

## الفصل الأول : تكريس نظام التحكيم في الصفقات العمومية

تبرم الإدارة نوعين من العقود لا تخضع لنظام قانوني واحد فالنوع الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص ، والنوع الثاني هي العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تشغيله .

و تعتبر الصفقات العمومية أحد أنواع العقود الإدارية وهي وسيلة أساسية لضبط مشاريع التنمية ، لذلك فقد خصها المشرع بتنظيم قانوني خاص هو المرسوم الرئاسي 230/10 المعدل والمتمم<sup>1</sup> والمتضمن قانون الصفقات العمومية ، هذا المرسوم اعترف للإدارة بأهلية التعاقد مع أشخاص يخضعون للقانون الخاص لانجاز مرافق عامة أو لأجل استمرار مشاريع عمومية من خلال هذا العقد تنتج التزامات وحقوق لطرفيه إذا تم الإخلال بها فإنها سوف تؤدي إلى منازعات ، ويعد التحكيم من وسائل فض منازعات الصفقات العمومية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08<sup>2</sup> ، ومن خلال هذا الفصل سوف نتناول في المبحث الأول ماهية الصفقات العمومية وطرق إبرامها بينما نتناول في المبحث الثاني إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية.

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية رقم 58 لسنة 2010 ، المعدل بالمرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 2011/03/01 ، الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2011 ، المعدل بالمرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 2012/01/18 الجريدة الرسمية رقم 04 لسنة 2012 ، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ 2013/01/13 الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 2013 .

<sup>2</sup> - القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 2008/04/23.

## المبحث الأول : ماهية الصفقات العمومية

أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لموضوع الصفقات العمومية وخصها بتنظيم خاص وذلك لعدة اعتبارات ، ارتباطها بالخزينة العمومية ، ترشيد النفقات، و المحافظة على المال العمومي ، المبادئ التي تتضمن الصفقات العمومية من حيث الشفافية والعلنية والمنافسة أمام المتعهدين ، اختيار أفضل المتعهدين من أجل تحقيق الجودة و الفعالية والسرعة .

وقد شهد تنظيم الصفقات العمومية عدة تعديلات متأثرا بجملة من المتغيرات سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية وذلك منذ صدور أول قانون للصفقات العمومية رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 إلى غاية القانون 236/10 المعدل والمتمم ، سينعكس كل ذلك على ماهية الصفقة العمومية لذلك سوف نتعرض إلى مفهوم الصفقة العمومية وطرق إبرامها في المطلب الأول على أن نتناول آثار إبرام الصفقة العمومية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول : مفهوم الصفقات العمومية وطرق إبرامها

تعتبر الصفقات العمومية نوع من العقود الإدارية التي خصها المشرع بتنظيم خاص لمالها من علاقة وثيقة بالخزينة العمومية وأداة تجسيد مشاريع الدولة التي يستفيد منها جميع المواطنين وتحقيق المنفعة العامة ، وسوف نتناول في هذا المطلب مفهوم الصفقات العمومية في الفرع الأول وطرق إبرام الصفقات العمومية في الفرع الثاني .

## الفرع الأول : مفهوم الصفقات العمومية

يقتضي تحديد مفهوم الصفقات العمومية أن نتطرق إلى تعريفها ثم ذكر أهم خصائصها.

### أولا : تعريف الصفقات العمومية

تعرف الصفقة العمومية بأنها وسيلة تستهدف حماية المصالح المالية للجماعة العامة ، من خلالها تتعاقد الأخيرة مع المرشح الذي يقدم عروضاً تتضمن أفضل الشروط و الأسعار . وهذه الوسيلة تفترض نظام من المنافسة المرتكز على مبدأ العلنية المسبقة .<sup>1</sup>

وقد عرفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10 الصفقة العمومية " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " <sup>2</sup>

وحسب هذا التعريف أعتمد معيار شكلي في تحديد الصفقة العمومية الذي يتمثل في الكتابة إذ تعد القالب الذي يصب فيه عقد الصفقة وتعتبر الكتابة ركناً لانعقاد الصفقة العمومية بتخلفها يصبح العقد قابل للإبطال.

كما اعتمد المعيار المادي المتمثل في موضوع الصفقات العمومية :

- اقتناء اللوازم - انجاز الأشغال - تقديم الخدمات - انجاز الدراسات

<sup>1</sup> - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة - دراسة مقارنة - ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2009 ، ص 505 .

<sup>2</sup> - المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

## ثانيا : خصائص الصفقات العمومية

لكي نكون أمام صفقة عمومية وفق قانون تنظيم الصفقات العمومية 10-236 المعدل والمتمم ، و كذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 فإنها تتميز بجملة من الخصائص التي نوجزها فيما يلي :

### 1- الإدارة أحد طرفي العقد

الإدارة المتمثلة في المصلحة المتعاقدة من أشخاص القانون العام و حتى يعتبر عقد الصفقة عقد إداري يجب أن يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص القانون العام ، سواء تعلق الأمر بالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية<sup>1</sup>، وبين أحد أشخاص القانون الخاص ، فأحد أطراف عقد الصفقة العمومية شخص من أشخاص القانون العام المذكورين في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10/236 المعدل والمتمم .

### 2- استخدام أساليب القانون العام

عندما تتعاقد الإدارة بهدف تسيير مرفق عمومي فإنها تلجأ في ذلك إلى استخدام أساليب القانون العام ، من خلال تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، وعقد الصفقة العمومية يتضمن بنود غير مألوفة ، فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات استثنائية مقابل التعاقد معها ، وهذا استمرارية المرافق العمومية.

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2004، ص 403.

### 3- ارتباط العقد بتسيير و خدمة مرافق عمومية

إن موضوع العقد الإداري يتعلق بنشاط المرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، وعليه فموضوع الصفقة العمومية يتمثل في إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة وفقا للمادة 04 للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم .

### 4- الصفقة العمومية عقد مكتوب

شرط الكتابة وذلك وفقا للمادة 04 للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

### 5-المعيار المالي

نكون أمام صفقة عمومية وفق هذا المعيار ، إذا بلغت قيمة عقد الصفقة المقدم من المصلحة المتعاقدة :

- مبلغ 8 ملايين دينار 8.000.000 دج لخدمات الأشغال أو اللوازم ( التوريدات ) .

- مبلغ 4 ملايين دينار 4.000.000 دج للدراسات أو تقديم الخدمات .

كما أن التمويل الجزئي أو الكلي من ميزانية الدولة، يعتبر مظهر من مظاهر استخدام المال العمومية لغرض مرفق عمومي ، وبذلك فقد أضفى المشرع عن طريق المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236-10 المعدل والمتمم ، المعيار المالي لتحديد عقد الصفقة العمومية .

## الفرع الثاني : طرق إبرام الصفقات العمومية

تنقسم النظم القانونية الإدارية العالمية في كيفية اختيار الجهة الإدارية للطرف المتعاقد معها عند إبرام الصفقات العمومية إلى قسمين، قسم يشمل مجموعة الدول التي ليس لها إجراءات ووسائل محددة لاختيار المتعاقد إنما تعتمد على موظفين عموميين يختصون بإبرام الصفقات العمومية مباشرة ، ويتمتعون بحرية مطلقة في اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة وذلك في حدود دائرة الإجراءات والتنظيمات الإدارية المقررة وتحت رقابة رؤسائهم الإداريين، وفي نطاق الرقابة المالية ومن هذه الدول إنجلترا، فنلندا، إيرلندا، هايتي<sup>1</sup>.

أما في الجزائر فقد جاء في القسم الأول من الباب الثالث تحت عنوان إجراءات إبرام اختيار المتعامل المتعاقد القسم الأول كليات إبرام الصفقات العمومية من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم في المادة 25 " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة ، أو وفق إجراء التراضي " .

### أولا: طريقة المناقصة

تعرف المناقصة على أنها الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط مثل : توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة ، أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة وأدوات تابعة للإدارة ، وقوام هذه الطريقة وأساسها إنما هو الاعتبار

<sup>1</sup> - حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة بسكرة ، كلية الحقوق ، ( 2004-2005 ) ، ص 12.

المالي و الاقتصادي ، حيث تلجأ الإدارة إلى المناقصة باختيار المتقدم بأقل عطاء و ذلك في حالة لجوء وطلب الإدارة لخدمات و تدخل الغير سدا لاحتياجاتها في مجال معين<sup>1</sup> .

كما عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"

من خلال هذا التعريف تعتبر المناقصة دعوة للتعاقد مع صاحب أفضل عرض .  
وقد ميز المشرع بين مختلف الصفقات العمومية التي تتطلب إجراء المناقصة<sup>2</sup> ، وذلك إذا تجاوزت قيمة عقد الصفقة المقدم من المصلحة المتعاقدة :

- مبلغ 8 ملايين دينار 8.000.000 دج لخدمات الأشغال أو اللوازم ( التوريدات ) .
  - مبلغ 4 ملايين دينار 4.000.000 دج للدراسات أو تقديم الخدمات .
- " و يمكن أن تكون المناقصة وطنية كما يمكن أن تكون دولية ويتم ذلك وفق الأشكال الآتية :
- المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة ، المناقصة الانتقائية ، المزايدة ، المسابقة ."<sup>3</sup>
- وتمر المناقصة بعدة مراحل ابتداء بالإعلان عن المناقصة ، إيداع العروض ، فحص العطاءات ، مرحلة إرساء الصفقة ، مرحلة اعتماد الصفقة .

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ، ص26.

<sup>2</sup> - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 236 /10 المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

<sup>3</sup> - المادة 28 ، نفس المرجع .

## ثانيا : طريقة التراضي

حسب المادة 27 معدلة فان التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

ويمكن أن يأخذ التراضي احد الشكلين التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة <sup>1</sup>.

### التراضي البسيط

هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم .

### التراضي بعد الاستشارة

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات في المادة 44 من هذا المرسوم <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 27 ، نفس المرجع .

<sup>2</sup> - المادة 4 ، نفس المرجع .



## المطلب الثاني : آثار إبرام عقد الصفقات العمومية

ينتج عن إبرام عقد الصفقة العمومية حقوق والتزامات غير متكافئة بين الإدارة و المتعاقد معها ، نظرا لإستعمال الإدارة امتيازات السلطة العامة ، و لأن القواعد التي تحكم آثار العقد الإداري تختلف عن تلك المتعلقة بالعقد المدني خاصة فيما يتعلق بحقوق وسلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها فلا تطبق على هذا العقد " العقد شريعة المتعاقدين " بالصورة المطلقة المعروفة في القانون الخاص ، وذلك لأن الإدارة كطرف في العقد الإداري إنما تستهدف تشغيل المرافق العامة وغايتها المصلحة العامة التي يجب أن تفضل على المصلحة الخاصة<sup>1</sup> ، إلا أن الإخلال ببعض هذه الحقوق والالتزامات من أحد أطراف العقد يؤدي إلى نشوء نزاعات تعرقل تنفيذ الصفقة ، ومراعاة للطابع الخاص للصفقات العمومية أجاز المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم من خلال المادة 115 تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة
- الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم ، الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية ، مصر، 2000 ، ص 105.

من خلال هذا النص كأنه يحلنا إلى أسلوب الاتصال المباشر للأطراف المتعاقدة من خلال عقد اجتماعات وجاهية دون تدخل طرف ثالث بين الإدارة و المتعاقد<sup>1</sup> ومن ثمة فقد يثمر هذا الاتصال اتفاق تحكيم في فض منازعات تنفيذ الصفقة العمومية ، هذا الطريق كرسه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

### الفرع الأول : سلطات والتزامات الإدارة في الصفقات العمومية

تتمتع الإدارة بقدر من الحقوق والامتيازات يسمح لها بجعل تنفيذ العقد يتم وفقا لمقتضيات المرافق العامة ودوام سيرها بانتظام وباضطراد<sup>2</sup> بالمقابل عليها بعض التزامات يجب أن تقي بها للمتعاقد.

#### أولا : سلطات الإدارة في الصفقات العمومية

تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة. نفصل هذه السلطات فيما يلي:

#### 1- سلطة الإشراف والرقابة

تمارس سلطتي الإشراف والرقابة من أجل التنفيذ الحسن لما جاء في دفتر الشروط ، وعادة يقوم بهذه المهمة أعوان تابعين للمصلحة المتعاقدة لمتابعة تنفيذ بنود العقد وأحيانا الاستعانة بمكتب دراسات مختص كمهندس معماري مثلا وذلك حسب طبيعة الصفقة .

<sup>1</sup> - حسين فريجة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة -مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، المجلد 20 ، العدد

02 ، 2010 ، ص 51 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 106.

و يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أنّ المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه .<sup>1</sup>

أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.<sup>2</sup>

و تعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها.<sup>3</sup>

## 2- سلطة التعديل

ويقصد بها حق جهة الإدارة في تعديل بنود العقد سواء بالزيادة أو بالنقصان ، خلافا للعقود في القانون الخاص المبنية على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " وتعتبر سلطة التعديل امتياز منحه المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة ويمكن للإدارة ممارسة هذا الحق في شكل ملحق الذي يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة<sup>4</sup>.

غير أن سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد مقيدة ، وذلك بالرجوع إلى المادة 102 من

المرسوم 236/10 المعدل والمتمم

<sup>1</sup> - عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الإداري ، جامعة حلوان ، مصر 2003 ، ص 257.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسر للنشر والتوزيع ، ط 4 ، الجزائر ، 2011 ، ص 209.

<sup>3</sup> - نفس المرجع ، ص 210.

<sup>4</sup> - المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

نجدها تمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام ملاحق للصفقة غير أنها يجب أن تراعي في ذلك شروط و ضوابط تتمثل فيما يلي:

- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازناتها هذا ما أشارت إليه الفقرة 4 من المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم بقولها " مهما يكن من أمر فانه لا يمكن أن يوتر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ، إلا إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف "
- أن يكون الملحق مكتوبا فهو وثيقة تستند إلى الصفقة الأصلية .
- أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة وهو شرط مكرس بموجب المادة 105 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

### 3- سلطة توقيع الجزاء .

و يعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء<sup>1</sup> ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى :

<sup>1</sup> - عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص 219.

## أ- الجزاءات المالية

تتخذ هذه العقوبة صورة غرامة أو مصادرة مبالغ الضمان أو التعويض.

- **الغرامات:** يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به<sup>1</sup> و يتم اقتطاع الغرامات بموجب بنود العقد المنصوص عليها في دفتر الشروط<sup>2</sup>.

- **مصادرة مبلغ الضمان :** نصت المواد 92 و 99 و 100 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم على انه يجب أن تحرص المصلحة المتعاقدة على إيجاد الضمانات الضرورية والمتمثلة في كفالة حسن التنفيذ وذلك قبل بدء تنفيذ الصفقة و التي تحدد بين 5 % و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها<sup>3</sup>.

## ب- وسائل الضغط

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ لوسائل الضغط في حالة تماطل المتعاقد وعدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية بالكيفية والمدة المحددتين في دفتر الشروط أن تعهد لشخص آخر و على حساب المتعاقد وذلك بعد استيفاء جملة من الإجراءات و توافر جملة من الشروط ويستعمل هذا الإجراء عادة من قبل المصلحة المتعاقدة في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من

<sup>1</sup> - المادة 9 المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المرجع السابق .

<sup>2</sup> - المادة 90 ، نفس المرجع .

<sup>3</sup> - المادة 100 ، نفس المرجع .

المقابل وإسناده لشخص آخر ، غير أنّ هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها، فإنّ الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة<sup>1</sup>.

### ج- سلطة فسخ العقد

أي حل الرابطة العقدية كجزء لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته<sup>2</sup> وإنهاء العلاقة بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعامل المتعاقد ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد إذا لم ينفذ التزاماته التعاقدية ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعتذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد ، و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه ، ولعل الحكمة التي أراد المشرّع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيّد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام و إطار ، ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام<sup>3</sup>.

كما أجازت المادة 100 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم اللجوء للفسخ التعاقدي حسب الشروط المدرجة في الصفقة، وهنا تقترب الصفقة من العقد المدني. الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقدي طبقا للمادة 120 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 225 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 124 .

<sup>3</sup> - عمار بوضياف ، نفس المرجع ، ص 228 .

## ثانيا : التزامات الإدارة في الصفقة العمومية

تختلف القواعد التي تحكم آثار العقد الإداري عن تلك المتعلقة بآثار العقد المدني خاصة فيما يتعلق بحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة .

### 1- تلتزم الإدارة بمبدأ حسن النية ضمن المهل المحددة

إذا كانت القاعدة العامة التي تحكم العقود المدنية هي وجوب تنفيذها بما يتفق وحسن النية، فإنما تمثل أصلا من أصول القانون يجب أن تخضع لها كافة العقود ، بما في ذلك العقود الإدارية<sup>1</sup> ، لا يقتصر التزام الإدارة على احترام شروط العقد بل يشمل أيضا ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وبحسب طبيعة الالتزام ، و على تمنح تراخيص التي يحتاجها أثناء تنفيذ عقد الصفقة .<sup>2</sup>

### 2- تلتزم الإدارة بتسليم أمر ببدء الأشغال في التاريخ المتفق عليه

بعد توقيع والمصادقة على الصفقة فان الانطلاق في تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد لا يتم إلا بعد استلام موقع المشروع و تسلم قرار الأمر ببدء الأشغال .

### 3- تلتزم الإدارة بأداء مستحقات تنفيذ الصفقة مباشرة

بعد الانتهاء من تنفيذ بنود الصفقة يتلقى المتعاقد مع الإدارة صعوبات خاصة فيما يخص أداء مستحقاته المالية ، نتيجة تماطل أعوان الإدارة و الإجراءات الإدارية المعقدة .

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 105 .

<sup>2</sup> - مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز - الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ط1، 2009 ، ص ص 359 ، 361.

و نستغرب أحيانا عندما نسمع ببعض الاحتجاجات من قبل بعض المتعاقدين بأنهم لم يتسلموا مستحقاتهم المالية بعد انجازهم للمشاريع المتعاقد عليها، و أن الدولة مدينة لهم .

### الفرع الثاني : حقوق و التزامات المتعاقد في الصفقات العمومية

في مقابل سلطات وحقوق الإدارة تنشأ للمتعاقد معها حقوق تتمثل في الحق في المقابل المالي الحق في التوازن المالي للعقد وتقع عليه التزامات تتمثل في التنفيذ الشخصي للصفقة وفي المدة المحددة و بالكيفيات المتعاقد عليها وسوف نتعرض لذلك كما يلي :

#### أولا : حقوق المتعامل المتعاقد

تتمثل حقوق المتعامل المتعاقد في النقاط التالية :

#### 1- الحق في المقابل المالي

يعتبر المقابل المالي الدافع الأول للمتعاقد الذي جعله يتنافس مع متعددين آخرين من أجل الفوز بالصفقة ، وقد حددت المادة 73 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم الكيفية التي تتم بها التسوية المالية للصفقة وذلك بدفع تسبيقات أو بدفع على الحساب ، أو بالتسويات على رصيد الحساب وقد جاء في المادة 74 من نفس المرسوم المقصود بصور التسوية المالية ما يلي :

#### أ - التسبيق

هو كل مبلغ يدفع على قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة .



## ب - الدفع على الحساب

هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الخدمة .

## ج - التسوية على رصيد حساب

هي دفع الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضعها.

## 2- الحق في التعويض

الأصل هو أن أية مخالفة للالتزامات التعاقدية يترتب المسؤولية على عاتق كلا الطرفين وباعتبار الصفقات العمومية عقوداً إدارية يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري ، فانه ومع الدور الذي تلعبه هذه الصفقات في تفعيل الاقتصاد لا يحق للمتعاقد مع الإدارة في حالة صدور خطأ من جانبها التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في القواعد العامة للقانون المدني ، وليس له الامتناع عن التنفيذ بحجة أن المصلحة المتعاقدة قد قصرت من جانبها في تنفيذ التزاماتها ما لم يترتب عن هذا التقصير استحالة التنفيذ ولا يكون للمتعاقد حينها سوى اللجوء إلى قاضي العقد ( القاضي الإداري ) للحصول على التعويض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 236 .

### 3- الحق في التوازن المالي للعقد

الحق في التوازن المالي من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري ، تقييم ارتباطا وتناسبا بين حقوق و التزاماته ، ويتم تدخل الإدارة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ ، فيكون أساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة وما يستوجبه العقد من توافر حسن النية <sup>1</sup>.

فالاعتراف للمتعاقل المتعاقد بحقه في التوازن المالي للعقد يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة .

#### النظرية الأولى : نظرية عمل الأمير

يقصد بنظرية فعل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها يترتب عليه ضرر على المتعاقل المتعاقد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه ، وبعبارة أخرى يقصد بفعل الأمير كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات المتعاقد أو على ظروف تنفيذه فيؤدي الى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ، ويرتب له الحق في التعويض <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2008 ، ص 142 .

<sup>2</sup> - محمد صغير بعلي ، نفس المرجع ، ص 89 .

## النظرية الثانية : نظرية الظروف الطارئة

نشأت نظرية الظروف الطارئة في كنف أحكام القانون المدني بحسبان أن تغير الظروف - والذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد - هو أهم ما قد يسبب اختلالاً للتوازن المالي للعقد وهو ما يستدعي إعادة اقتصاديات العقد إلى نصابها السليم<sup>1</sup>.

### ثانيا : التزامات المتعاقد

تتمثل التزامات المتعاقد عند التعاقد بدفع مبلغ الضمان ، كما يلتزم عند بدء تنفيذ الصفقة بالتنفيذ الشخصي لبند الصفقة في المدة المقررة ، وبالكيفية المتفق عليها و تتمثل التزامات المتعاقد مع الادارة في مايلي :

#### 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة

يقصد به أن يقوم المتعاقد بتنفيذ بنود الصفقة العمومية بنفسه دون التنازل كلياً عن تنفيذ موضوع الصفقة لشخص آخر وهو يختلف عن التعاقد مع متعامل ثانوي الذي يحل شخص محل المتعاقد في تنفيذ بعض أجزاء العقد ويكون ذلك بعلم الادارة أي المصلحة المتعاقدة.

#### 2- أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها

يتم تنفيذ الصفقة العمومية وفقاً للمعايير والمواصفات التي حددتها المصلحة المتعاقدة و قبل بها المتعاقد وحسب البنود والشروط المتفق عليها في العقد .

<sup>1</sup> - محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2003 ، ص 273 .

### 3- الالتزام بالمدة المتفق عليها

تحرص الإدارة على تنفيذ الصفقة العمومية في المدة المحدد ، وتجاوزها من قبل المتعاقد يعطي الحق في الفسخ الجزائي .<sup>1</sup> ولأهمية التي يوليها المشرع لآجال تنفيذ الصفقة أجاز للإدارة أن تبحث عن حل ودي في حالة النزاع مع المتعاقد .

### 4- الالتزام بدفع مبلغ الضمان

يلتزم المتعامل المتعاقد قبل مطالبته في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 248 .

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 248 .

## المبحث الثاني : إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية

اهتم المشرع الجزائري بنظام التحكيم في الصفقات العمومية وجعله من الوسائل البديلة للقضاء وذلك بموجب المادة 1006 من القانون 09/08 التي اعتمدها المشرع الجزائري ، والميزة الأساسية للوسائل البديلة لحل المنازعات هي الوصول إلى حل سريع يؤدي إلى عدم إصابة حركة التجارة والتبادل المعتادة بين الأطراف المشتركة في النشاط التجاري بشلل ، فالسرعة في حسم النزاع أحد أهم المزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء ذو الإجراءات الطويلة المعقدة وكثرة القيود الشكلية <sup>1</sup> ، لذلك سوف نتعرف على ماهية التحكيم في الصفقات العمومية من خلال تحديد مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية في المطلب الأول ثم التعرف على اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية وموقف المشرع من اتفاق التحكيم في الصفة العمومية في المطلب الثاني .

<sup>1</sup>- حسين فريجة ، المرجع السابق ، ص 55.

## المطلب الأول : مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

يعتبر التحكيم قضاء من نوع خاص لذلك علينا التعرض لمفهوم التحكيم في الفرع الأول ثم على الطبيعة القانونية للتحكيم في الفرع الثاني .

### الفرع الأول : مفهوم التحكيم

#### أولا : تعريف التحكيم

تباينت التعريفات الخاصة بالتحكيم وذلك وفقاً للزاوية التي ينظر إليه منها وذلك كمايلي :

#### 1- تعريف التحكيم في اللغة

التحكيم مصدر حكم - بتشديد الكاف مع الفتح - يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك ،فالتحكيم معناه في اللغة : التفويض في الحكم ، ويقال حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم.<sup>1</sup>

وفي اللغة الفرنسية فان كلمة تحكيم " Arbitrage " مشتقة من الفعل المتعدي حكم " Arbitrage " وتأتي بمعنى قضى " Juger " أو "حقق contrôler " <sup>2</sup> .  
وفي القاموس اللغوي يعني التحكيم تسوية خلاف بواسطة شخص أو عدة أشخاص ، والذين قرر الأطراف اللجوء إليهم للفصل في خلافاتهم <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - فراح مناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزعات ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، طبعة 2010 ، ص15.

<sup>2</sup> - علي سليمان الطماوي ، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، 2013 ، ص 126 .  
<sup>3</sup> - LA ROUSSE UNIVERSEL , T1 , 1974,p,95.

« Règlement d'un différent ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personne , auxquelles les parties ont décidé , d'un accord ,de S'en remettre » .

## 2- تعريف التحكيم في الفقه

تعددت تعاريف التحكيم سواء في الفقه العربي أو في الفقه الغربي .

### أ- تعريف التحكيم في الفقه العربي

عرفه الأستاذ احمد أبو الوفاء " هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به .

فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم arbitre أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم " <sup>1</sup>.

وعرفه أبو زيد رضوان " هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها " <sup>2</sup>

كما عرفه جانب من الفقه إذا تعلق بمنازعة إدارية بأنه الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طبيعة إدارية عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية والأجنبية سواء كان التحكيم إجباريا أو اختياريا وفقا لقواعد القانون الآمرة <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - احمد أبو الوفاء ،التحكيم الاختياري و الإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط5، 1988 ، ص15 .

<sup>2</sup> -رضوان أبو زيد ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ، ص 19 .

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيميا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص339 .

ذهب الفقه الجزائري إلى أن المراد بالتحكيم إقامة قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات ، وذلك خروجاً عن الأصل الخاص حيث يقدر ملائحته بأداء العدالة ، مجتزئاً ولايته من ولاية المحاكم القضائية والأشخاص وأطراف المنازعة وهم الذين يقومونه ويحددون اختصاصه <sup>1</sup> .

### ب- تعريف التحكيم في الفقه الغربي

عرفه الأستاذ Jean Robert بأنه " يقصد بالتحكيم لإقامة عدالة خاصة ، يتم بموجبها سلب المنازعات من اختصاص القضاء ، ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد يعهد إليهم الأطراف بمهمة الفصل في تلك المنازعات " <sup>2</sup> .

وعرفه الأستاذ M.- Charles Jarrosson بأنه " نظام بموجبه يتم تسوية خلافاً أو نزاعاً بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة آخر من الغير ، ويمارس مهمة قضائية عهدت إليه بواسطة أطراف النزاع " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - عمار معاشو ، الضمانات في العقود الإدارية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1993 ، ص ، 321.

<sup>2</sup> - Robert (Jean) , **L'arbitrage , droit interne, droit international privé** ,Dalloz 1993, p6.

« L'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus pour la circonstance de la mission de les juger ».

<sup>3</sup> - (M.-Ch) jarrosson , **la notion d'arbitrage** ، préface (B) appétit , LGDJ , 1987 , N° 785 , P 272.

L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle – ci » .



كما عرفه الأستاذ "David René"

"آلية تهدف إلى الفصل في مسألة بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص آخر أو أكثر المحكم أو الحكّمين ، والذين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص ، يعد هو الأساس سلطاتهم ، ويفصلون بموجبه في المنازعة ، دون أن يكونوا مخولين من الدولة بتلك المهمة"<sup>1</sup>.

### 3- تعريف التحكيم في قضاء

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين يفصل فيه دون المحكمة المختصة"<sup>2</sup>.

كما جاء تعريف الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر على أنه " هو الاتفاق على عرض نزاع أمام المحكم أكثر يفصل في بدل المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم " <sup>3</sup>.

### 4- تعريف التحكيم في القانون

عرفت المادة 1442 من المرسوم رقم 500/81 المؤرخ في ماي 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تعريف شرط التحكيم بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم "

<sup>1</sup> - René (David) , **L'arbitrage dans le commerce international** , édition 1. economica paris 1982, p 09 .

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes

- L'arbitre ou les arbitres les quelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat »

<sup>2</sup> - قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - ، دار المعرفة باب

الواد، الجزائر ، ص 21 .

<sup>3</sup> - نفس المرجع ، ص 21 .

كما عرف مشاركة التحكيم في المادة 1447 بأنه " عقد يتفق بمقتضاه الأطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه " وعرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأنه " هو عبارة عن اتخاذ الخصمين لآخر حاكما برضاها ، لفصل خصومتها ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتي ، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء و تشديد الكاف " <sup>1</sup>

كما عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من القانون 09/08 و مشاركة التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون .

في الأخير يمكن لنا أن نعرف التحكيم بأنه " ضمانة إجرائية لحسم منازعات الصفقات العمومية وطريق استثنائي يلجأ إليه أطراف العقد بناءً على إتفاقهما المتخذ إما شرطا يرد ضمن بنود عقد الصفقة قبل نشوء النزاع أو مشاركة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن القضاء بحكم ملزم يقطع دابر الخصومة " .

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق ، ص

## ثانيا : مزايا وعيوب نظام التحكيم

للتحكيم مزايا عديدة فإنه لا يخلوا من بعض العيوب وهذا ما سوف نفصله على النحو التالي:

### 1- مزايا نظام التحكيم

يتمتع التحكيم بمزايا عدة تجعله متميزا نذكر منها :

#### - قيام التحكيم على أساس مبدأ سلطان الإرادة

يقوم التحكيم أساسا على الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم ، وبالتالي فهو وسيلة رضائية إختيارية ، لا ينعقد إلا برضا كافة الأطراف على أسلوبه وإجراءاته وموضوعه والقانون الواجب التطبيق عليه <sup>1</sup> مما يشعر الأطراف بأنهم يشاركون في عملية التحكيم ، ذلك ما أدى إلى تزايد إقبال الأفراد على الالتجاء إليه بإعتباره أسلوبا لحل منازعاتهم .

#### - سرية الفصل في المنازعة

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية شأنه شأن فروع التحكيم الأخرى بالسرية ، حيث أصبحت مطلب المتعاقدين لحل الخلافات الناشئة بينهم ، فهذه السرية لا توفرها لهم المحاكم الوطنية (القضاء الإداري) في مختلف الدول ، نظرا لعدم وجودها سواء في الإجراءات أو عند صدور الحكم .

كما أن السرية تضمن للأطراف عدم إفشاء الأسرار المهنية وكذا الكشف عن المعلومات الخاصة بنشاطهم والتي قد تشمل أموال ضخمة قد يؤدي الكشف عنها إلى نتائج كارثية لأحد

<sup>1</sup> - أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، الطبعة 3 ، 2004 ، ص 13 .

الأطراف ، نتيجة معرفة منافسيه لوضعه المالي و الاقتصادي ، زيادة على أن السرية تضمن عدم اهتزاز مركزهم المالي وسمعتهم التجارية والاقتصادية والمالية<sup>1</sup>.

- **حرية اختيار المحكمين** يمكن التحكيم أطراف النزاع من اختيار المحكمين الذين يصدرون حكما في النزاعات القائمة بينهم ، ويحقق تمكين أطراف من اختيار هيئة التحكيم ميزة هامة ، تتمثل في ثقتهم في هؤلاء المحكمين الذين وقع عليهم الاختيار<sup>2</sup> .  
والمحكم قد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال أو حتى مزارعا ، مما يجعل مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة الخلاف دون أن يكون مضطرا للإستعانة بالخبراء<sup>3</sup>.

#### - السرعة وبساطة الإجراءات

يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الذي يحاط دائما بإجراءات مطولة ومتعددة ، فإجراءات التحكيم لا تتقيد بشكليات معينة كما أنها تمتاز أيضا بقدر كبير من المرونة وغالبا ما يحددها أطراف النزاع مثل : مواعيد عقد الجلسات وإدارة الجلسات وتنظيمها وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك ، فالتحكيم بهذا المعنى يقدم على إعتبار أنه بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - هدى نويوة ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة قسنطينة ، 2011-2012 ، ص 13 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي 2007 ، ص 22 .

<sup>3</sup> - خالد فلاح عواد العنزي ، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت - دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 1 ، 2007 ، ص 21 .

<sup>4</sup> - جابر جاد نصار ، التحكيم العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 1 ، 1997 ، ص 219 .

## 2- عيوب نظام التحكيم العيوب

إن أهم العيوب التي تؤخذ على نظام التحكيم تتمثل في

### - اقتران التحكيم في أغلب الحالات بالرأسمالية الغربية

وهو وسيلة للضغط من العالم الرأسمالي على غيره من البلاد للحصول على مزايا قضائية أو الحصول على حقوقه بطريقة أكثر أمنا<sup>1</sup>.

### - التحكيم تنازل عن السلطة القضائية

إن القضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلاله وظيفة إقامة العدالة وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد وإلا سادت الفوضى وهيمنت القوي وضاعت الحقوق فالتحكيم إذا كان ضروري فهو شر لا بد منه فهو إستثناء يجب أن تحكم الدولة على تنظيم التحكيم خاصة في الدول النامية<sup>2</sup>. قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 48 .

### - حرمان الخصوم من الضمانات القضائية

نظرا لأن المحكم غالبا ما يكون من رجال الأعمال المتخصصين في موضوعات معينة وخبرته القانونية تكون ضئيلة بحث لا تسعفه بعض الحالات إلى الوصول إلى العدالة المطلوبة<sup>3</sup> ، كذلك لا توجد رقابة كافية على أحكام المحكمين وهذا ما يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب جزاء عليها .

<sup>1</sup> - محي الدين إسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، د د ن ، 1986 ، ص 12 .

<sup>2</sup> - قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 48 .

<sup>3</sup> - أحمد الميليجي ، تحديد نطاق الولاية القضائية و الإختصاص القضائي ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق عين شمس ، 1979 ، ص 183 .

## الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد ثار جدل كبير حول الطبيعة القانونية للتحكيم فمنهم اعتبره عقد ومنهم قضاء ومنهم مزج بينهم و إن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يترتب عليه معرفة نوع المعاملة التي سيلقاها الحكم الصادر بشأنه من حيث مدى الاعتراف به أو تنفيذه سواء في الدولة التي صدر فيها الحكم أو خارج هذه الدولة <sup>1</sup> .

### أولا : الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أنصار النظرية التعاقدية للتحكيم أن أساسه هو اتفاق أطراف الخصومة سواء أكان ذلك بإدراج شرط في العقد أو باتفاق مستقل ، وإن قرار التحكيم يستمد قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص ، وبذلك يكون عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن يرجع إلى توافق إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم <sup>2</sup> .

فاتفاق التحكيم وحكم المحكمين عند أنصار هذه النظرية يمثلان كلا واحدا بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر ، فهما يكونان هرما قاعدته اتفاق التحكيم وقمته حكم المحكمين <sup>3</sup> ، وبما أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي ، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية المتعارف عليها وإتباع إجراءات المحاكم العادية والصفة

<sup>1</sup> - إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000 ، ص 25.

<sup>2</sup> - ناريمن عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996 ، ص 22 .

<sup>3</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم - دراسة تحليلية مقارنة - ، المكتب الجامعي الحديث إسكندرية ، مصر ، ط1 ، 2005 ، ص 22.

التعاقدية تقتضي اعتبار التحكيم من المعاملات الدولية ليلبي مقتضيات هذه المعاملات ويزيد انتشارها كل يوم ، ولا شك في أن تحرير المبادلات الدولية لا يمكن أن يتم إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي.<sup>1</sup>

### ثانيا : الطبيعة القضائية للتحكيم

يتجه أنصار هذه النظرية إلى أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية ، أي تغليب المهمة التي يؤديها المحكم ، والغرض من هذا النظام ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية مستمدة من الادعاء باحتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون بالقضاة ، لان فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا تختاره الأطراف ليقول الحق أو يحكم بينهم.<sup>2</sup>

وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي 1893/03/17 في قضية (سلك حديد الشمال ) وذلك بأن إعتبر التحكيم لا سيما الحكم الذي يصدر فيه عمل قضائيا.<sup>3</sup>

ويرى البعض بأن التحكيم و إن كان يبدأ بعقد إلا أنه لا ينتهي بعقد وإنما ينتهي بحكم قضائي يفصل في نزاع عين ومن ثمة يعد ذلك الحكم عملا قضائيا بالمعنى الدقيق للاصطلاح وذلك أي كان المعيار الشكلي الذي يستمد من الاجراءات المتبعة لإصدار الحكم أو المعيار

<sup>1</sup> - إبراهيم احمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 22 .

<sup>2</sup> - غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بصددتها ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، 2004 ، ص 265 .

<sup>3</sup> - قمر عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 71 .

المادي الذي يستمد من صدور الحكم في منازعة حقيقية أو نهائية هذا الحكم واكتساب حجية

الأمر المقضي فيه .<sup>1</sup>

فالمحكم يؤدي وظيفة القاضي ، أي انه قاض خاص يقابل قاضي الدولة والأساس الذي يعتمد

عليه المحكم بوصفه القاضي هو قانون الدولة ، والتي نصت في تشريعاتها بجواز اللجوء

للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات يمكن للأفراد الالتجاء إليها .<sup>2</sup>

ونتيجة لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية فانه يحق للدولة التدخل ، ذلك لأنه في الأصل أن

القضاء منوط بالسلطة القضائية ، ويعتبر التحكيم كاستثناء يجيز لأفراد آخرين لا ينتمون لهذه

السلطة القيام بوظيفة القاضي ، فكان لابد من تدخل الدولة والقيام بالمراقبة والتدخل بقواعد آمرة

لضمان وسلامة إجراءات التحكيم وسلامة الحكم وتسمح بالطعن في الحكم أمام القضاء وتقوم

بتنظيم الإجراءات القواعد اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم .

ومن الجدير بالذكر أن مؤيدي هذه النظرية لا يقومون بتعميم الطبيعة القضائية على

جميع مكونات التحكيم ، فالطبيعة القضائية من وجهة نظرهم هي للعمل القضائي الذي يصدر

عن المحكمين أو المحكم ، أما مكونات عملية التحكيم مثل العقد المبرم بين المحكمين فتبقى

له الطبيعة التعاقدية ، ويخضع في إبرامها وأثارها للقواعد العامة في العقد .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الكويتي والقانون المقارن ، دون دار نشر ، الكويت ، 1996 ، ص 72.

<sup>3</sup> - خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ، عمان الأردن ، 2014 ، ص 47.



ولقد كان لهذا الاتجاه الفضل في كشف حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم بحسب أنها وظيفة قضائية ، لأنها تتجاوز مجرد تنفيذ شروط عقد التحكيم ، وهذا ما قامت بتسجيله محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها ، حيث قضت بأن ( أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم أنهم يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير المحكم سلطة قضائية ) ، وحكم المحكم يشبه الحكم القضائي وذلك عند اكتسابه الحجية منذ صدوره ، وكذلك جواز الطعن به بالبطلان منذ صدوره ودون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية ، هذا وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم في الحكم الذي أصدرته سنة 1986 ، حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة .

### ثالثا : الطبيعة المختلطة للتحكيم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن كلا من النظريتين السابقتين لم تتوصل إلى الحقيقة بل لجزء منها ، في حين أن إطلاق الأخذ بإحدهما دون الأخرى يؤدي إلى كثير من الصعاب ولذلك كان الأصوب الجمع بينهما . كما ويرى أنصار هذه النظرية بأن التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس كل منها لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله اتفاق وفي أوسطه إجراء وفي آخره حكم<sup>1</sup>.

وهؤلاء الذين وقفوا موقفا وسطا أو توفيقيا ، فإنهم ينظرون إلى التحكيم بأنه نظام مختلط أو مزدوج ، لأنهم يجدون في ذلك تطبيقا وتوزيعا لقواعد العقد ، ولقواعد الحكم ، أما قرار

<sup>1</sup> - محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 ، ص 20 .

التحكيم فيرون فيه ( حكما ذا شكل تعاقدى ) فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان : الأولى وهي الصفة التعاقدية ، فهي واضحة عند قيام الخصوم باختيار قضاء التحكيم وسيلة للفصل في منازعاتهم وعدم رغبتهم في التوجه نحو قضاء الدولة ، ويدخل في ذلك أيضا اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع ، ثم إن التحكيم يتغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى الطبيعة القضائية وهي الصفة الثانية وذلك بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجا إليه الأطراف لمنح قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق الأحكام والتي تحوز على أمر التنفيذ ، والتي صدر فيها أمر التنفيذ إذ يتحول التحكيم بهذا الأمر إلى عمل قضائي ، وبداية من إصدار الأمر يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي ومن ثم فإن قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرية القضائية تعتبر أحكاما قضائية بغض النظر عن الأمر التنفيذي ، أما قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرية الوسطية أو التوفيقية ( المختلطة ) فهذه القرارات وإن اعتبرت عقد قبل الأمر التنفيذي ، إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي ، وبذلك فإنها تخضع بالضرورة عند تنفيذها لما يحكم تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية .

ومن ثم يتمتع الحكم بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية ، عند إصدار الأمر بتنفيذ الحكم ، فالحكم يخضع لنظام خاص ، يوجد فيما بين النظام العام للتصرفات القانونية ونظام العمل القضائي أو أن التحكيم ليس اتفاقا محضا ، ولا قضاء محضا ، وإنما هو نظام

يمر بمراحل متعددة تلبس كل منها لباسا خاصا وتتخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم<sup>1</sup>.

#### رابعا : النظرية الخاصة / نظرية استقلال التحكيم

ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية ، بمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي أو بهما معا ، وذلك بسبب الاعتراضات والإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم<sup>2</sup>.  
فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما ، ولماذا نغير حقيقة التحكيم والزج به في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى ، لماذا لا نقر للتحكيم طبيعته الخاصة والمستقلة التي تختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء ، فالتحكيم نظام قانوني حيث يلجا إليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء .

وهناك جانب آخر من الفقه يؤيد هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم ، وذلك بالاستناد لاتفاق هذه النظرية مع الطبيعة الخاصة للتحكيم ، وتوافقها مع الاعتبارات العملية التي تفرض مظاهر عديدة للتحكيم على المستوى الدولي وعلى المستوى الإقليمي وعلى المستوى المحلي ، وتستجيب هذه النظرية لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي .

<sup>1</sup> - هدى محمد مجدي عبد الرحمان ، دور المحكم في خصومة الحكيم وحدود سلطاتها ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1997 ، ص ، 35 .

<sup>2</sup> - مصطفى جمال ، عكاشة عبد العالي ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، دون دار نشر ، الإسكندرية ، ط 1 ، 1998 ، ص 45 .

وينادي أنصار الطبيعة الخاصة بضرورة تطبيق المنهج التحليلي على نظام التحكيم ويجب ألا نتوقف عند القول بأنه ذو طبيعة مختلطة بل لابد من حصر العناصر ذات الطابع التعاقدية وغيرها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي ، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة<sup>1</sup>. تستجيب هذه النظرية للاعتبارات العملية التي تفرض مظاهر عديدة للتحكيم على المستوى الدولي وعلى المستوى الإقليمي وعلى المستوى المحلي فضلا عن استجابه لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي .

**المطلب الثاني : اتفاق على التحكيم في الصفقات العمومية وموقف المشرع منه**

<sup>1</sup> - سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، ص 71 .

سوف نتعرض في هذا المطلب إلى اتفاق التحكيم في صفقة العمومية الذي يعتبر حجر الزاوية للتحكيم ذاته ، لكونه هو الأساس الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ، كما انه يضفي عليه صفته الخاصة ويحدد مداه ، فضلا عن كونه الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها ، فهو الذي يضفي عليها الشرعية.<sup>1</sup>

لذلك نجد الأنظمة القانونية الحديثة ، تهتم بتعريف اتفاق التحكيم ، ومنها القانون الجزائري الفرع الأول وموقف المشرع من اتفاق على التحكيم في الصفقات العمومية في الفرع الثاني .

### الفرع الأول : اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية

ينشأ الاتفاق على التحكيم في الصفقة العمومية بتوافق إرادتي طرفي العقد ، و لكي يكون اتفاق التحكيم صحيح يجب توفر شروط وذلك في مختلف صور اتفاق التحكيم.

#### أولا : صور الاتفاق على التحكيم

يمكن الاتفاق على التحكيم أثناء إبرام العقد الأصلي أي عقد الصفقة العمومية كبند من بنود الصفقة أو شرط مستقل عن عقد الصفقة وذلك قل نشوب أي نزاع في هذه الحالة يسمى شرط التحكيم كما يمكن الاتفاق على التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي وبعد نشوب النزاع وحتى أثناء سير الخصومة أمام القضاء وذلك من خلال مشاركة التحكيم .

#### 1- شرط التحكيم

<sup>1</sup> - علي سليمان الطماوي ، نفس المرجع ، ص 143 .

عرفته المادة 1007 على أنه " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " فشرط التحكيم هو الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع .

## 2- مشارطه التحكيم

عرفته المادة 1011 ، على أنه " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " ، و أجازت المادة 1013 للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية .

يتبين لنا من التعريفين أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع أما مشارطة التحكيم فإنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم.

وسواء جاء اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم فانه يجب أن تتوفر شروط في صحته .

## ثانيا : شروط صحة اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية

### 1-الشروط الشكلية : تباينت التشريعات واتجهت أغلبها إلى إحاطة اتفاق التحكيم

بضمانات معينة أكثرها شيوعا هو إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية إلى دائرة التصرفات الشكالية <sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، المرجع السابق ، ص 156 .

هذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري سواء كان التحكيم داخلي فانه طبقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي يستند إليها .

بينما في التحكيم الدولي فقد اشترط المشرع بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تبرم الاتفاقية بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ، كالفاكس أو البريد الإلكتروني تكون مقبولة في مجال التحكيم الدولي .

من خلال نص المادتين يتبين أن الكتابة مطلوبة للانعقاد فهي ركن شكلي اشترطه المشرع في اتفاق التحكيم

## 2-الشروط الموضوعية

وهي الشروط المعروفة في كل عقد وتتعلق أساسا بالرضا والمحل والسبب وقد أشارت إلى

هذه المواد من 59 إلى 105 من القانون المدني

### أ- الرضا ( التراضي )

يعتبر التراضي أساس العقد إذ لا ينعقد العقد إلا بالتعبير عن الإرادة ويتم بصدور إيجاب من أحد المتعاقدين وصدور قبول مطابق له من المتعاقد الآخر ، ويتم التوافق بين الإرادتين على ثلاثة مراحل هي ، الإيجاب ، القبول ، واقتران الإيجاب بالقبول .و الإيجاب هو تعبير بات ونهائي عن الإرادة<sup>1</sup> ، وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أن الطرفان سينتهيان لوضع اتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه، لكن

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص 99 .

الصعوبة تثار في حالة ما إذا أقتصر اتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة ، والبرقيات.. إلخ وحتى يقع الإيجاب صحيحا لا بد أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء اتفاق التحكيم هو تنحية النزاع من ولاية القضاء ، وأن يتم تحديد النزاع بدقة. والأصل أن صاحب الرسالة ليس ملزم بالبقاء على إيجابه، ولا يستطيع الرجوع عنه طيلة المدة المتفق عليها أما القبول الذي ينعقد به اتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه ان مطابقا للإيجاب مطابقة تامة فيكل ما تناوله من مسائل وان يصدر القبول خلال الأجل المحدد.<sup>1</sup>

ويكون التعبير عن الرضا في فض منازعات الصفقات العمومية في شرط التحكيم كما يمكن في مشاركة التحكيم، غير أن و بالاستناد إلى المادة 975 من قانون 09/08 يمكن أن ينشا عن طريق وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف فانضمام الجزائر وتوقيعها عام 1995 على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965 ، إنما يلقي على عاتقها التزاما مفاده قبولها للتحكيم حسبما أفصحت عنه إرادتها.<sup>2</sup>

## ب- المحل في اتفاق التحكيم

يتحدد محل اتفاق التحكيم في موضوع المنازعات التي اتفق الأطراف على فضها عن طريق التحكيم ، فمحل اتفاق التحكيم هو الخلاف أو النزاع وهو هنا لا يعد مالا أو منفعة وإنما

<sup>1</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق ، ص 271-272 .

<sup>2</sup> - هدى نويوة ، التحكيم في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق، 2011/2012 ، ص 41 .



يعد عملا وامتناعا عن عمل في الوقت ذاته؛ فبعد عملا من حيث إخضاع النزاع للتحكيم ويعد

امتناعا عن عمل من حيث عجم عرض النزاع على القضاء .<sup>1</sup>

وتحديد نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ثم تحديد الأشخاص التي

يجوز لها اللجوء إلى التحكيم أن اختصاص التحكيم يقتصر على المنازعات الني تتعلق

بالحقوق المالية فقط<sup>2</sup> ، هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة

فيما يلي من النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية؛ النزاعات التي تتعلق بمشروعية

أعمال الإدارة ، كدعوى إلغاء<sup>3</sup> 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 ، وقد تبنى المشرع الفرنسي أيضا ذات الموقف حيث نصت

المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على انه " لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل

الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي .... وبوجه عام في

كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام " ، زيادة على ما سبق فانه طبقا لنص المادة 1006

من قانون قانون 09/08 الفقرة الثالثة انه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة مهما كانت

طبيعتها أن تلجأ إلى التحكيم في علاقاتها وتصرفاتها المختلفة ماعدا في حالتين هما ، علاقاتها

الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية .

<sup>1</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، ص 127 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء و تحكما ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

2009 ، ص 34 .

<sup>3</sup> - نفس المرجع ، ص 341 .

## ج- شرط الأهلية

الأهلية شرط لازم لصحة العقد ، فالرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية و هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرف ، وطبقا لقواعد القانون المدني فان الأهلية تنقسم إلى نوعين أهلية وجوب وأهلية أداء والقاعدة في اتفاق التحكيم انه يملك الحق في اللجوء إلى التحكيم كل شخص كامل الأهلية يملك التصرف في الحق محل النزاع <sup>1</sup> .

وهذا ما نصت عليه المادة 1006 من قانون 09/08 على انه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " و من خلال نص المادة 975 من ق 09/08 لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 اللجوء إلى التحكيم إلا في حالات استثنائية وهي الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية ، وحصرت المادة 800 الأشخاص الوارد بشأنهم الحظر المتمثلة في: الدولة ، الولاية ، البلدية ، إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع قد أبقى بموجب القانون الجديد على شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي ، فيكون المشرع بذلك لا يزال يعتبر التحكيم طريقا بديلا للتقاضي شأنه في ذلك شأن العديد من الدول (المغرب ،

<sup>1</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، المرجع السابق ، ص 110 ، 111 .

تونس ، لبنان ، فرنسا ) ؛ بحيث صار بإمكان الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي خصها المشرع بوصف الصفقات العمومية ، أما خارج مجال الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام يتوقف على كون الدولة طرفاً في الاتفاقيات الدولية التي تفرض اللجوء إلى التحكيم وفي إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موقف المشرع من اتفاق التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

اختلفت التشريعات من اتفاق التحكيم في المادة فمنهم رفض اللجوء ومنهم من قبله بتحفظ من هذا الفرع نتعرف على موقف المشرع الفرنسي والجزائري من التحكيم

#### أولاً : موقف المشرع الفرنسي من اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية

##### 1- رفض التحكيم

حضر التشريع الفرنسي التحكيم التي تكون الدولة أو الأشخاص العامة الاعتبارية طرفاً فيه وقضت المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي بتاريخ 12 يوليو 1972 على أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تستطيع أن تعفي نفسها من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني وأن تلجأ إلى التحكيم لحل النزاعات التي تكون طرفاً فيها والتي ترتبط بعلاقات تخضع للنظام القانوني الداخلي إلا أن الفقرة الثانية من المادة ذاتها المذكورة أعلاه أجازت لبض الفئات من

<sup>1</sup> - هدى نويوة ، المرجع السابق ، ص 44 .

المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم بعد الترخيص لذلك بموجب مرسوم<sup>1</sup>.

## 2 - جواز التحكيم

توجد بعض القوانين الفرنسية التي أجازت لبعض المؤسسات العامة الفرنسية اللجوء إلى التحكيم كالمادة 25 من القانون الصادر في 20 ماي 1982 المتعلق بالشركة الوطنية لسكك الحديد SNCF ؛ والمادة 28 من القانون الصادر في 1990/06/02 العائد لهيئة البريد والاتصالات وأصدر المشرع الفرنسي في 17 حزيران 2004 مرسوما نص على أن النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة الخاضعة للقطاعين العام والخاص خاضعة للتحكيم وكما هو معروف فإن عقود الشراكة هي عقود إدارية ، وبالتالي يعد هذا النص القانوني خروجاً عن القاعد العامة القاضية بعد جواز التحكيم في العقود الإدارية<sup>2</sup> .

### ثانياً: موقف المشرع الجزائري

يمكن التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التحكيم في الصفقات العمومية إلى مرحلتين ، مرحلة الأولى قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ومرحلة الثانية بعد صدور القانون 09/08 عندما أجاز وبشكل صريح اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية .

<sup>1</sup> - مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 117 - 118 .

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 117 - 118 .

## 1- مرحلة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 .

تميزت هذه المرحلة بعدة محطات تشريعية سواء بتنظيم الصفقات العمومية أو فيما يخص قانون الإجراءات المدنية لقد لجأت الجزائر إلى التحكيم بعد صدور الأمر رقم 154/66<sup>1</sup> المتضمن قانون الإجراءات المدنية وذلك في الكتاب الثامن تحت عنوان " في التحكيم " حيث نصت المادة 442 منه على ما يلي :

" يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم .

ولا يجوز التحكيم للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " .

وما يمكن ملاحظته أن القانون الجزائري أشار إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم رافضا تطبيقه صراحة في المنازعات الإدارية وكذا منازعات العقود الإدارية وبمفهوم علاقة التعدي فان اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو الآخر غير مسموح به ، وهذا ما أكدته الأنظمة القانونية المدروسة أعلاه لان العقود الإدارية تحكمها قواعد القانون العام وتندرج ضمن النظام العام الذي يمنع التحكيم في مختلف مسائله<sup>2</sup> .

وبصدور المرسوم التشريعي 93-09 عدلت أحكام المادة 442 المذكورة أعلاه بمقتضى المادة الأولى منه حيث استبدلت أحكامها بالأحكام التالية " يجوز لكل شخص أن يطلب

<sup>1</sup> - الامر 14/166 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 1966.

<sup>2</sup> - شيهوب مسعود ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الاختصاص ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009، ص 6 .

التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".<sup>1</sup>

ومن خلال هذه المادة فإنها فتحت أبواب التحكيم الدولي أمام أشخاص القانون العام إذ أصبح من الممكن التجاء الدولة والأشخاص الاعتبارية للتحكيم الدولي و ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 442 وذلك في العلاقات التجارية الدولية دون أي تلميح أو إشارة لإمكانية اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية ، بمعنى انه يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية .

ولقد أسس القانون الجزائري موقفه على أن النصوص الدستورية تجعل الاختصاص بمنازعات الإدارية للقضاء ومن ثمة لا يجوز تخلي الأطراف عن قواعد الاختصاص هذه واللجوء إلى التحكيم .

## 2- مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على الأشخاص التي يجوز لها طلب التحكيم في مجال الصفقات العمومية وذلك في مادتين ، حيث تنص المادة 975 ، على ما يلي " لا يجوز

<sup>1</sup> -المادة 422 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، ج. ر رقم 27 سنة 1993.

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 من القانون 09/08 ، فتتص 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 من 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 وتقادي التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص<sup>1</sup> .

### بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800

<sup>1</sup> - رمضان غناي ، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مقال منشور في مجلة مجلس الدولة عدد 9 ، 2009 ، ص 47 .

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 اتفاقياته الاقتصادية الدولية. وفي هذا الصدد فإن المبادرة باللجوء إلى التحكيم، تكون من طرف السلطات المذكورة في المادة 976 من قانون 09/08 .

### بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم

فإن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية لجوءها للتحكيم غير أنه من قراءة نص المادة 1006 فقرة الثالثة ، 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 و تشمل كل الأشخاص المعنوية العمومية ، ولم تقتيد 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 .