضية تثبت رأي القضاء، جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 03 جوان 2010، حول قضية تخص ديوان المركب الأولمبي "محمد بوضياف" ضد الشركة التجارية "ذ.م.م للأشغال" الذي نص على ما يلي: "لا يمكن التحجج بالحق الدستوري في التقاضي، لاستبعاد أعمال شرط اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه"².

يتضح من خلال نص القرار، أنه في حال وجود أي نزاع متعلق بعقد صفقة عمومية أصلي مع وجود اتفاق على اللجوء للتحكيم في هذه الحالة فإنه لا يحق للأطراف المتعاقدة اللجوء للقضاء والتهرب من التحكيم.

¹ - قانون رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، ج.ر. عدد 37، صادر سنة 1998.

² - المحكمة العليا، قرار رقم 626204 مؤرخ في 2010/06/03، قضية (ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ.م.م للأشغال ر.ك.)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 247.

كما أن النص يدل على موقف القضاء الصريح في تسبيقه لآلية التحكيم (في حال الاتفاق عليها) على القضاء بحد ذاته في أي منازعة مسموح بالتحكيم كحل لها وهو الأمر بخصوص الصفقات العمومية.

ثالثا: تقييم نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية

نظام التحكيم إلى جانب كونه الأداة الأمثل للنهوض بالتنمية الوطنية وتحريك عجلتها فهو يحمل مجموعة مميزات تجعله متفوقا على القضاء الوطني من ناحية حل النزاعات ذات الطابع المالي وهي ما جعلت القضاء نفسه يعطيه الأولوية في مجال الصفقات العمومية.

إلا أن كونه نظاما حديث العهد بهذا المجال خصوصا على الصعيد الداخلي فقد جعله ذلك يعاني من عدة نقائص بعضها يفرضه الواقع العملي والبعض الآخر نتيجة قلة الاحتكاك به، ورغم هذه العيوب إلا أن خصائصه فاقتها بكثير لتجعل منه النظام الأنسب لنزاعات الصفقات العمومية.

1- خصائص النظام التحكيمي

النظام التحكيمي كحل ودي لمنازعات الصفقات العمومية، يملك مجموعة من الخصائص ميزته عن غيره من طرق تسوية المنازعات وجعلت منه مقصدا لأغلب الأطراف المتعاقدة وتتمثل على سبيل الذكر لا الحصر فيما يلي:

أ- ميزة الفصل السريع في القضايا

تعد السرعة أهم ميزة في التحكيم خصوصا وأن المشرع الجزائري ذهب إلى تحديد مدة لا يمكن تجاوزها لإصدار القرار التحكيمي ما ينعكس بالإيجاب على أطراف الصفقة إذ يجنبهم الوقوع في خسائر مادية ناتجة عن التأخير الحاصل عادة باختيار الطريق القضائي للفصل في المنازعة.

مع الأخذ بعين الاعتبار حساسية مجال الصفقات الذي يتطلب التوصل لحل في أسرع وقت ممكن تفاديا لتفويت الصفقة كلها، ومن هنا تتأكد فعالية نظام التحكيم في إيجاد حل سريع ومناسب لكلا الطرفين.¹

ب- ميزة السرية

التحكيم كنظام يعتبر عكس النظام القضائي تماما، يقوم على أساس أن كل ما تعلق بأطراف النزاع من أسرار يكون محفوظا لا يمكن الإطلاع عليه من عامة الناس بأي شكل كان وعليه فإن المصالح الشخصية لكلا الطرفين (والتي عادة ما يتم كشفها تطبيقا لمبدأ علانية الجلسات أمام القضاء الوطني)² تكون محمية بشكل كلي يمنع المساس بها.

مع وجود صفقة عمومية منعقدة خاصة الضخمة منها وكذا التي يكون أحد أطرافها من خارج الوطن فإن احتمالية التخوف من التأثير على مصالح الأطراف المتعاقدة تكون كبيرة إذا ما تم الكشف عن كل خبايا القضية، في هذه الحالة يفضل أصحاب الصفقة تفعيل خاصية السرية باللجوء إلى التحكيم الآمن.

ج- ميزة تخفيف أعباء المحاكم

أصبحت كثرة القضايا تراكمها المستمر على مستوى المحاكم الرسمية للدولة خصوصا الإدارية منها نتيجة الوتيرة المتسارعة للنشاط الإداري وحتى الاقتصادي وما تعلق بالصفقات العمومية على وجه الخصوص، تشكل عبءا ثقيلًا ففي الآونة الأخيرة وما يلحظه البلد من إعادة بعث للمشاريع التنموية التي كانت مجمدة ما يعني بالضرورة ارتفاع عدد الصفقات المبرمة بشكل محسوس تلبية لحاجيات المؤسسات وبالتالي احتمالية تضاعف عدد النزاعات المتعلقة بها.

¹ - بدر الدين نعومي خيراني، المرجع السابق، ص 13.

² - عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح (في ضوء الفقه و القضاء)، ط.2، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص:

كل هذا يؤدي لتحميل المحاكم عبءاً إضافياً ويساهم في بطء عملية الفصل في القضايا فوق ما تعرف من بطء معتاد.¹ وبهذا يكون أمر تفعيل آلية التحكيم بكل معالمها قد أصبح أمراً ضرورياً خصوصاً على المستوى الداخلي.

د- ميزة التوفير

يقصد بالتوفير هنا ما يمس ميزانية الأطراف المتنازعة في حال تفضيل اللجوء للقضاء الوطني بطول إجراءاته التي تكبد الخصوم في غالب الأحيان مصاريف ضخمة عادة ما تفوق القيمة المخصصة للتحكيم (رغم ارتفاعها بشكل نسبي).

كما أن نظام الدفع في التحكيم الذي يعتمد على مشاركة الطرفين فن يساهم بشكل كبير في تخفيف العبء الذي يقع على عاتق من يخسر القضية أمام القضاء، فإلى جانب خسارته للصفقة يتحمل الأعباء القضائية وأعباء المحامي وحتى التعويض، أضف لذلك المشاكل التي قد تعرقل سير الإجراءات القضائية وتزيد من المدة المحتملة لحل القضية ما يعني تضاعف الأعباء.

هـ- ميزة الحرية

يملك الأطراف إرادة حرة في اختيار المحكمين وفق ما يلائمهم من مواصفات متعلقة بالكفاءة والتخصص.² وفيما يتعلق بعقود الصفقات العمومية فمن الطبيعي اختيار محكم متمكن من هذا المجال مطلعاً على كل مستجداته لتسهيل المهمة وتسريع الحل.

من جهة أخرى يتمتع المحكم بكامل الحرية المسحوبة من القاضي فهو غير ملزم بقانون معين يطبقه. يضاف إلى ذلك أن مجال النقاش القائم بين الأطراف والمحكم واسع كونه ملزماً بقضية واحدة طالما وافق على التحكيم فيها عكس تعدد القضايا أمام القضاء والتي عادة ما

¹ - فتحي والي، قانون التحكيم الجديد في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص15.

² - سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض النزاعات، دائرة القضاء، أبو ظبي، 2014، ص22.

تكثر في اليوم الواحد، مما يقلص الوقت الممنوح للنظر في كل واحدة منها على أكمل وجه وقد يآثر ذلك سلباً على الحكم الصادر بالتالي على أطراف النزاع.¹

2- نقائص النظام التحكيمي

رغم ما يتميز به نظام التحكيم من خصائص مقارنة بالقضاء الوطني، إلا أنه لا يخلو تماماً من بعض العيوب التي قد يعتبرها أطراف العقد معيقة لهم التي يعتبر حلها ممكناً مع قلتها.

أ- عيب التكلفة المالية المرتفعة

القيمة المالية المدفوعة مقابل التحكيم لا تعتبر رسماً بسيطاً مقارنة بنظيرتها أمام القضاء إذ تصنف على أنها عالية جداً وعادة ما تدفع المتعاقدين للنفور من هذا النظام وتقاديه. وبمقارنة النظامين التحكيمي والقضائي من ناحية سرعة الفصل بالتحكيم يسبقه بخطوات عديدة ورغم خفة الرسوم القضائية إلا أن تعقيد إجراءاته عادة ما يزيد من حجم الخسائر المالية بزيادة أعباء المحامي وارتفاع التكلفة في حال مواجهة إشكالات التنفيذ وغيرها² فالتكلفة المدفوعة للتحكيم تعتبر معقولة مقارنة بالخدمة السريعة التي يقدمها، إلى جانب التعاون على دفعها بين الطرفين.

ب- عيب انعدام الخبرة

عادة ما تكون الخبرة القانونية للمحكم محدودة أو حتى منعدمة ما ينتج عنه إمكانية الوقوع في أخطاء تحكيمية لا يمكن تداركها³ وقد تسبب خسائر ضخمة وأضراراً لكلا الخصمين أو لأحدهما على حساب الآخر، عكس ما يتمتع به القاضي من خبرة كبيرة في

¹ - المرجع نفسه، ص 23.

² - عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 21.

³ - بدر الدين نعومي خيراني، المرجع السابق، ص 15.

التعامل مع القضايا نتيجة الممارسة الدائمة للعمل القضائي وتنوع القضايا المعروضة عليه خلافا للمحكم الذي قد يفصل في قضية واحدة طول حياته.

يضاف لما سبق من النقائص، إمكانية نشوء نزاعات متفرعة عن عملية التحكيم بحد ذاته، إلا أنه بإجراء مقارنة بين ما يحمله النظام التحكيمي من عيوب ومزايا فإن هذه الأخيرة تتغلب خصوصا مع إمكانية التصدي لكافة النقائص من طرف المشرع الجزائري بالتخفيف على كاهل المتنازعين ووضع تكلفة معقولة للتحكيم مع تثبيتها، كما يمكن فتح مدارس خاصة لتكوين محكمين ذوي كفاءة عالية ويمكن للأطراف الاختيار من بينهم دون التأثير على حرية إرادتهم.

المبحث الثاني

تفعيل نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية

يعتبر القضاء الوطني الطريق العادي المتعارف عليه في حل المنازعات ذات الطابع الإداري التي تكون أمام القضاء الإداري المختص، بالخروج من إطار التسوية القضائية توجد طرق أخرى لحل المنازعات في إطار ودي دعا إليه المشرع الجزائري بنصه على طرق التسوية الودية وسعى من هذا الباب لتفعيل نظام التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية بعيدا عن القضاء فسمح لأشخاص القانون العام باللجوء له بعد أن كان محظورا عليهم.

جاءت إجازة النظام التحكيمي في عدة مسائل، إلا أنه منع في أخرى بناء على أسباب فرضها المنطق والواقع العملي. لاحقا ظهرت عدة صعوبات واجهت هذا المجال الذي كان في الأصل يطبق على المنازعات الخاضعة للقانون الخاص وأشخاصه وتطبيقه على منازعات الصفقات العمومية قد يحدث خلافا نظرا لتعارض التحكيم مع القانون الإداري عامة، تحولت لاحقا لإشكالات معيقة لسير العملية التحكيمية.

يظهر عمق التأثير ضمنيا من خلال دراسة قابلية التحكيم في ميدان الصفقات العمومية (المطلب الأول) والإشكالات التي ظهرت أمام هذا النظام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قابلية اعتماد التحكيم في ميدان الصفقات العمومية

في مرحلة سابقة مرت بها الجزائر لم يكن يسمح للأشخاص العامة باللجوء إلى آلية التحكيم بصفة صريحة في أي مجال كان، على الصعيدين الداخلي والدولي.

في مرحلة تلتها تم السماح لهم جزئيا بالتحكيم الدولي في مجال واحد فقط، إلى أن تم إلغاء مبدأ حظر التحكيم صراحة وأصبحوا يلجئون للتحكيم الدولي والداخلي أيضا وما زادهم ارتياحا كان منحهم الحق بالتحكيم في مجال الصفقات العمومية وما ينجم عنه من منازعات تتلاءم مع خصوصية التحكيم، إلا أن مسألة إجازته لم تكن تامة أو مطلقة حيث مس مسائل دون غيرها.

غياب معايير خاصة وثابتة يمكن إسقاطها على القابلية الموضوعية للتحكيم فقد ذهب كل تشريع لما يراه مناسبا بأن أخضع المسائل المسموح بها لإرادته واتجهت أغلب القوانين المقارنة للنص على المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها على غرار المشرع الجزائري الذي استبعد بعض المسائل حصرا في إطار الصفقات العمومية ما يعني أن بقية المسائل مسموحة والتي ينصب معظمها في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية.

إن القول بقابلية التحكيم في مادة الصفقات العمومية يقتضي منا عرض أصحاب الحق في اللجوء له (الفرع الأول) إلى جانب المسائل المجاز فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق اللجوء لنظام التحكيم في إطار الصفقات العمومية

ورد النص على هذه المسألة في المواضع القانونية ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية (أولا) والتنظيم المنظم للصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: حق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

نصت المادة 975 على أنه: "... لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".¹

إنّ فالمرشح قد أجاز صراحة للأشخاص المذكورين في المادة 800² من نفس القانون باللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية.

كما جاء في ذات السياق نص المادة 1006 في الفقرة الثالثة منها على أنه: "...ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".³

نص التشريع هذا أضاف مجالا جديدا للدولة والأشخاص العامة يمكنها طلب التحكيم فيه ألا وهو مجال الصفقات العمومية حيث تم إجازة التحكيم الداخلي لأول مرة إلى جانب

¹ - المادة 975 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - جاء في نص المادة 800 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق ، ما يلي: "...في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

³ - المادة 1006 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

الدولي، إلا أن المشرع الجزائري أغفل إدراج نص قانون يحدد طريقة تطبيق نص المادة 1006 فيما تعلق بالتحكيم.¹

ثانيا

حق التحكيم في تنظيم الصفقات العمومية

بالإطلاع على المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لا يمكن إيجاد أي تصريح مباشر بالتحكيم في ميدان الصفقات العمومية وعقودها، إلا أنه من خلال استقراء نص المادة 153 من نفس المرسوم تضمنت إلزامية اللجوء لحل ودي لتسوية نزاعات الصفقات العمومية كإشارة غير مباشرة لإمكانية التحكيم، كما أن نص المادة 206² تضمن الإشارة للمؤسسات العمومية التي أجاز لها قانون الإجراءات المدنية والإدارية (باعتبارها شخصا معنويا عاما) اللجوء لآلية التحكيم. مع الإشارة إلى أنه لا يوجد ما يمنع الخروج عن الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

الفرع الثاني

مجالات أعمال نظام التحكيم في إطار الصفقات العمومية

إن إجازة التحكيم في مادة الصفقات العمومية كما سبق الإشارة إليه لم يأتي مطلقا رغم أنه يبدو كذلك ظاهريا حيث توجد بعض المسائل المستبعدة منه حصرا فمن غير المعقول نزع كافة القيود المتعلقة بهذه المسألة كونه يؤدي للإحجام الكلي عن اللجوء للقضاء الوطني الذي يعد متخصصا أكثر في بعض المسائل المهمة، لدى فقد تم السماح بالتحكيم في المسائل الطفيفة القابلة للحل دون أي تدخل قضائي كبير.

¹ - حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (في القانون المقارن)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 137.

² - أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

³ - جمال رواب، المرجع السابق، ص 1163.

بالعودة لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكننا ملاحظة المجال المسموح بالتحكيم فيه وأنه يمس الحقوق المالية ولم يتم تحديد نطاقها بل اكتفى المشرع بحصر المسائل المستبعدة من التحكيم في مجال الصفقات والمتعلقة بمرحلة إبرام الصفقة (أولا) وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام (ثانيا).

أولا: منازعات مرحلة إبرام الصفقات العمومية

مرحلة إبرام الصفقة العمومية هي مرحلة منظمة في إطار قانوني لها قواعدها الملزمة للأطراف المتعاقدة ولا يمكن الخروج عنها وفي حال مخالفتها وجب حل المسألة في أطر قانونية،¹ ومن بين الصور المستبعدة أثناء هذه المرحلة :

- المنازعات الناشئة عن مخالفة المبادئ العامة للصفقة العمومية.²
- المنازعات الناشئة عن مخالفة إجراءات وشروط إبرام عقد الصفقة العمومية.³

ثانيا: منازعات القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية

يستبعد هذا النوع من القرارات من مجال التحكيم كونه متعلق بالنظام العام والمشرع قد أورد المسائل المتعلقة به ضمن نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁴ ومن أمثلة تلك القرارات، تلك المتعلقة بالحرمان من دخول الصفقة العمومية⁵ ولا يمكن التحكيم في كل ما تعلق بالنظام العام، مثال ذلك التعامل بالأسلحة النارية كما يمنع التحكيم في خصومة مرتبطة بحياة إنسان أو صحة بطلان العقد وزواله وكذلك بكل خصومة متعلقة

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 215.

² - أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

³ - أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

⁴ - للاطلاع أكثر على مسألة المنازعات المستبعدة من التحكيم، أنظر: عبد الحق غلاب، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

⁵ - المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

بأهلية شخص في اكتساب حق أو ممارسة الحق الانتخابي وغيرها من المسائل المهمة في هذا النطاق.¹

المطلب الثاني

الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية

محاولة تكريس آلية التحكيم في ميدان الصفقات العمومية رغم كل ما لاقاه من نجاح، إلا أنه لم يسلم من الوقوع في عدة إشكالات.

من جهة التحكيم الداخلي فإن السماح لأشخاص القانون العام به قد يثير عدة مشاكل أهمها ما تعلق بمدى صلاحية هؤلاء الأشخاص ويعتبر من الإشكالات الحديثة إلى جانب إرادتهم التي تتعدى الحدود لتمس هيئة التحكيم.

من جهة أخرى، التحكيم الدولي الذي عرف هو الآخر إشكالات أكثر من نظيره في الداخل وتركزت أهمها حول القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع الذي يعد إشكالا ليس بالحديث، إلى جانب ذلك يوجد إشكال ثائر حول تنفيذ حكم التحكيم الدولي الذي لقي عدة صعوبات أمام عدم تفعيل وسائل التنفيذ.

نظام التحكيم كغيره من الأنظمة القانونية التي لا تخلو من المعوقات خصوصا مع تجديد النصوص القانونية في كل مرة، ما يدفعنا لعرض أبرز تلك الإشكالات على المستوى الداخلي (الفرع الأول) وكذا الجانب الدولي (الفرع الثاني).

¹ - زايد بالقرارة، محاضرات في الطرق البديلة لتسوية المنازعات، ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون المهن القانونية والقضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2012/2011، ص 42.

الفرع الأول

الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم على الصعيد الداخلي

تعرض النظام التحكيمي القائم داخل التراب الوطني مجموعة عوائق شكلت صعوبة في فهمه وصعبت من ممارسته فأصبح لا يلعب الدور المسطر له وهذا يستلزم وقوفنا عند أهم تلك الإشكالات ومعرفة السبب من ورائها وبالتالي إمكانية التخلص منها، وقد برزت في هذا النطاق أهم إشكاليتين تعلقتا الأولى بتأثير المعيار العضوي على التحكيم (أولا) والثانية مست هيئة التحكيم واستبعادها (ثانيا).

أولا: إشكالية المعيار العضوي

إعمال المشرع الجزائري للمعيار العضوي كمعيار وحيد وتكريسه له، قد أثر بشكل كبير على آلية التحكيم في مجال الصفقات العمومية.

1- تكريس المعيار العضوي

اعتمد التشريع على المعيار العضوي ضمن مادتين، الأولى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والثانية ضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أ- تكريس المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

بالاطلاع على أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع الجزائري قد كرس المعيار العضوي المتعلق بالأشخاص الإداريين كأساس منفرد.

يعرف العقد الإداري طبقا لهذا المعيار على أنه العقد المبرم من طرف أشخاص معنوية عامة خاضعة للقانون العام مع الطرف المتعاقد بصفة شخص قانوني بصرف النظر عن

موضوع العقد الذي قد يكون صفقة عمومية مثلا ويتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، فالأصل هنا بالنظر لأطراف العقد دون موضوعه أو ما يحمله من التزامات.¹

ب- تكريس المعيار العضوي في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية

يجد المعيار العضوي موضعه في نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247²، بتحديد حصر الأشخاص الذين يمثلون "المصلحة المتعاقدة" وهو المجال الذي تطبق فيه الصفقة العمومية.

2- تأثير المعيار العضوي على نظام التحكيم في ميدان الصفقات العمومية

برجعنا لنص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت على أنه: "لايجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".³

باستخراج نص المادة 800 و ربطه بنص المادة 975، فإن التحكيم في ميدان الصفقات العمومية يسمح به فقط للأشخاص المعنوية العامة المتمثلة في:

- الدولة.
- الولاية.
- البلدية.
- المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.⁴

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 194.

² - أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

³ - المادة 975 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

⁴ - المادة 800 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

أما بخصوص أحكام الصفقات العمومية فهي تطبق حسب نص المادة 06 من تنظيمها على أن تتمثل المصلحة المتعاقدة في الأشخاص الواردة:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.¹

بمقارنتنا للمادتين السابقتين، يتضح مدى التناقض الكبير بينهما، فإجازة التحكيم في مادة الصفقات العمومية لم تشمل جميع الجهات التي يمكن أن تكون مصلحة متعاقدة واقتصر حق اللجوء على فئات محددة فقط ما يظهر مدى التعارض وإمكانية التأثير السلبي على مجال التحكيم.²

يضاف إلى ذلك التناقض الموجود بين المادتين 800 و1006 في الفقرة الثالثة منها حيث أن المادة الأولى تشمل بعض الأشخاص المعنوية فقط³، إذا ما تم إسقاطها على المادة السابقة فكان من الأرجح جمع أصحاب الحق في اللجوء للتحكيم في مادة واحدة مستقلة توردهم على سبيل الحصر لإزالة الغموض.

كما يوجد تنقض بين نص المادتين 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن الأشخاص المشار لها في سياق المادة 975 المحالة إلى المادة 800،

¹ - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

² -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الثاني: (التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات)، ط.5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 180 وما بعدها.

³ - مليكة موساوي، المرجع السابق، ص 230.

هي فقط من يجوز لها التحكيم في مادة الصفقات العمومية وأن الأشخاص المعنوية الأخرى المتمثلة في المؤسسات العمومية المتخصصة لا يمكنها اللجوء له، فبالرجوع لنص المادة 1006 التي أشارت للأشخاص المعنوية العامة هي لم تقم بتحديددهم وهذا تعارض واضح بينهما.¹

ثانيا: إشكالية استبعاد هيئة التحكيم

الهدف الرئيسي من لجوء أطراف النزاع للمحكم هو ضمان حقوقهم وحمايتهم فلا بد أن تتوفر في شخص المحكم صفات النزاهة والحياد بحيث يميل لطرف على حساب الآخر خصوصا للدولة المنحدر منها.

تحدث في بعض الأحيان تجاوزات قد تؤدي لضياع حقوق الطرفين، لدى فقد كان المشرع الجزائري من بين الأوائل في محاولة التصدي لهذه المشكلة بتنظيم وسيلتين لإيقاف المحكم عند الضرورة.

1- أسباب استبعاد المحكم

وردت حالات الاستبعاد في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتم بثبوتها سحب المهمة من المحكم. و هي كما يلي:

- عدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين أطراف النزاع كأن لا يتمتع بالخبرة المطلوبة والكافية لحل النزاع.
- تحقق أحد أسباب الرد المنصوص عليها في نظام التحكيم الذي تمت الموافقة عليه من قبل الأطراف.

¹ - نادية ضريفي، << التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري >>، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، المسيلة، 2020، ص 488.

- ثبوت شبهة متعلقة بحياد المحكم، تتعلق بوجود مصلحة خاصة مع أحد الأطراف.¹

2- وسائل استبعاد المحكم

وضع التشريع وسيلتين كضمان للخصوم، يمكن من خلالها استبعاد المحكم في حالة الشك فيه.

أ- استبعاد المحكم بوسيلة الرد

أتاح القانون للمحكم إمكانية الاعتراف لأطراف النزاع إذا رأى إمكانية رده ولهم حق الموافقة على منحه فرصة.²

طلب رد المحكم لا يمكن أن يقدم من طرف معينه إلا بعد التعيين³ والنص على النقطة لم يكن له داع كونه أمراً بديهياً، في هذه الحالة وجب إبلاغ المحكمة والطرف الآخر بسبب الرد مباشرة.⁴

كما ورد في نص المادة 1021 أنه: "... لا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم"⁵ والقصد هنا جاء في سياق المادة السابقة فلا داعي لتكرار نفس الملاحظة.

ب- استبعاد المحكم بوسيلة العزل

وسيلة العزل لم يتم إدراجها إلا في الفقرة الأخيرة من المادة 1018: "لا يجوز عزل

¹ - المادة 1016 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 02/1015 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - المادة 02/1016 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴ - المادة 03/1016 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁵ - المادة 01/1021 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

المحكّمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف¹ يتم ذلك خلال أجل التحكيم المحدد بأربعة أشهر.

يأخذ على مسألة استبعاد المحكم أو المحكّمين أنه لم يتم الفصل فيها بالشكل الكافي من قبل المشرع الجزائري كونه لم ينظم إجراءات الرد والعزل ولم يحيل الأمر لأي مادة أخرى، إلى جانب الإشكال الذي تطرحه حول أن أصحاب الحق في تعيين المحكم هم أنفسهم أصحاب الحق في استبعاده.

الفرع الثاني

الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم على الصعيد الدولي

العقبات التي تعترض نظام التحكيم على المستوى الدولي تعد أكثر بكثير من نظيرتها في التحكيم الداخلي، فالتحكيم الدولي وما يميزه من خصوصية كان الدافع القوي لتبني النظام التحكيمي في الأساس.

القول بوجود إشكالات على مستواه يوجب علينا التطرق لأبرزها، كأول خطوة لمحاولة التخلص منها وكانت إشكالية القانون المطبق على النزاع (أولا) أبرزها، صاحبها إشكالية تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي (ثانيا).

أولا: إشكالية القانون المطبق في التحكيم

ظهرت مشكلة القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع عند اللجوء لآلية التحكيم منذ أن تم التصريح بجواز اللجوء للتحكيم الدولي في العقود الإدارية كعقد الصفقات العمومية.

برجعنا إلى الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد ورد في نص المادة 1050 أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون

¹ - المادة 03/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".¹

من خلال استقراءنا لنص المادة يبدو بأن المشرع قد ترك أمر تحديد القانون المطبق خاضعا لإرادة الطرفين وضمن نطاق واسع وحر. أما في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون يعود الأمر للمحكم في اختيار قانون مناسب، إلا أنه رغم ما حدده القانون فقد نشأت عدة إشكالات بخصوص هذه المسألة حول تطبيق قواعد التجارة الدولية على نزاعات الصفقات العمومية وقواعد العدالة من طرف المحكم.

1- تطبيق الأعراف التجارية الدولية

منح المشرع الجزائري لمحكمة التحكيم حق حل النزاع طبقا للأعراف من خلال ما تضمنته المادة 1050: "...وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".²

توسع نطاق تطبيق العادات والأعراف التجارية على المستوى الدولي نتيجة للسعي الدائم لهيئات التحكيم الدولية في إيجاد قواعد حيادية لا تميل لأي قانون وطني وتساهم في حل النزاعات.

يتم تقنين الأعراف في شكل لوائح تضمن وتحدد صفتها القانونية وتطبيقها الجاد³، في مثل هذه الحالات تأخذ إرادة الأطراف شكلا جديدا وتصبح جماعية متعلقة بكل المنتمين للعقد مما يسمح للمحكم بالتدخل وتطبيق الأعراف التجارية التي تناسب موضوع النزاع.⁴

¹ - المادة 1050 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1050 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - محمد جارد، المرجع السابق، ص 169.

⁴ - أسماء بنور، المرجع السابق، ص 128.

2- تطبيق قواعد العدالة

إن تمكين المحكم من اختيار القانون الذي يطبقه، لا يعني بالضرورة وجوب ذلك فلا يوجد ما يمنع إيجاده لتسوية يحقق من خلالها العدالة والمساواة بهذا فإن المحكم يتمتع بسلطات يمكن وصفها بأنها ذات حدين تعتمد على حسن التقدير وبوجود كل هذه الحرية، فلا يمكن السماح للمحكم بتجاهل مبادئ التقاضي.¹

إن الإشكالات المتعلقة بتطبيق قواعد أخرى تختلف عن القانون وجب التصدي لها من خلال تقطن أطراف النزاع لتحديد القانون المناسب لهما وعدم تركه في يد المحكم كما يمكن للمشرع إلزام الطرفين باختيار القانون وتحمل مسؤوليتهما، إلا في حالة ما تم اختياره خارج الاختصاص فهنا وجب تدخل المحكم وتصحيح مسار النصوص المختارة.

ثانيا: إشكالية تنفيذ حكم التحكيم الدولي

جاء في نص المادة 1051 في فقرتها الثانية² أن حكم التحكيم الدولي يعتبر قابلا للتنفيذ في الجزائر. يكون تنفيذ حكم التحكيم الدولي اختياريا إلا أن هذا قد يدفع الطرف الصادر ضده للامتناع عن التنفيذ فيتحتم على الطرف الآخر تنفيذه جبرا. كما أن تنفيذ جزء من الحكم لا يعد كافيا ورغم أن المشرع الجزائري قد منح لهاته الأحكام إجازة مصرح بها في اللجوء لها، إلا أنه سكت بخصوص إلزامية تنفيذها ولم يمنحها قوة إلزامية.³

وجب على التشريع إعادة النظر بهذا الخصوص، من خلال ربط تنفيذ حكم التحكيم الدولي بالقضاء الرسمي للدولة وتدخله في حالة الامتناع عن التنفيذ كون هذه المسألة من أهم أسباب عزوف المتعاملين الأجانب عن عقد صفقات مع أطراف ذوي جنسية جزائرية.

¹ - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص: 321، 322.

² - المادة 02/1051 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص: 360، 361.

الأمر الصادر عن رئيس المحكمة والمشار له ضمن المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتعلق بقبول تنفيذ الحكم الصادر خارج الوطن وليس بإجبارية التنفيذ.¹

فيما يخص كيفية تنفيذ أحكام التحكيم على المستوى الدولي، اكتفى المشرع في المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإحالتها إلى قواعد تنفيذ حكم التحكيم الداخلي الواردة في المواد من 1035 إلى 1038 وهو ما يجعل اللجوء إلى التحكيم يتساءل حول سبب تطبيق نفس أحكام التنفيذ رغم أن حكم التحكيم الدولي صادر عن جهة مختلفة تماما عن الجهة المصدرة لحكم التحكيم الداخلي، وهل تعتبر هذه الإحالة كافية لضمان تنفيذ حكم التحكيم الدولي؟

بالقائنا نظرة على الطريق القضائي وتنفيذ أحكامه فالمشرع الجزائري قد أوجد مجموعة حلول بهذا الخصوص والتي نوجزها أدناه:

- توقيع الغرامة التهديدية.²
- سلطة القاضي في توجيه الأوامر.
- القانون رقم 91-02، المتضمن التنفيذ الجبري بعض أحكام القضاء و قواعدها.³
- تفعيل المتابعة الجزائية في حالة عرقلة التنفيذ وفق قانون العقوبات.⁴

لم يشر المشرع إلى إمكانية تبني هذه الحلول في الطريق التحكيمي، إلا أنه لم يمنع ذلك ولا وجود لأي مانع في تفعيلها كحلول مطبقة في حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم التحكيمي مع تكييفها بما يتناسب مع دولية الحكم الصادر.

¹ - أنظر المادة 1051 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - انظر المواد من 980 إلى 985 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - أنظر أكثر: أسماء ينور ، المرجع السابق، ص: 164، 165.

⁴ - أنظر المادة 138 مكرر من الأمر رقم 01-09، مؤرخ في 26 يونيو 2001، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد

34، صادر سنة 2001.

الفصل الثاني

الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم في مادة الصفقات العمومية

أوجب التنظيم المعمول به على أطراف منازعات الصفقات العمومية خصوصا منها المتعلقة بتنفيذ عقودها البحث عن حل ودي في إطار القانون المعمول به وإن أهم ما دفع المشرع الجزائري للأخذ بالحلول الودية هو سهولة إجراءاتها وسرعتها في الحل وهو حال نظام التحكيم كأحد تلك الحلول.

إجازة التشريع للنظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية يحتم عليه تنظيمه بالطريقة التي تسهل على أصحاب المصلحة تفعيله والسير فيه كما وجب عليه مرافقة العملية التحكيمية بكل خطواتها وكان ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولم يشر لها في القانون المنظم للصفقات العمومية الذي يحمل نصوصا ذات طبيعة موضوعية وليست إجرائية كسابقه.¹

تبدأ الإجراءات المتعلقة بالتحكيم بتشكيل محكمة التحكيم وتنتهي بصدور الحكم التحكيمي على الصعيدية الداخلي والدولي. وتبنى عملية التحكيم على أساس وجود الاتفاق التحكيمي بين الطرفين وتحكمه الإرادة الحرة لكل منهما وهو ما يميز إجراءات التحكيم عن تلك الموجودة على المستوى القضائي خصوصا ما تعلق بمرحلة الخصومة التحكيمية وما لها من خصوصيات فهي التي تحدد مسار العملية كلها.

قولنا بالممارسة التحكيمية في الجزائر، يدعونا لدراسة إجراءاتها من الجانبين الداخلي (المبحث الأول) ويليها الدولي (المبحث الثاني).

¹ - نوال زروق، >> الآليات غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية (دراسة على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون 08-09) <<، مجلة حقائق للدراسات النفسية والاجتماعية، العدد 09، ج.2، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، د.س.ن، ص377.

المبحث الأول

القواعد الإجرائية للتحكيم الداخلي

في مجال الصفقات العمومية يعد اختيار الأطراف المتعاقدة للتحكيم الداخلي كطريق لحل النزاع القائم بينهم بداية لمرحلة لاحقة يتم خلالها إتباع مجموعة من الخطوات المرتبة تباعا فيما يعرف بإجراءات التحكيم الداخلي. والهدف من وضع هذه الإجراءات هو تنظيم العملية التحكيمية وضمان سهولة السير فيها، إلا أنه بالرجوع إلى التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية تحديدا بتحليل نص المادة¹ 153 منه فإن المشرع الجزائري لم يصرح باتخاذ التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية وقد أسس فكرته في المادة على أنه في حال وجود أي حل ودي لم ينص عليه قانون الصفقات، وتم النص عليه في قانون آخر يمكن تطبيقه على النزاع المتعلق بالصفقة.²

إجراءات التحكيم المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكن تطبيقها على منازعات الصفقات العمومية في حال كان الطرفان المتعاقدان من جنسية جزائرية خاضعان للقانون الجزائري وقاما باختيار التحكيم كحل لنزاعهما.

عمل المشرع الجزائري على تنظيم إجراءات التحكيم الداخلي من خلال نصه على محكمة التحكيم الداخلية (المطلب الأول) وحكم التحكيم الداخلي (المطلب الثاني).

¹ - المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

² - فاطمة الزهرة فرقان، الإطار القانوني لحماية الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص 219.

المطلب الأول

محكمة التحكيم في نظام التحكيم الداخلي

في ظل النظام القانوني القديم لم يكن يأخذ بالمصطلح القانوني "محكمة التحكيم"، إلا أنه مع التجديد المصاحب لنظام التحكيم في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أدرج المشرع هذا المصطلح كإشارة للمحكم أو المحكمين المشكلين لها، كما يطلق على المحكم عادة مصطلح "هيئة التحكيم" الذي يحمل نوعاً من اللبس فقد يفهم أنها هيئة ثابتة يعينها المشرع الجزائري وتملك مقراً محدداً، إلا أنها في نهاية المطاف خاضعة لإرادة الأطراف بتعيينها.

من لحظة تعيين المحكم، يبدأ السير في الخصومة التحكيمية وفق إجراءات معينة محددة قانوناً، واختلاف محكمة التحكيم عن المحكمة الوطنية يدعونا لضرورة دراسة تنظيمها لمعرفة الفوارق بتناولنا لهيئة التحكيم الداخلي (الفرع الأول) والخصومة التحكيمية داخلياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

هيئة التحكيم الداخلي

يخضع اختيار المحكم أو المحكمين على المستوى الداخلي لمبدأ سلطان الإرادة عكس ما هو قائم في الجانب القضائي، إلا أن الإرادة هنا ليست دائماً مطلقة فأحياناً يرجع الأمر للمحكمة المختصة (أولاً)، كما أنها مقيدة بالشروط الواجب توفرها في شخص المحكم (ثانياً).

أولاً: تنصيب هيئة التحكيم الداخلي

طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوجد المشرع طريقتين لتعيين المحكم أو المحكمين على المستوى الداخلي.

1- إرادة أطراف النزاع في اختيار المحكم

ورد في الفقرة الثانية من المادة 1008 أنه: "... يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم".¹

تعيين المحكم يعد الشرط الجوهري لصحة التحكيم وغيابه يعني البطلان، ويتم وفقاً لنظام التحكيم، أما من ناحية صياغة المادة فقد ترك المشرع غموضاً حول عبارة "أو تحديد كفاءات تعيينهم" وسكوته عن الجهة التي تتولى تعيينه في حالة تحديد الكيفية فقط وعلى أي أساس يتم التحديد.

2- دور رئيس المحكمة في اختيار المحكم

يمكن لرئيس المحكمة الإدارية التدخل لتعيين المحكم طبقاً لنص المادة 1009 في حالة وجود ما يعيق تشكيل محكمة التحكيم من قبل أحد الأطراف أو مواجهة صعوبة في تنفيذ إجراءات التعيين، شرط أن تكون المحكمة واقعة في دائرة اختصاصها محل إبرام عقد الصفقة العمومية أو تنفيذه.²

يعاب على نص المادة 1009 أنه:

- جاء مبهماً يثير عدة تساؤلات.

¹ - المادة 02/1008 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1009 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

• القول بأنه لا وجه للتعيين يمكنه أن يدفع بالقاضي لمحاولة تعيين المحكم كلما رأى ضرورة ذلك.

• لم يوضح المشرع الطرف الذي يلجئ للقاضي المختص، كما أغفل إدراج الإجراءات المتبعة من المعني بالأمر.¹

إمكانية اللجوء للقضاء من أجل تعيين المحكم أو المحكمين يعتبر كحل لمعظم المشاكل التي قد تواجه الأطراف كالاختصاص حول كيفية التعيين وغيرها وهذا يضمن استمرارية الخصومة التحكيمية دون عرقلة.²

يدور التساؤل هنا حول قابلية ممارسة مهنة القضاء والتحكيم في آن واحد وهل يعتبر ذلك تعارضاً بين الوظيفة الأصلية للقاضي في حال تم إسناد مهمة التحكيم إليه. وبإعمال المنطق إلى جانب القواعد القانونية المتعارف عليها فإن القاضي ممنوع من ممارسة مهنة أخرى، كما أن التشريع أكد على إلزامية عدم وجود أي شبهة تؤثر على حياد المحكم.³

ثانياً: شروط هيئة التحكيم في إطار التحكيم الداخلي

ضماناً لحسن سير العملية التحكيمية وجب توفر مجموعة من الشروط في شخص المحكم أو المحكمين كونه أساس نجاح العملية أو فشلها وقد أورد المشرع بضعة شروط بنص القانون رغم أنها جاءت بصيغة غير مباشرة إلا أنه يمكن استنباطها، كما بادر الفقه بإضافة بعض الشروط التي يراها لازمة.

¹ - سائح سنقوفة، المرجع السابق، ص 1197.

² - عفاف آسية شتيوي، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2015، ص 23.

³ - نبيل جواودي، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، د.د.ن، د.ب.ن، 2018، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/15، على الساعة: 2:00، المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://elktob.online>، ص 106.

1- الشروط القانونية لهيئة التحكيم الداخلي

خلافا للتشريع المقارن فإن المشرع الجزائري لم يعمد لضبط شروط المحكم في مواد مستقلة أو جمعها في مادة واضحة المعنى، إلا أنه أشار لشروط متفرقة يمكن فهمها من سياق المواد.

أ- تمتع المحكم بالحقوق المدنية

شروط التمتع بالحقوق المدنية هو الشرط الوحيد الذي أشار إليه التشريع بصفة مباشرة، من خلال نص المادة 1014 حيث: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".¹

حيث لا يكون الشخص ممن حكم عليهم في قضية جنحة أو جنائية، وقد وجه المشرع نص المادة بفقرتها الأولى للقاضي المختص بتعيين المحكم أو المحكمين الذي يكون ملزما بالشروط القانونية للتعيين.²

يعتبر شرط الحقوق المدنية مكملا لشرط الأهلية وأحد فروعها حيث أن تمتع الشخص بالأهلية أمر بديهي ومن غير المعقول تخويل هذه المهمة لفاقدها.

ب- قبول المحكم للمهمة المسندة إليه

ورد هذا الشرط في مادتين مختلفتين، في المادة 1015: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".³

إضافة إلى المادة 1012 في فقرتها الثالثة: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة

¹ - المادة 01/1014 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - سائح سنقوفة، المرجع السابق، ص 1200.

³ - المادة 01/1015 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة".¹

نلاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع لا يتبع ترتيبا ممنهجا في ضبط أحكام النظام التحكيمي حيث كان بإمكانه دمج الفقرتين في مادة واحدة بما أنهما يصبان في نفس المسألة.

إن فصحة تشكيل محكمة التحكيم متوقفة على قبول المحكم وفي حالة العكس لا يمكن للأطراف إعادة اختيار محكم آخر إنما يرجع الأمر لرئيس المحكمة المختصة في استبداله ولعل هذا الأمر جاء تقاديا لتكرار الرفض في حالة التعيين من قبل الأطراف فالتعيين من قبل المحكمة يكون ملزما للمحكم ولا يمكنه الرفض.

ج- اختيار المحكمين بعدد فردي

في هذا السياق نصت المادة 1017 على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".²

له من مزايا كان هذا التوجه الذي تبناه أغلب الفقه المقارن فالمحكم الفرد يتلاءم إن كان النزاع صغيرا أما في حالة نزاع معقد يمكن زيادة عدد المحكمين.³

جاء اختيار العدد الوتر للمحكمين في إطار التحكيم الداخلي تماشيا مع طبيعة التحكيم القضائية، عكس ما هو معمول به في التحكيم الدولي حيث لا توجد أية قيود على المحكمين ولعل الحكمة من فرض اختيار المحكمين في حال تعددهم بعدد فردي يعود إلى تقادي انقسامهم إلى مجموعتين إن كان عددهم زوجيا فوجود عدد فردي حتى لو انقسموا ستكون جهة غالبية على حساب الأخرى.

¹ - المادة 03/1012 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1017 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 199.

2- الشروط الفقهية لهيئة التحكيم الداخلي

لم يكتفي الفقه بالشروط الواردة في القانون وإنما أعمل اجتهاده لإيجاد شروط إضافية تخدم مهمة التحكيم.

أ- صفة المحكم

اختلفت الاتجاهات الفقهية بخصوص شخص المحكم، إلا أن الفقه الغالب أكد بأنه لا وجود لأي خلاف بخصوص تولي مهمة التحكيم سواء من قبل رجل أو امرأة¹ كذلك كان رأي المشرع الجزائري الذي لم ير مانعا في ذلك وإلا كان أدرجه بشكل صريح في نص قانوني. مع ذلك فالتشريع لم ينص على جوازه عكس بعض القوانين المقارنة، إلا يمكن منع أطراف النزاع من وضع ثقتهم بشخص امرأة.

ب- كفاءة المحكم

باعتبار ميدان الصفقات العمومية بالغ الأهمية والحساسية من ناحية طابعه المالي، فقد نادت عدة اتجاهات فقهية بضرورة تمتع المحكم بالخبرة والكفاءة اللازمتين لإنجاز مهمته على أكمل وجه.

إلا أن غالبية الفقهاء لم يشيروا إلى هذه المسألة المهمة وهو الوضع مع المشرع الجزائري، في حين كان من اللازم التأكيد على هذا الشرط قانونا واستحداث جهات تتكفل بتكوين المحكمين وحتى القضاة في مجال التحكيم بصفتهم مساعدين في هذه العملية. وربما

¹ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 234.

سكوت المشرع جاء إغفالا منه أو يقينا بعلم أطراف النزاع بهذه المسألة وأنه من غير المعقول اختيار محكم خارج التخصص.¹

مع كل هذا فليس كل الأشخاص يملكون من الفطنة ما يجعلهم ينتبهون لهذه المسألة وقد يقعون في فخ عدم كفاءة المحكم عندما يكون الأوان قد فات وتبعات ذلك تظهر في الحكم الصادر فتنتج مشاكل أخرى من رفض للتنفيذ وغيرها.

الفرع الثاني

الخصومة التحكيمية في نظام التحكيم الداخلي

مصطلح "التعقيد" وصف ملازم للإجراءات القضائية حتى في بدايتها، إلا أن الأمر مختلف تماما في نظام التحكيم إذ يكفي مجرد حضور الأطراف أمام المحكم أو حتى مجرد إعلان بداية الخصومة (حتى عن طريق البريد)، فيبدأ السير فيها إلى غاية انتهائها والخروج بحكم نهائي.²

نشير هنا لغياب شرط المحامي في هذا النظام الذي يعد أهم شرط لمباشرة الدعوى القضائية الإدارية.

أولا: بداية الخصومة التحكيمية الداخلية

تبدأ الخصومة بعرض النزاع على محكمة التحكيم سواء من الطرفين معا أو من الطرف المستعجل³ ولم يشر المشرع هنا إلى ضرورة إعلام الطرف الآخر في الحالة الأخيرة.

¹- عبد الحق نسيب، زوهير بازين، التحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2019، ص 17.

²- عبد المالك كينا، صالح بوخريص، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص 39.

³- المادة 1010 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

حدد التشريع أجل إنهاء المهمة التحكيمية بأربعة أشهر، يبدأ سريانها من تاريخ تعيين المحكم أو المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم،¹ يحوم غموض حول هذه المادة بعدم تحديدها تاريخا واحدا لبداية سريان الميعاد وهذا يعتبر تناقضا، كذلك حول إمكانية تحديد مدة أقل من أربعة أشهر أم أنها إلزامية في هذا السياق جاء نص المادة 02/1024: "بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تستطع المدة فبانتهاء مدة أربعة أشهر" كدليل على إمكانية تقليص أو زيادة المدة وإدراجها كشرط في اتفاق التحكيم.

يبدأ حساب الآجال من تاريخ التعيين أو من تاريخ إخطار المحكمة فمن يختار التاريخ في هذه الحالة، ويمكن تمديد أجل التحكيم ليتعدى الأشهر الممنوحة بموافقة الأطراف وفي حالة الرفض يمدد وفقا لنظام التحكيم من طرف رئيس المحكمة المختصة.²

بما أن الأطراف المتعاقدة هم أصحاب المصلحة في تمديد الأجل ورفضهم التمديد يعني أنه لا يخدم مصالحهم فكان من الأجدر الاكتفاء بالمدة الممنوحة كونها كافية للخروج بحلول سريع وهو الغاية من لجوء الأطراف للتحكيم.

ثانيا: سير الخصومة التحكيمية الداخلية

أثناء سير العملية التحكيمية فإن الآجال المطبقة قد تم إحالتها للنصوص المتعلقة بالآجال أمام الجهات القضائية، ما لم يتفق الأطراف على عكس ذلك.³

ليس من المعقول تطبيق الآجال القضائية العادية على التحكيم فهذا الأخير مقيد بمدة قصيرة ومحددة عكس القضاء الذي يمكن أن تمتد مدته لعدة أشهر ويعتبر هذا نوعا من التناقض حيث يفضل إسقاط آجال القضاء الاستعجالي نظرا لملاءمتها مع خصوصية التحكيم مع استحداث آجال مدروسة تتناسب وهذا النظام.

¹ - المادة 01/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 02/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - المادة 1019 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

طبقا لنص المادة 1019 فقواعد الاختصاص محالة أيضا لتلك المطبقة قضائيا، لدى ينبغي على المشرع إعادة النظر بهذا الخصوص وتوليه مهمة تحديد مكان إجراء التحكيم في حال الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على التحكيم.¹

مهمة التحقيق وإعداد المحاضر تقع على عاتق المحكم مع إمكانية الإجازة ضمن اتفاق التحكيم بتوكيل شخص آخر للتحقيق² وتعد هذه النقطة في صالح أطراف النزاع فإدراج مثل هذا البند في اتفاقهم من شأنه تعزيز كفاءة المحكم ودعمها بشخص خبير يساعده، كما أنه يزيح عنه عبء التحقيق ويترك له المجال للاهتمام بكل القضية فقط أمام ضيق الوقت.

أثناء سير الخصومة التحكيمية، لا يحق للمحكم ترك مهمته ما دام أنه شرع فيها³ ويجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل نهاية فترة التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل أما في حالة الامتناع يفصل المحكم وفق ما يملكه من دلائل مقدمة،⁴ ويستحسن هنا تقريب أجل تقديم الدفاع إذ أن فترة خمسة عشر يوما تعد غير كافية نسبيا لدراسة كافة المستندات المقدمة دراسة شاملة.

يكون الفصل في الخصومة التحكيمية طبقا للقواعد القانونية⁵ وهذا يرجع للتخصص والقانون المختار للتطبيق ضمن الاتفاق التحكيمي.

ثالثا: نهاية الخصومة التحكيمية الداخلية

تنتهي الخصومة التحكيمية بمجرد صدور القرار التحكيمي كما يمكن أن تنتهي قبل ذلك

¹ - صليحة بن عودة، << تفعيل دور التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية >>، مجلة أكاديميا، العدد 04، الشلف، 2016، ص 316.

² - المادة 1020 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - المادة 1021 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴ - المادة 1022 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁵ - المادة 1023 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

نهاية غير عادية لأسباب وردت في نص المادة 1024¹ على سبيل الحصر:

- وفاة أحد المحكمين.
- رفض المحكم للمهمة المنسوبة إليه معللا ذلك بمبرر.
- رد أو عزل المحكم عند ثبوت الشكوك حوله.
- اتفاق الخصوم على تغيير المحكم أو تطبيق القانون بخصوص هذه المسألة.
- انقضاء مدة التحكيم المحددة أو بعد أربعة أشهر في حالة عدم تحديدها.
- انتفاء موضوع النزاع (محل الدعوى التحكيمية).
- وفاة أحد أطراف النزاع.²

في الحالة الطبيعية فإن نهاية خصومة التحكيم تكون بمجرد الفصل في النزاع فوجب هنا على المحكم التخلي عنه³ وعدم المواصلة فيه كونه أنهى مهمته، أما الحالة الاستثنائية فتحوم عموما حول حالة الوفاة، انقضاء المدة ورفض المحكم لمهمته أو استبعاده.

المطلب الثاني

حكم التحكيم في نظام التحكيم الداخلي

إن صدور الحكم التحكيمي يعتبر مرحلة قائمة بحد ذاتها نظرا لأهميتها البالغة حيث ينتهي التحكيم في نزاعات الصفقات العمومية بمجرد صدور الحكم التحكيمي بهذا يلتزم المحكم بالتخلي عن النزاع لحظة الفصل فيه وتعتبر هذه النهاية الطبيعية للتحكيم.

¹ - المادة 1024 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - حورية بن أحمد، << إجراءات التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية >>، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2019، ص 77.

³ - المادة 1030 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

يصدر حكم التحكيم الداخلي وفق قواعد حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية معززا إياها بمجموعة من الضمانات التي تضمن عدم ضياع حقوق أطراف النزاع والتي تجسدت في صور الطعن المختلفة اللاحقة لصدور حكم التحكيم الداخلي.

ما يحمله حكم التحكيم من أهمية، يفرض ضرورة تناولنا لكيفية صدوره (الفرع الأول) وضمانات أطراف النزاع بعدها المتمثلة في طرق الطعن فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صدور حكم التحكيم الداخلي

مجموع الأحكام المنظمة لحكم التحكيم الداخلي نصت على عدة قواعد تضمن خروج الحكم النهائي في أفضل صورة، تعلقت خصوصا بموعد صدوره ومضمونه إلى جانب الشروط التي يمثل لها تأكيدا على صحته.

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كيفية صدوره من خلال تضمين ميعاد الصدور (أولا) ومضمون الحكم (ثانيا) وشروط صحته (ثالثا).

أولا: ميعاد صدور حكم التحكيم الداخلي

أربعة أشهر هي المدة التي حددها المشرع الجزائري¹ بشكل صريح ضمن النصوص التنظيمية للتحكيم ويبدأ حساب الآجال انطلاقا من تاريخ اختيار المحكم أو المحكمين، تكون المدة قابلة للتمديد باتفاق الطرفين وفقا للنظام التحكيمي سواء من خلال الاتفاق المنعقد بداية أو لاحقا.² بالنظر إلى الأجل الممنوح بخصوص هذه المسألة يبدو أنه في إطار المعقول وكاف للوصول إلى حل نهائي في أقرب الآجال كونه الهدف الأساسي من اللجوء للتحكيم، وفي حالة الصفقات العمومية فكلما قلت المدة كانت الفائدة أكبر.

¹ - أنظر المادة 01/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 02/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

حق الأطراف في تمديد المدة يعد نقلة نوعية بإمكانية التحكم في المدة حسب طبيعة القضية، أما من الناحية العكسية فهل يمكن القول بإمكانية تقليص المدة عما هو محدد مع سكوت التشريع بهذا الخصوص وهل يمكن إصدار الحكم التحكيمي قبل نهاية المدة المحددة مع إمكانية الاعتداد به؟، في هذه الحالة يمكننا القول بإمكانية ذلك مع غياب أي مادة تمنعها خصوصا أنه في بعض الحالات تكون القضية بالبساطة التي لا تتطلب كل تلك المدة لحلها.

أما فيما يخص مهلة الأربعة أشهر فهي تعتبر المسار الطبيعي للنزاع، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد المواعيد المتعلقة بحالة الاستعجال في الخصومة التحكيمية ويمكن اعتباره قصورا تشريعيًا من شأنه تقييد حرية المحكم الذي لا يستطيع اتخاذ إجراء تحفظي تلقائيا إلا بطلب أحد طرفي النزاع.¹

ثانيا: مضمون حكم التحكيم الداخلي

قرار التحكيم على غرار القرارات الإدارية يجب أن يضم في صلبه مجموعة من البيانات تولى المشرع مهمة ضبطها، جاءت في نص المادة 1028² بالترتيب التالي:

- اسم ولقب المحكم أو المحكمين، يعتبر من أهم العناصر الواردة في القرار، يرافقه ذكر الصفات و العناوين المتعلقة بهم والطرف الذي عينه مع طريقة اختيار محكم رئيس في حال تعددهم.³
- التاريخ الذي يصدر فيه الحكم، يحدد بانتهاء مدة الأربعة أشهر الممنوحة للفصل في النزاع.⁴

¹ - صليحة بن عودة، المرجع السابق، ص 318.

² - المادة 1028 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - عبد المالك كينا، صالح بوخريص، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - المادة 01/1018 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

- مكان إصدار الحكم، الذي يتفق عليه الأطراف.
- المعلومات الشخصية من اسم ولقب كلا الطرفين وموطنهم، وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية بذكر التسمية والمقر.
- اسم ولقب المحامي أو النائب عن أحد الطرفين أو من ساعدتهم عند الحاجة.

يضاف لذلك ما ورد في نص المادة 1027 من نفس القانون: " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم".¹

حكم التحكيم لا يقل أهمية عن الحكم القضائي من ناحية المضمون وهو السبب الذي دفع بالتشريع للإبقاء على نفس بياناته وإسقاطها عليه. وعكس ما هو معمول به في الأحكام القضائية²، لم تشر أية مادة لوجوب تضمين النصوص القانونية المطبقة هو الأمر الذي لا بد منه للتمكن من مطابقتها مع ما هو متفق عليه بين الطرفين.

ضبط القانون لبيانات الحكم التحكيمي ضمن مادة قانونية جاء سعياً من المشرع لضبط عملية التحكيم كافة ومنع أي خلل يمكن أن يحصل بسبب اختلاف الآراء حول البيانات الواجب ذكرها، إلا أنه أغفل بعض النقاط التي يمكن إدراجها ضمان انسجام الحكم مع غاية الأطراف في طلبه.

ثالثاً: شروط صحة حكم التحكيم الداخلي

القول بصحة الحكم الصادر عن المحكم، يعني تباعاً تطبيق جملة من الشروط التي تضمن ذلك والواردة ضمن بضعة مواد قانونية:

¹ - المادة 1027 / 01 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - انظر المادة 889 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

- سرية المداوالات المتعلقة بإصدار حكم التحكيم، تطبيقا للميزة التي يملكها النظام التحكيمي عكس القضائي.¹
 - شرط الكتابة، ويستخلص هذا الشرط بالنظر إلى وجوب تضمين البيانات السابقة الذكر في صلب القرار إضافة لأسباب صدور.
 - صدور حكم التحكيم بأغلبية الأصوات²، لا يمكن تطبيقه إلا في حالة تعدد المحكمين.
 - تسبب حكم التحكيم³، لم يشر المشرع في حالة عدم تسببه مآل الحكم وعادة ما يكون بطلانه.
 - توقيع حكم التحكيم، يكون ذلك من قبل جميع المحكمين⁴ في حال تعددهم وعند امتناع بعض المحكمين عن التوقيع فإن الحكم يرتب أثره وكأنه موقع من الجميع بمجرد توقيعه من بقية المحكمين، المشرع هنا لم يشر لحالة امتناع المحكم المختار وحيدا عن التوقيع فمن يملك الحق بالتدخل وهل يمكن إلزامه بذلك؟، وفي حالة عدم إمكانية تنفيذ الحكم دون توقيع أو توقيعه من طرف المحكمة المختصة.
- جاءت الشروط المتعلقة بحكم التحكيم متفرقة ضمن نصوص قانونية، في حين أنه يمكن جمعها في مادة واضحة المضمون مع تدارك بعض النقائص التي سكت عنها المشرع الجزائري وسببت حالة من الغموض والإبهام.

¹ - المادة 1025 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1026 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - المادة 02/1027 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴ - المادة 1029 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

الفرع الثاني

الطعن في حكم التحكيم الداخلي

كأصل عام، تنقسم طرق الطعن طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى طرق عادية وأخرى استثنائية في مواجهة الحكم القضائي ولا يختلف الأمر عندما يتعلق بالطعن في الحكم التحكيمي الداخلي، حيث يجوز استئنافه كطريق طبيعي للطعن (أولاً)، كما يمكن الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض كطريق استثنائي (ثانياً).

أولاً: الطرق الطبيعية للطعن في حكم التحكيم الداخلي

لا تختلف الطرق العادية للطعن في الحكم التحكيمي عن تلك المقررة للحكم القضائي، إلا فيما تعلق بالمعارضة كصورة للطعن العادي كونها ممنوعة في حكم التحكيم، ويبقى حق الاستئناف قائماً وحده كطريق طبيعي وحيد للطعن في حكم التحكيم الداخلي.

1- الطعن عن طريق المعارضة

المعارضة كأحد طرق الطعن في الحكم القضائي مرفوضة تماماً في التحكيم بتصريح من المشرع في نص المادة 1032: "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة"¹.

بهذا يكون المشرع قد استثنى اللجوء لطرق الطعن بالمعارضة، وقد تبنى هذا التوجه نظراً لعدة أسباب واردة فيما يلي:

- غياب أطراف النزاع مستبعد تماماً في نظام التحكيم كون العملية كلها مبنية على إرادتهما الحرة وعلمهما بكافة ما يحصل.

¹ - المادة 1032 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

- الأوامر القضائية لا تقبل المعارضة كأصل عام معمول به في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- منع المعارضة كطريق للطعن أصبح يعتبر عرفا معمولاً به في أغلب التنظيمات القانونية المقارنة.¹

2- الطعن عن طريق الاستئناف

يرفع الاستئناف في حكم التحكيم الداخلي في أجل شهر من تاريخ النطق به أمام المجلس القضائي الصادر في دائرة اختصاصه ويمكن للأطراف التنازل عن حق الاستئناف وإدراجه كبند ضمن اتفاقية التحكيم.²

تخلي الأطراف عن حق الاستئناف كطريق للطعن يعني عدم إمكانية اللجوء له حتى في حالة عدم رضا الطرفين عن الحكم الصادر، في هذه الحالة لم يورد المشرع سقوط حقهم في الطعن كلية ما يعني إمكانية لجوئهم لطرق الطعن المتبقية رغم أنها قد لا تلي حاجتهم. كما سكت التشريع عن إمكانية التراجع عن قرار التنازل، وكان الأجدر فتحه لطريق التماس إعادة النظر كبديل لحالة التخلي عن الاستئناف. ويضاف لما سبق إمكانية اللجوء للتحكيم بخصوص الأمر القاضي برفض تنفيذ الحكم في أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.³

ثانياً: الطرق الاستثنائية للطعن في أحكام التحكيم الداخلي

أبقى المشرع الجزائري على طرق الطعن الغير عادية المتاحة قضائياً وأسقطها على النظام التحكيمي الداخلي.

¹ - حمزة شبارة، اتفاقيات التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، 2014، ص 160.

² - المادة 1033 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ - المادة 03/1035 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

كان ذلك بإجازة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض، كضمان إضافي لأطراف النزاع.

1- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

كواحدة من طرق الطعن غير العادية فإن الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة جائز في أحكام التحكيم الداخلية أمام المحكمة المختصة قبل عرض القضية على التحكيم.¹ الإشارة إلى المحكمة المختصة بعبارة " قبل عرض القضية على التحكيم" فيه نوع من التناقض كون التحكيم يسبق الطريق القضائي والصياغة يفضل أن تكون "المحكمة المختصة بعد تخطي التحكيم".

2- الطعن عن طريق النقض

القرارات الوحيدة القابلة للطعن بالنقض هي تلك المتعلقة بالفصل في الاستئناف² كالطعن عند رفض طلب الاستئناف ونلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد آجال الطعن بالاستئناف فقط ولم يحدد آجال الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذلك الطعن بالنقض، ما يعني العودة لأحكامها المدرجة ضمن نصوص الطعن في الحكم القضائي، طالما أنه لا يوجد مانع من ذلك.

تعتبر المحكمة المختصة أو المجلس القضائي حجر أساس في الطعن ضد الأحكام التحكيمية، إذ يتم اللجوء إليها في كل مرة في ظل غياب جهة مختصة بالتحكيم، ما يعني أن العملية التحكيمية مقيدة بحدود المحاكم الوطنية.

¹ - المادة 02/1032 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1034 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

بإسقاط الطعن في أحكام التحكيم الصادرة بخصوص الصفقات العمومية بصفقتها خاضعة للقضاء الإداري، يحدث تناقض في الطعون الموجهة للمجلس القضائي، كونه تابع للقضاء العادي في ظل غياب محاكم الاستئناف الإدارية.

المبحث الثاني

القواعد الإجرائية للتحكيم الدولي في مادة الصفقات العمومية

نظام التحكيم الدولي في شقه التطبيقي يستند لمجموعة من الإجراءات أولاها التشريع أهمية بالغة لما قد تحمله من آثار سلبية على الدولة ومنظومتها القانونية، تنص على المحكمة التابعة له التي يتم تشكيلها طبقا لإرادة أطراف النزاع الواردة في اتفاق التحكيم الدولي.

تماشيا مع الطابع الخاص للصفقات الدولية والنزاعات المتعلقة بها فإن التحكيم في هذه المسألة يختلف قليلا من حيث إجراءاته عن تلك المعمول بها في التحكيم الداخلي والقضاء الوطني.

القاعدة هنا أن اتفاق التحكيم هو من ينص على الإجراءات الواجب إتباعها يختارها الطرفان تماشيا مع القانون المختار تطبيقه، إلا أنه استثناء في حالة عدم تحديد الإجراءات يحق تفعيل تلك الواردة في النصوص القانونية فيما يعرف بالنظام التحكيمي رغم أن المشرع لم يحدد أية إجراءات واضحة من حيث كفاءات التطبيق وجاءت النصوص معممة فقط، كما يمكن للمحكمة التحكيمية التدخل في تحديد الإجراءات المتبعة إذا تعذر النص عليها في الاتفاقية التحكيمية.

عمل المشرع الجزائري على ضبط الإجراءات المتعلقة بالتحكيم الدولي رغم بعض الثغرات المتعلقة بالإحالة المفردة على النصوص القانونية ونص عليه في قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، ما تعلق بمحكمة التحكيم الدولية (المطلب الأول) وحكم التحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

محكمة التحكيم في نظام التحكيم الدولي

التنازع حول مصالح متعلقة بأطراف أحدهما أجنبي يؤكد أن التحكيم الذي يتم اللجوء له يملك صفة دولية، هنا يأتي دور محكمة التحكيم الدولية التي تحظى بخصوصية كبيرة من لحظة تشكيلها إلى غاية صدور حكمها ويبدأ الفصل في النزاع، بمجرد اتفاق الطرفين على اللجوء لها واختيارهم للمحكم أو مجموعة المحكمين ضمن اتفاق التحكيم الدولي فيتم إعلان بداية الخصومة التحكيمية التي تخضع في سيرها لإجراءات محددة وجب الالتزام بها من أجل الوصول إلى حل ودي مقبول.

لا يجوز للقضاء الوطني التدخل في عمل محكمة التحكيم الدولية بأي شكل من الأشكال، إلا بطلب رسمي من المحكمة التحكيمية نفسها في الحالات التي يجيزها القانون.

مكانة محكمة التحكيم الدولية تقتضي منا دراسة تنظيمها (الفرع الأول) والخصومة التحكيمية أمامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم التحكيم الدولي

يخضع نظام التحكيم الدولي لإجراءات خاصة تختلف عن تلك المقررة في التحكيم الداخلي نظرا لخصوصيته وقد سعى المشرع لإحكام تنظيمها عبر عدة نصوص قانونية وردت في القسم الخاص بالتحكيم من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال هذا الفرع نبين تنظيم التحكيم على المستوى الدولي بإبراز نطاقه (أولاً) والتعرض لهيئة التحكيم التابعة له (ثانياً).

أولاً: نطاق التحكيم الدولي

طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فالتحكيم يكون دولياً متى تعلق بنزاعات قائمة حول المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.¹ واستعمال مصطلح "دولتين" في سياق المادة 1039 يمكن أن يفهم منه أن التحكيم يكون فقط بين دولة وأخرى أو عدة دول فالأجدر أن يشار إلى القصد بمصطلح "الأشخاص" المنتمين لدولتين على الأقل.

اتفاقية التحكيم الدولي تسري على نزاعات قائمة كانت أو مستقبلية² وتتطلب مجموعة من الشروط نص عليها المشرع ولم يترك مجالاً لإرادة الأطراف بشأنها لاعتبار أنه أمر حساس لا يمكن تركه للأطراف ضماناً لصحة العملية وقد عمد لإدراج شروط صحة اتفاقية التحكيم الدولية وقسمها لقسمين.

1- الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم الدولي

وردت شروط صحة اتفاقية التحكيم على المستوى الدولي من حيث الشكل، في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تمثلت في شرط الكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، كشرط واحد ووحيد حتى تكون الاتفاقية صحيحة شكلاً والمقصود هنا بعبارة "بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" هو الإمضاء الإلكتروني الذي تم اللجوء إليه نظراً لبعده المسافات حتى لا يضطر المتعاقد الأجنبي للتنقل

¹ - المادة 1039 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 01/1040 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

إلزاما من أجل كتابة الاتفاق وفي حالة غياب الشرط الكتابي يتعرض اتفاق التحكيم للبطان.¹

2- الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم الدولي

يكون اتفاق التحكيم الدولي صحيحا من حيث الموضوع إذا انطبقت عليه الشروط الواردة في القانون المتفق على تطبيقه أو ضمن القانون الذي ينظم موضوع النزاع (كأن يتعلق بمادة الصفقات العمومية فيتم الرجوع للتنظيم المتعلق بها)، أو القانون الذي يراه المحكم مناسبا.²

الشروط المتعلقة بموضوع الاتفاق في هذه الحالة محالة للقوانين المتعلقة بموضوع النزاع والمجال الذي يدور حوله وهو الأرجح كون المواضيع تختلف وغير مجموعة في قانون واحد يضم كل شروطها، أما فيما يخص الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم فلا يتم قبوله لمجرد عدم صحة العقد الأصلي³ ويرجع ذلك لكون المشرع قد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساسي ويطبق على اتفاقيات التحكيم الدولية فقط.

أحد الآثار التي يترتبها مبدأ الاستقلالية في مجال الصفقات العمومية أن العقد الأساسي للصفقة لا يمكنه التأثير على الاتفاق التحكيمي في حال وجود أي عيب به وبالتالي عدم المساس باختصاص هيئة التحكيم،⁴ أما في حالة عدم تحديد الجهة المختصة فيرجع الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.⁵

ثانيا: هيئة التحكيم الدولي

¹ - المادة 02/1040 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 03/1040 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - المادة 04/1040 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴ - أسماء بنور، المرجع السابق، ص 82.

⁵ - المادة 1042 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

في القسم الثاني من أحكام التحكيم الدولي وردت النصوص القانونية المتعلقة بكيفية تعيين المحكم على المستوى الدولي.

1- إرادة أطراف النزاع في اختيار المحكم

يتأكد أن جوهر التحكيم متمثل في حرية الأطراف لتعيين المحكم من خلال المواد المتعلقة بهيئة التحكيم الدولي حيث ورد في نص المادة 1041 من فقرتها الأولى: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".¹

نص المشرع على إرادة الطرفين في التعيين كما هو معمول به في إطار التحكيم الداخلي، حيث يعد تطبيقاً للطابع الاتفاقي للنظام التحكيمي بمنح الأطراف حق وضع كافة الشروط طبقاً لإرادتهم منها تلك المتعلقة بعزل ورد المحكم مع مراعاة أحكام كل من الوسيطتين.²

2- تدخل القضاء في اختيار المحكم

لا يمكن للقضاء الوطني التدخل في تعيين المحكم، إلا في الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 1041 و المتمثلة فيما يلي:

- حالة غياب التعيين، بامتناع الأطراف عنه أو تنازلهم.
- حالة صعوبة التعيين.
- حالة عزل أو استبدال المحكم.

يمكن للطرف المستعجل بحل النزاع القيام بأحد الخطوتين في كل الحالات الواردة:

¹ - المادة 01/1041 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 96.

- إذا كان التحكيم قائما داخل الجزائر، يرفع الطرف القضية لرئيس المحكمة المختصة.
- إذا كان التحكيم قائما خارج الجزائر، يرفع الأمر لرئيس محكمة الجزائر في حالة الاتفاق على تطبيق الإجراءات المعمول بها هنا.¹

تصدى المشرع لكافة العراقيل التي قد تواجه الطرفين في تعيين المحكم، كما ذهب إلى التفريق بين التحكيم الذي يجري في الجزائر وخارجها² لتسهيل الإجراءات على الطرف المهتم بالتعجيل.

الفرع الثاني

الخصومة التحكيمية في نظام التحكيم الدولي

تملك الخصومة خصوصية إجرائية لا تصح إلا بإتباعها في ميدان الصفقات العمومية الدولية فبمجرد انطلاقها ينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم الدولية التي تتولى نظر النزاع ولا يحق للقضاء الوطني التدخل، إلا أنها ليست بالمسألة المطلقة فقد يتدخل القضاء بطلب صريح من محكمة التحكيم.

بناء على ذلك تناولنا إجراءات خصومة التحكيم الدولي (أولا) واختصاص المحكمة فيها (ثانيا) إلى جانب دورها الإيجابي (ثالثا).

أولا: إجراءات الخصومة التحكيمية الدولية

تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات القانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في

¹ - المادة 02/1041 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 129.

الاتفاق. أما إذا لم يتم النص على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبطها عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.¹

يتميز الجانب الإجرائي في التحكيم الدولي بأنه قائم على الحرية العامة للخصوم في تحديد القواعد ضمن اتفاقية التحكيم، شرط أن تتلاءم والقانون المحدد ضمنها. إلا أن الحرية الممنوحة للأطراف بخصوص هذه المسألة من شأنه أن يخلق نوعا من الفوضى، خصوصا في حالة عدم الاتفاق على إجراءات محددة كونها لا تتناسب أحد الطرفين ويفضل التدخل المباشر لمحكمة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية.

نصت المادة 1050 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة".²

محكمة التحكيم ملزمة بالفصل في النزاع مطبقة القانون الوارد في اتفاق الطرفين ولا يمكنها الخروج عنه إلا في حالة عدم النص عليه وترجع في هذه الحالة للقواعد القانونية والأعراف التي ترى بأنها مناسبة. إلا أن تمكين الأطراف من اختيار القانون أولا، من شأنه تجنيب المحكم تحمل مسؤولية الاختيار وتبعاته في حال لم يوفق فسيكون محط لوم من الخصوم.

ثانيا: اختصاص محكمة التحكيم الدولية

يشار إلى اختصاص محكمة التحكيم على المستوى الدولي بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" الذي يؤكد التوجه الليبرالي للمشرع الجزائري مواكبا لعدة تشريعات مقارنة.

والهدف من هذه القاعدة يتمثل في منح النظام التحكيمي فعالية قصوى.¹

¹ - المادة 1043 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1050 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

جاء في نص المادة 1044 أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".²

يظهر من خلال نص المادة الاعتراف الواضح بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، إلا أنه لم يكن مطلقاً فقد وضع شرط عدم إبداء أي طرف لأي وجه من أوجه الدفاع أمام هيئة التحكيم حتى يمكنها الفصل في اختصاصها بنظر النزاع، كما اشترط المشرع أن يكون البت في الاختصاص عن طريق حكم أولي مع استثناء الأحكام المتعلقة بالفصل في مسألة عدم الاختصاص المرتبط بموضوع النزاع الذي يكون بحكم نهائي.³ أما في مسألة اختصاص القاضي فهو غير مختص في حالتين:

- حالة السير في الخصومة التحكيمية، نلاحظ أن المشرع قد ذهب إلى تقديم خصومة التحكيم على الخصومة القضائية فلا يمكن للقاضي التدخل في نزاع قائم أمام النظام التحكيمي وعليه التصريح بعدم الاختصاص بنظر القضية.⁴
- حالة وجود اتفاقية تحكيم.⁵

¹ كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص44.

² المادة 1044 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

³ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص:87،88.

⁴ عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط.2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص555.

⁵ المادة 1045 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

الهدف من إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم إعاقة سير الخصومة التحكيمية متى كانت قائمة فلا يتم إيقاف إجراءاتها أثناء فصل القضاء في المسألة ويمكنها مواصلة نظر النزاع إذا رأت بأن الهدف وراء الدفع هو تمديد أجل النزاع.¹

ثالثا: الدور الإيجابي لمحكمة التحكيم الدولية

مسألة عدم اختصاص القاضي وإمكانية تدخله في النزاع القائم وفق نظام التحكيم لم يكن مطلقا.

1- الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية

أشارت المادة 1046 إلى أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقوم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".²

يمكن الخروج بحالات تدخل القاضي في النزاع بناء على طلب من محكمة التحكيم من خلال نص المادة:

- في حالة طلب أحد الأطراف، يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية ما لم ينص اتفاق التحكيم على عكس ذلك ولم ينفذ المعني بالأمر هذا

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 88.

² - المادة 1046 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

التدبير إراديا، في هذه النقطة يمكن طلب تدخل القاضي المختص الذي يطبق قانون بلده.

- حق القاضي إلى جانب محكمة التحكيم في إخضاع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم الطرف الذي طلبها لضمانات مناسبة.

2- البحث عن الأدلة

مهمة البحث عن أدلة في الأصل تتولاها محكمة التحكيم¹ طبقا لما جاءت به المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الاستثناء في حالة قيام الضرورة يمكن لمحكمة التحكيم طلب المساعدة من السلطة القضائية سواء في تقديم الأدلة أو حتى في تمديد الوقت للمحكّمين أو تثبيت الإجراءات وغيرها من حالات الضرورة الأخرى.

يجوز لمحكمة التحكيم أو الأطراف بالاتفاق معها أو الطرف المستعجل المرخص له من المحكمة التحكيمية طلب التدخل القضائي بموجب عريضة ويتم تطبيق قانون بلد القاضي.² إتاحة مثل هذا الإجراء من شأنه تسهيل المهمة على المحكم، خصوصا ما تعلق بالوصول إلى أدلة قد لا تكون متاحة بتلك السهولة والقضاء بما يملكه من وسائل يمكنه ذلك.

يظهر من خلال ما سبق مدى الارتباط الوثيق بين محكمة التحكيم والمحكمة الوطنية المختصة فلا يمكن الاستغناء التام عنها ويحق طلب مساعدتها في أي وقت فاللجوء إلى نظام التحكيم لا يعني توقف دور القضاء المختص، رغم أنه لا يتدخل إلا بناء على طلب.

¹ - المادة 1047 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1048 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

المطلب الثاني

حكم التحكيم في نظام التحكيم الدولي

يختلف حكم التحكيم الدولي في النقطة الفاصلة بين صدوره و تنفيذه و التي تعتبر جوهر العملية التحكيمية كلها فقبل تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي يجب الاعتراف به داخل الحيز الوطني ما يعني قبول حكم صادر عن خصومة تحكيمية جرت كل أحداثها خارج الوطن، بهذه الصفة يمنح مهلة النظر في الحكم ومدى ملائمة تنفيذه بما لا يتعارض مع الخصوصيات الوطنية.

يتم الشروع في تنفيذ الحكم التحكيمي بمجرد الاعتراف به وهي المراحل التي لازمتها مجموعة من الضمانات في صالح الأطراف المتعاقدة تمثلت خصوصا في حق الطعن بداية في الأمر الرفض للاعتراف بالحكم وكذا تنفيذه، إلى جانب حق الطعن في الحكم الصادر ذاته.

مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم الدولي إلى غاية الطعن فيه، تصب كلها في صالح الطرفين المتنازعين وقد نظمها المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فجاء أولا الاعتراف بحكم التحكيم الدولي (الفرع الأول)، وتلاه الطعن في حكم التحكيم الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاعتراف بحكم التحكيم الدولي

إمكانية الاعتراف بحكم التحكيم الدولي مرتبط بتحققه للشرطين الواردين في نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أشارت إلى أنه: " يتم الاعتراف بأحكام

التحكيم الدولية في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".¹

شروط الاعتراف حسب نص المادة تتمثل فيما يلي:

- إثبات المتمسك بحكم التحكيم الدولي وجود هذا الحكم من خلال تقديم الحكم الأصلي مرفقا باتفاق التحكيم أو نسخ عنها تستوفي شروط صحتها،² إذا فتقديم الوثائق الأصلية ليس شرطا في هذه الحالة ويمكن تعويضها بنسخ عنها تقدم لأمانة ضبط القضاء المختص من طرف الشخص المستعجل.³
- عدم مخالفة الاعتراف بحكم التحكيم الدولي للنظام العام الدولي كشرط مهم فلا يجوز التعدي على النظام العام بأي شكل كان.

أحكام التحكيم الدولية قابلة للتنفيذ داخل الجزائر بنفس الشروط الواردة المتعلقة بالاعتراف بأمر من رئيس المحكمة الصادر في دائرة اختصاصها الحكم التحكيمي أو المحكمة محل التنفيذ إذا كان مقرها خارج الوطن.⁴

صاحب المصلحة في حكم التحكيم الدولي عليه إثبات وجود ذلك الحكم وأنه غير مخالف للنظام العام الدولي، وبخصوص مسألتي الاعتراف والتنفيذ فهما يتطلبان توفر مجموعة الشروط السابقة الذكر وعلى الجهات مراعاتها بشكل لا يمس بسيادة الدولة.⁵

¹ - المادة 01/1051 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1052 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - المادة 1053 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁴ - المادة 02/1051 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

⁵ - سائح سنقوثة، المرجع السابق، ص 1229.

الفرع الثاني

الطعن في حكم التحكيم الدولي

التشريع يمنع إمكانية الطعن في حكم التحكيم الدولي كما هو الحال بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي ضمانا لأطراف النزاع وصدا للتعسف الذي يمكن أن يحصل وقد اختلف الأمر قليلا من ناحية الصور المتاحة للطعن في الحكم التي تراوحت بين طرق تمس أوامر الاعتراف والتنفيذ وأخرى تمس الحكم التحكيمي بصفة مباشرة.

جاء النص على صور الطعن في حكم التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ورد الطعن بالاستئناف (أولا) والطعن بالبطلان (ثانيا).

أولا: الطعن عن طريق الاستئناف

جاء في نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف"¹.

تبنى المشرع الاستئناف صراحة كطريق عادي للطعن في الأمر الراض للاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

1- حالات الطعن بالاستئناف

وردت حالات الاستئناف في حكم التحكيم الدولي ضمن نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي لا يجوز الاستئناف إلا بتحققها، نوردتها فيما يأتي:

¹ - المادة 1055 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

- الحالة التي تفصل فيها محكمة التحكيم دون وجود اتفاقية تحكيم أو كون الاتفاقية باطلة أو انقضت مدتها، يجوز هنا لصاحب المصلحة الطعن في الحكم التحكيمي بناء على وجود خلل متعلق باتفاق التحكيم.
- تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم إذا كان وحيدا مخالف للقانون، فالعملية التحكيمية بداية من تعيين المحكم تكون خاضعة لنظام التحكيم القانوني لا يجوز الخروج عنه فهي ليست آلية مطلقة.
- فصل محكمة التحكيم بحكم يخالف المهمة الموكلة إليها، فمتى وافق المحكم أو المحكمون على إنجاز المهمة المسندة لهم فلا يحق الخروج عنها مهما كان السبب ولا يمكن تركها بأي حال من الأحوال.
- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية كأحد المبادئ الأساسية للنظام العام الداخلي منه والدولي.
- عدم تسبیب الحكم التحكيمي أو وجود تناقض في الأسباب الواردة، فتسبیب الحكم تطبيق لأحد شروطه الملزمة لصحة الحكم والأسباب يجب أن تكون منسجمة تنصب في نفس التوجه.
- مخالفة الحكم للنظام العام الدولي وهو شرط أساسي للاعتراف به كما ورد في نص المادة 1051.

ذهب المشرع الجزائري لتحديد حالات إمكانية الطعن بالاستئناف في الأمر الرفض للاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه وأوردها حصرا، أغلبها ينصب حول مخالفة شروط الحكم التحكيمي والقانون.

2- ميعاد الطعن بالاستئناف

الطعن عن طريق الاستئناف يكون أمام المجلس القضائي أي أمام جهة الاستئناف التابعة للقضاء العادي لعدم وجود جهة إدارية لهذا الغرض يتم التقدم به في أجل شهر واحد،

يبدأ حسابه من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر الصادر عن رئيس المحكمة.¹ هو نفس الموعد المقرر للطعن بالاستئناف في نظام التحكيم الداخلي وتقل المدة عن تلك المقررة للاستئناف في الحكم القضائي ما يميز النظام التحكيمي و يجعله يتماشى مع طابع السرعة في صدور الحكم.

ثانياً: الطعن عن طريق البطلان

اختيار التحكيم الدولي لحل نزاع قائم يعني عدم تدخل القضاء الوطني فيه رغم أن أحد أطرافه جزائري، إلا أنه يحق للقضاء ممارسة الرقابة بعد صدور الحكم ومدى شرعيته، يكون ذلك عن طريق صورة الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي ذاته.

1- حالات البطلان

مسألة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، أبقى فيها المشرع الجزائري على نفس الحالات الواردة بخصوص الطعن بالاستئناف في المادة 1056.² إلا أن الملاحظ على نص المادة أنها لم تحدد أهم حالات البطلان التي يعاب فيها حكم التحكيم في جوهره أو من حيث إجراءاته كأن يصدر الحكم دون توقيع أو الخروج عن مبدأ الحياد، كما أنها لا تتيح الطعن بالبطلان في حالة الخطأ في تطبيق القانون³ والأجدر هنا تخصيص مادة تحدد حالات الطعن بالبطلان بدل إحالتها لحالات الطعن بالاستئناف.

أمر تنفيذ الحكم الدولي كأصل لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، إلا أنه عند الطعن في الحكم التحكيمي بالبطلان تلقائياً يترتب الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن

¹ - المادة 1057 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - أنظر المادة 1056 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - عبد الرحيم مزعاش، << الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم التجاري الدولي >>، حوليات جامعة الجزائر 01، المجلد 35، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2021، ص 172.

الفصل في طلب التنفيذ مباشرة في حالة عدم الفصل فيه.¹

يدور تساؤل حول إمكانية أصحاب المصلحة في التقدم عن طريق الطعن بالبطان مع أن هدفهم الحقيقي هو الطعن في أمر التنفيذ فيعد ذلك استغلالاً لتحقيق أحد حالات الطعن بالبطان وتحايلاً شبه نزيه يخدم مصلحة الطرف الخاسر للنزاع.

2- ميعاد الطعن بالبطان

موعد رفع الطعن بالبطان ضد الحكم التحكيمي الدولي مرتبط بتاريخ النطق به ويقبل الطعن ابتداء منه وفي حالة تبليغ أمر تنفيذ الحكم رسمياً، يمتد أجل الطعن لمدة شهر واحد ولا يمكن قبوله بمرورها.

يرفع الطعن بالبطان أمام المجلس القضائي أي نفس جهة الاستئناف² وأغلب التشريعات التي نظمت التحكيم لا تتيح لأطراف النزاع التنازل عن رفع دعوى البطان مقدماً لكنها تجيز ذلك بعد صدور حكم التحكيم حماية لحقوق الطرفين.³

¹ - المادة 02/1058 من الأمر رقم 08-09، المرجع السابق.

² - المادة 1059 من الأمر رقم 08-09، المرجع نفسه.

³ - عبد الرحيم مزعاش، المرجع السابق، ص 172.

خاتمه

نظام التحكيم بصفته أحد طرق التسوية الودية للمنازعات الإدارية منها المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية، يعتبر حلا فعالا مقارنة بالطريق القضائي كما يمكن أن يكون بديلا نهائيا له في المجالات الحساسة.

خطى المشرع الجزائري خطوة جريئة عندما صرح بجواز اللجوء له من قبل أشخاص القانون العام ووظف جهوده لتنظيمه قانونيا تأكيدا منه على نجاعته، إلا أنه لم يحسب حسابا للإشكالات التي قد تواجهه وقد وقع فيها على الصعيدين الدولي والداخلي أثناء وضعه للإطار الإجرائي لكل منهما فكانت هذه الإشكالات من أهم أسباب الإحجام الكبير من قبل الأطراف المتعاقدة المتنازعة على اختيار طريق التحكيم وبالأخص من جانب التحكيم الداخلي.

انطلاقا من دراستنا لهذا الموضوع توصلنا لمجموعة من النتائج نوردتها فيما يلي:

- تبقى قابلية التحكيم كحل ودي لأي نزاع متعلق بعقود الصفقات العمومية نسبية إلى حد ما وليست مطلقة بوجود قيود ضمنية تحدها، أولها محدودية الأشخاص التي يحق لها استعمال هذه الآلية وثانيها حدود المسائل التي يجوز فيها التحكيم بصفة عامة وخاصة في ميدان الصفقات العمومية.

- فيما يعرف بإشكالية المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري كمعيار وحيد في هذا المجال ما أدى لتأثيره على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فرغم إجازته لهذا الطريق للأشخاص المعنوية العامة، إلا أنه وقع في تناقض باستثنائه ضمنا لبعض الجهات التي تأخذ وصف "المصلحة المتعاقدة" من حق اللجوء للتحكيم.

- تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على توقيف المحكم، رغم وجود نوع من الرقابة القضائية بهذا الخصوص إلا أنه يعد أمرا سلبيا بالسماح لنفس جهة التعيين بإيقاف المحكم ما يمكن أن يؤدي للتعسف أحيانا وإمكانية الإضرار بمسار المحكم في هذا المجال.

- مسألة القانون الواجب التطبيق في التحكيم ليست بالجديدة على الصعيد الدولي، إلا أنها لا تزال محل خلاف حاد خصوصا مع ميول الدولة للقانون الوطني وصعوبة تقبلها لأي قانون أجنبي.

- إشكالية تنفيذ الأحكام الدولية في الجزائر رغم سعي المشرع لإيجاد حلول لها تبقى غير مجدية كون الطرف الأجنبي بعيد عن أرض الوطن ولا يمكن فرض أي حل قانوني جزائري عله طالما أنه خارج الجزائر.

- يعتبر دور التحكيم الداخلي مجمدا فالتشريع رغم تكريسه لهن إلا أن فعاليته لم تبرز على أرض الواقع إلى حد الساعة ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها صعوبة تقبل الأطراف لهذا النظام، إلى جانب غياب ثقافته نتيجة حدوثه داخليا والاعتقاد على النظام القضائي كحل لكل المنازعات.

- مجرد تكريس التحكيم الداخلي ليس كافيا فالمشرع الجزائري وقع في عدة أخطاء شكلية خصوصا من الناحية التنظيمية لنصوص المواد وتفريق العناصر عليها بشكل عشوائي، إلى جانب بعض التناقضات بين المواد الواردة في صلب الدراسة.

- عدم إدراج التحكيم الداخلي ضمن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية والاكتفاء بالنص على التحكيم الدولي ما يؤدي للشك حول جوازه في هذا المجال رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجيزه داخليا ودوليا.

- الاهتمام المفرط للمشرع الجزائري بالتحكيم الدولي وتطويره على حساب التحكيم الداخلي ما يؤدي لفهم أن تكريس التحكيم جاء فقط لهذا الغرض والذي يؤدي بدوره للإحساس بوجود تداخل كبير بين التحكيمين الداخلي والدولي خصوصا باعتماد المشرع على نظام الإحالة المفرط فيما تعلق بأحكام التحكيم الدولي إلى الداخلي.

- تبني نظام التحكيم تأكيد من المشرع على اختلافه عن النظام القضائي، إلا أن الواقع الإجرائي له يبين العكس كونه خاضعا للرقابة القضائية وقيودها التي جاءت بشكل مفرط على مستوى التحكيم الداخلي وعزز من ذلك الأخذ بطريق الطعن الاستثنائي الذي يعني اللجوء للقضاء عن طريق التحكيم رغم أن الغرض منه تقادي الحل القضائي وتعقيده.

- التحكيم كحل ودي لمنازعات الصفقات العمومية لم يستطع أن يثبت جدارته لعدم ضبط بعض إجراءاته، منها المتعلقة بكيفية تنفيذ نصوص بعض المواد ما يؤدي أحيانا للوقوع في خطأ التطبيق بالتالي ظهور إشكال جديد بين الطرفين.

- بناء على هذه المعطيات النظرية يعتبر التحكيم الطريق الأنجع لحل النزاعات، غير أن الواقع العملي يبين مدى التناقض بين القانون والتطبيق، كما أن المطلع على النصوص المتعلقة بهذا النظام وإجراءاته يجدها مختلفة التنظيم تحمل قصورا من عدة جوانب، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي للفهم الخاطئ لها. إضافة لاعتماد المشرع في قسم التحكيم الدولي على نظام الإحالة بشكل مفرط يؤدي لتداخل الأمور في بعضها واختلاط التحكيم الداخلي بالدولي رغم اختلافهما إجرائيا.

من منطق النتائج التي توصلنا إليها خرجنا بالاقتراحات التالية:

- البحث عن حلول جديّة لأبرز الإشكالات التي تطال مجال التحكيم، عن طريق استحداث جهات وتكوين خبراء في هذا المجال يعملون على وضع الحلول.

- السعي لنشر الوعي وثقافة التحكيم والبحث عن آليات وضمانات إضافية تشجع أطراف النزاع الداخلي خاصة في اللجوء للتحكيم والاهتمام بتنظيمه ومحاولة تخفيف قيوده السطحية.

- التقليل من محيط الرقابة القضائية في مجال التحكيم الداخلي والاكتفاء بإمكانية الطعن في حكمه بهذا الخصوص يفضل العمل بطريق الطعن بالبطلان بدل الاستئناف تماشيا مع سبب اختيار التحكيم واستبعاد الاستئناف نهائيا من النظام التحكيمي.

- إنهاء الجدل القائم حول غياب التحكيم الداخلي في تنظيم الصفقات العمومية.
- الابتعاد عن نظام الإحالة على المواد وإدراج مواد خاصة بدل تلك المحال عليها خصوصا من ناحية الإحالة على النصوص المتعلقة بالقضاء.
- النص على الإجراءات المتعلقة بتطبيق بعض المواد وكذا التناقضات التي مست بعض النصوص القانونية.
- محاولة تطبيق بعض أحكام التحكيم الدولي على التحكيم الداخلي، كفك القيد المتعلق بشرط الكتابة التقليدية في اتفاق التحكيم ومحاولة تطبيق مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" داخليا كوسيلة رادعة لعرقلة العملية التحكيمية مع إمكانية تكريس مبادئ دولية أخرى تضمن سلامة نية الطرفين.
- بمفهوم المخالفة يمكن الاهتمام أساسا بعقود الصفقات العمومية والبحث عن الأسباب التي تؤدي لوقوع مشاكل حولها وطبيعة تلك المشاكل من أجل حلها والتقليل منها مع إمكانية الاستغناء عن التحكيم الداخلي في مجالها كونه لم يشكل فارقا واللجوء لتكوين قضاة متخصصين في هذا المجال فقط باعتبارها من أكثر المجالات الإدارية حساسية.
- الاستفادة من تجارب الأنظمة المقارنة المتبنية لنظام التحكيم وتكييفها بما يتلاءم وخصوصية النظام القانوني في الجزائر.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

• الكتب

- 1- الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية (الجزائر-الإمارات العربية المتحدة-السودان)، ملحق الكتاب الأول، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 2- الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية (التشريع الإسلامي، الأردن، الإمارات، البحرين، تونس، الجزائر، السعودية، السودان، سورية، العراق، عمان، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، مصر، المغرب، اليمن- اتفاقيات التحكيم العربية)، الكتاب الأول، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 3- الفقي عمرو عيسى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- 4- الشواربي عبد الحميد، التحكيم والتصالح (في ضوء الفقه والقضاء)، ط.2، منشأة المعارف، مصر، 2000.
- 5- بالقرارة زايد، محاضرات في الطرق البديلة لتسوية المنازعات، ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون المهن القانونية والقضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2011/2012.
- 6- بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الثاني: (التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات)، ط.5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

- 7- بن سعيد لزهري، التحكيم التجاري الدولي (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 8- بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط.2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
- 9- جاويد سمير، التحكيم كآلية لفض النزاعات، دائرة القضاء، أبو ظبي، 2014.
- 10- والي فتحي، قانون التحكيم الجديد في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، 2007.
- 11- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 12- نوفل حسان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (في القانون المقارن)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 13- سنقوفة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا-شرحا-تعليقا-تطبيقا)، الجزء الثاني: المواد من 584 إلى 1065، دار الهدى، عين مليلة، 2011.
- 14- عباس محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 15- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 16- قربوع كمال عليوش، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

17- خلوفي رشيد ، قانون المنازعات الإدارية، ج.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

18- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008.

19- غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري (في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2017.

• الرسائل و المذكرات الجامعية

مذكرات الماجستير

- شبارة حمزة، اتفاقيات التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، 2014.

رسائل الدكتوراه

1- بنور أسماء، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون العام الاقتصادي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2019.

2- جبايلي صبرينة، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2017.

3- فرقان فاطمة الزهرة، الإطار القانوني لحماية الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2018.

مذكرات الماستر

1 كينا عبد المالك، بوخريص صالح، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018.

2- نسيب عبد الحق، بازين زوهير، التحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مذكرة مكتملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2019.

3- عباسي منير، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

4- رمضان عائشة، كردوسي نور الهدى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص: منازعات إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2015.

5- شتيوي عفاف آسية، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015.

6- خيراني بدر الدين نعومي، التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص:دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014.

• النصوص القانونية

النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 49، مؤرخ في 11 جوان 1966. (ملغى)

2- أمر رقم 75-44، مؤرخ في 17 يونيو 1975، يتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، ج.ر عدد 53، صادر في 4 يونيو 1975.

3- قانون رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر عدد 37، صادر سنة 1998.

4- أمر رقم 01-09، مؤرخ في 26 يونيو 2001، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 34، صادر سنة 2001.

5- أمر رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر عدد، 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

2- مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27، صادر في 27 أبريل 1993. (ملغى)

• القرارات و الأحكام القضائية

- المحكمة العليا، قرار رقم 626204 مؤرخ في 2010/06/03، قضية (ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ.م.م للأشغال ر.ك.)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012.

• المقالات

1- بودالي محمد، برباوي رقية، <>التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 <<، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 05، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، 2018.

2- بن أحمد حورية، <> إجراءات التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية <<، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 19، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2019.

3- بن عودة صليحة، <> تفعيل دور التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية <<، مجلة أكاديميا، العدد 04، الشلف، 2016.

4- زروق نوال، <> الآليات غير القضائية لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية (دراسة على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون 08-09) <<، مجلة حقائق للدراسات النفسية والاجتماعية، العدد 09، ج 02، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، د.س.ن.

5- موساوي مليكة، <<التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية >>، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تامنراست، 2015.

6- مزعاش عبد الرحيم، << الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم التجاري الدولي >>، حوليات جامعة الجزائر 01، المجلد 35، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2021.

7- رواب جمال، <<موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية >>، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019.

8- ضريفي نادية، << التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري >>، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 57، العدد 05، المسيلة، 2020.

• المواقع الإلكترونية

1-الدكتورة كاملة، بحث مرسل إلى مؤتمر موريتانيا: التحكيم بديلا للتقاضي، التحكيم وسيلة لحماية وتشجيع الاستثمار، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/15، على الساعة 1:50 سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.international-arbitration-attorney.com>.

2- براهيمي محمد، التحكيم في التشريع الجزائري، جوان 2018، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2022/04/15، على الساعة 1:36 سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://brahimi-avocat.com/pages/billets-en-langue-arabe/1-19.html>.

3- جوادي نبيل، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، د.د.ن، د.ب.ن، 2018، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/15، على الساعة: 2:00، المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://elktob.online>.

4- صديق سهام ، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، د.س.ن، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/12، على الساعة: 12:21 سا، المنشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.asjp.cerist.dz>

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

• **Ouvrages**

- 1-ISSAD.(M), La nouvelle loi Algérienne relative a l'arbitrage international, Rev.arb, 2008.
- 2-LAUBADERE.(A.de), Moderne.(F), Devolrée(P), Traité des contrats administratifs, L.G.D.J.2 ème édition, tomme 02, 1983-1984.
- 3- PATRIKIOS.(A), L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, 1997.

فهرس المحتويات

الصفحة	فهرس المحتويات
2	مقدمة
6	الفصل الأول: خصوصية النظام التحكيمي في مادة الصفقات العمومية
7	المبحث الأول: مكانة التحكيم في ميدان الصفقات العمومية
8	المطلب الأول: مفهوم التحكيم في مادة الصفقات العمومية
8	الفرع الأول: تعريف آلية التحكيم في ميدان الصفقات العمومية
9	أولاً: تعريف التشريع الجزائري لآلية التحكيم
11	ثانياً: تعريف الفقه الجزائري لآلية التحكيم
13	الفرع الثاني: أنواع التحكيم في مادة الصفقات العمومية
13	أولاً: معيار العنصر الوطني
14	ثانياً: معيار حرية إعمال التحكيم
16	المطلب الثاني: فكرة التحكيم في مادة الصفقات العمومية
17	الفرع الأول: أساس نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية
17	أولاً: الطابع الحر لنظام التحكيم
18	ثانياً: الطابع الدولي لنظام التحكيم
19	الفرع الثاني: إرساء النظام التحكيمي في مجال الصفقات العمومية
20	أولاً: دوافع تبني نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية

21	ثانيا: مشروعية النظام التحكيمي في الجزائر
29	ثالثا: تقييم نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية
33	المبحث الثاني: تفعيل نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية
34	المطلب الأول: قابلية اعتماد التحكيم في ميدان الصفقات العمومية
35	الفرع الأول: حق اللجوء لنظام التحكيم في إطار الصفقات العمومية
35	أولا: حق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية
36	ثانيا: حق التحكيم في تنظيم الصفقات العمومية
36	الفرع الثاني: مجالات أعمال نظام التحكيم في إطار الصفقات العمومية
37	أولا: منازعات مرحلة إبرام الصفقات العمومية
37	ثانيا: منازعات القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية
38	المطلب الثاني: الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم في مادة الصفقات العمومية
39	الفرع الأول: الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم على الصعيد الداخلي
39	أولا: إشكالية المعيار العضوي
42	ثانيا: إشكالية استبعاد هيئة التحكيم
44	الفرع الثاني: الإشكالات التي تواجه نظام التحكيم على الصعيد الدولي
44	أولا: إشكالية القانون المطبق في التحكيم
46	ثانيا: إشكالية تنفيذ حكم التحكيم الدولي

49	الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم في مادة الصفقات العمومية
50	المبحث الأول: القواعد الإجرائية للتحكيم الداخلي
51	المطلب الأول: محكمة التحكيم في نظام التحكيم الداخلي
51	الفرع الأول: هيئة التحكيم الداخلي
52	أولاً: تنصيب هيئة التحكيم الداخلي
53	ثانياً: شروط هيئة التحكيم الداخلي
57	الفرع الثاني: الخصومة التحكيمية في نظام التحكيم الداخلي
57	أولاً: بداية الخصومة التحكيمية الداخلية
58	ثانياً: سير الخصومة التحكيمية الداخلية
59	ثالثاً: نهاية الخصومة التحكيمية الداخلية
60	المطلب الثاني: حكم التحكيم في نظام التحكيم الداخلي
61	الفرع الأول: صدور حكم التحكيم الداخلي
61	أولاً: ميعاد صدور حكم التحكيم الداخلي
62	ثانياً: مضمون حكم التحكيم الداخلي
63	ثالثاً: شروط صحة حكم التحكيم الداخلي
65	الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم الداخلي
65	أولاً: الطرق الطبيعية للطعن في حكم التحكيم الداخلي

66	ثانيا: الطرق الاستثنائية للطعن في حكم التحكيم الداخلي
68	المبحث الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم الدولي
69	المطلب الأول: محكمة التحكيم في نظام التحكيم الدولي
69	الفرع الأول: تنظيم التحكيم الدولي
70	أولا: نطاق التحكيم الدولي
72	ثانيا: هيئة التحكيم الدولي
73	الفرع الثاني: الخصومة التحكيمية في نظام التحكيم الدولي
73	أولا: إجراءات الخصومة التحكيمية الدولية
74	ثانيا: اختصاص محكمة التحكيم الدولية
76	ثالثا: الدور الإيجابي لمحكمة التحكيم الدولية
78	المطلب الثاني: حكم التحكيم في نظام التحكيم الدولي
78	الفرع الأول: الاعتراف بحكم التحكيم الدولي
80	الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم الدولي
80	أولا: الطعن عن طريق الاستئناف
82	ثانيا: الطعن عن طريق البطلان
85	خاتمة
90	قائمة المراجع

ملخص

التحكيم كنظام قائم بحد ذاته ليس بالجديد على المنظومة القانونية في الجزائر إلا أن دخوله لمجال الصفقات العمومية جعله يتفوق على القضاء الوطني بخطوة حيث سمح المشرع الجزائري في خطوة جريئة منه لأشخاص القانون العام بإمكانية التحكيم في ميدان الصفقات العمومية وحسم الجدل القائم حوله بالنص الصريح ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليؤكد موقفه الثابت ضمن تنظيم الصفقات العمومية لاحقا.

رغم مساعي التشريع في إنجاح هذا النظام، إلا أنه لاقى صعوبات وإشكالات عديدة نتيجة تعارضه مع خصوصية مجال الصفقات العمومية خصوصا في ظل غياب أي ضمانات مصاحبة لها الموضوعية منها والإجرائية التي تمنع المساس بخصوصية عقد الصفقة العمومية وقد كانت هذه العقبات السبب الرئيس في إحجام المتنازعين عن النظام التحكيمي لحل منازعاتهم.

Summary

Arbitration as an existing system in itself is not new to the legal system in Algeria, but its entry into the field of public procurement made it one step ahead of the national judiciary. Civil and administrative to confirm his firm position in the organization of public deals later.

Despite the legislature's efforts to make this system successful, it encountered many difficulties and problems as a result of its conflict with the specificity of the field of public deals, especially in the absence of any accompanying substantive and procedural guarantees that prevent compromising the privacy of the public deal contract. arbitrator to resolve their disputes.