الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف -المسيلة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

رقم:

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع الحقوق

تخصص: قانون اداري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطلبة: * سعدي شهاب الدين

* دغة محمد الأمين

تحت عنوان:

التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

السنة الجامعية: 2021/2020

* ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في 2020 ديسمبر 27 .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): د غة محمد لمين الصفة: طالب. أستاذ. باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 200338471 والصادرة بتاريخ 2016.04.24

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم سياسية قسم حقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: مذكرة ماستر التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

توقيع المعني (ة)

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي

و بتفويض منه عون الإدارة

أمين قسم

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): سعدي شهاب الدين الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 200340917 والصادرة بتاريخ 24.04.2016

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: مذكرة ماستر التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

توقيع المعني(ة)

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمةالشكر والعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

_ **قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ** _

سورة الزمر: آية 09.

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا طيبا مباركا، يليق بجلالة، وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد نحمده سبحانه على جزيل نعمه،وما غمرنا به من فضل وتوفيق،إلى أن وفقنا لإتمام هذا الجهد المتواضع، وامتثالا لقول: رسول الله صلى الله عليه وسلم" لايشكر الله من لا يشكر الناس ".

فإننا نجد لزاما علينا أن نتقدم بالشكر والتقدير

لأستاذنا الفاضل".....".

وكل أساتذة قسم " ....." خاصة اللجنة المناقشة

وأخيرا نسأل الله العلي العظيم أن نكون

قد وفقنا في هذه الدراسة

فما كان من توفيق فمن الله، وما كان من خطأ أو زلل أو نسيان فمن أنفسنا ومن الشيطان.

شهاب الزين

مقدمة

مقدمة

لقد كرس المرسوم الرئاسي 15-247 مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، سواء عن طريق البحث عن الحل الودي بين طرفي الصفقة او عن طريق اللجوء إلى لجان التسوية الودية المختصة بدراسة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين، هذه الألية الودية المستحدثة في النظام القانوني الجزائري والتي تضاف الى التظلم والصلح والوساطة والتحكيم، وهو نفس الأمر بالنسبة لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الأجانب، حيث سمح باللجوء الى الهيئة الوطنية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية التابعة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي لم تصدر النصوص التنظيمية المتعلقة بها بعد، إلا ان المرسوم الرئاسي أجاز صراحة طلب التحكيم الدولي فيما يخص هذا النوع من المنازعات بشروط وإجراءات معينة، وهو ما لم يفعله بالنسبة للتحكيم الداخلي وذلك بالنظر الى غياب هيئات تحكيم في الجزائر، وكل هذا لتحقيق قاعدة أن الصفقة هي شريعة المرفق العام، وُجدت لتُنفذ ولم توجد لتُفسخ أو تُعطل.

تعد التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بآلياتها المختلفة من الطرق الهامة في معالجة الخلافات المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وهذا نظرا لخصائصها المنفردة، فهي تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة والتي تبحث بشكل جدي لوضع حل نهائي لهذه المنازعات بصيغة ودية رضائية، الأمر الذي ينتج عنه اختصار للجهد والوقت والمال في تجاوز النزاع، مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف وإجراءات قد تطول، وهو ما لايتماشى مع الأهمية التي تكتسيها الصفقات العمومية في مجالات التنمية والتي تتطلب سرعة الإنجاز والجودة وتحقيق الأهداف المسطرة في وقتها اشباعا للحاجات العامة، ومن ثم ضمان الإستغلال الحسن والرشيد للمال العام، لذا فإن الأمر يستلزم البحث عن سبل سهلة وناجعة لفض تلك المنازعات في أقرب الآجال وبأيسر الوسائل.

أما بالنسبة لأسباب اختيارنا لهذا الموضوع فهو الموضوع ذاته وما له من أهمية بالغة على مستوى التنمية.

وتظهر أهمية هذا الموضوع إلى منازعات الصفقات العمومية في حد ذاتها التي تعتبر من أهم مواضيع قانون الصفقات العمومية وذلك لاعتبارات أساسية أهمها:

ـــــ ارتباط الصفقة العمومية بشكل كبير والمباشر بالمال العام.

ـــــ كل منازعة سوف تؤثر على مبدأ استمرارية المرفق العام

ـــــ تحقيق المصلحة العامة والنفع العام وكل منازعة قد تؤدي إلى عرقلة تقديم هذه المصلحة.

أما فيما يخص أهداف الدراسة فتتمثل في التوصل إلى الأهمية الكبيرة التي تلعبها التسوية الودية في إيجاد حلول لمنازعات الصفقات العمومية في أسرع وقت وبطرق سهلة، تفاديا للجوء إلى القضاء وما ينجم عنه من عراقيل تنعكس سلبا على الهداف المرجوة من الصفقة العمومية ومراعاة القواعد والإجراءات التي تعمل على حل النزاعات.

ومن خلال ماسبق ذكره يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية:

ـــ ماهي طرق التسوية الودية لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية التي نظمها المشرع الجزائري؟

ومن هذه الإشكالية تتفرع عدة أسئلة:

ـــــ ما المقصود بالتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية؟

ـــــ ما هي الإجراءات القانونية الخاصة بالتسوية الودية للمنازعات؟

ـــــ ما المقصود بالتحكيم وما دوره في التسوية الودية للمنازعات؟

أما عن الدراسات السابقة حول نفس الموضوع الذي تناولناه أي التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية فمن خلال بحثنا عن المراجع والكتب التي يمكن أن تساعدنا في هذا الموضوع، وجدنا مجموعة من الدراسات السابقة منها:

ـــــ زايدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ملحقة مغنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

ـــــ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2014.

أما بالنسبة للصعوبات، فإنه من بين الصعوبات التي واجهتنا هي أننا نجد مراجع وكتابات كثيرة في مادة الصفقات العمومية، لكن قليلة بالنسبة لموضوع دراستنا أي في موضوع التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة في السابق ومعالجة هذا الموضوع، إستلزم الدراسة التطرق إلى دراسة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في إطار تنظيم الصفقات العمومية في الفصل الأول، والذي قسم بدوره إلى مبحثين تناولنا

فيهما ماهية التسوية الودية في إطار تنظيم الصفقات العمومية في المبحث الأول، وإجراءات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

والنظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية في الفصل الثاني والذي قسم بدوره أيضا إلى مبحثين، أما الأول بعنوان إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، والمبحث الثاني بعنوان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول: لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

الفصل الأول: لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

تلعب الصفقات العمومية دوراً كبيراً في إشباع الحاجات العامة، وتحقيق التنمية سواء المحلية أو الوطنية، لكن هذه العملية قد تواجهها مجموعة من الصعوبات والنزاعات مما يستدعي إيجاد حلول ودية بطرق سهلة وبأيسر الإجراءات والوسائل، وهذا ما نظم عليه المشرع الجزائري تحت عنوان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في جميع التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية، حتى التنظيم الأخير المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم: 15 ـــــ 247، لهذا سوف نتناول من خلال هذا الفصل التطور القانوني لنظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، وإجراءات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية أهمية كبيرة في إيجاد حل سريع وجذري لمنازعات الصفقات العمومية، من أجل ضمان تنفيذها في أحسن الظروف وتحقيق الفائدة والغرض المبرم لأجلها، لذلك نجد المشرع الجزائري حرص على فض وحل هذه المنازعات وديا منذ أول تنظيم قانوني لها ونظم إجراءاتها، لكن قبل التطرق إلى هذه الإجراءات سوف نتطرق في هذا المبحث إلى ماهية التسوية الودية المنازعات الصفقات ، والتطور الذي عرفته عبر التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية في (المطلب الأول)، وإلى أهمية التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية وأهم المنازعات الناشئة أثناء مرحلة التنفيذ في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وتطورها حسب التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول خصص للتعريف التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية، والفرع الثاني خصص للتطور الذي عرفته هذه التسوية عبر جميع التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

قبل التطرق إلى تعريف التسوية الودية، نقوم بتعريف منازعات الصفقات العمومية، بالعودة إلى الفقه الإداري نجد أنه ليس هناك تعريف المنازعات الصفقات العمومية، في حين نجد أن الفقه الفرنسي قد عرفها، وفي هذا الإطار عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين بأنها المنازعات المتعلقة بالمساس بالمبادئ التي تحكم إبرام الصفقة العمومية، وهي مبدأ مساواة المرشحين ومبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، ومبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.[1]

أما بالنسبة لتعريف التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية، فيمكن تعريف التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية بأنها مجموع الوسائل والإمكانيات والتدابير التي يسمح القانون والتنظيم باتخاذها ، ويتيحها للأطراف المتنازعة في مجال إبرام الصفقة العمومية و / أو تنفيذها لتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم، دون الحاجة للقضاء، مثل التظلم والطعن الإداري بأنواعه، طلب رأي لجنة

1 زايدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ملحقة مغنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015- 2016، ص 12.

صفقات مختصة ومحددة سلفا، عقد التسوية، أو أي وسيلة رضائية يحددها القانون ويضبط إجراءاتها للمتنازعين بوضع حد نهائي للنزاع القائم بينهم.[1]

الفرع الثاني : التطور القانوني لنظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

حرص المشرع الجزائري على فض المنازعات الصفقات العمومية بالطرق الودية وبالتراضي بين الطرفين منذ أول تنظيم قانوني لها، واستمر النص على هذه الآلية حتى التنظيم القانوني الجديد والحالي للصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي رقم : 15-247، وهذا على النحو التالي :

أولا / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأمر رقم 67-90:[2]

إذ خصص هذا الأمر الباب السادس منه لتسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية بحيث تتضمن 09 مواد بينت تراتيب وإجراءات هذه التسوية الرضائية لمنازعات الصفقات العمومية، إذ ورد في المادة 152 منه بأنه تشكل على مستوى كل وزارة لجنة استشارية لتسوية الودية لموجب قرار صادر من الوزير المعني تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية وعن عناصر عادلة يمكن قبولها وتساعد على إيجاد تسوية ودية تغني عن الالتجاء إلى القضاء، كما جعل مشروع طرح النزاع على اللجنة أمرا واجبا يسبق كل دعوى قضائية، حيث يرفع الأمر إلى اللجنة من طرف الوزير المعني الذي قدم له اقتراح التسوية الودية للنزاع من صاحب الصفقة والمتعاهدين الثانويين والموصين الثانويين، إلا أن اقتراح التسوية الودية لا يعف المؤسسات من اتخاذ تدابير التحفظية اللازمة لحماية حقوقها أمام المحاكم المختصة، ومن ثمة تبدي اللجنة الاستشارية التي تتداول في جلسة سرية رأيها في ثلاثة أشهر ابتداء من التبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير المعني لعرض الأمر على اللجنة، إذ يعتبر رأي اللجنة الوثيقة الداخلية والسرية، ولا يجوز أن يقدمه الأطراف إلى المحاكم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن القضاء كرس هذه الأحكام في عديد من قراراته القضائية تفعيلا لهذه الآلية، ومن أمثلتها قرار الغرفة الإدارية لمجلس الأعلى

---

1 بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس بالمدية الجزائر،عدد 02، 2015، ص 2 ـــ 3.

2 الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52، لسنة 1967.

الصادر بتاريخ: 09-11-1985 في قضية (ش. ذم . س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر، الذي ورد فيه أنه: " من المقرر قانونا أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية على اللجنة الاستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى القضائية، ومن ثمة فإن الطعن عن طريق التدريج الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة، من ثمة فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاءا صحيحا ومطابقا للقانون.[1]

وهو الأمر الذي أكد قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ : 31-12-1988 أن " ..... وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العرض أمام صمت السلطة الإدارية عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية "[2]

وللعلم فإن هذه اللجنة شكلت بموجب القرار الوزاري الصادر في 19-12-1967، وأدخلت عدة تعديلات بعد ذلك خاصة سنة 1972، ومن أهم القضايا التي نظرت فيها :

قضية إنشاء الطريق الصحراوي المؤدي إلى غدامس بليبيا : تتلخص معطياتها في أن الشركة المتعاقدة مع الإدارة طالبت مبلغ يناهز 7.000.000 دج تعويضا لها عن الأضرار التي لاحقتها بسبب الظروف الاقتصادية الاستثنائية التي عرفتها الجزائر بعد الاستقرار، وقد انتهت اللجنة إلى إصدار توصيات أدت في حق الشركة المذكورة في الحصول على التعويض المناسب عن إيقاف معداتها وعتادها ومستخدميها ، بالإضافة إلى اقتراحها دفع الفوائد التأخيرية التي يستحقها المتعاقد. **قضية بناء ميناء أرزيو:** وتتلخص معطيات هذه القضية في أن الشركة المتعاقدة مع الإدارة طلبت بالتعويض عن التكاليف الإضافية الناجمة عن امتداد مدة تنفيذ العقد الذي كان متفق على إنجازه ما بين 1962 و 1965، أي في ظرف ثلاث سنوات، والذي تم تنفيذه في نهاية سنة 1966، ولم تتوصل اللجنة إلى اقتراح مبلغ يزيد عن ما حددته الإدارة قبل عرض النزاع ، بحيث كانت الشركة المتعاقدة تطلب بمبلغ 16.000.000 دج ولم تحصل إلا على 2.000.000 دج تقريبا، وهذا المبلغ الذي وضعته الإدارة قبل انعقاد أشغال اللجنة.

1 قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 437331، الصادر بتاريخ 09/11/1985، المجلة القضائية، العدد 2 1990.

2 قرار المجلس الأعلى، الغرفة الادارية، ملف رقم 62252، الصادر بتاريخ 31/12/1988، المجلة القضائية، العدد 21992.

ثانيا / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي رقم 91-434[1]:

فقد حافظ هذا التنظيم على فحو التسوية الرضائية والودية المنازعات الصفقات العمومية ، بتخصيص قسم فرعي لتسوية الخلافات يتضمن ثلاث مواد توضح إجراءات وقواعد هذه الآلية لفض هذا النوع الخاص من النزاعات.

بحيث ألزم هذا التنظيم القانوني للصفقات العمومية المتعاقد بأن يرفع تظلما رئيسا قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، وفق الترتيب المحدد بموجب المادة 100 منه، والتي تفيد بأن المتعاقد يرفع طعنه السلمي إلى كل من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا حسب نوع النفقات الواجب الالتزام بها في الصفقة، والذي مكنه القانون من مدة 65 يوما ابتداء من رفع الطعن الإصدار المقرر ، على أن يكون هذا المقرر نافذا بصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين .

كما أفاد ذات التنظيم إحداث لجنة استشارية لدى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة، تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساسا في التسوية الودية ، على أن يحدد تشكيل هذه اللجنة وعملها بموجب القرار. ويجب على اللجنة أن تصدر رأيها في أجل أقصاه ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، كما يجب على طرفي النزاع أن يعربا كتابيا على قبولهما الرأي الصادر في القضية أو عدم قبولهما له خلال مدة شهر واحد ، وإذا اتفقا الطرفان وجب أن يكون هذا الرأي موضوع وثيقة تعاقدية ، ، ويصبح انعدام تأشيرة الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية القبلية . نافذا رغم إنعدام تأشيرة الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية القبلية.

ثالثا / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 02-250[2]: فقد عنون القسم الفرعي الثالث من القسم السابع منه بتسوية النزاعات والتي تتضمن المادتين 101 و102 منه، واللتان تضح من استقرائهما أن إجراء التظلم أصبح اختياريا في منازعات الصفقات العمومية إجماليا.

---

1 المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 19) نوفمبر 1991، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 35، 1991.

2 المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد - 52 .

فحسب المادة 101 يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان المناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر للإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، إذ تصدر لجنة الصفقات رأيا في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل 10 الأيام المذكورة، ويبلغ هذا الرأي لكل من المصلحة المتعاقدة، وكذا الصاحب الطعن.

كما لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة للدراسة إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ودراستها من طرف لجنة الصفقات المختصة وتبليغه ، علما وأنه في حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة لتشكيلتها المحددة قانونا ، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت الاستشاري . ثمة نلمس حرص المشرع الجزائري على إيجاد تسوية رضائية لحل النزاعات الناشئة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية من أجل إسناد الصفقة للعارض الكفء بإتباع الإجراءات المحددة قانونا ومراعاة مبدأ الشفافية والمساواة بين العارضين ، ضمانا لمشروعيتها وللاستعمال الرشيد للمال العام من جهة أخرى . أما المادة 102 فقد أفادت بأنه تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ، 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 :

ـــــ إيجاد التوازن لتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

ـــــ التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

ـــــ الحصول على أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

ـــــ الحصول على تسوية نهائية وأسرع وبأقل تكلفة.

ومن فإن التنظيم لم يكتف بالنص على إتباع الطريق الودي لحل منازعات مرحلة التنفيذ، بل أوضح حتى فحوى الحلول المقدمة مركزا فيها على ضمان إتمام تراتيب الصفقة المتعاقد عليها، ذلك بأن اتفاق الطرفين يكرس في حالة حدوثه بمقرر يصدره الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة ويصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

كما نصت نفس المادة على إمكانية رفع الطعن من طرف المتعامل المتعاقد قبل كل مقاضاة أمام العدالة لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال 30 يوم اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية، بحيث يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب هيئة الرقابة الخارجية القبلية، ومنه تبين لنا حرص المشرع على إيجاد حل ودي قبل اللجوء إلى القضاء كما أكد على ذلك في التشريعات السابقة.

وللتوضيح فإن قضاء مجلس الدولة تبني هذه الأحكام وعمل على تكريسها في قراراته القضائية ومن أمثلتها قراره الصادر في 07-06-2005، إذ جاء في إحدى حيثياته أنه: " حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 ويمكن للمتعاقد قبل رفعه للدعوى القضائية ، تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقا لأحكام المادة الجديدة 102 ولكن مجرد اختيار وليس إلزاما.

رابعا / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 10-1236 [1]: خصص القسم الفرعي الثالث من القسم السابع منه لتسوية النزاعات، تضمن المادتين 114 و 115 منه ، اللتين وضحتا بجلاء أن اللجوء للطعن الإداري والسعي في إيجاد حلول رضائية وتسوية ودية للمنازعات الصفقات العمومية، يبقى أمرا اختياريا للأطراف المتنازعة.

فقد بينت المادة 114 بأنه زيادة عن حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، في إطار المناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة والتي أوجب التنظيم الإشارة إليها في إعلان المنح المؤقت، وهذا بنفس الإجراءات الوردة في التنظيم القانوني السابق للصفقات العمومية " المرسوم الرئاسي رقم : 02-250 المعدل والمتمم والمبينة في المادة 101 منه ، هذا فيما يخص المنازعات المتعلقة بعملية إبرام الصفقة . أما فيما يتعلق بالمنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة فقد حافظ على التنظيم القانوني على نفس القواعد والترتيب المدرجة في المادة 102 من التنظيم القانوني السابق للصفقات العمومية ، كما هو جلي من المادة 115[2].

1 المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، التضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58.

2 بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 2.

05 / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم : 15-247:[1] تطرق المشرع من خلال المواد (153)، (154)، (155) إلى ضرورة اللجوء إلى الحلول الودية للمنازعات الصفقات العمومية.

لذلك نصت المادة 153 على أن النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ويجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

ـــــ إيجاد التوازن التكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

ـــــ التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

ـــــ الحصول على تسوية نهائية وأسرع وبأقل تكلفة.

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

ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للمنازعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.[2]

ولتفصيل أكثر نجده في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المطلب الثاني : أهمية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وأهم منازعاتها

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول خصص لأهمية التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية ، والفرع الثاني خصص لأهم المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

الفرع الأول : أهمية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

1 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 56، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

2 خليفة الذهبي، " ضمانات تسوية الصفقات العمومية "، مداخلة مقدمة ضمن فعليات الندوة الوطنية حول تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، يومي 05- 06 فيفري 2018، ص5.

إن التسوية الودية تعمل على تجاوز سلبيات ومعيقات اللجوء إلى القضاء في مجال الصفقات العمومية، كما أنها تعمل على تحقيق العديد من الأهداف والتي تنعكس إيجابا على عدة جوانب أهمها :

أولا / الأهمية المالية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

ذلك أن الاعتماد على الآليات الرضائية لتسوية هذا النوع من المنازعات عوض اللجوء إلى القضاء، يعمل على توفير عدة مصاريف زائدة كمصاريف الدعوى وتكاليف المحامي وكذا مصاريف التنقل والخبرات والمعاينات ومصاريف محاضر التنفيذ وإشكالاته لاحقا.

بالإضافة لما قد يحكم به القضاء من تعويض قد يرهق به كاهل الطرفين المتنازعين ومن ثم فإن سلوك المتنازعين السبل الودية لحل منازعاتهم يخول لهم إمكانية الاتفاق بشأن قيمة التعويض التي ستتقرر بإرادتهما لا بإلزام من القضاء، وهو ما يخفف العبء على خزينة الدولة وهو ما يذكي الإحساس المتبادل بالمشاركة في تحقيق المشروع وهو ما يستوجب تضحية كل طرف بشيء من حقوقه حتى يتمكن من بلوغ الهدف .

ثانيا / الأهمية الاقتصادية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

كما أن إتباع الآليات الودية يساهم في تحقيق مصالح اقتصادية متعددة منها تجنيب المشاريع التوقف وبالتالي تلافي كل السلبيات التي ترافقه سواء من حيث التأخر في الإنجاز أو تعطيل العمل.

والمعلوم أن سرعة الإنجاز تشكل عند علماء الاقتصاد والتدبير إحدى وسائل القياس نجاح المشروع، لأنه كلما تمكنا من ربح الوقت أثناء الإنجاز إلا واستطعنا الحد من المخاطر التي يمكن أن تهدد المشروع، وتوصلنا إلى تحقيق المخططات كما أن سرعة الإنجاز تحد من درجة الاصطدام بمشاكل خارج عن إرادة الطرفين كان تنخفض العملة، أو أن ترتفع أثمان المواد الأولية في السوق الدولية فتتضرر اقتصاديات المشروع، وربما يعجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية مما يعرض المشروع كله للتوقف أو إلى الفسخ، لأن مثل هذه النزاعات قد تربك الإدارة وتضطر لإعادة الصفقة من جديد، وهو ما يحمل الخزينة مصاريف زائدة، وهذا ما سينتج عنه آثار سلبية على المستوى الاقتصادي بحيث تفقد الثقة لدى المستشارين ولاسيما الأجانب منهم في التعامل مع الإدارة.

ثالثا / الأهمية الاجتماعية والتنموية لتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

تظهر الأهمية الاجتماعية والتنموية التي تؤديها التسوية الودية من خلال تسريعها لوتيرة انجاز المشاريع التي من شأنها تحقيق أهداف التنمية، فسلوكها يغني الطرفين عن عرض نزاعهما على المحاكم وما يرافق ذلك من طول الإجراءات وتعقيدها وتأخيرها في فض النزاع وبالتالي الإضرار بالمصالح الاجتماعية والتنموية نتيجة الإهدار للمال العام بتعطيل انجاز المشاريع التي قد تكتسي أهمية حيوية في غالب الأحيان يحتاجها المواطن، فيؤثر ذلك سلبا على معيشته ومصالحه، بل وحتى في تمتعه بحقوقه العادية من الأمن والتعليم والصحة ... الخ.

ذلك أن مثل هذه الأوضاع باتت مرفوضة في ظل المقاربات التنموية الحديثة والتي تجعل التنمية البشرية عصب كل تنمية وسببا في الإقلاع الاقتصادي، بل أنها أصبحت تشكل غاية في حد ذاتها ، لذلك فإن التماطل في وضع حد للنزاعات التي تثور بين الإدارة والمتعاقدين معها تتولد عنه آثار سلبية متعددة ، إما على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو التنموي فبالنظر في كون الصفقات العمومية تشكل محركا في الاقتصاد الوطني ورفعه له، فإن أي تعثر يصيبها يؤثر لا محالة في التوجهات المرسومة ويحول دون تحقيق الاستثمار العمومي الأهدافها. فالمتمعن في الدورة التنموية للصفقات العمومية يكتشف أنها تنطلق كنفقة عمومية التشكل بعد ذلك دخلا يستفيد منه العمال والتقنيون ... ، وكذا ربحا بالنسبة للمتعاقد فما تلبث أن تصبح قوة شرائية بيد هؤلاء وعندها تساعد في خلق رواج تجاري، علاوة على أنها تصير مصدرا جبائيا يغذي خزينة الدولة التي تمول الصفقات العمومية الأخرى، وبذلك تتكرر الدورة مرة أخرى ، ومن هنا يمكن القول أن الخلافات الناشئة بصدد أي صفقة عمومية توقف هذه الدورة وتعثر مسارها وتسبب في هدر الوقت وتأخير التنمية، كما تقلص حظوظ فئة من العمال في توفر على العمل يضمن لهم دخلا يحصن من وضعهم المعيشي.[1]

الفرع الثاني: أهم لمنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية

تعتبر مرحلة التنفيذ أهم مرحلة في الصفقات العمومية بل هي بمثابة العمود الفقري لها وذلك نظرا لأهميتها المرتبطة بالتنمية الوطنية وخاصة المحلية، لكن في هذه المرحلة قد تحدث نزاعات من شأنها أن تؤثر على هذه التنمية وتعرقلها، وهذه النزاعات قد يكون سببها إخلال من طرف المصلحة المتعاقدة، كما قد يكون سببها إخلال من طرف المتعامل الاقتصادي، ولذلك سوف نحاول في هذا الفرع تبيان النزاعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة، والنزاعات الناشئة عن إخلال المتعامل الاقتصادي.

1 بن دعاس سهام ، المرجع السابق ، ص 3- 4.

أولا: المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها:

بعد إبرامها من طرف السلطات المختصة، وفقا للطرق المنصوص عليها في التشريع المعمول به ومراعاة للإجراءات اللازمة، تدخل الصفقة العمومية حيز التطبيق والتنفيذ منتجة الآثارها ونتائجها القانونية المتمثلة في ما يتولد عنها من حقوق والتزامات تسري حيال الطرفين.[1]

وهذه النزاعات تتمثل في المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية، والمنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط المالية، والمنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طرق الملحق

01 / المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية:

الإخلال بالشروط التقنية هي تلك المخالفات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الجانب التقني للصفقة، وذلك بمخالفة البنود الواردة بها، فقد يحدث وأن تعمد المصلحة المتعاقدة إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها لإرغام المتعامل المتعاقد على تفسير نوعية الخدمات المطلوبة، ومن الناحية العلمية نجد أن كثرة هذه المناعات شيوعا في الصفقات الأشغال نظرا للميزة التي تتصف بها من خلال استعمال الطرق التقنية والتكنولوجيا، وإن المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ مضمون الصفقة على أساس الكشف الكمي والتقديري الذي يحدد فيه بدقة نوعية المواد المستعملة والخدمات المطلوبة.[2]

وهذه المنازعات تتعلق ب :

أ / المنازعة المتعلقة بتفسير بند من بنود الصفقة:

قد تشمل الصفقة العمومية في بعض الأحيان على بنود غامضة، فتعمل المصلحة المتعاقدة على تفسيرها بإرادتها المنفردة دون إخطار المتعامل الاقتصادي، أو تقوم بإضافة التزامات أخرى على عاتق هذا الأخير، وهنا تنشأ نزاعات بين طرفي العقد الصفقة العمومية) ومثال ذلك الخلاف الناشئ بشأن نوعية الحديد أو الاسمنت المستعمل في إنجاز بناية معينة.

ب / المنازعة المتعلقة بنوعية الخدمات المطلوبة:

1 محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 71.
2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 236.

وتكون هذه المنازعة في حالة فرض المصلحة المتعاقدة نوعية معينة من الخدمات غير موجودة في بنود الصفقة العمومية، حيث يحدث نزاع بين الطرفي العقد أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي بسبب عدم تحديد الخدمة المطلوبة من هذا الأخير بالشكل الدقيق، ومثال عن هذا النزاع فرض نوعية معينة من الخدمات غير مشار لها في الصفقة العمومية كتزويدها بأجهزة الإعلام الآلي دون تحديد نوعيتها.

ج / المنازعة المتعلقة بتفسير مخططات الإنجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة:

ومثالها أن تضطر المصلحة المتعاقدة إلى تغيير مخطط انجاز المشروع مما يترتب عليه التزامات إضافية على عاتق المتعامل المتعاقد معها، الذي يرفض تحمل تكاليف ذلك التغيير مما ينشأ نزاع ما بينهما.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم : 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية ، نجدها تنص أنه حالة المنح المؤقت للصفقة لأحد المتعاملين الاقتصاديين وقيامه بإنجاز الأشغال والخدمات المطلوبة منه دون حصوله على وثيقة البدء بتنفيذ الأشغال، وبعد استنفاذ الآجال المحددة في نص المادة المذكورة أعلاه، والمتمثلة في انتهاء مدة ثلاثين يوم (30)، يتم عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسة ومنح التأشيرة، وعند مخالفة المتعامل الاقتصادي للإجراءات التنظيمية ترفض اللجنة منح التأشيرة، ونجد أنه عند مطالبة المتعامل الاقتصادي من المصلحة المتعاقدة بقيمة الأشغال التي أنجزها ترفض تسديدها.[2]

02 / إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط المالية:

يعتبر المقابل المالي الذي تمنحه الإدارة للمتعاقد معها، أهم الالتزامات الناشئة عن الصفقة المبرمة تلتزم بها الإدارة، على اعتبار أن هدف المتعاقد معها هو الحصول على الربح ويتخذ المقابل المالي صور متعددة وهذا بحسب موضوع العقد، فقد يكون ثمنا للسلع والبضائع هو الحال في التوريد، كما قد يكون ثمن العمل المقدم في العقود الأشغال العمومية وتختلف كيفيات دفعه للمتعامل المتعاقد، فقد يكون بالسعر الإجمالي أو الجزافي أو بناء على قائمة السعر أو البناء على النفقات المراقبة أو السعر المختلط، كما قد يكون سعرا ثابتا أو قابلا للمراجعة، وفي هذا الإطار تختلف طريقة التسوية المالية للصفقة، فقد تكون بنظام دفع التسبيقات أو نظام الدفع على حساب أو بنظام الدفع على الرصيد.

---

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه والقضاء مجلس الدولة التعويض عن مسؤولية الإدارة العقدية وغير العقدية التعويض عن أعمال الإدارة العادية غير المشروعة)، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 221 – 222.

2 للمزيد من المعلومات أنظر: المادة 82 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247.

غير أنه قد تخل الإدارة بالتزاماتها المالية لعدم تسديد المقابل المالي المقرر بموجب الصفقة المبرمة أو دفتر الشروط، أو تتأخر في تسديده وفق الآجال المحددة، مما يلحق أضرار بالمتعاقد معها[1].

ومن بين أهم هذه المنازعات المتعلقة بالجانب المالي نجد:

- المنازعة المتعلقة بتحيين الأسعار.

- المنازعة المتعلقة بالتأخر في تسديد مستحقات الصفقة.

- المنازعة المتعلقة بالأشغال التكميلية.

- المنازعة المتعلقة بالفوائد التأخيرية .

- المنازعة المتعلقة بجبر الأضرار اللاحقة بالمتعامل المتعاقد.

03 / إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق ملحق:

دائما تحرس المصلحة المتعاقدة على أن يكون تنفيذ الأشغال والخدمات العمومية يتأقلم مع المتغيرات والظروف الاقتصادية المحيطة بها، هذه الأخيرة لا تستطيع الالتزامات التعاقدية مواجهتها، مما يجعل ويفرض ذلك استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل وذلك عن طريق ما يعرف بالملحق.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم : 15-274 وخاصة إلى نص المادة 135 منه نجده يمكن للمصلحة المتعاقدة من أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم.

وحتى يكون الملحق صحيحا يجب أن يخضع لمجموعة من الشروط والإجراءات، من بينها: أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد، ألا يعدل موضوع الصفقة، وأن يبرم الملحق وفق الأجال التعاقدية.

فعلى المصلحة المتعاقدة عندما تقوم بهذا التعديل عن طريق ملحق عليها أن لا تخل بهذه الإجراءات والشروط، وإلا حدث نزاع بينها وبين المتعامل المتعاقد، فتنتج المنازعة الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق الملاحق.

ثانيا: المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته:

1 مباركي ربيحة منديل ياسمينة، التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص 56 – 57.

أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد يحدث وأن يخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته مع المصلحة المتعاقدة، مما يجعل هذه الأخيرة تلجأ إلى استعمال الامتيازات التي تتمتع بها، فتقوم بإرادتها المنفردة بتوقيع الجزاءات المخولة لها على المتعاقد معها، ومن بين أوجه إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته نجد:

01 / امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة:

إن امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة في الأصل يعتبر خطأ يستوجب معه قيام المسؤولية، إلا في حالة أن يكون استحالة التنفيذ السبب أجنبي خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد مثل القوة القاهرة، كذلك نجد أسباب أخرى لامتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة مثل إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.

02 / تأخر المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة:

قد ينشأ نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في حالة تأخر هذا الأخير في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية في الآجال المحددة والمتفق عليها، خاصة وأن هذا التنفيذ يتعلق بحسن سير المرفق العام.

وهنا لا بد للمصلحة المتعاقدة أن تثبت هذا الإخلال وأنه وقع بمحض إرادة المتعامل المتعاقد، إلا إذا كان هذا الإخلال خارج عن إرادة هذا الأخير لوجود سبب أجنبي مثلا، وهنا لا بد على المتعامل المتعاقد إثبات ذلك

03 / تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفقة بصورة غير مرضية ومعيبة:

يجب على المتعامل المتعاقد أن يبذل العناية في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وأن يقوم بالأعمال التي تؤدي الغرض المطلوب منه، وكذا أن ينفذ التزاماته بحسن نية حسب المادة 107 من القانون المدني.[1]

وبالتالي في حالة إخلال المتعامل التعاقد بالتزاماته وتنفيذه لموضوع الصفقة بصورة غير مرضية ومعيبة، ينشأ عن ذلك نزاع بين طرفي الصفقة العمومية.

04 / استحالة تنفيذ الصفقة بسبب خارج إرادة المتعامل المتعاقد:

1 الأمر رقم 75/58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يوليو 2005 المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

وفي مجال الصفقات العمومية قد تطرأ بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه ظروف غير متوقعة يكون من شأنها التأثير على اقتصاديات العقد على نحو يختل معة التوازن المالي للعقد الاداري.[1]

قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أسباب وظروف غير متوقعة تؤدي إلإرهاق المتعامل المتعاقد واستحالة تنفيذ الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة يحق لهذا الأخير المطالبة بتعويضات المترتبة عن هذه الصعوبات المستجدة وتظهر النزاعات الناشئة عن استحالة تنفيذ الصفقة العمومية نتيجة أسباب خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد في شكل نزاعات ناشئة عن صعوبات مادية غير متوقعة، أو نزاعات ناشئة نتيجة حدوث قوة قاهرة.

المبحث الثاني : إجراءات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

لقد نظم المشرع ذلك من خلال المواد (153) ، (154) و(155) من تنظيم الصفقات العمومية، حيث نصت المادة (153) على أن النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة تسوى في إطار أحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ويجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يتم عرض النزاع على لجنة التسوية المختصة، المنشأ وفق أحكام المادة (154)، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة (155).

وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الضوابط القانونية للحل الودي المنازعات الصفقات العمومية (**المطلب الأول**)، وإلى التسوية أمام لجان المختصة لمنازعات الصفقات العمومية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : الضوابط القانونية للحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية

قبل التطرق إلى الضوابط القانونية للحل الودي للمنازعات الصفقات العمومية، نتكلم عن تبني المشرع الجزائري لمبدأ الحل الودي للنزاع.

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم : 15-247، على أنه تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، يجب على المصلحة المتعاقدة ودون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه

1 خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2014-2015، ص 310.

أن تبحث عن حل ودي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاته وحسن فعل المشرع الجزائري حينما تبني مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ فيما يضمن في نهاية استلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة، ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم : 15-247 على مستوى التسوية الودية النزاعات هو نصه على تشكيل لجان محلية للتسوية الودية بجانب اللجان المركزية بعدما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في المرسوم رقم : 10-236 السابق.

وقد نص المشرع صراحة على إلزامية إدراج مصلحة المتعاقد في دفتر الشروط اللجوء لإجراء تسوية ودية لنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 153.

وللوصول إلى التسوية الودية نص المشرع على أن يعرض النزاع أمام اللجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154، أما بالنسبة للنزاعات الناتجة عن إبرام صفقات مع متعاملين أجانب فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153 على انه يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين الأجانب إلى هيئة التحكيم الدولية بناءا على اقتراح الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.[1]

وسوف نتطرق الآن إلى الضوابط أو المعايير القانونية للحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية، وهي كما نصت عليها المادة 153 حيث نصت أن الحل الودي يجب أن يراعي فيه مايلي:

الفرع الأول: أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل

فكل اتفاق لحسم النزاع الودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه فالاتفاق يستمد وجوده من مشروعيته.[2]

1 فاضلي سيد علي، " التسوية الودية النزاعات الصفقات العمومية "، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات اليوم الدراسي حول تنظيم الجديد للصفقات العمومية الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، يوم 26 فيفري 2016، ص 2.

2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 145.

حيث نجد أن أثناء اللجوء إلى طرق التسوية الودية المنازعات لابد من مراعاة الأحكام التنظيمية والتشريعية المعمول بها، وهذا ما نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم : 15-247 الجديد في الفقرة الأولى التسوى النزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة في إطار التشريع والتنظيم المعمول به " ، ومن هنا نستنتج أن كل اتفاق لحسم النزاع الودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ، ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.

الفرع الثاني: الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين

قد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة، وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا أو تنكر عليه هذا الحق، خاصة وأن نص المادة 153 فقرة الرابعة من المرسوم رقم: 15-247، في غاية الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفق للظروف الجديدة.[1]

الفرع الثالث: التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة

ألح المشرع الجزائري في مادة 153 على ضرورة إعطاء عامل الزمن الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما تم التوصل إلى الحل الودي وضبط الاتفاق في الوثيقة الرسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة ، بما يعود بالفائدة على أطراف الصفقة، وعلى الأفراد المنتفعين بها.[2]

الفرع الرابع: البحث عن التسوية النهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة

نظرا لأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية، وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة فرض المشرع البحث عن الحل الودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المحددة في العقد وإذا لم يحدث اتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فإن المشرع كفل للمتعامل المتعاقد أحقية اللجوء للقضاء.

1 مباركي ربيحة- منديل يسمينة، المرجع السابق، ص79.
2 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص145.

تبني المشرع للتسوية الودية على المستوى المحلي تعتبر من أهم التعديلات التي طرأت على قانون الصفقات العمومية، والتي ستعطي ثمارها وتحقيق هدفها المتمثل في ترشيد المال العام، بحيث تعتبر الصفقات العمومية محور هام للتنمية المحلية والاقتصاد وتنشيط الحياة اليومية للمواطن، وجاءت هذه التعديلات جراء انعكاسات الأزمة المالية على الجزائر التي نجمت, القسم الثاني ، المرجع السابق ، عنها تراجع في إيرادات ميزانية الدولة، وعليه جاءت لحماية السوق الجزائرية والخروج من الأزمة بأقل ضرر ممكن، وفي الأخير ما تهدف إليه التسوية الودية هو تنفيذ موضوع الصفقة بأقل ضرر ممكن.[1]

المطلب الثاني: التسوية الودية أمام اللجان المختصة لمنازعات الصفقات العمومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية وارتباطها بالتنمية المحلية والوطنية، نجد أن المشرع نص على ضرورة اللجوء إلى الحل الودي في حالة ظهر أي نزاع في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، وذلك من خلال المواد (153)، (154)، و(155) من تنظيم الصفقات العمومية.

حيث نصت المادة (153) على أن النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة تسوى في إطار أحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ويجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يتم عرض النزاع على لجنة التسوية المختصة، المنشأ وفق أحكام المادة (154)، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة (155).

كما يجب أن تدرج المصلحة المتعاقدة شرط اللجوء لإجراء التسوية الودية في دفتر الشروط.

ويجب على الجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، كما يجب أن يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية .

1 فاضلي سيد علي، المرجع السابق، ص06.

وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى آلية التسوية الودية للمنازعات الصفقات العمومية عن طريق لجنة التسوية الودية على مستوى الولاية(الفرع الأول)، ولجنة التسوية الودية للمنازعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الولاية

كما تطرقنا سابقا أنه بالرجوع إلى نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية والتي نصت على أنه في حالة عدم التوصل إلى حل ودي بين الطرفين يعرض النزاع على لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية المختصة، وبالرجوع إلى نص المادة 154 نجدها تتكلم عن لجنة التسوية الودية المنازعات على مستوى الولاية ، وسوف نتطرق فيما يأتي إلى تشكيلة هذه اللجنة ونطاق اختصاصها.

أولا: تشكيلة لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الولاية

بالرجوع دائما إلى نص المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية نجدها توضح تشكيلة هذه اللجنة بقولها أنها تتشكل من:

ـــــ ممثل عن الوالي، رئيسا.

ـــــ ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

ـــــ ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

ـــــ ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

ويعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين، على سبيل الاستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة.

يعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاء اللجنة، كما توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة.

ثانيا: نطاق اختصاص لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الولاية

لقد نصت المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه : " ... 2 / لجنة التسوية الودية للمنازعات في الولاية: تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

تعتبر التسوية الودية من صميم الأعمال التي يمكن أن يتكفل بها من قبل المجتمع المدني والهيئات المنتخبة، ولذلك فمن الغريب أن يسمح بتأسيس اللجان على مستوى الولاية والوزارة وتحرم البلدية من لجنة مماثلة .... ومن أجل ذلك يقترح إضافة:

" لجنة التسوية الودية للنزاعات في البلدية. تختص بدراسة نزاعات البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها.

تتشكل اللجنة البلدية للتسوية الودية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية كما يأتي :

ـــ ممثل عن رئيس المجلس الشعبي، رئيسا.

ـــ ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

ممثل عن المديرية الفرعية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

ممثل عن المحاسب العمومي المكلف ".[1]

الفرع الثاني: لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الوزارة والهيئة العمومية

كما تطرقنا سابقا أنه بالرجوع إلى نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية والتي نصت على أنه في حالة عدم التوصل إلى حل ودي بين الطرفين يعرض النزاع على لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية المختصة، وبالرجوع إلى نص المادة 154 نجدها تتكلم عن الجنة مركزية للتسوية الودية المنازعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية، وسوف نتطرق فيما يأتي إلى تشكيلة هذه اللجنة ونطاق اختصاصها.

أولا: تشكيلة لجنة التسوية الودية للمنازعات في الوزارة والهيئة العمومية

1 النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلة ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص387- 386.

بالرجوع دائما إلى نص المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية نجدها توضح تشكيلة هذه اللجنة بقولها أنها تتشكل من :

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية ، رئيسا .

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة .

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع .

- ممثل عن المديرية العامة المحاسبة.

ويعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعنية.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين، على سبيل الاستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة . ويعين رئيس اللجنة مقررا من ضمن أعضاء اللجنة، كما توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة.

ثانيا: نطاق اختصاص لجنة التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

في الوزارة والهيئة العمومية لقد نصت المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه : " ..... 2/ لجنة التسوية الودية للمنازعات في الوزارة والهيئة العمومية ، تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها ".

الفرع الثالث: إجراءات التسوية الودية أمام اللجان المختصة لمنازعات الصفقات العمومية

تضمنت المادة (155) من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 الآليات القانونية لبث لجان التسوية الودية في النزاع المعروض أمامها، حيث نصت على أن يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصي عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام.

ثم يقوم رئيس اللجنة بدعوة الجهة الشاكية برسالة موصي عليها مع وصل استلام لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصي عليها مع وصل استلام في أجل أقصاه عشرة (10 أيام) من تاريخ مراسلتها.

وحدد القانون أجل أقصاه ثلاثون يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم لإبداء اللجنة لرأيها حول النزاع ونص القانون على أن يكون رأيها معللا .

نص القانون على أنه يمكن اللجنة أن تستمع لطرفي النزاع و / أو تطلب منهما إبلاغهما بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتأخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصي عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأ بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم[1]

ونص القانون على أن تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصي عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك[2]

الفصل الثاني

1 المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

2 فاضلي سيد علي، المرجع السابق، ص 4.

النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

الفصل الثاني: النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

من العقود مسألة اختيارية، مما لاشك فيه أن اللجوء إلى التحكيم في أي عقد ودي هو أو بالأحرى مسألة اتفاقية، ولم يجد المشرع الجزائري في وضعه للقواعد المتعقلة بالتحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة عن هذه القاعدة، إذ منح للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم ، سواء عند إبرام الصفقة وقبل نشوء أي نزاع ، وفي هذا نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .. ".[1]

ويوضع شرط اللجوء إلى التحكيم في باب فض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل، عند الابرام او في مرحلة تنفيذ الصفقة للفصل في نزاع تم حدوثه بالفعل.

وعليه فالاتفاق على التحكيم قد يكون قبل أو بعد نشوء النزاع كما قد يكون عند إبرام الصفقة أو عند تنفيذها، ونظرا لكون هذا النظام يتميز بطابع خاص يجعله قائما بذاته مستقلا في أحكامه من الأنظمة أو الوسائل البديلة لحل النزاعات، فإننا سنتناول بالدراسة في المبحث الأول خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية، وفي المبحث الثاني الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية عن غيره.

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في الصفقات العمومية

1 المادة 1006 من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في21/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج . ر . ج . ج: عدد 21 الصادرة في 23 فيفري 2008.

إن التحكيم كآلية بديلة لحل المنازعات هو نظام مميز سواء من حيث مفهومه أو من حيث خصائصه أو إجراءاته، الأمر الذي جعله الوسيلة المفضلة والمرغوب فيها في وقتنا الحاضر من طرف المتعاملين لاسيما الأجانب منهم، لان التحكيم يمكنهم من تجنب عرض خلافاتهم على القضاء الوطني . لذلك سنتطرق في المطلب الأول لمفهوم التحكيم كالية لفض منازعات الصفقات العمومية ، وفي مطلب ثاني لتمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية

إن التطرق لنظام التحكيم يقتضي منا التطرق في البداية إلى تعريف التحكيم وبيان أساسه في فرع أول، ثم بعد ذلك بيان محاسنه وعيوبه في فرع ثان ، ثم نتناول في فرع ثالث تقسيمات أو أنواع التحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه

لا يختلف تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية، عن التعريفات التي المحلات الأخرى المدنية والتجارية بصفة عامة، فنجد أن الفقه والقضاء هما من اجتهدا في تعريفه وبيان أساسه، وسنبين في فقرة أولستعريف التحكيم، وفي فقرة ثانية أساس التحكيم.

أولا: تعريف التحكيم

التحكيم في اللغة: من المصدر " **حكم من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الأمر، فوض اليه الحكم فيه وحكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم** "[1]

ويعرفه ابن خلدون في مقدمته على أنه " اتخاذ الخصمين حكما برضائهما للفصل في خصومتهما ودعواهما ".

وقد ورد في القرءان مصطلح التحكيم في أكثر من أية كريمة ، يقول عز من قائل في محكم تنزيله " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**".[2]

وخلاصة القول، أن معنى التحكيم في اللغة هو إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه بنظر النزاع ، ويسمي حكما أو محكما.

---

1 عبد الباسط محمد عبد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص15.

2 الآية 35 من سورة النساء.

وفي الاصطلاح يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التحكيم بأنه " **تولية الخصمين حكما يحكم بينهما** "[1].

وفي الكتاب قوله تعالى " **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** ".[2]

ويتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم، وان اختلفت الألفاظ، أن التحكيم هو تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنزعاه، وعلى ذلك فإن التحكيم يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: هي الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع أو بدلا من اللجوء إلى القضاء العام سواء وقع هذا قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه.

المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع، وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم، أي منحه السلطة الفصل في النزاع، ثم تبدأ بإجراء وتنتهي بحكم، وفي ذلك يقول الدكتور محسن شفيق: " **إن التحكيم في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء** ".[3]

وعرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: " **اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والترود على حكمهم** "، و" **بأنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية** ". [4]

وفي حكم حديث لها جاء فيه أن التحكيم هو: " **طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات**". [5]

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فذهبت إلى أن التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على حكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحد دائما، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة الممالأة مجردا من التمايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ويعد هذا التعريف من أفضل التعريفات الصادرة حيث أنه جامع مانع ".[6]

---

1 محمد علاء الدين الحصفكى، شرح الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د. س. ن، ص 150.
2 الآية 65 من سورة النساء.
3 مأخوذ عن: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار المدى، عين مليلية، الجزائر، 2010، ص 16.
4 أشار إلى ذلك مناني فراح، نفس المرجع، ص 18.
5 أشار الى ذلك مناني فراح، المرجع السابق، ص 19.
6 مراد محمود الواحدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 24.

وفي القانون الجزائري بحد أن المشرع سمح باللجوء إلى التحكيم، سواء كان شرطا أو اتفاقا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي هذا نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "، إلا أنه لم يعرفه.

وعلى عكس المشرع الجزائري نجد أن المشرع الفرنسي عرف التحكيم بأنه : " إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم. " [1]

ثانيا: أساس اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود الأخرى يقوم على أساسين رئيسين، وهما إجازة المشرع ، وإرادة الخصوم.

إن التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في الصفقات العمومية لايمكن أن يلجا إليه حتى ولواتجهت إرادة الأطراف في اللجوء إليه، لاسيما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، لأن التحكيم في وقتنا الحاضر ومع وجود جهاز قضائي إداري قائم بذاته للفصل في العقود التي تكون إحدى الأشخاص المحددة بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفا فيه[2]، يبقى كاستثناء من الأصل العام، لذلك لابد من إجازة المشرع بمقتضى نص قانوني حتى يتم اللجوء إليه.

ولعل القانون الذي يجيز التحكيم، هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرطا أستلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلا من محاكم الدولة. - ، ومع سيطرة الاتجاه الذي يدعو إلى العولمة، وزيادة حجم التعاملات الاقتصادية بين مختلف دول العالم، اتجهت معظم التشريعات إلى إجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها كما فعل المشرع الجزائري.

إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف أي إن يتفق الأطراف على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلا بالفصل في النزاع، ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري مكفول لكافة الأشخاص، ولا يجوز حرمان أي شخص منه، أو إجباره على اللجوء إلى

1 المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشان التحكيم.
2 المادة 116 من القانون رقم 08 - 09 السالف الذكر.

التحكيم، ما لم يوافق على ذلك وبكل حرية، لأن التحكيم في الأصل لا يقوم إلا عن رضا واختيار من طرف الخصوم تقديرا منهم أنه أكثر تحقيقا لمصالحهم.[1]

ماتحب الإشارة إليه أن أي من طرف الخصومة التحكيمية وباختياره اللجوء إلى التحكيم لايعني انه تنازل عن حقه الدستوري في اللجوء إلى قضاء الدولة، لأن حق الالتجاء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وإنما تقتصر إرادة المحتكم على محرد إحلال الحكم المحكمة التحكيمية محل المحكمة المختصة بالفصل في النزاع أصلا.

فإذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب يعود حينها الاختصاص الأصلي للقضاء، لأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها من النظر في الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها طالما بقي شرط التحكيم قائما منتجا لآثاره القانونية ولم يحصل أي اتفاق مخالف له أو أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زواله أو انتهائه أو استحالة تنفيذه.[2]

وإذا كان التحكيم وفقا لهذين الأساسين يؤدي إلى منع المحاكم الإدارية المختصة من الفصل في النزاع طالما أن اتفاق التحكيم لا يزال قائما، لأنه في حقيقة الأمر يجعله مفضلا عن نظام القضاء لاسيما بالنسبة للمتعاقدين أو المتعاملين الأجانب الذين لا يرغبون في عرض نزاعاتهم على قضاء الدولة لما يتميز به من ميزات ومحاسن، إلا أن اللجوء إليه لا يخلو أيضا من المخاطر التي في ذاتها عيوبا تؤخذ عليه، وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية من خلال عرض محاسن و عيوب نظام التحكيم

الفرع الثاني: مزايا وعيوب نظام التحكيم

ان التحكيم طريق بديل عن اللجوء إلى القضاء انما وجد للمزايا التي يحققها ، خاصة في مجال العقود الاقتصادية، وبالرغم من المزايا التي يحققها هذا النظام الاستثنائي إلا إنه لا يخلو من بعض المثالب التي تميزه، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال ما يلي:[3]

أولا: مزايا التحكيم

1 ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 163.
2 ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص 164.
3 احمد بلتاجي، البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومحال التحكيم، بوابات كنانة أونلاين، 10 مارس 2017 الموقع الرسمي 918072 / http: //kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts للبواية.

يفضل كثير من الأفراد عرض النزاعات التي تنشأ بينهم مما يجوز فيها التحكيم إلى محكم أو هيئة تحكيمية، وأسباب اتجاههم إلى التحكيم، وعدم عرض الأمر على القضاء يعود بالنظر للمزايا التي يجدوها في التحكيم، ومن أهمها ما يلي:

1- سرعة الفصل في النزاع :

عرض النزاع على التحكيم يجنب أطراف الخصومة بطء التقاضي، واللدد في الخصومة القضائية، لأن المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي ومواعيدها، وبالتالي يتفادى البطء فيها، كما أن المحكم متفرغ للنزاع المطروح عليه على عكس التقاضي الذي يعرض عليه قضايا كثيرة.

2- توافر الخبرة والتخصص في المحكم، مما يوفر وقت للخصوم:

قد يكون الفصل في النزاع يحتاج إلى خبرة فنية معينة لا تتوافر لدى المحاكم، وبالتالي يكون عرض النزاع على محكم يتمتع بهذه الخبرة يوفر الوقت للخصوم، لأن المحكمة إذا عرض عليها مثل هذا النزاع تحتاج إلى ندب خبير، مما يطيل نظر النزاع، والطابع الفني للتحكيم وتوافره في المحكم، يؤدي إلى أنه يتفهم طبيعة النزاع وموضوعه ، ويوجد الوقت الكافي لحله.[1]

3- السرية :

يحقق التحكيم مصلحة الأطراف في سرية إجراءاته وهذا من شأنه أن يحفظ الأطراف النزاع سمعتهم وأسرار معاملاتهم.

4- المحافظة على العلاقة بين الخصوم

لأن التحكيم أقدر على إزالة آثار الخصومة من نفوس أطراف النزاع ، لأن الخصم يشارك في اختيار المحكم، ويرضى به، ويكون محل ثقته، مما يكون له أثر في إزالة آثار الخصومة.

5 - يخفف من نفقات الدولة على القضاء:

1 احمد بلتاجي،البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومجال التحكيم، الموقع السابق.

أن التحكيم معين لرفع القضاء بالتخفيف عنه، مما يجعل القضاة أكثر حيؤا لما يعرض عليهم من نزاعات كما يخفف من نفقات الدولة على القضاء.[1]

6- البساطة والسهولة:

يتميز التحكيم بالبساطة والسهولة، فالرسمية والشكل الذي يتميز بها القضاء لا محل لها في التحكيم لأنه يتميز بإجراءاته البسيطة البعيدة عن الرسمية والتعقيد.

7- أنسب طريقة لحل المنازعات:

بدأ يظهر في الآونة الأخيرة إبرام العقود والصفقات عبر شبكات الانترنت، والتي تصل إلى مبالغ تقدر بالمليارات، ولا شك أن التحكيم أنسب وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات، حيث يصعب تصوير هذه المنازعات أمام القضاء لعدم وجود أوراق تثبت العقود المبرمة، بل تتم على شاشات الحاسب الآلي.

8- التحكيم أداة تشجيع للتجارة الدولية:

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية وتشجع التجارة بين الدول فهو يطمأن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني وطول الإجراءات وأعتقد في إنجاز القاضي الوطني إلى موطني أطراف النزاع، كما يتلقى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية.[2]

ثانيا: عيوب التحكيم

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية ويشجع التجارة بين الدول فهو يطمأن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني وطول الإجراءات واعتقاده في انحياز القاضي الوطني إلى مواطنيه أطراف النزاع كما يتلاقى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية، للتحكيم رغم مزاياه بعض العيوب أهمها:

---

1 احمد البلتاجي، المرجع نفسه، نفس الموقع, http: / 918072 //kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts

2 احمد بلتاجي، مرجع السابق، http: //kenanaonline.com/users/alarnedbiltgy/posts / 9 18072

1- التكلفة المالية العالية التي ترهق أطراف النزاع:

وهي التي تتمثل في أتعاب المحكمين والخبراء، وعكس مجانية القضاء الرسمي في كثير من الدول، أو كونه برسم رمزي.

2- **الرقابة**:

أن التحكيم قد لا تتوافر فيه رقابة كافية تتابع وتدقيق أحكام المحكمين في مستوى المتاح في القضاء، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي ربما يصعب كشفها وترتيب الجزاء عليها وخاصة في بداية التحكيم قبل أن تترسخ معالمه في البلد وينشر اللجوء آلية وتكون له الإدارات المستقلة والمراكز المهتمة بسلامة تنفيذه.[1]

3- القاضي أكثر ممارسة للعمل القضائي من المحكم:

وبالتالي يخسر المحاكمات هذه الخبرة الثمينة، ورما يقع بعض المحكمين في أخطاء إجرائية جسيمة نتيجة قلة خبرتهم في ميدان القضاء والفصل في الخصومات، والتضرع من ذلك هم أطراف النزاع.

4- التحكيم نهائي غير قابل للاستئناف:

أن التحكيم لو طبق وفق نظامه الأصلي المنام، فهو حكم مائي غير قابل للاستئناف، وهذه رغم أنها قد تكون ميزة في بعض الأحوال لكنها تتضمن مخاطرة كبيرة في بعض القضايا المهمة، ويفوز على المحامين الاعتراض أو الاستئناف لتدارك بعض ما فات.

الفرع الثالث: أنواع التحكيم

إن إرادة الأطراف هي جوهر التحكيم، فهذه الإرادة تحدد مساره وقيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم وحتى نصابته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف[2]، فهذه الإرادة تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع والقانون الواجب تطبيقه، ونظرا لسلطان الإرادة في عملية التحكيم أدى ذلك إلى زيادة إقبالا لأفراد والدول على اللجوء إلى التحكيم أسلوبا لحل مايثور بينهم من منازعات خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي ونظرا لتشعب وتعدد المعاملات التجارية أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات التي تثيرها ، ومن

1 أحمد بلتاجي، المرجع السابق، Inttp: //ketituaonline.com/users/alaniedliltgy/posts / 918072
2 مناني فراح ، المرجع السابق، ص49.

ثم يتنوع التحكيم إلى دولي وداخلي ويندرج تحت هذا الأخير تحكيم اختياري وإجباريوأيضا من أنواع التحكيم تحكيم خاص ومؤسسي.

أولا: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي[1]

إن التحكيم ليس على شاكلة واحدة، بل يمكن أن يكون خاص كما يمكن أن يكون مؤسسي، وهو ما سنتعرض إليه من خلال هذا الجزء من البحث.

1- التحكيم الخاص:

أي تحكيم الحالات الخاصة، وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم خاصا ولم تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم بتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة.

2- التحكيم المؤسسي

كما ذكرنا آنفا لقد فرض التحكيم أهمية وجدانه، بل ضرورته خصوصا في محال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم بما تملكه من إمكانات علمية وفنية ومادية وعملية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية، ويتميز التحكيم المؤسسي أيضا بالسهولة واليسر، فهذه المنظمات لديها قوائم بالمحكمين من كافة الخبرات مما يساعد أطراف النزاع على اختيار الحكم المناسب، ورغم هذه الايجابيات التي يتسم بها التحكيم المؤسسي بيد أن له بعض السلبيات وهي:

أن هذه المنظمات التي تتولى الاضطلاع بالتحكيم قد نشأت في كنف الدول الصناعية ومن ثم فكثيرا ما كانت نظم ولوائح هذه المنظمات يبغي رعاية مصالح الدولة المتقدمة على حساب الدول النامية، ونظرا لعدم معرفة أطراف النزاع للمحكم والذي يتم اختياره بمعرفة المركز أو المنظمة من القائم المعدة فإن غالبا ما تتزعزع ثقة الأطراف في حيادة وأمانة هذا الحكم.[2]

1 مناني فراح، المرجع نفسه، ص 52.
2 فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية، مصر: شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http www.tashreaat.com/view_studiers2.asp://.

ثانيا: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

التحكيم كإجراء لفض المنازعات لا تحده حدود ومكان، فقد يكون على المستوى الداخلي كما يمكن على المستوى العالمي او الدولي، ومحددات ذلك هو أطراف العلاقة.

1 ـــ التحكيم الدولي

والمقصود به، التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية الأطراف النزاع، والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها.

ولقد وجد التحكيم الدولي بحاله الخصيب خصوصا مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.[1]

هناك إمكانية لأن ترعى التحكيم الدولي خمس أنظمة قانونية مختلفة على سبيل المثال وهي:

أ- قانون يطبق على الشرط التحكيمي وعلى شرط الاعتراف به وتنفيذه أو أي اتفاقية دولية في مستوى القانون.

ب-قانون يطبق على إجراءات التحكيم أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه أو اتفاق الطرفين على تطبيق إجراءات تحكيم مركز تحكيمي.

ج - القانون المطبق لحسم النزاع أو اتفاق على المبادئ العامة للقانون.

د- القانون الذي يطبق على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية أو الأجنبية أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه.

ه - كذلك قانون العقد الذي يمكن ألا يكون هو القانون الوطني أو قانون البلد الذي وقع فيه العقد بل قانون دولي أو مزيج من المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية أو ما سمي قانون التجار.

2- التحكيم الداخلي:

1 - أحمد يوسف خلاوي ، أنواع التحكيم ، القاهرة ، ب، س، ط، ص 5- 6.

هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني الأطراف النزاع و داخل دولتهم، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم، ويلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصا تميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي.[1]

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات

إذا كانت النزاعات تحل مبدئيا بواسطة القضاء بعد أن ولي عهد العدالة الخاصة إلا أن القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء إلزاميا على الخصوم للفصل في منازعاتهم، بل أجاز لهم قبل رفع الدعوى أو أثناء السير فيها اللجوء إلى وسائل أخرى لحل المنازعات وهاته الوسائل تتمثل فيما يلي

الفرع الأول: التحكيم الدولي والقضاء [2]

يختلف التحكيم عن القضاء من حيث التشكيل والإجراءات وآثار الحكم ووسائل الاعتراض عليه كالتالي:

يختار المحكم عادة من الخصوم أي من ذوي الشأن وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم (في شرط أو مشارطة) أو من خلال ورقة عرفية عن هذا الاتفاق الذي يضمن بالضرورة طريقة اختياره على الأقل، أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه وبالتالي فلا يتقاضى أتعابا من الخصوم بعكس التحكيم وإنما يتقاضى مرتبا من الدولة لأنه موظف عام ، كما أن ولاية القاضي تكون عامة حيث أنه رجل قانوني يشترط فيه مؤهل قانوني ولايمكن عزله إلا تأديبا على عكس ولاية المحكم فهي قاصرة فقط على النزاع المختار من أجله حيث أنه شخص فني ويعزل باتفاق الخصوم (2/178 مرافعات مصري) هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن سلطات المحكم نظرا لاختياره بالإدارة الخاصة أي باتفاق الخصوم قد تكون أوسع من سلطات القاضي بالنسبة لتطبيق القانون حيث أن المحكم قد يفوض بالصلح من الخصوم باتفاق تحديد أسماء المحكمين وبالتالي يلزم بتطبيق قواعد العدالة ولا يلزم بالتالي بتطبيق قواعد القانون، بينما القاضي يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون التحكيم بالقضاء) وقد يكون ملزما بتطبيق قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) باستثناء القاعدة المتعلقة بالنظام العام فلا يسري عليها اتفاق

1 مناني فراح، المرجع السابق، ص 55.
2 خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص 116-117.

الخصوم بينما القاضي يكون ملزما بتطبيق القانون، كما أن المحكم لا يستطيع توقيع جزاءات على الشهود أو إلزام الغير بتقديم مستند أو الأمر بالإنابات القضائية بعكس القاضي.[1]

كما أن المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على إجراءات الخصومة ما لم يتفق على غير ذلك أو ما لم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسية من حقوق الدفاع وغيرها بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومة (فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء)[2].

الفرع الثاني: التحكيم والخبرة القضائية

الخبير هو شخص فني (طبيب أو مهندس أو حسابي أو مصرفي أو غيره) يعطي رأيه الاستشاري بصد مسألة فنية تقتضيها قضية مطروحة على المحكمة ويصعب على المحكمة الإلمام بها فنيا بناء على قرار ندبه تلبية لطلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة ولكن هذا الرأي لا يقيد الخصوم ولا يقيد المحكمة.[3]

وفي القانون الجزائري لم يعرف الخبير لا في قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، بل اكتفى قانون الإجراءات المدنية القديم بتحديد مهام ذو صلاحيات الخبير في المواد من 47 إلى 55. المادة 42 من قانون الخبرة الكويتي رقم 40 لسنة 80، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995 مكرر، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أكتفي بتعريف الخبرة في المادة 125.[4]

أما الحكم فهو يباشر مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة ودون حكم بند به منها لأنه مختار من الخصوم في شرط أو مشارطة تحكيم كما أنه يصدر قرارا ملزما الأطراف النزاع دون أن يخضع لسلطة القضاء التقديرية في ذلك.

والحيرة هي المعرفة ببواطن الأمور، والخبير هو العالم في علم أو فن معين كالزراعة أو الصناعة أو الطب أو التجارة أو الضرائب أو القسمة ... وهكذا، ولا يشترط أن يكون عالما في جميع العلوم والفنون، والخبير يقدم رأيه بصدد موضوع

---

1 مناني فراح، المرجع السابق، ص 65.
2 منايي فراح ، المرجع السابق، ص 67.
3 المادة 42 من قانون الخبرة الكويتي رقم 40 لسنة 80، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995.
4 يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديده، دارهومة، الجزائر، 2009، ص73.

معين متى طلب منه ذلك دون أن يكون لرأيه أي قوة إلزامية لا للخصوم ولا لقاضي وهو يستجلي جانب الغموض في مسألة معينة ولا يعد رأيه رأيا استشاريا للحكم أو للقاضي الأخذ به أو تركه.[1]

في حين أن حكم المحكم إذا صدر صحيحا يكون ملزما للخصوم ولو كان مخالفا الرغباتكم وآرائهم وليس هناك مايمنع من أن يكون الحبير محكما مختارا من الخصوم شريطة أن تتوفر لديه أهلية الحكم وإذا دق الأمر بصدد تحديد مهمة الشخص بالنسبة لأمر ما فإن العبرة تكون بحقيقة الواقع أو المهمة دون الاعتداد بالألفاظ والعبارات التي صيغت بها فإن جاء الاتفاق دالا على تكليف شخص بحسم نزاع بين الطرفين فيكون هذا الشخص محكما ولو أسماه المتعاقدان بأنه خبير.

وبالرغم من تماثل المحكم مع الخبير في أن كلا منهما ليس عضوا في جهاز القضاء وكل منهما شخص في يصدر رأيا فنيا في قضية معينة، ويخضع كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد (خضوعهما لقواعد الرد) والموضوعية إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر في النواحي الآتية:[2]

- الخبير القضائي يبدي رأيه في الوقائع دون القانون بعكس الحكم الذي يلزم بإبداء رأيه في الوقائع وفي القانون كذلك مع أنه قد لا يكون بالضرورة شخصا قانونيا.

كما أن رأي الخبير القضائي استشاري للمحكمة بعكس رأي المحكم فهو ملزم الأطراف النزاع.

- لا يشترط أن يعين الخبير بالاسم أما الحكم المصالح يشترط أن يعين بالاسم في وثيقة التحكيم.

- أن الخبرة لاتقتضي وجود مشارطة أو شرط رضائي بعكس التحكيم الاختباري الذي يفترض وجود مشارطة أو شرط التحكيم أي أن الخبرة تقتضي ممارستها وجود نزاع بعكس التحكيم الذي قد يقتضي وجود نزاع قائم (مشارطة) أو نزاع يحتمل وقوعه في المستقبل (شرط).

- أن الالتزام بعمل الخبير يقتضي حكم من المحكمة وإذا كان الاتفاق تعيين خبير فلا يعتبر مشارطة تحكيم ولا يحتاج إلى وكالة خاصة ولا أهلية التصرف أما قرار المحكم فيجوز حجية الأمر المقضي فيه ويستنفد بمجرد صدوره ولاية المحكم ويصدر أمر بتنفيذه دون حاجة إلى حكم من القضاء.

1 مناني فراح، المرجع السابق، ص67.
2 مناني فراح، المرجع نفسه، ص 68.

- لا يجوز الطعن في قرار الخبير مباشرة بعكس قرار المحكم الذي قد يجوز الطعن فيه.

- أن الخبير ملزم بتطبيق قواعد الإثبات على عملية الخيرة أما الحكم فيكون ملزما بالقانون الموضوعي والإثبات (تحكيم بالقضاء) وقد لا يلزم بتطبيق القانون (كالتحكيم بالصلح).

- أن التحكيم يتميز عن تعيين خبير مفوض بتحديد عنصر في العقد (اتفاق الأطراف على تفويض شخص من الغير لتحديد ثمن الشيء البيع) وذلك لأن هذا المفوض لايحل نزاعا ولا يصدر حكما وإنما يجد عنصرا في العقد ويخضع عمله للنظام القانوني وليس إلى نظام التحكيم.

إن العبرة في تفويض شخص للقيام بمهمة التحكيم أو الخبرة ليس بالتسمية التي يطلقها ذوي الشأن على الشخص وإنما العبرة بطبيعة المهمة المناطة به لذلك فاتفاق المومن مع شركة التأمين في بوليصة التأمين على اختيار شخص لتقدير التعويض في حالة حدوث الخطر المؤمن عليه مع التزامهما هذا التقدير يجعل اعتبار هذا الشخص محكما وليس خبيرا مفوضا.

الفرع الثالث: التحكيم والصلح والتوفيق

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني ، بأنه

" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه ".

وبالرجوع إلى مصطلح الصلح المبين بالمادة 990 قانون الإجراءات المدنية الجديد باللغة الفرنسية يفيد التوفيق La Conciliation ومصطلحي التوفيق والوساطة اختلف بشأنهما كثير من الفقهاء بخصوص الغاية[1]، ولكن كمصطلح له مفهوم واحد إذ قبل السبعينات كان المصطلح المعروف هو التوفيق La Conciliation وبعد السبعينات مصطلح الوساطة Mediation.

وإن ما جاء بالمادة 990 صلحا أم توفيقا يتم إما تلقائيا أو بسعي من الخصوم أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة ويثبت هذا التصالح أو التوفيق في

1 المادة (99)، من القانون رقم (8) - 9)، السالف الذكر.

محضر يوقع عليه الخصوم القاضي أمين الضبط ويودع بأمانة كتابة الضبط ليصبح سندا تنفيذيا (المواد 991، 992، 993).[1]

إذ يفهم من هذه النصوص أن الصلح يمكن أن يبدأ اتفاقيا ولكن ينتهي دائما ليكون اتفاقا قضائيا من خلال تثبيته من طرف القضاء كما انه لا يستشف أن هذا التصالح يوكل لجهة أخرى (موفق Conciliation) خاص أو مؤسساتي عدا التأكيد أن تثبيت التصالح موكل لقاضي الدولة والتوفيق فهو يعد من الحلول البديلة الرضائية لفض النزاعات والذي يمكن من تفادي اللجوء إلى القضاء التقليدي فتختار أطراف النزاع اعتماد مساعدة طرف أجنبي مستقل ونزيه ويتمتع بالخبرة والكفاءة ليتولى متابعة حوارها وتسييره ويشجع على إيجاد الحل، فيتأمل من عناصر الخلاف بصفة محايدة ويقترح على أطراف النزاع الحلول الملائمة والتي تتوافق مع مصالحها دون أن تكون له إمكانية الإلزام بذلك الحل، فنجاح المساعي التوفيقه هي رهينة إرادي الفرقاء ورضائهم.

والتحكيم: يقصد به في الاصطلاح القانوني، اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.[2]

المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

1 تنص المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: " تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك "، أما المادة 992 من نفس القانون تنص على أنه : " بقيت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة النظامية "، كما أن المادة 993 من نفسي القانون تنص على انه: " لا يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط ".

2 أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.

إن أول خطوة في عملية التحكيم هي حصول الاتفاق بشأنه بين أطراف العقد وذلك من خلال النص عليه عند إبرام العقد الأصلي وقبل نشوء أي نزاع أو خلاف بين المتعاقدين - شرط التحكيم - ويهدفان من خلاله إلى عرض نزاعاتهم التي تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التحكيم.

المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية

سبق وان ذكرنا أنه يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العمومية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها، وذلك من خلال تضمينها شرط التحكيم وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدي التزامالأطراف بالخضوع له فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلفرعين فروع تخص الأول لدراسة تعريف شرط التحكيم والفرع الثاني فنخصصه لدراسة كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم (La clause compromissoire)

- تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي **" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على تحكيم داخلي "**، كما تنص المادة 1040 على أن **" اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات المستقبلية "**.

يتبين من التعريفين أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن العقد، يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه. فلا يرد على نزاع معين، ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي الميرم بين أطرافه كبند من بنود العقد وقد يكون منفصلا بحيث يرد في عقد لاحق يكون مبرم بينهما، ونكون ها بصدد اتفاق التحكيم.[1]

الفرع الثاني: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية

مما لا شك فيه أن الاتفاق على التحكيم وكيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود ذلك انه باعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية تتركز أساسا على الأموال العامة فإنه من الطبيعي أن يتدخل المشروع ويضبطها بقواعد وإجراءات خاصة، ابتداء من مرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة

1 نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35 جامعة باجي مختار عنابة، سبتمبر 2013.

عليها من جانب الهيئة المختصة، بل ويرتب القانون على عدم احترام هذه الإجراءات فساد الصفقة، أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها.

وتعرف المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصفقة بأنها " **عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجالا لأشغال واللوازم والخدمات والدراسات** ".[1]

ذلك أنه يجب على الأطراف بداية تحرير عقد الصفقة كتابة باعتبارها ركنا الانعقاد الصفقة العمومية، وليس كوها وسيلة لإثبات يترتب على تخلفها بطلان أو فساد الصفقة مع تحديد الجهات المتعاقد بصفة واحة وصريحة.

بل ويستلزم المشروع إلى جانب ذلك تحديد نوع الصفقة تحديدا دقيقا فضلا عن تبيان كيفية إبرامها وذلك ما نصت عليه المادة 29 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه والتي جاء فيها تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:
- المجاز الأشغال.

- اقتناء اللوازم.

- انجاز الدراسات.

- تقديم الخدمات.

هذا بالإضافة إلى عقود البرامج وصفقات الطلبات التي نصت عليها المادة 32 من المرسوم والتي جاء فيها " **يمكن المصلحة المتعاقدة أنتلجأ أيضا حسب الحالة إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية طبقا للتنظيم المعمول به** ".

من أما عن كيفية إبرام الصفقات العمومية فإنها في الجزائر تتم وفق أسلوبين

– أسلوب طلب العروض وأسلوب التراضي - ويستلزم القانون على الأطراف المتعاقدة - تحت طائلة الإيطال - تحديد الأسلوب الذي يتم به إبرام الصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.[2]

1- أسلوب طلب العروض:

1 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015، يتعلق بقانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج، ر، ج،- ج: عدد 50 الصادرة في 20-09-2015.
2 " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة ، أو وفق اجراء التراضي ".

وبالرجوع إلى نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر يتضح إن اجراء طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية، وتعرفه المادة 40 المرسوم بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضة، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا الى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الاجراء ".

ويتخذ اجراء طلب العروض الذي يمكن أن يكون وطنيا او دوليا، عدة أشكال تتمثل في طلب العروض المفتوحة ، وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود، والمسابقة.[1]

وتمر الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الأسلوب بعدة مراحل تبدأ من تحضير الصفقة عن طريق تحديد الحاجات[2]، الى تحضير دفتر الشروط بما في ذلك التأشير عليه من طرف لجنة الصفقات، إلى الإعلان عن طلب العروض، ثم مرحلة إيداع العروض ، فمرحلة فتح وفحص العروض، وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين، لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يدرج فيها شرط التحكيم

فهذه المرحلة إذا هي مرحلة قانونية جد هامة، حيث يتم فيها الاطلاع على إرادة الطرفين والتي تتجسد لاحقا في الاتفاق على بنود الصفقة باعتبارها عقدا كبقية العقود، تتضمن جملة من المواد تتعلق بكل جوانب الصفقة المالية والتقنية والتعاقدية والتسمية، وغيرها.

ومن ضمن هذه المواد أو البنود، المادة التي تتعلق بتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الطرفين أو المتعاقدين، وهنا يتفق الطرفان على حل خلافاتهم المستقبلية باللجوء إلى التحكيم، وذلك من خلال وضع شرط التحكيم، كأن تصاغ هذه المادة على النحو الآتي: تسوى الخلافات التي تطرأ حول تفسير كيفية تنفيذ هذه الصفقة المستقبلية وديا بين الطرفين المتعاقدين، وذلك في إطارالإجراءات القانونية لاسيما المادة 153 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247، وفي حالة عدم التواصل إلى تسوية ودية مائية، يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم بعد الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية ما نخلص إليهان وضع شرط التحكيم لا يكون إلا في هذه المرحلة بالذات، أي عند تحرير بنود الصفقة والتوقيع عليها من طرف المتعاقدين، وإن كان مجرد التوقيع عليها لا يجعلها منتجة

1 المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15- 247، السالف الذكر.
2 المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، السالف الذكر.

لآثارها، وإنما يستلزم المشرع إضافة إلى ذلك موافقة الجهات المحددة في المرسوم الرئاسي السالف الذكر والتي تتمثل في:[1]

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة

- الوالي فيما يخص صفقات الولاية

- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري

- وعلى ذلك فإن الموافقة على الصفقة بما فيها الموافقة على ما تتضمنه من الشروط التحكيم لا يكون ناجزا ونافذا إلا بعد موافقة هذه الهيئات كل حسب اختصاصه.

2 - أسلوب التراضي

لقد اعتبر المشرع صراحة بموجب نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليها نأسلو بطلب العروض هو القاعدة أو الأساس في إبرام الصفقات العمومية واستثناء يمكن اللجوء إلأسلوب التراضي بشكليه، أين تتخلص فيه الإدارة من القيود والشكليات والإجراءات المحددة والمنصوص عليها فيما يخص أسلو بطلب العروض، إذ أن المصلحة المتعاقدة تكون مفيدة في اختيار المتعاقد معها، كونها مرتبطة بإجراءات قانونية تستوجب مراعاتها وإلا ترتب عنها لكل ذي مصلحة المطالبة بالبطلان، ونظر لكون أسلوب المناقصة يتطلب إجراء المعقدة وطويلة فإنه قد تظهر حاجات استعجالية أو ملحة، وغيرها تستوجب أن تتم مواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية باللجوء إلى هذا الأسلوب بغية تلبيتها.

وقد عرف قانون الصفقات العمومية حيث أسلوب التراضي " **بأنه إجراء تخصيص صفقة المتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي البسيط ويأخذ التراضي إحدى الصورتين صورة التراضي البسيط أو صورة التراضي بعد الاستشارة** ".[2]

والأصل ان الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم بأتباع إجراء معين مثلما هو الحال بالنسبة لطلب العروض التي يستدعي فيها المشروع جملة من المراحل كما سبق بيانه، إنما يستلزم المشرع فقط على الإدارة وطبقا للمادة 60 من

1 المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.
2 المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 السالف الذكر.

نفس المرسوم الرئاسي[1] تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعينة، فإذا توفرت إحدى الحالات المذكورة في أن- " المرسوم الرئاسي محل الدراسة، وهما المادتين 50 و51 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 اللتين تحددان شروط اللجوء إلى أسلوب التراضي، سواء البسيط او بعد الاستشارة.

ولعل هذا الأسلوب أي أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي يمثل المحال الخصب لإدراج شرط التحكيم وبكل حرية، حيث فيه تتحرر الإدارة من جملة الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتطلبها عند إبرام الصفقة عن طريق طلب العروض.

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الصفقة العمومية

إن استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية مسألة غاية في الأهمية ذلك أن هذه الاستقلالية تحمي أي طرف من أطراف من الادعاءات التي قد يقدمها الطرف الثاني والتي تكون الغاية منها تعطيل تنفيذ الصفقة أو التنصل والتراجع عن الاتفاق المبرم بشأن اللجوء إلى التحكيم بدافع أن إجراءات الصفقة غير سليمة مثلا ومخالفة للقانون أو فيها أي عيب من العيوب مهما كان مصدره من أجل مواجهة كل هذه الصعوبات قرر المشروع في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفق العمومية وفق ما بينه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول : مفهوم استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي سبق أن رأينا أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرق العلاقة القانونية التي سينشأ عنها النزاع ، وهو التحكيم (La clause compromissoire)، أو عن طريق اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية التي أثير بشأنها النزاع المراد حسمه ، وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم مشارطة التحكيم.[2]

1 المادة (6) من المرسوم 15- 247 السالف الذكر والتي تنص على " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة".
2 فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 26.

ويقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم هو انفصال هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، أو ارتبط فيه، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة شرط التحكيم إلى أهمية ماهيته، أي من حيث وجوده هو لا من حيث وجود العقد.[1]

ويعرف مبدأ استقلالية شرط التحكيم: بأنه قابلية هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي يتضمنه واستقلاله عن ذلك العقد الأصلي الذي يتضمنه واستقلاله عن أن شرط التحكيم لا يرتبط مصير العقد الأصلي؛ فلا شأن لشرط التحكيم بما يعتري العقد من بطلان أو فسخ، فيظل شرط التحكيم قائما منتجا لأثاره في حسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم، والتي تتعلق بصحة العقد أو فسخه، أو إنهائه.[2]

فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يأتي دائما بمناسبة عقد بين طرفي العلاقة القانونية التي ثار أو سيتور بشأها النزاع المراد حسمه بواسطة التحكيم، ما يعني أنه ثمة ارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يربط طري العلاقة القانونية، وهنا يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، إذا ما تعرض هذا الأخير إلى سبب أدى إلى بطلانه أو فسخه، فهل اتفاق العقد الأصلي وجودا وعدما، أو يعتبر العقد الأصلي، فيظل صحيحا ونافذا حتى ولو أبطل العقد الأصلي أو تم فسخه ؟

فالمتصور منطقيا أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض، فأنه يزول بكل ما تضمنه ، وبالتالي ينتهي شرط التحكيم بالتبعية، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم الدولي انتهي إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عنا العقد، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط الصحية الخاصة به.[3]

ولم يتبنى المشرع في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التحكيم، ما يؤدي بالقول إن منازعة إحدى الطرفين بصحة العقد تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص مستقل عن الأصلي، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارية، إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضي بصحة العقد عادة الحياة إلى الشرط التحكيمي والى التحكيم، أما إذا قضي بغير ذلك فإن القضاء هو المختص بنظر النزاع التعاقدي، أما في التحكيم الدولي فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " **لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة**

1 أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 224.
2 محمود مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 68.

3 محمود مختار أحمد بربري، المرجع نفسه، ص 69.

العقد الأصلي [1]"، فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم الذي لم يتبين نظرية استقلال شرط التحكيم في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح.

الفرع الثاني: آثار استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية

يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي عقد الصفة العمومية – النتائج الآتية :

أولا: أن بطلان كل من العقد الأصلي – الصفقة– أو بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطلت الصفقة أو تم فسخها لسبب ما، كمخالفتها لإجراء جوهري من إجراءات إبرامها، أو كان موضوع الصفقة مخالفا للنظام العام، أو لعدم جدوى الصفقة، فإن شرط التحكيم يظل صحيحا ومن ثم يمكن السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع حول مدي صحتها، ومن قبل المحكم، وليس من قبل المحكمة، وعليه يمكن القول أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وتدعيم اتفاق التحكيم.

ثانيا: إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه بنظر النزاع ، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تحويل المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلاها وسقوطه.

1 المادة 1040 الفقرة 4 من القانون 08-09 السالف الذكر.

خاتمة

يمكننا القول من أن الصفقات العمومية وسيلة لترشيد النفقات وحماية المال العام نظرا لعلاقتها القوية بالخزينة العمومية باعتبارها الاطار الذي يتم من خلاله صرف المال العام، وعلى أساس ذلك ولّت الحكومة الجزائرية أهمية كبرى لنظام الصفقات العمومية من حيث التنظيم والرقابة من اجل إرساء مبدأ الشفافية والمساواة و السهر على حماية المال العام من التبديد والرشوة والاختلاس، ومن هنا هدفنا في هذه الورقة البحثية الى ابراز مراحل ابرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247.

كما منح المشرع في قانوني البلدية والولاية للجماعات الإقليمية مجموعة من الصلاحيات الرامية إلى بعث التنمية والمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني، وفي نفس الوقت وضع تحت تصرفها آلية التعاقد عن طريق الصفقة العمومية لتحقيق ذلك، وتماشيا مع تراجع المداخيل المالية للخزينة العمومية جعل من السلطات العمومية تولي أهمية لهذا الموضوع، من خلال إعادة إصلاح منظومة الصفقات العمومية بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وتضمينه تدابير تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني وترشيد النفقات، وهي إرادة تتماشى مع تشريع الإدارة المحلية في هذا المجال، فألزم من خلاله جميع المصالح المتعاقدة بضرورة استغلال عقود الصفقات لترقية المنتوج المحلي ودعم المتعاملين الاقتصاديين، كمنح هامش الأفضلية للعروض المتضمنة منتجات وطنية مع منع اللجوء إلى المنتوج المستورد، والسعي إلى تمكين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وبعض فئات المتعاملين الحرفيين من المشاركة في الطلب العمومي.

وفي الأخير نستخلص مما سبق أنه في حالة فشل آليات التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن ابرام وتنفيذ الصفقات العمومية التي كرسها المشرع

الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15/247، يتم اللجوء إلى العدالة من أجل تسوية تلك المنازعات، وفي نهاية بحثنا هذا ارتأينا أن نقترح ما يلي.

ـــ على المشرع الجزائري تحديد التكييف القانوني للصفقة العمومية صراحة، لتفادي كل الاختلافات حول طبيعة عقد الصفقة العمومية في الجزائر.

ـــ على المشرع الجزائري إعطاء الأهمية أكثر بالنسبة للنزاعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية للحد من المنازعات الناتجة في المراحل الابتدائية التعاقدية.

ـــ تفادي التعديلات الكثيرة في آجال قريبة لتنظيم الصفقات العمومية مما يؤدي إلى تناقض واختلاف في تطبيقه وزعزعة ثقة المواطنين بالنصوص القانونية، الأمر الذي يشجع على الهروب من تطبيقها، وإبرام صفقات غير مشروعة.

لذلك فمن الضرورة اللجوء إلى وضع قانون صفقات عمومية بحكم البرامج والمشاريع على المدى الطويل وليس تعديل تنظيم الصفقات العمومية في فترات قريبة لتحقيق أهداف ظرفية فقط.

بالرغم من النقائص التي حملها المرسوم الرئاسي رقم15-247 في مجال الطعن أمام لجان الصفقات العمومية فإن التطور الإيجابي الذي أتى به في هذا المجال تمثل في إلزامية الحل الودي الذي تأتي به اللجنة في مواجهة المصلحة المتعاقدة بعدما كان هذا الحل مجرد رأي طبقا للمرسوم الرئاسي رقم10-236.

قائمة

المراجع

قائمة المصادر المراجع:

المصادر:

القرأن الكريم.

أ ــ النصوص القانونية

1. النصوص التشريعية

أ- الأمر رقم 75/58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يوليو 2005 المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

ب- المادة 1006 من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في21/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج . ر . ج . ج: عدد 21 الصادرة في 23 فيفري 2008.
ج- المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشان التحكيم.
د- المادة 42 من قانون الخبرة الكويتي رقم 40 لسنة 80، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995.

2. النصوص التنظيمية

أ- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52، لسنة 1967.
ب- المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 19) نوفمبر 1991، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 35، 1991.
ج- المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد - 52 .
د- المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، التضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58.
ه- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 56، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ب ــ الكتب:

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
2. أحمد يوسف خلاوي ، أنواع التحكيم ، القاهرة ، ب، س، ط.
3. أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
4. النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلة ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018.
5. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديده، دارهومة، الجزائر، 2009.
6. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار المدى، عين مليلية، الجزائر، 2010.
7. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

8. محمود مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
9. محمد علاء الدين الحصفكي، شرح الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د. س. ن.
10. محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
11. مراد محمود الواحدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010.
12. عبد الباسط محمد عبد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2005.
13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه والقضاء مجلس الدولة التعويض عن مسؤولية الإدارة العقدية وغير العقدية التعويض عن أعمال الإدارة العادية غير المشروعة)، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2009.
14. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
15. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
16. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002.

ج ــ المقالات والمجلات العلمية

1. بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس بالمدية الجزائر،عدد 02، 2015.
2. نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35 جامعة باجي مختار عنابة، سبتمبر 2013.

د ــ المداخلات العلمية

1. فاضلى سيد علي، " التسوية الودية النزاعات الصفقات العمومية "، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات اليوم الدراسي حول تنظيم الجديد للصفقات العمومية

الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يوم 26 فيفري 2016.
2. خليفة الذهبي، " ضمانات تسوية الصفقات العمومية "، مداخلة مقدمة ضمن فعليات الندوة الوطنية حول تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، يومي 05- 06 فيفري 2018.

ه ــ المذكرات والأطروحات

1. زايدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ملحقة مغنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015- 2016.
2. مباركي ربيحة منديل ياسمينة، التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، قسم الحقوق، 2015- 2016.
3. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2014-2015.

و ــ القرارات القضائية

1. قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 437331، الصادر بتاريخ 09/11/1985، المجلة القضائية، العدد 2. 1990.
2. قرار المجلس الأعلى، الغرفة الادارية، ملف رقم 62252، الصادر بتاريخ 31/12/1988، المجلة القضائية، العدد 21992.

ز ــ المواقع الإلكترونية

1. احمد بلتاجي، البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومحال التحكيم، بوابات كنانة أونلاين، 10 مارس 2017 الموقع الرسمي 918072 / http: //kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts للبوابة.
2. فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية، مصر: شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http :// www.tashreaat.com/view_studiers2.asp

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

شكر وتقدير

العنوان.....الصفحة

مقدمة.....01 ــ 05

الفصل الأول

لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية.....07

المبحث الأول: ماهية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية.....07

المطلب الأول: تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وتطورها حسب التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية.....07

الفرع الأول: تعريف التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....08

الفرع الثاني : التطور القانوني لنظام التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....09

أولا / التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأمر رقم 67-90.....09

ثانيا / التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي رقم 91-434.....11

ثالثا / التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 02-250.....12

رابعا / التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 10-1236.....15

المطلب الثاني : أهمية التسوية الودية المناعات الصفقات العمومية وأهم منازعاتها.....16

الفرع الأول: أهمية التسوية الودية لمناعات الصفقات العمومية.....17

أولا / الأهمية المالية للتسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....17

ثانيا / الأهمية الاقتصادية للتسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....17

ثالثا / الأهمية الاجتماعية والتنموية لتسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....18

الفرع الثاني: أهم المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.....19

أولا: المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها.....20

01 / المنازعات الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية.....20

02 / إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط المالية.....22

03 / إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق ملحق.....23

ثانيا: المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته.....24

01 / امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة.....24

02 / تأخر المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة.....25

03 / تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفقة بصورة غير مرضية ومعيبة.....25

04 / استحالة تنفيذ الصفقة بسبب خارج إرادة المتعامل المتعاقد.....25

المبحث الثاني: إجراءات التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....26

المطلب الأول: الضوابط القانونية للحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية.....26

الفرع الأول: أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل.....28

الفرع الثاني: الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.....28

الفرع الثالث: التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.....29

الفرع الرابع: البحث عن التسوية النهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة.....29

المطلب الثاني: التسوية الودية أمام اللجان المختصة لمنازعات الصفقات العمومية.....30

الفرع الأول: لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في الولاية.....31

أولا: تشكيلة لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في الولاية.....31

ثانيا: نطاق اختصاص لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في الولاية.....32

الفرع الثاني: لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية في الوزارة والهيئة العمومية.....33

أولا: تشكيلة لجنة التسوية الودية للمنازعات في الوزارة والهيئة العمومية.....33

ثانيا: نطاق اختصاص لجنة التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية.....34
الفرع الثالث: إجراءات التسوية الودية أمام اللجان المختصة لمنازعات الصفقات العمومية.....34
الفصل الثاني
النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....37
المبحث الأول: خصوصية التحكيم في الصفقات العمومية.....37
المطلب الأول: مفهوم التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية.....38
الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه.....38
أولا: تعريف التحكيم.....38
ثانيا: أساس اللجوء إلى التحكيم.....41
الفرع الثاني: مزايا وعيوب نظام التحكيم.....43
أولا: مزايا التحكيم.....43
ثانيا: عيوب التحكيم.....45
الفرع الثالث: أنواع التحكيم.....47
أولا: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.....47
ثانيا: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي.....49
المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات.....50
الفرع الأول: التحكيم الدولي والقضاء.....50
الفرع الثاني: التحكيم والخبرة القضائية.....52
الفرع الثالث: التحكيم والصلح والتوفيق.....55
المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....57
المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية.....57
الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم (La clause compromissoire).....57

الفرع الثاني: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.....58
المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الصفقة العمومية.....63
الفرع الثاني: آثار استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية.....65
خاتمة.....67 ـــ 68
قائمة المراجع.....69 ـــ 73
فهرس المحتويات

الملخص:

من خلال دراستنا لآلية التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وتبيان أهميتها وكذا الإجراءات الخاصة بها، يتضح لنا أن هذه الآلية تتميز ببساطة وسهولة إجراءاتها،كما أنها تؤدي إلى اختصار الوقت والجهد والمال، وبالتالي تفادي اللجوء إلى القضاء وإجراءاته المكلفة والطويلة وإشكالات تنفيذ أحكامه، مما يؤثر سلبا على الأهداف المرجوة من الصفقة العمومية.

ورغم أن التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية تضمن لنا الوصول إلى حل ودي بين الأطراف المتنازعة في وقت قصير وبأقل التكاليف، إلا أن هذا يحتاج أكثر إلى تفعيل النصوص القانونية الخاصة بهذه الآلية وإجراءاتها.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، التسوية الودية، التحكيم، لجان التسوية الودية الحل الودي، المحكمين.

Résumé:

Grâce à notre étude du mécanisme de règlement amiable des différends, les transactions publiques et de démontrer leur importance, ainsi que leurs propres actions, il nous apparaît clairement que ce mécanisme se caractérise par simplement et facilement des procédures, car ils conduisent à réduire le temps, d'efforts et d'argent, et d'éviter ainsi le recours à la justice et aux procédures mise en œuvre coûteuse et longue et problématique de ses dispositions, ce qui affecte négativement Sur les objectifs souhaités de la transaction publique.

Bien que le règlement amiable des litiges en matière de marchés publics nous permette de parvenir rapidement et à moindre coût à une solution amiable entre les parties au différend, cela nécessite une activation plus poussée des textes juridiques de ce mécanisme et de ses procédures.

Mots-clés: accord public, règlement amiable, arbitrage, comité de règlement amiable, solution amiable, arbitres.