مجلة العلوم الإنسانية —— عدد 50 ديسمبر2018، المجلد ب، ص. ص 473-486 ——

خصوصية الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري

د. بودليو سليم

نويوة هدى

كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة

ملخص:

لقد أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية على الرغم من ان هذه الأخيرة يحكمها نظام خاص و متميز وهو ما يجعل الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بها يمتاز بخصوصية.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم ـ الصفقات ـ المنازعات ـ الاتفاق

Abstract:

The Algerian legislator has authorized arbitration in the matter of public transactions, although the latter is governed by a special and distinguished regime, which makes the agreement on arbitration in disputes related to it special.

مقدّمة:

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا سياسيا وايديولوجيا معارضا للتحكيم ـ بصفة عامة ـ تبريرا بأولوية السيادة الوطنية جاعلة الأولوية للقانون و القضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم، و يتجلى ذلك في المبدأ العام الذي أرسته المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966والذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

© جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر2018

غير أن هذا الموقف بدأ ينفرج تدريجيا بسبب تطور الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالداخل والمعطيات الدولية الجديدة بالخارج، وصولا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 اين فتح المشرع المجال على مصراعيه للتحكيم بدون تحفظ و في كل المنازعات ما عدا ما استثني بنص صريح و اهم مسالة دهب المشرع فيها بعيدا في مجال التحكيم وهي منازعات الصفقات العمومية التي تبرم وتنفذ وفق إجراءات دقيقة و مضبوطة ومع ذلك أجاز التحكيم فيها لاسيما ما تضمنته المادة 155 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية في سنة 2015[1] و مما لا شك فيه ان هذا التوجه يجعل الفصل في هذه المنازعات عن طريق التحكيم يمتاز بخصوصية إن عند إبرام اتفاق التحكيم او عند مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية أو عند التنفيذ غير أن اهم مسألة تثار بشان التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هي الاتفاق على التحكيم لحل النزاع، على هذا الأساس يطرح التساؤل بماذا يمتاز اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية عن غيره وهل خصه المشرع بأحكام خاصة و ما الغاية من ذلك؟.

من اجل الإجابة عن هذه التساؤلات ارتأيت تقسيم مداخلتي إلى ثلاثة محاور نخصص الأول لدراسة شرط التحكيم و كيفية إدراجه في عقد الصفقة وفي محور ثاني مشارطة التحكيم بعد نشوء النزاع على ان نخصص الثالث لبيان مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الصفقة في حذ ذاتها على ان نختم مداخلتنا وبحثنا بنتائج و ملاحظات نرى ضرورة لتقديمها إثراء لمحاور الملتقى.

المحور الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية

يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العمومية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها وذلك من خلال تضمينها شرط التحكيم وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدى التزام الأطراف بالخضوع له، فإننا سوف نقسم هذا المحور إلى ثلاثة فروع نخص الأول لدراسة تعريف شرط، التحكيم، والفرع الثاني لشروط صحة شرط التحكيم أما الفرع الثالث فنخصصه لدراسة كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في معاملاتهم التي تدخل في مجال التحكيم بعرض النزاع الذي قد ينشب على التحكيم [1]وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أحكامه المتعلقة بالتحكيم الداخلي في المادة 1007 على أن شرط التحكيم هو" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار في هذا العقد على التحكيم"، أما في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1040 منه على أنه" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وشرط التحكيم في الصفقات العمومية هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه كل من المصلحة المتعاقدة و المتعاقدين معها في عقد صفقة عمومية بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي تنشأ عن العقد المذكور.

من خلال هذا التعريف وما ورد بنص المادة 1040 يتضح أن الأطراف يتفقون على التحكيم قبل حدوث أي خلاف بينهم فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد الأصلي ـ وهو الأمر الغالبـ كما قد يرد في عقد لاحق ويحيلون ما سينشأ بينهم من نزاعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 1008 في عبارة " ...أو في الوثيقة التي تستند إليها".

ويكون المميز لشرط التحكيم في كلتا الحالتين، هو ليس وروده في العقد الأصلي ـ مصدر الرابطة القانونية ـ ولكن كون النزاعات التي يشملها شرط التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة، فهي لم تنشأ بعد[2]، وكما بينا من قبل ففي مجال الصفقات العمومية فإن شرط التحكيم ووفقا لهذين النصين قد

يكون في شكل بند أو نص من نصوص الصفقة المبرمة والموقع عليها والموافق عليها فيما بعد ويدرج في النصوص المتعلقة بتسوية النزاعات بن عقد الصفقة، أو قد يحرر في وثيقة لاحقة ولكنها تابعة لها وهي جزء من عقد الصفقة بحيث يتم الاتفاق فيها على الفصل في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا عن طريق التحكيم.

الفرع الثاني: شروط صحة شرط التحكيم

إن ما يترتب على اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم من أثر هو سلب قضاء الدولة الولاية بالفصل في النزاعات المستقبلية وعرضها على محكم أو محكمة تحكيم أو هيئة تحكيم، قد يتفق عليها عند وضع الشرط التحكيمي وقد يتفق عليها لاحقا، ما يعني أنه لحل أي نزاع يتعلق بالصفقة موضوع العقد يجب أن يعرض على أشخاص غير نظاميين قد يكونوا من الجزائر أو خارجها، وقد يطبق القانون الجزائري وقد لا يطبق. لذلك اتجه ومنذ سنين طويلة بروتوكولي اتفاقية جنيف لعامي 1923 و1927 إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها للتأكد من صحة وجود اتفاق التحكيم[3]، وهكذا انتهت هاتان الوثيقتان إلى عدم تنظيم المسألة دوليا اكتفاء بالإحالة إلى التشريعات الوطنية في ضوء السياسة العامة التي ينتهجها المشرع في كل دولة على حدى، وإن كان هذا الأمر قد أدى في الواقع العملي إلى الكثير من التباين والاضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية.

وإذا كان شرط التحكيم ما هو إلا عقد ضمن العقد الأصلي، يرتب على عاتق طرفيه التزامات وحقوق، فقد استوجب المشرع لهذا الاتفاق جملة من الشروط الشكلية والموضوعية نتناولها في الآتي:

أولا: الشروط الشكلية

1 ـ شكل شرط التحكيم: لقد ميز المشرع الجزائري بشأن الشكل الذي يظهر فيه شرط التحكيم بين ما إذا كان التحكيم داخليا و ما إذا كان دوليا[4].

فبالنسبة للتحكيم الداخلي فإنه طبقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الوسيلة الوحيدة التي يظهر بها شرط التحكيم هي أن يكون مكتوبا في عقد الصفقة (بند من بنودها) أو في وثيقة مكتوبة لاحقة أو ملحقة بعقد الصفقة يستند إليها، ففي كلتا الحالتين يستوجب الأمر كتابة شرط التحكيم. وهو ما تنص عليه المادة بعبارتها " يثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي يستند إليها"، وبالتالي فالكتابة هي شرط لصحة الشرط التحكيمي وليس لإثباته.

بينما في التحكيم الدولي فقد اشترط المشرع بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تبرم الاتفاقية بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، بمعنى أية وسيلة للاتصال كالفاكس أو البريد الإلكتروني تكون مقبولة في مجال التحكيم الدولي، ولكن يجب أن يتحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو تلكس يتضمن عرض الالتجاء للتحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة العقد الدولي يجري التفاوض لإبرامه فيلزم صدور قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها، أو إذا تعلق الأمر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم أو أبرم عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم[5].

ولم يكتف المشرع بذلك، حيث استلزم إلى جانب الكتابة في الفقرة الثانية من نفس المادة السابق الإشارة إليها ـ شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي ـ تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تحديدهم وإلا كان شرط التحكيم باطلا، وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه وفقا لما نصت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل التنفيذ...".

ولم يحد المشرع عن هذه القاعدة في التحكيم الدولي، حيث جعل تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم يخضع أيضا لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا خلا شرط التحكيم من تحديد المحكمين أو تعذر ذلك وكان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يتعين على الطرف الذي يهمه التعجيل مراجعة:

أ ـ رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

بـ في حالة ما إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الطرفان القانون الجزائري فعلى الطرف الذي يهمه الأمر مراجعة المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ما لم يتفق الأطراف على جهة قضائية أخرى[6].

ما يلاحظ على القواعد المنظمة للتحكيم الدولي في القانون الجزائري الجديد بالمقارنة مع القانون السابق الذي كان يلزم في المادة 458 مكرر 4 الفقرة الثانية القاضي عند مراجعته بتعين محكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الأطراف، أن هذا القيد لم يعد واردا وبالتالي أصبح بإمكان القاضي الجزائري في حالة عدم اتفاق الأطراف أن يعين محكما من جنسية أحد الطرفين.

ولم يلتزم المشرع شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي ببيانات معينة في شرط التحكيم، حيث لا توجد نصوص تحدد بيانات إلزامية يتعين على الأطراف إدراجها في شرط التحكيم ماعدا بالنسبة لمشارطة التحكيم (أي اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع في قانون التحكيم) فيما يخص بيان وتحديد موضوع النزاع[7]، بل أن القانون الفرنسي الجديد قد عدل عن القاعدة التي كان يفرضها في قانون المرافعات القديم والتي تشترط أن يكون موضوع شرط التحكيم محددا ليكون شرط التحكيم صحيحا، وهو عائق كان يصطدم به شرط التحكيم الذي يتعلق بالنزاعات المستقبلية التي ليس بالإمكان معرفة موضوعها قبل حصولها[8].

ثانيا: الشروط الموضوعية

يلزم لصحة شرط التحكيم في العقود الإدارية (الصفقات العمومية) من الشروط الموضوعية ما يلزم لكافة العقود من تراض بين أطرافه المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الاتفاق، حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم، بغية تحقيق سبب مشروع من وراء هذا الاتفاق ونتناول هذه الشروط تباعا في النقاط التالية:1 **ـ الرضا (التراضي)**

لا ينعقد شرط التحكيم إلا بتوافر الرضا لدى كل من الطرفين (المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها)[9] ، وهذا يقتضي أن يكون هناك إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على حسم النزاع الذي سينشأ بينهما عن طريق التحكيم[10]، ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا، فإذا كان الاتفاق على التحكيم يأتي في صورة شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإن الرضا بشأن شرط التحكيم باق ضمن الرضا المتبادل بين طرفي العقد الأصلي[11]، وذلك بناء على المفاوضات التي جرت بين طرفي العقد، وبالتالي لا يحتاج شرط التحكيم تراضيا خاصا، ومن ثم فالرضا المعبر عنه من كلا الطرفين عند التوقيع على الصفقة يشمل أيضا شرط التحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة المبرمة والموقعة والموافق عليها.

لكن التحكيم لا يشترط أن ينشأ دائما عن عقد خاص بين الطرفين، وإنما بالاستناد إلى المادة 975 من ق إ م و إد يمكن أن ينشأ عن طريق وجود اتفاقية دولية بين طرفين أو متعددة الأطراف فانضمام الجزائر وتوقيعها عام 1995 على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965[12]، إنما يلقي على عاتقها التزاما مفاده قبولها للتحكيم حسبما أفصحت عنه إرادتها، بحسبان أن المعاهدات الدولية تسمو على التشريع الداخلي وبالتالي فهي طالما انضمت إلى هذه الاتفاقية فهي ملزمة بجميع أحكامها.

وليس من شك أن هذه الاتفاقيات الدولية تكفل قدرا من اللجوء إلى التحكيم للمستثمرين في حسم منازعاتهم، وهو الأمر الذي لا يحتاج بالضرورة إلى وجود شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، بل إن التزام الدولة المتعاقدة وانضمامها إلى هذه المعاهدات وتصديقها عليها يجعلها قد قبلت ضمنا الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي[13] أو أي آلية أخرى تنص عليها

هذه المعاهدة، ولا حاجة للنص صراحة على شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في كل عقد على حده، وإنما المبدأ العام قد تم وضعه بصدد لجوء الدولة المتعاقدة إلى التحكيم وهو جواز التحكيم في عقودها درء لنكولها عن التزاماتها الدولية، وهو ما يسمى بالتحكيم الإلزامي الذي أريد أن يؤسس له وفقا لاتفاقية واشنطن وكذلك انتهجته غرفة التجارة بباريس في العديد من أحكامها[14]، بل أن المشرع وباعتبار الجزائر دولة مصادقة على هذه الاتفاقية نجده قد وسع من نطاق المنازعات ـ لا سيما في مجال الاستثمار ـ التي يمكن حلها باللجوء إلى التحكيم.

وبالتالي ومنذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبنصوصه الصريحة كما أوضحنا من قبل، أصبح بالإمكان إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية حتى ولو كانت إحدى أطراف هذه الصفقة مؤسسة إدارية، وهو الأمر غير المألوف بالنسبة للمؤسسات الإدارية الجزائرية.

ما تجب ملاحظته في هذا الشأن، أن مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية يجعل من لجوء أحد أطرافها إلى التحكيم هو ليس بناء على اتفاق بين طرفي النزاع (المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها)، وإنما هو تنفيذا وتطبيقا لنص الاتفاقية والتي وافقت على أحكامها، وكأن التحكيم بموجب هذه الاتفاقية بالنسبة لطرفي الصفقة العمومية إجباري، ولا يتصور أن يلجأ إلى هذا النوع من التحكيم إلا عندما تكون الدولة طرفا فيه، وهنا اختيار طريق التحكيم للفصل في النزاع هو تنفيذ لهذا الالتزام الدولي وليس اتفاقا منفردا لطرفي الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة يجب أن يكون علاقة هذا المتعامل الأجنبي مع الدولة الجزائري هي علاقة مستثمر بالدولة المضيفة للاستثمار.

ثانيا: المحل في اتفاق التحكيم

إنمحلاتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي اتفق الأطراف على حسمها عن طريق التحكيم، واتفاق التحكيم كأي عقد لا يمكن أن يأتي وليدا لرضا صحيح خال من العيوب بين أطراف تتمتع بالأهلية فقط، إنما يلزم أيضا تحديد محل هذا الاتفاق حتى يمكن مراقبة مشروعيته[15]، و في جميع الأحوال، يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز فيها التحكيم .

و قد تواترت التشريعات الوطنية، على أن هناك مجالين لا يجوز فيهما التحكيم هما مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام، فالمشرع الجزائري لا يتطلب في محل التحكيم وفقا لنص المادة 1006 من ق إ م و إد سوى عدم مخالفته للنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

فكل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، وفكرة النظام العام هي فكرة مرنة ونسبية تختلف من زمن لآخر ومن دولة إلى أخرى ويعود للمحاكم سلطة تحديد نطاقها تبعا للمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة[16]، إلا أننا يجب أن ننوه إلى أن فكرة النظام العام تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدولي، لأنه ليس كل ما يعتبر من النظام العام الداخلي، أو متعلق بقواعد آمرة يعتبر من النظام العام الدولي، ذلك أن النظام العام الداخلي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية لمجتمع معين ودولة معينة، أما النظام العام الدولي فهو المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي[17].

ثالثا: شرط الأهلية

من أولى المشاكل التي يثيرها شرط التحكيم في العقود الإدارية وفي الصفقات العمومية على وجه الخصوص التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، هي أهلية الدولة أو قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أن نص المادة 975 من ق إ م وإد يحظر على الأشخاص المذكورة في المادة 800 اللجوء إلى التحكيم إلا في حالات استثنائية وهي الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، وحصرت المادة 800 الأشخاص الوارد بشأنهم الحظر كالآتي: ـ الدولة و الولاية و البلدية والمؤسسات الإدارية ذات الصبغة الإدارية لكن هذه الأشخاص يمكنها اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ".

ما تجب الإشارة إليه ان قانون الصفقات العمومية الجديد الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15/247 و بمقتضى مادته 153 فقد فتح المجال و منح الأهلية الكاملة للمصالح المتعاقدة على عموم النص أن تلجأ إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الصفقة إذا كان المتعامل معها متعاقد اجنبي

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع قد أبقى بموجب القانون الجديد على شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي، فيكون المشرع بذلك لا يزال يعتبر التحكيم طريقا بديلا للتقاضي شأنه في ذلك شأن العديد من الدول (المغرب تونس، لبنان فرنسا).بحيث صار بإمكان الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي خصها المشرع بوصف الصفقات العمومية، أما خارج مجال الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام يتوقف على كون الدولة طرفا في الاتفاقيات الدولية التي تفرض اللجوء إلى التحكيم[18] و في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

الفرع الثالث: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية

مما لاشك فيه أن الاتفاق على التحكيم وكيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود، ذلك أنه وباعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية[19] ترتكز أساسا على الأموال العامة، فإنه من الطبيعي أن يتدخل المشرع ويضبطها بقواعد وإجراءات خاصة ابتداء من مرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة 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 " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات.

وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"[20].

ويعني ذلك أنه يجب على الأطراف بداية تحرير عقد الصفقة كتابة باعتبارها ركنا لانعقاد الصفقة العمومية وليس كونها وسيلة للإثبات يترتب على تخلفها بطلان أو فساد الصفقة، مع تحديد الجهات المتعاقدة بصفة واضحة وصريحة.

بل ويستلزم المشرع إلى جانب ذلك تحديد نوع الصفقة تحديدا دقيقا فضلا عن تبيان كيفية إبرامها، وذلك ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه والتي جاء فيها " يمكن المصلحة المتعاقدة ان تبرم صفقة عمومية واحدة او اكثر بهدف تلبية حاجة معينة خاصة بالتسيير أو الاستثمار" و تضيف المادة 29 من نفس المرسوم على انه تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:- إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات...".

أما عن كيفية إبرام الصفقات العمومية فإنها في الجزائر تتم وفق أسلوبين، أسلوب طلب العروض و أسلوب التراضي ويستلزم القانون على الأطراف المتعاقدة ـ تحت طائلة الإبطال ـ تحديد الأسلوب الذي يتم به إبرام الصفقة.

1 ـ أسلوب طلب العروض:

يعتبر إجراء طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية وتعرفه المادة 40 من المرسوم بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا غلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.

ويتخذ طلب العروض (المناقصة في المرسوم الرئاسي الملغى) عدة أشكال تتمثل في طلب العروض المفتوح و طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا و طلب العروض المحدد و اخيرا المسابقة. ويمكن ان يكون تقديم طلب العروض ذا طابع محلي أو وطني وقد يكون ذا طابع دولي.

وتمر الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الأسلوب بعدة مراحل تبدأ من الإعلان عن تقديم طلبات العروض ثم مرحلة إيداع العروض تليها مرحلة فحص العروض وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على

أحد العارضين، لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها و هي 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[21]، وهنا قد 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 إطار الإجراءات القانونية، وفي حالة عدم التوصل إلى تسوية ودية نهائية بالطرق المذكورة أعلاه يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم بعد الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية ".

ما نخلص إليه أن 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 لآثارها وإنما يستلزم المشرع إضافة إلى ذلك موافقة الجهات المحددة بنصوص المرسوم الرئاسي والتي تتمثل في: ـ الوزير فيما يخص صفقات الدولة،ـ مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،ـ الوالي فيما يخص صفقات الولاية، ....الخ.
وعلى ذلك فإن الموافقة على الصفقة بما فيها الموافقة على ما تتضمنه من شرط التحكيم لا يكون ناجزا ونافذا إلا بعد موافقة هذه الهيئات كل حسب اختصاصه.

2 ـ أسلوب التراضي

لقد اعتبر المشرع صراحة بنص المادة 39 من المرسوم السابق الإشارة إليه أن أسلوب طلب العروض هو القاعدة أو الأساس في إبرام الصفقات العمومية، و استثناءا يمكن اللجوء إلى أسلوب التراضي بشكليه، أين تتخلص فيه الإدارة من القيود والشكليات والإجراءات المحددة والمنصوص عليها فيما يخص أسلوب طلب العروض، إذ أن المصلحة المتعاقدة تكون مقيدة في اختيار المتعاقد معها كونها مرتبطة بإجراءات قانونية تستوجب مراعاتها وإلا ترتب عنها لكل ذي مصلحة المطالبة بالبطلان، ونظرا لكون أسلوب طلب العروض يتطلب إجراءات معقدة وطويلة فإنه قد تظهر حاجات استعجالية أو ملحة و غيرها تستوجب أن تتم مواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية باللجوء إلى هذا الأسلوب بغية تلبيتها.
حيث تعرف المادة 41 من المرسوم الرئاسي أسلوب التراضي بأنه " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة " ويأخذ التراضي إحدى الصورتين، صورة التراضي البسيط أو صورة التراضي بعد الاستشارة.

والأصل أن الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم بإتباع إجراء معين مثلما هو الحال بالنسبة للمناقصات التي يستدعي فيها المشرع جملة من المراحل كما سبق بيانه، وإنما يستلزم المشرع فقط على الإدارة وطبقا للمادة 49 من نفس المرسوم أن تسبب اختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعنية، فإذا توافرت إحدى الحالات المذكورة في المرسوم الرئاسي محل الدراسة[22].

ولعل هذا الأسلوب ـ في نظرنا ـ أي أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي يمثل المجال الخصب لإدراج شرط التحكيم وبكل حرية فيها، أين تتحرر الإدارة من جملة الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتطلبها عند إبرام الصفقة عن طريق المناقصة.

المحور الثاني: الاتفاق على التحكيم (مشارطة التحكيم) عند تنفيذ الصفقة العمومية

قد لا يدرج شرط تحكيم كبند من بنود الصفقة المبرمة أو في أي وثيقة تستند إليها عند التوقيع أو الموافقة عليها، ولكن يبرم بشأنه اتفاق لاحق عند تنفيذ الصفقة بمناسبة نشوء نزاع بين أطرافها ومهما كانت طريقة إبرامها سواء عن طريق التراضي أو عن طريق طلب عروض، ففي مراحل تنفيذ الصفقة

قد يتفق الطرفان على تسوية الخلافات أو النزاعات التي تقوم بينهما على حل النزاع عن طريق التحكيم، وحينها يجب أن يبرما اتفاق تحكيم (مشارطة التحكيم) كتابة أو بأية وسيلة كانت قابلة للإثبات بالكتابة،

فالمبدأ أو القاعدة أنه على كل طرف من طرفي العقد (الصفقة العمومية) أن ينفذ الالتزامات المترتبة عن الصفقة والواقعة على عاتقه بحسن نية[23]، وإذا حصل وأن تقاعس أحد الأطراف عن الوفاء بالتزامه فإن ذلك سيؤدي حتما إلى نشوء نزاع بين الطرفين. وإذا لم يرد بشأن هذا النزاع بند تحكيمي عند إبرام الصفقة يتفق فيه الطرفان على اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجوز لهما في هذه الحالة أن يقوما بإبرام اتفاق تحكيم (مشارطة التحكيم) وذلك بعد محاولة حل الخلاف بالطرق المنصوص عليها قانونا وهي التسوية الودية أو الطعن أمام اللجنة المكلفة بذلك حسب ما ورد من احكام في المرسوم الرئاسي.

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)

نصت المادة 1011 من ق إم وإد على أن: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

فمشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع[24] تعني اتفاق أطراف علاقة قانونية على اللجوء للتحكيم للفصل في نزاع نشأ بينهم بالفعل، واتفاق التحكيم طالما يأتي بعد نشوء النزاع فإنه يجب أن يأتي محددا لكافة المسائل الجوهرية من نقاط الخلاف بين الأطراف وادعاءات الخصوم وطلباتهم[25]، وتأتي مشارطة التحكيم كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي أي أنه عقد جديد يبرم بين المتعاقدين بخلاف العقد الأصلي، وهو ما يدعم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من عيوب قد تؤدي إلى بطلانه.

إذا فالثابت ان اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء الخلاف و المشرع الجزائري بنص المرسوم الرئاسي نص على هذا الاتفاق بالمادة 153 منه التي جاء فيها " ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرا عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناءا على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

وللإشارة لم يكن قانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم يتعرف إلا على اتفاق التحكيم (المشارطة) وقد كان الاجتهاد الفرنسي هو الذي أعطى نوعا من الإبراز لشرط التحكيم وكرس اللجوء إليه حتى أصبح هذا الشرط حاليا حجر الرحى الذي يقوم عليه الصرح التحكيمي لا سيما في مجال التجارة الدولية، أين أصبحت الغالبية الساحقة من القضايا التحكيمية ـ خاصة الدولية منها ـ تنشأ استنادا إلى شرط تحكيمي سابق للنزاع، وعدد قليل منها ينشأ بالاستناد إلى اتفاق تحكيمي (مشارطة) لاحق للنزاع[26].

الفرع الثاني: محتوى اتفاق التحكيم

نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أن " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة ".

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع قد اشترط جملة من الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم حتى يعتبر صحيحا، وتخلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلانه، لا سيما فيما يخص تحديد موضوع النزاع، بالإضافة إلى تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وانطلاقا من الجانب الشكلي، فإن المشرع وبموجب المادة السالف ذكرها يستلزم الكتابة لاتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا، وبالتالي هي ليست مجرد وسيلة للإثبات، وإنما هي شرط لصحة اتفاق التحكيم[27]. أما على مستوى التحكيم الدولي، فلا تعدو الكتابة سواء بالنسبة لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم إلا وسيلة للإثبات طبقا لما جاء في المادة 1040 من ق إ م و إ د، إذ يجوز إبرام اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة بالكتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى.

بينما من الناحية الموضوعية، فإن المشرع الجزائري ـ شأنه شأن المشرع الفرنسي ـ استلزم بداية أن يكون موضوع النزاع محددا حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، وينتج عن ذلك أثران هما:

ـ أن الامتناع عن تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.

ـ أنه يتعين على المحكم أو المحكمين التقيد بموضوع النزاع، ويتجلى ذلك في الآتي:

1 ـ تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم

يتحدد موضوع النزاع من خلال الوقائع والادعاءات التي يعرضها الأطراف في اتفاق التحكيم بمعنى آخر أن موضوع النزاع يتحدد في الاتفاق التحكيمي عبر الموقف الذي يتخذه كل الأطراف لحظة توقيع مشارطة التحكيم، وفي هذه الحالة يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى الذي يقدمه المحتكم عند بدء إجراءات التحكيم، وإن كان التحديد النهائي للمسائل المتنازع فيها والتي تتحدد على أساسها ولاية محكمة التحكيم يتم لاحقا على ضوء ما يقدمه الخصوم من طلبات أثناء سير الخصومة، مع مراعاة أن تكون هذه الطلبات في حدود ما نصت علية مشارطة التحكيم، وعليه فكل طلب جديد ومضاف من قبل الأطراف إلى الادعاءات الأساسية أثناء سير الخصومة يعتبر خارجا عن موضوع النزاع ولا يخضع لصلاحية المحكمة التحكيمية إلا إذا اتفق الأطراف على هذه الإضافة أو الوقائع الجديدة. ما تجب الإشارة إليه هو ان موضوع اتفاق التحكيم في غالب الأمر يتعلق بالحقوق المالية التي تترتب عن تنفيد الصفقة.

2 ـ وجوب تقيد محكمة التحكيم بموضوع النزاع كما هو محدد في اتفاق التحكيم

يتوجب على محكمة التحكيم ألا تتجاوز حدود الوقائع التي يتكون منها موقف كل من الأطراف مثلما هو معبر عنه في مشارطة أو اتفاق التحكيم، وبالتالي يتعين على المحكم الفصل في كل الطلبات المقدمة من كل الأطراف، ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما هو مطلوب منه.

ومن جهة أخرى، ينبغي أيضا أن يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز فيها التحكيم ولا تخالف النظام العام، وبالتالي فكل اتفاق(شرطا كان أو مشارطة) بين الأطراف يحيل النزاع إلى التحكيم وهو لا يقبل التحكيم يعتبر باطلا وكأنه لم يكن.

أما بالنسبة للتحكيم الداخلي، وضمن محتوى اتفاق التحكيم دائما، لم يخرج المشرع في القانون الجديد عن الشرط الذي وضعه القانون القديم فيما يخص صحة اتفاق التحكيم، والذي يقتضي أن يتضمن تحت طائلة البطلان، اسم أو أسماء المحكمين أو النص على كيفية تعيينهم، ويكون بذلك قد ساير منهج المشرع الفرنسي الذي استلزم هو الآخر إلى جانب تحديد موضوع النزاع تضمين اتفاق التحكيم أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وعلى خلاف ذلك ففي التحكيم الدولي، فالمشرع لم يستوجب على الأطراف إتباع قاعدة معينة فيما يتعلق بتعيين المحكم أو موضوع النزاع، ويكتفي بالنص في المادة 1041 من ق.إ.م و إد على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"، غير أنه في حالة عدم تعيين المحكم أو تعذر ذلك، فإنه رخص أو أجاز للطرف الذي يهمه الأمر القيام بما يأتي:

1/ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2/ أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

بل أنه وفضلا عن ذلك أجاز للأطراف في حالة رفض المحكم لأداء مهمته طلب استبداله عن طريق رفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة، ويكون بهذه القاعدة قد أخذ بمنحى مغاير لما جاء به قانون التحكيم الداخلي الفرنسي الذي يقضي ببطلان اتفاق التحكيم (مشارطة) إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، وبالتالي لم يترك المجال لأي تدخل من الجهات القضائية لإنقاذ التحكيم، أما على

المستوى الدولي فإن المشرع الفرنسي لم يحدد حالة بطلان اتفاق التحكيم تبعا لرفض المحكم لمهمته، حيث منح للأطراف حرية واسعة في اختيار المحكمين واستبدالهم وعزلهم.

وقد منح المشرع الأطراف في التحكيم الداخلي ـ شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي ـ إمكانية إبرام اتفاق التحكيم (مشارطة) حتى ولو كان ذلك أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية[28]، ويستنتج من ذلك أن النزاع المعروض على أي جهة قضائية مهما كانت درجتها يمكن إعادة توجيهه إلى التحكيم باتفاق الأطراف.

مع الإشارة أنه وفي كل الأحوال ما تم الفصل فيه من نزاع قائم بين الأطراف على مستوى القضاء يبقى محتفظا بقوة الشيء المقضي فيه، ولا يتابع التحكيم إلا بشأن المسائل المتبقية، إلا إذا عمد الأطراف واتفقوا على عدولهم عن قبول القرارات القضائية والتوجه إلى محاكمة جديدة شاملة عن طريق التحكيم، وهذه القاعدة التي يطرحها قانون التحكيم الداخلي هي بالأحرى مطبقة في قانون التحكيم الدولي.

المحور الثالث: استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية

إن استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية مسألة غاية في الأهمية، ذلك أن هذه الاستقلالية تحمي أي طرف من الأطراف 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 المشرع في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية وفق ما نبينه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: ماهية استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

سبق أن رأينا أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرفي العلاقة القانونية التي سينشأ عنها النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم، 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)[29].

فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، يأتي دائما بمناسبة عقد بين طرفي العلاقة القانونية التي ثار أو سيثور بشأنها النزاع المراد حسمه بواسطة التحكيم، ما يعني أنه ثمة ارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يربط طرفي 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 التحكيم يتبع العقد الأصلي وجودا وعدما، أم أنه يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي فيظل صحيحا ونافذا حتى ولو أبطل العقد الأصلي أو تم فسخه؟.

فالمتصور منطقيا أن العقد (الصفقة) إذا تعرض لأحد هذه العوارض، فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي شرط التحكيم بالتبعية، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط صحته الخاصة به[30].

ولم يتبنى المشرع في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التحكيم، ما يؤدي بالقول أن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضى بصحة العقد عادت الحياة إلى الشرط التحكيمي وإلى التحكيم أما إذا قضى بغير ذلك فإن القضاء هو المختص بنظر النزاع التعاقدي.

أما في التحكيم الدولي، فقد نصت المادة 1040 من ق إ م إ في فقرتها الأخيرة أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي، فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم الذي لم يتبن نظرية استقلال شرط التحكيم في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح.

الفرع الثاني: نتائج استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفقة العمومية

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد الصفقة 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 مدى صحتها من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة، وعليه يمكن القول أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وتدعيم اتفاق التحكيم.

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

بل يذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه ومصدره الروحي في استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأنه من المبادئ المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[31].

ثالثا: أن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[32]، حيث يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم اتفاق التحكيم.

الخاتمة:

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن المشرع تردد كثيرا في فتح الباب أمام التحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية- بصفة خاصة- لفترة طويلة من الزمن نتيجة لعدة اعتبارات لا سيما التاريخية منها، إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 أين فتح الباب على مصراعيه للتحكيم وأجازه في الصفقات العمومية بصريح نصوصه رغبة منه في تطوير التنمية ومواكبة التطورات التي يشهدها العالم وذلك من خلال مشاركة رأس مال الأجنبي في إنجاز المشاريع الكثيرة بل والكبرى في شتى المجالات، ولم يكتف بإجازة التحكيم فقط كحل للمنازعات بل نص على وسائل بديلة أخرى والمتمثلة في الوساطة والصلح من أجل تمكين الأشخاص الأجانب من حل منازعاتهم بطرق تجنبهم الدخول إلى القضاء والخضوع لإجراءاته الطويلة، الذي لطالما كان الهاجس الذي يشغلهم ويحول دون القيام بمشاريع استثمارية نتيجة تخوفهم من عرض نزاعاتهم على القضاء الأجنبي الذي قد لا يخدم مصالحهم على الإطلاق.

كما نستخلص أيضا أن المشرع وموازاة مع الأحكام الجديدة التي حملها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن التحكيم نجده نظم عملية إبرام الصفقات العمومية كونها تعتمد أساسا على المال العام بقواعد إجرائية وشكلية تحد من الحرية التفاوضية للأطراف، أين لا يمكن إدراج شرط التحكيم فيها إلا في آخر مرحلة من مراحل توقيع الصفقة بصفة نهائية في شكلها المكتوب، والذي لابد من أن يحظى على موافقة أو مصادقة الجهة المختصة قانونا على النحو الذي بيناه سابقا، ما يعني أنه يجوز لهذه الأخيرة حق الاعتراض على إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية لأسباب هي الأدرى بتقديرها ولا يكون عندئذ خيار للأطراف سوى اللجوء إلى القضاء الإداري سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، باستثناء طبعا الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر والتي يكون فيها اللجوء إلى التحكيم -إجباريا- باعتبارها تسمو على التشريع الداخلي، غير أنه يمكن للأطراف المتعاقدة تجنب كل هذه المسائل وذلك بالاتفاق على التحكيم عند نشوء النزاع وبكل حرية حسب ما اوضحته المادة 153 من المرسوم الرئاسي.

يتضح إدا جليا ان المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية او من خلال الاتفاقيات المصادق عليها و كذلك من خلال المرسوم الرئاسي 15/247 لم يعد يتحفظ على اللجوء الى التحكيم بل انه نص عليه صراحة في المرسوم الرئاسي فيكون بذلك قد ذهب بعيدا في فتح المجال امام

اللجوء إلى التحكيم اكثر مما دهب غليه المشرع الفرنسي و بعض التشريعات الدولية المختلفة على الرغم من حداثة الجزائر ونظامها القانوني في مجال التحكيم.
في الأخير نرى من الضروري تقديم بعض الاقتراحات كالآتي:
ـ ضرورة اعادة صياغة نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي بما يتوافق مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبما يخدم مصالح المصلحة المتعاقدة كون النص الحالي يوجب عرض المنازعات على هيئة تحكيم دولية دون بيان فيما تتمثل وأين تجرى العملية التحكيمية وغيرها فهذا النص و كانه هدية للمتعاقدين الأجانب لذلك نرى وجوب تعديله بترك المجال للمفاوضات بين الطرفين او الأطراف المتعاقدة.
ـ ضرورة ان تتقيد المصلحة المتعاقدة عند إبرام اتفاق او وضع شرط التحكيم بوجوب ان يتم التحكيم في الجزائر و ان يطبق القانون الجزائري على الموضوع وعلى الإجراءات.
ـ ضرورة تكوين اطارات المصالح المتعاقدة على كيفية حل النزاعات و التحكيم على الأخص مع ضرورة اشراك الكفاءات الأخرى من خارج الهيكل الإداري لهذه المصالح من محامين وقضاة وغيرهم عند صياغة العقود التي تتضمن شرط التحكيم او تحرير الاتفاق على التحكيم ومرافقتهم في كل الإجراءات.

المراجع:

(1)-مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 2015/09/20
(2)-رشيد مزاري ، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بحث منشور في نشرة القضاة العدد 64 الجزء الأول، سنة 2009،مديرية الدراسات القانونية والوثائق، وزارة العدل، الجزائر، ص 496.
(3)- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007، ص232.
(4)-بودليو سليم، منظمة التجارة العالمية ونظام تسوية النزاعات، مجلة العلوم الإنسانية جامعة منتوري قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009ن الجزائر ، ص 174. .
(5)-ويقصد بالتحكيم الدولي وفقا لنص المادة 1039من ق إ م و إد التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، معنى ذلك أن المعيار المتخذ هو معيار اقتصادي كما هو الشأن في القانون الفرنسي في مادته 1492 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل لسنة 1981 وفق ما أوضحناه من قبل عند دراسة تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم في المطلب الثاني من المبحث الأول وللتفصيل أكثر راجع:
-Philipe fauchard, Emmanuel Gaillard, Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, 1996, p47 et Ss.
(6)-محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007، ص59.
(7)- أنظر المادة 1041 من ق إ م و إ د.
(8)- محمود مختار أحمد البريري، المرجع السابق، ص63.
(9)-عبد الحميد الأحدب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، بحث مقدم في الملتقى المنظم بالمحكمة العليا يومي 15 و 16 جوان 2008 بالجزائر، غير منشور، ص10
(10)-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات و احكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008، ص271.

(11)- فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة عشر، العدد الأول يناير 2007، ص 20.
(12)- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 230.
(13)- أبرمت هذه الاتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 03/18/ 1965، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة1995.
(14)- أنظر فيما يخص قواعد ونظام المركز ، أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، الإسكندرية، 1999، ص 120.
(15)- عبد الحميد الأحدب، التحكيم، المرجع السابق، ص 14.
(16)- فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص21.
(17)- للتفصيل أكثر في مسألة النظام العام وتأثيره على حكم التحكيم، أنظر: ممدوح عبد الحميد عبد المطلب و إنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، يناير 2003.
(18)- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية الطبعة الثانية، 1998، ص 44 وما بعدها.
(19) -Mohand ISSAD, la nouvelle loi algérienne relative àl'arbitrage international, Revu de l'arbitrage, année 2008 n 3, p420.
(20) - Bernard Castaing – Rozen Noguellou – Catherine Prebissy-Schnall, Les marchés publics, éditions du Juris-Classeur, Paris, 2003, p4.
(21) - إن هذا النص بصيغته الحالية جاء أكثر اتساعا مما جاء به القانون الفرنسي الخاص بالصفقات العمومية رقم 730 - 2001 الصادر في 2001/08/23 والذي نص في مادته الأولى على أنه:
« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services… », Voir Le nouveau code des marchés publics commenté, EDITION du PAPYRUS, France, 2001, p5.

وللتوضيح أكثر أنظر:
- Patrick Schultz, Les marchés publics ,L.G.D.J, France, 2003, p9.
(22) - Patrick Schultz, op.cit. p.100.
(23) - للتفصيل في هذه الحالات راجع المادتين 154 و 155 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.
(24) - Mohand ISSAD, op.cit. p.422.
(25) - فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 09.
(26) - ويعرف قانون المرافعات المدنية الفرنسي مشارطة التحكيم بأنه " عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل في إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين" أنظر ترجمة نصوص قانون المرافعات المدنية الفرنسية المتعلقة بالتحكيم، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، دار المعارف، الجزء الثاني 1998 ص443.
(27) - وذلك بخلاف المادة 1449 من قانون المرافعات الفرنسي التي تجعل من كتابة مشارطة التحكيم ماهي إلا وسيلة للإثبات حيث تنص:

« Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. »

(28) ـ المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(29) ـ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص26.

(30) ـ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 69.

(31)ـ أنور على أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية الطبعة الأولى لعام 2009، ص 67.

(32)ـ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 260.