موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية

The position of the Algerian lawmaker on arbitration in procurement contract

تاريخ الارسال: 2019/09/14	تاريخ القبول : 2019/11/16	تاريخ النشر: 2020/01/08

د. رواب جمال
جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة
rouabdjamel@yahoo.fr

ملخص:

لقد تباين موقف المشرع الجزائري بشأن التحكيم كآلية لتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، حيث أنه منذ الاستقلال كان المبدأ العام يقضي بأن كل منازعات الصفقات العمومية تسوى عن طريق القضاء ، لكن هذا الموقف سرعان ما أخذ في التراجع مع مرور الوقت شيئا فشيئا إلى أن تم التخلي عن هذا الحظر بمقتضى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الكلمات المفتاحية : التحكيم ، النزاع ، الصفقات العمومية ، قانون الاجراءات المدنية والادارية .

Abstract:

The position of the Algerian lawmaker on arbitration as a mechanism for resolving disputes related to procurement contract has varied. Since independence, the general principle has been that all disputes of public procurement are settled by the judiciary, but this attitude gradually subsided until the abandon of this restriction in accordance with Law No. 08-09 of the Code of Civil and Administrative Procedure.

Keywords: Arbitration, litigation, procurement contract, code of civil and administrative procedures

مقدمة :

لما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وأنّها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، فإنّها لا شك تثير منازعات بين أطرافها المصلحة المتعاقدة من جهة و المتعامل المتعاقد مه من جهة أخرى و ذلك إما على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الأطراف المتعاقدة ، و أن كان اللجوء إلى القضاء هو المبدأ العام لفض النزاع فإنه هناك آليات أخرى غير قضائية تهدف لتسوية المنازعات بعيدة في عملها عن تعقيدات الإجراءات القضائية و طولها ، و على رأس هذه الآليات نجد التحكيم ، **الذي** يعتبر التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات فهو يوفر الجهد و المال لفض النزاع ، كما أنه في كثير من الأحيان يكون قريب من الحقيقة و أكثر قربا من تحقيق العدالة فلا ملفات كثيرة و لا إجراءات قضائية معقدة ، كما أن حكم التحكيم في كثير من الأحيان يلقى قبولا من الأطراف لأنه تم اللجوء إليه بإتفاقهم .

لقد تبنت الجزائر التحكيم ضمن الأمر رقم 166-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، و ذلك في الكتاب الثامن منه تحت عنوان "في التحكيم " ، حيث نصت المادة 442 منه على أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ، و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ..."أي إعترف المشرع الجزائري بالتحكيم لكن حظره في مجال الصفقات العمومية ، ثم مع تطور الحركة التشريعية في الجزائر نجد أن المشرع غير من نظرته للتحكيم في مجال الصفقات العمومية .

السؤال المطروح في هذا السياق ، ماهي أبرز المراحل التشريعية التي من خلالها غير المشرع الجزائري نظرته للتحكيم في مجال الصفقات العمومية؟ و إلى أي مدى كان موفقا في ذلك ؟

ومن أجل معرفة ذلك، بداية لابد من التطرق إلى النظام القانوني للتحكيم ثم تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية ثانيا .

1. النظام القانوني للتحكيم:

من أجل معرفة النظام القانوني للتحكيم، نستعرض بداية تعريفه وكذا تحديد طبيعته القانونية، ثم نحدد أنواعه و كذا الإجراءات المتعلقة به والآثار التي تترتب عليه.

1.1. تعريف التحكيم:

قبل التطرق للطبيعة القانونية للتحكيم، سنحاول في البداية استعراض تعريف التحكيم لغة ثم اصطلاحا .

1.1.1. تعريف التحكيم لغة :

يقصد بالتحكيم لغة "حكم "وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى" الحكم "بفتح الحاء، والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف مشددة[1].

ويقصد بالتحكيم لغة كذلك التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم وأحكمه فاستحكم أي صار محكما في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك[2].

كما نجد التحكيم في قوله تعالى[3] : " **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**" ، أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار .

2.1.1. تعريف التحكيم إصطلاحا :

لم يعرف المشرع التحكيم و ترك ذلك للفقه و القضاء، اللذين لم يتفقا على إعطاء تعريف موحد للتحكيم. لذلك سنذكر بعض من هذه التعريفات.

فيعرفه الأستاذ الدكتور محسن شفيق بأنه":اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"، وعرف بأنه":أسلوب لفض المنازعات ملزمة لأطرافه ويبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع[4].

وعرف كذلك بأنه":نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف، والأطراف هو لفظ يمكن أن ينصرف إلى الأشخاص الطبيعيين أو إلى الأشخاص الاعتبارين سواء كانوا دولا أم شركات[5] .

و عرفه أيضا جانب الفقه على النحو التالي:" يقصد بالتحكيم، العدالة الخاصة وهي آلية يتم وفقا لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"[6].

وفي تعريف فقهي آخر، التحكيم هو: " نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفيين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"[7].

كما أن هناك تعاريف قضائية للتحكيم، سنكتفي بتعريف واحد لها و هو تعريف للمحكمة الإدارية العليا المصرية؛ حيث عرفت التحكيم، بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "[8] .

وتجدر الإشارة، أن المشرع الجزائر نجده قد اكتفى بتعريف عناصر التحكيم فقط و المتمثلة في شرط التحكيم واتفاق التحكيم ، حيث عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، كما يلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي تنشأ بشأن هذا العقد". أما اتفاق التحكيم، فقد عرفه في المادة 1011 بأنه: " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم". ويظهر جليا الفرق بين المصطلحيين حيث أن شرط التحكيم هو عرض النزاع قد وضع على التحكيم[9].

2.1. الطبيعة القانونية للتحكيم :

لقد أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم جدلا كبيرا ، كونه حكم ذو طبيعة قضائية يصدر عن هيئة غير قضائية يتم اللجوء إليها بناء على إتفاق الأطراف ، هذا ما أدى إلى ظهور جدل فقهي كبير بهذا الخصوص، أدى لظهور أربعة اتجاهات حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نعرضها و جيزة فيما يلي[10]:

1.2.1. التحكيم ذو طبيعة تعاقدية:

اعتبر هذا الاتجاه، أن التحكيم هو عقد رضائي ملزم للجانبيين. وقد اعتمد هذا الاتجاه على المعيار العضوي، المتعلق بالهيئة مصدرة التحكيم، بغض النظر على موضوع التحكيم أو مكان وقوعه.وقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا، بعد حكم محكمة النقد الفرنسية الشهير سنة 1812 بصدد اتفاق تحكيم، الذي أكد صراحة على أساس وجود حكم التحكيم و ما يشمل عليه من حكم ملزم يرجع للاتفاق المبرم بين الأطراف على التحكيم و بالتالي يصبغ الحكم بذات ال صبغة الاتفاقية[11].

ورغم استقرار القضاء الفرنسي لمدة طويلة على الأخذ بهذا الاتجاه، إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد، و ذلك لأن اتفاق التحكيم يمثل عنصر فقط من عناصر التحكيم ولا يمكن اعتباره كل التحكيم، كما أن إرادة الأطراف ليس دائما أساس اللجوء إلى التحكيم، لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري[12].

2.2.1. التحكيم ذو طبيعة قضائية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن التحكيم هو نوع من أنواع القضاء، وقد اعتمد هذا الاتجاه على المعيار الموضوعي، لأن الأمر فيه يتعلق بالفصل في منازعة تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي ويحوز قرار المحكم، حجية الأمر فيه وهو ما لا تتمتع به إلا الأعمال القضائية[13]، وقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا، بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893، في قضية " سلك حديد الشمال " وذلك بأن اعتبر التحكيم، لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملا قضائيا.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها، التي يقوم بها قضاء الدولة وهي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتنازعين وبالتالي، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية[14].

لم تسلم هذه النظرية من الانتقاد و تعرضت لمجموعة من الانتقادات[15] وذلك ناتج عن الفرق الشاسع بين التحكيم و القضاء، فلا يمكن الخلط بينها.

3.2.1. التحكيم ذو طبيعة مختلطة :

لقد مزج هذا الاتجاه بين مضمون الاتجاهين السابقين وحاول التوفيق بينهما، وتعود بداية ظهور هذا الاتجاه، إلى التقرير المقدم من قبل الأستاذ "جورج سوزارهال" في الجلسة الرابعة والأربعون لمعهد القانون الدولي في أبريل 1952، الذي يطرح فيه الأسس الرئيسية لهذه النظرية. ومفاد هذا الاتجاه، أن التحكيم له طبيعة مركبة أو مختلطة؛ فهو عقدي، إذا نظرنا إليه من حيث أصله الذي يقوم عليه وهو العمل الإرادي للأطراف، متمثلا في اتفاق التحكيم. ومن جهة أخرى، هو قضائي من حيث الحكم الصادر عن المحكم، الذي يعتبر ملزما لأطراف التحكيم، بقوة تختلف في القوة الملزمة للعقود[16] .

وفي هذا الصدد، رغم أهمية ما توصل إليه هذا الاتجاه، إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد، باعتبار أن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، يعد فرارا من مواجهة الحقيقة، يؤدي إلى تناقضات كثيرة[17] ، لما ينتج عليه من خلط في المفاهيم.

4.2.1. التحكيم ذو طبيعة مستقلة:

لقد جاء هذا الاتجاه، لكي يعترف بالاستقلالية الذاتية للتحكيم، كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيدا عن مرفق القضاء وهذا نظرا للخصوصيات التي يتمتع بها. فلا يعتبر التحكيم من طبيعة إدارية، كالصلح ولا يعتبر من طبيعة قضائية، كالقضاء ولا يعتبر من طبيعة عقدية، كالعقود وإنما له نظام قانوني خاص به.

وذهب بعض الفقه في هذا الاتجاه، إلى اعتبار التحكيم صورة من صور القضاء الخاص، لأن منازعة التحكيم يتولى الفصل فيها شخص أو أشخاص عاديين، ليسوا من رجال القضاء النظاميين ولا تسأل الدولة عن أعمالهم و إنما يختارون بواسطة أطراف المنازعة طبقا للقانون[18].

2. التحكيم في الصفقات العمومية في ظل النظام القانوني الجزائري :

سنحاول هنا استعراض موقف المشرع الجزائري من التحكيم منذ فجر الاستقلال الى يومنا هذا، طزنه مر بعدة محطات تاريخية كان فيها للتوجه السياسية و الايديولوجي الاثر الكبير تبني المشرع الجزائري للتحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية .

1.2. موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية :

لقد مر التحكيم في النظام القانوني الجزائري بثلاث محطات تاريخية ، كانت الأولى بمقتضى الأمر 166-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي تبنى صراحة التحكيم في المسائل المدنية و التجارية مستثنيا منه الإلتزام بالنفقة و حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالسكن و الملبس و المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، كما لم يجيزه للدولة و لا للأشخاص الإعتبارية العمومية ، أما المرحلة الثانية فكانت بصدور المرسوم التشريعي 93-09 المعدل لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1993/04/25 أين عدلت أحكام المادة 442 و للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية أما المحطة الثالثة فكانت صدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي وسعت نطاق اللجوء إلى التحكيم .

1.1.2 التحكيم في ظل الأمر رقم 166-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية:

لقد تبنت الجزائر التحكيم ضمن الأمر رقم 166-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية – كما سبقت الإشارة في التمهيد - ، و ذلك في الكتاب الثامن منه تحت عنوان "في التحكيم " ، حيث نصت المادة 442 منه على أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم

في حقوق له مطلق التصرف فيها ، و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

و لا يجوز التحكيم للدولة و لا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"

فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائر أشار إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم و إستثنى صراحة اللجوء إليه في المناعزعات الإدارية و كذا منازعات العقود الإدارية ، بالتالي فاللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية غير مسموح به .

في هذه الفترة كان يستند المشرع الجزائري إلى الرأي الفقهي المعارض للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية ، الذي يقدم مبررات منها ما هو متعلق بسيادة الدولة، ومنها ما هو متعلق بفكرة النظام العام .

اللجوء إلى التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة ، حيث انطلق أنصار هذا الاتجاه في رفضهم لإقرار التحكيم في العقود الإدارية من مبدأ سيادة الدولة، حيث يرون في هذا التحكيم سلبا لاختصاص القضاء الوطني الأمر الذي يعد مساسا بسيادة الدولة[19]، علاوة على ما فيه من إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني[20].

اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع فكرة النظام العام_على اعتبار أن المقصود بفكرة النظام العام في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، و هذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل كامل مقارنة بالعقود المدنية،ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع. حيث أن المحكم لن يلتزم في تحكيمه سوى بتطبيق ما سوف يؤدي إلى تغليب الصالح العام على الصالح الخاص أم لا .

و قد ذهب هذا الرأي في استنادهم إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء، والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي و الإداري تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد و إلا كان الاتفاق باطلا[21].

2.1.2 التحكيم في ظل المرسوم التشريعي 93-09 المعدل لقانون الإجراءات المدنية :

و بصدور المرسوم التشريعي 93-09 المعدل لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1993/04/25 عدلت أحكام المادة 442 المذكورة أعلاه بمقتضى المادة الأولى منه ، حيث إستبدلت أحكامها بالأحكام الآتية : " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ، و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم .

و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية .

الملاحظ على هذه المادة أنها فتحت المجال أمام اشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم الدولي ، حيث أصبح بمقتضى الفقرة الأخير من المادة 442 من الممكن للدولة والأشخاص الاعتبارية الالتجاء الى التحكيم الدولي في العلاقات التجارية دون الإشارة و لو ضمنيا إلى إمكانية اللجوء للتحكيم إذا تعلق الأمر بمنازعات الصفقات العمومية ، بمعنى أن المشرع أجاز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية فقط مؤسسا موقفه على النصوص الدستورية التي تجعل الاختصاص بمنازعات الإدارة للقضاء و من ثمة لا يجوز تخلي الأطراف عن قواعد الاختصاص هذه و اللجوء إلى التحكيم[22] .

3.1.2 التحكيم في ظل القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

لقد أولى القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أهمية خاصة للتحكيم كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات ، و قد تم تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمجمل المبادئ و القواعد الأساسية التي تنظمه ، حيث حظي تحكيم أشخاص القانون العام بالاهتمام في هذا القانون مرتين ، المرة الأولى عندما أجازت المادة 975 منه إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ، و في مادة الصفقات العمومية على حد تعبير هذه المادة الواردة ضمن مقتضيات الكتاب المتعلق بالإجراءات الإدارية و المرة الثانية عندما نصت المادة 1006 فقرة 3 منه على إجازة احتكام أشخاص القانون العام في علاقاتها

الاقتصادية الدولية و كذا في مادة الصفقات العمومية ، و ردت هذه المادة ضمن أحكام الكتاب الخامس و الأخير المتعلق بالتحكيم[23].

2.2 مدى جواز التحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية

تعتبر مسألة تحديد مدى جواز التحكيم في مجال الصفقات العمومية أمر مهم وهذا بسبب تنوع نزاعات الصفقات العمومية من جهة وبسبب ما يثيره التحكيم من جدل كبير، سواء في الجزائر أو في البلدان المجاورة كفرنسا و مصر، فيما يتعلق بمشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم[24] ، من جهة أخرى.

و هنا لابد من تحديد نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ، ثم تحديد الأشخاص التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم .

1.2.2 نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم:

من المعلوم، أن اختصاص التحكيم يقتصر على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط[25]، هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة فيما يلي :

- النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية؛
- النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها؛
- النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية؛
- كما يستبعد من التحكيم أيضا، النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم[26] .

و تجدر الإشارة، أن المشرع لم يحدد مجال النزاعات التي يجوز فيها طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية، سوى استبعاده النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم السابقة الذكر.

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

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على الأشخاص التي يجوز لها طلب التحكيم في مجال الصفقات العمومية وذلك في مادتين، المادة 975 و المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

حيث تنص المادة 975، على ما يلي:"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية".

أما المادة 1006، فتنص على: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.

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

نلاحظ في المادتين، أن المشرع وقع في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم. فمن جهة، يذكر الأشخاص المعنوية العمومية ومن جهة، يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800، فهناك فرق بين المصطلحين. كما وقع المشرع في تعارض أيضا، فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم.

فمن جهة، يحدده بمادة الصفقات العمومية والاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و من جهة أخرى، يحدده في إطار الصفقات العمومية أو في إطار علاقاتهم الاقتصادية الدولية، وهناك فرق بينهما، لذلك لابد على المشرع أن يتدارك هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتفادى أن يكون أمر الاعتراف بالحكم أو تنفيذه أو عدمه، قابلا للاستئناف بشروط.

كما يمكن أن يكون الحكم الصادر عن التحكيم موضوع طعن بالبطلان إن كان صادر في الجزائر؛ لمزيد من التفصيل بخصوص طرق الطعن في أحكام التحكيم، أنظر المواد من 1055 إلى غاية 1061 من نفس القانون[27].

يكون أمر الاعتراف بالحكم أو تنفيذه أو عدمه، قابلا للاستئناف بشروط. كما يمكن أن يكون الحكم الصادر عن التحكيم موضوع طعن بالبطلان إن كان صادر في الجزائر،

لمزيد من التفصيل بخصوص طرق الطعن في أحكام التحكيم، أنظر المواد من 1055 إلى غاية 1061 من نفس القانون.

وسنقوم بتحديد هذه الأشخاص بأكثر توضيح، مع مراعاة الأشخاص المذكورة في المادة 6 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فيما يلي[28]:

*** بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800:**

فيجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي، فيما يخص الصفقات العمومية، كما يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية. وفي هذا الصدد، فإن المبادرة باللجوء إلى التحكيم، تكون من طرف الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، إن كان متعلقا بالدولة أو من طرف الوالي إن كان متعلقا بالولاية أو من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي؛ إن كان متعلقا بالبلدية، أما إن كان متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فيبادر به ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابعة لها [29] .

*** بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .**

فإن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية لجوءها للتحكيم؛ غير أنه من قراءة نص المادة 1006 فقرة الثالثة[30] ، التي تنص على جواز الأشخاص المعنوية العمومية طلب اللجوء إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية أو في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية. نستنتج أن هذه المؤسسات، تدخل في إطار مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 1006، لأن هذه المادة جاءت عامة، تشمل كل الأشخاص المعنوية العمومية ولم تتقيد بالأشخاص المذكورة في المادة 800 فقط. و بما أن هذه المؤسسات تعتبر أشخاص معنوية عمومية، فيمكن لها في اعتقادنا طلب التحكيم الداخلي في إطار الصفقات العمومية والتحكيم الدولي بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية[31].

الخاتمة :

إن من أهم الاصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 أنه أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية. حيث جاء في المادة 975: "لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية."

و يبدو واضحا التحول النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم، وبالذات بالنسبة للدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية، والانتقال من مرحلة حظر اللجوء للتحكيم، إلى مرحلة جواز اللجوء إليه[32] ، حينما اتخذ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 موقفا إيجابيا نوعا ما تجاه التحكيم مقارنة بالأمر رقم **166-154** المتضمن قانون الإجراءات المدنية الأول الملغى موقفا عدائيا ومتشددا رغم مزاياها الكثيرة والمتعددة. وحسبنا القول أن التحكيم في منازعات الصفقات، بل وفي غيرها يحقق لنا ما قد لا يحققه القضاء نفسه. ويكفي أن نتوقف عن ثلاثة خصائص يتميز بهما التحكيم:

- أن التحكيم يحقق لنا سرعة الفصل في المنازعة الناتجة عن التنفيذ. بينما عرض المنازعة ذاتها أمام القضاء قد يأخذ زمنا طويلا. والانتقال من درجة أولى إلى ثانية، أو من خبرة قضائية إلى خبرة أخرى، وهو ما يجعل عنصر الزمن يمتد ويسبب بالغ الضرر لجميع الأطراف، المصلحة المتعاقدة من جهة، والمتعامل المتعاقد من جهة ثانية، والمنتفع من خدمات المرفق العام من جهة ثالثة وهكذا...

- يتسم التحكيم بالسرية التامة، خلافا للقضاء حيث نجد جلساته علنية.

- بإمكان المتنازعين في التحكيم اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم.

و في الأخير تبقى المحطات التشريعية التي مر بها النظام القانوني الجزائري تشكل انعكاس للنهج الاقتصادي و السياسي الذي مرت به البلاد، فقط ما يعاب على المشرع الجزائر ذلك التزيد الذي من شأنه أن يؤثر على تكامل النصوص القانونية نتمنى إستدراكه .

الهوامش :

(1) - د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007، ص.5

(2) - القاموس المحيط للفيروز آبادي، المجلد الرابع، دار الفكرالعربي، بيروت،1298 هـ-1978م.

(3) - سورة النساء،الآية 65.

(4) - د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي،دراسة في قانون التجارة الدولية-دار النهضة العربية-ص.13.

(5) - د. إبراهيم أحمد إبراهيم- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية،ط4 -2005 ص.29.

(6) - د. محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية العقود الإدارية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول ، 2008 ، ص 385.

(7) - د. عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار المعرفة، الجزائر العاصمة، 2009، ص17.

(8) – د. محمد محجوبي، المرجع السابق ، ص387.

(9) –رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 222.

(10) - طيبون حكيم ، منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة دكتوراه ، تخصص دولة و مؤسسات ، مدرسة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 ، ص 95.

(11) - د. عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص67.

(12) - لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، أنظر سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا)، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011، ص10 و11.

(13) - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2010.، ص242.

(14) - د. عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص67 و72.

(15) - لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، أنظر سناء بولقواس، المرجع السابق، ص16 و17.

(16) – د. عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص77.

(17) - سناء بولقواس، المرجع السابق ، ص21 و22.

(18) - أنظر ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص243.

(19) - و الواقع أن التمسك بمبدأ سيادة الدولة و سيادة القانون الوطني في هذا المجال تسمك في غير محله، حيث أنه و إن كان القضاء الوطني من مظاهر سيادة الدولة الأمر الذي يعد في سلبه لاختصاصه مساسا بتلك السيادة، إلا أن هذا المساس ينتفي إذا صدر قانون يسمح بذلك . ،يضاف إلى ذلك عدم انقطاع الصلة بين التحكيم و القضاء الوطني، حيث يملك هذا القضاء بموجب نصوص تشريعية سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة و الإشراف و هي أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر ، كما أن القانون الوطني ليس مستبعدا في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع إلى التحكيم، حيث يكون بوسع الأشخاص العامة و هي بصدد إبرام العقد الإداري و إدراج شرط التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعاته أن تشترط تطبيق القانون الوطني كأساس لتسوية النزاع ، و مع ذلك فإن للتحكيم خطورته على مصالح الدولة النامية فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها مع الدول أو الشركات الكبرى، و التي تجعل من التحكيم شرطا ضروريا لإبرام العقد مستبعدة في ذلك اختصاص القضاء الوطني، و كذا عدم تطبيق القانون الوطني على ما يثور من النزاعات بشأن تنفيذ العقد، و تنبع الخطورة هنا من اختلال التوازن بين مصلحة طرفي العقد لمصلحة الطرف الأجنبي حيث لن ينصف التحكيم الطرف الوطني في أغلب الأحوال .

(20) - العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2008، ص. 378

(21) - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ص. 192.

(22) - خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، 2013/2012 ، ص 94 .

(23) - المرجع نفسه ، ص 95

(24) - لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، أنظر عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 59 و60.

(25) - المرجع نفسه، ص341.

(26) - أنظر الفقرة الثانية من المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

(27) - طيبون حكيم ، المرجع السابق ، ص 97.

(28) - المرجع نفسه .

(29) - المادة976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(30) - الفقرة الثالثة من المادة 1006 من نفس القانون.

(31) - طيبون حكيم ، المرجع السابق ، ص 100.

(32) - الدكتور عمار بوضياف ، http://www.alkanounia.com