مجلة العلوم الإنسانية —— المجلد -31 عدد 3 - ديسمبر 2020، ص.ص. 241-257

التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري

Arbitration of Disputes Arising from the Implementation of International Public Procurements in the Algerian Law

تاريخ الاستلام : 2020/05/16 ؛ **تاريخ القبول :** 2020/08/09

ملخص

إن فتح المجال للأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، يعد تحولا هاما في النظام القانوني لحل المنازعات عن طريق الوسائل البديلة ويعد ضمانة قانونية لتشجيع المتعاملين الأجانب على المشاركة في الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة الجزائرية بمختلف هيئاتها لتجسيد المشاريع سيما الكبرى منها بغية تطوير الاقتصاد الوطني.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، تحكيم، نزاع، تنفيذ، متعاقد، مصلحة متعاقدة.

هدى نويوة

كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر.

Abstract

The opening of arbitration of disputes arising from the implementation of international public procurements to public law entities is considered to be a significant change in the legal system in the resolution of disputes using alternative methods. This opening constitutes also a legal guarantee encouraging foreign operators to participate in public procurements concluded by the Algerian State with its various bodies in order to implement projects, especially major ones, with the aim of developing the national economy.

Keywords: public procurement, arbitration, dispute, implementation, contractor, contracting interest.

Résumé

L'ouvrage de l'arbitrage en matière de conflits nés de l'exécution des marchés publics internationaux aux personnes morales de droit public, est considéré comme un changement significatif dans le système juridique de règlement des litiges par des modes alternatifs. Cette ouverture constitue également une garantie légale encourageant les opérateurs étrangers à participer aux marchés publics conclus par l'Etat algérien avec des différents organes, pour concrétiser des projets, et en particulier les projets majeurs, dans le but de développer l'économie nationale.

Mots clés: marché public, arbitrage, conflit, exécution, contractant, service intéressé.

* Corresponding author, e-mail: houda.nouioua79@gmail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2020.

مقدمة

تعد الصفقات العمومية سواء كانت دولية أو محلية عقودا إدارية لها نظام خاص يجعلها تتميز عن العقود الأخرى، ويرجع سبب تميزها هو أن الطرف الأساسي فيها والذي هو الدولة أو إحدى هيئاتها المحلية أو الوطنية، تتمتع عند إبرامها للصفقات العمومية بامتيازات السلطة العامة على اعتبار أن إبرام هذه الصفقات يخضع لإجراءات قانونية صارمة لا يمكن مخالفتها غايتها في ذلك تحقيق المنفعة العامة.

وقد عُني المشرع الجزائري بعقود الصفقات العمومية ونظمها بأحكام خاصة، بل وبإجراءات دقيقة يترتب على مخالفتها أو تجاوزها نتائج جد خطيرة قد تصل في بعض الحالات إلى حد المتابعة الجزائية للشخص المخالف سواء بالقواعد الموجودة في القانون الجزائي العام أو التي تضمنها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، على اعتبار أنها أموال عامة.

على هذا الأساس فإن عقود الصفقات العمومية تتميز بإجراءات دقيقة منذ لحظة إبرامها، إذ تمر بعدة مراحل بدءً بمرحلة 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، وفي كل هذا المراحل تحكم النزاعات التي تثور بشأنها قواعد وإجراءات منظمة في القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول تحت رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16[1]، الذي دخل حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من صدوره في الجريدة الرسمية.

ولا جدال في أن الصفقات العمومية تشهد الكثير من المنازعات، إلا أن المنازعات التي تثير الاشكالات المعقدة هي تلك المنازعات ذات الطابع المالي وبالأساس التي تظهر عند تنفيذ الصفقة العمومية، لذلك فإن تناولنا للمنازعات المتعلقة بالتنفيذ يرجع لكونها هي المنازعات الموجودة في الواقع العملي بشكل كبير، سيما وأن المشرع ترك حكمها للقواعد العامة التنظيمية والتشريعية السارية المفعول، عدا المنازعات التي يكون أطرافها متعاملين جزائريين حيث خصص لها أحكاما خاصة تتعلق بالتسوية الودية طبقا لما تضمنته أحكام المواد 153 الفقرة الثانية وما بعدها والمادة 144 و 145 من القانون.

من هذا المنطلق فإن حل منازعات الصفقات العمومية مع متعاملين أجانب لم يقيده المشرع بأحكام خاصة في قانون الصفقات إنما ترك حكمها للقواعد العامة لحل النزاعات المنصوص عليها سيما في قانون الاجراءات المدنية والإدارية والاتفاقيات الدولية.

وعلى اعتبار أن هذا النوع من الصفقات أي الصفقات ذات الطابع الدولي فيها عنصرا أجنبيا وبغية جلب المال الأجنبي والخبرات الأجنبية إلى الجزائر والاستفادة منها في تنفيذ مشاريع كبيرة كالمطارات والموانئ والطرقات السريعة وكذلك المشاريع المتعلقة بالسدود وغيرها، ومن أجل تحقيق هذه الغاية فقد اتجه المشرع إلى تمكين هؤلاء الأجانب من الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة في الجزائر على حل النزاع عن طريق التحكيم وتجنب عرض النزاع على القضاء الوطني حتى لا يكون عائقا في سبيل تنفيذ هذه المشاريع.

لذلك فإن إجازة التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، يعد تحولا هاما في إطار السياسة العامة للدولة ويعد دعامة كبيرة في سبيل تحقيق التنمية وتجسيد المشاريع التي كانت مبرمجة أو التي هي في طور الانجاز خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الصعبة التي تعرفها البلاد في السنوات

الأخيرة والانهيار الكبير لأسعار المحروقات وتأثيره على مداخيل الدولة من العملة الصعبة.

على هذا الأساس تتبلور إشكالية البحث في: إلى أي مدى يمكن اعتبار التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي ضمانا قانونيا لجلب المتعاملين الأجانب للمنافسة على الصفقات العمومية في الجزائر؟.

وفي سبيل الاجابة عن هذه الاشكالية والتساؤلات التي قد تطرح في متن البحث قسمنا بحثنا إلى محورين نخصص الأول لدراسة الأحكام الموضوعية للتحكيم في حل المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية الدولية، بينما نتناول في المحور الثاني الأحكام الاجرائية من إبرام اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر على أن نختم بحثنا بنتائج نحسبها ضرورية ومهمة.

المحور الأول: الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية

رغم ما يتميز به التحكيم من أهمية باعتباره وسيلة ودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية وبحكم ملزم لأطرافه، إلا أن له ذاتيته وطبيعته الخاصة تحتم علينا تعريفه بداية وتبيان نطاق تطبيقه فضلا عن صوره وأشكاله.

أولا: التعريف بالتحكيم في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي

1- تعريف التحكيم

لا يختلف تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية عن التحكيم بصفة عامة، ذلك أن التحكيم بصفة عامة هو إحدى وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية، إذ يعتبر طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون الحاجة لعرضه على القضاء المختص.

وعلى ذلك عرفه البعض بأنه" عبارة عن تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين، المحكم أو المحكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناءً على ذلك الاتفاق ودون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من قبل الدولة"[2].

كما عرفه البعض أيضا أنه" الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[3]، بل وذهب البعض أيضا إلى أن" التحكيم في معناه العام هو أن يلجأ طرفان متنازعان إلى من يحكمانه في حل نزاعهما و تنفيذه، ويتم اختيار الحكم بمعرفتهما حيث يتفقان مقدما على قبول حكمه وارتضاء تنفيذه"[4]. وعُرف كذلك بأنه" وسيلة لفض نزاع قائم بين طرفين تقوم على اتفاقهما على طرح النزاع على شخص أو أكثر، ليقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي يحسم النزاع بدلا من المحكمة المختصة"[5].

أما بالنسبة للتحكيم في مجال الصفقات العمومية الدولية، فيمكن تعريفه إنطلاقا من مختلف التعاريف السابق بيانها بأنه " ذلك الاتفاق الذي يقبل بموجبه أطراف الصفقة العمومية الدولية المتمثلين في كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد (الأجنبي) معها، بأن يعرضوا المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ الصفقة على هيئة تحكيم دولية، على أن يخضع هذا الاتفاق لموافقة مسبقة أثناء اجتماع الحكومة وذلك بناءً على اقتراح من الوزير المعني."

وبالرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون الجزائري سيما في باب التحكيم التجاري الدولي على اعتبار أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية تحكمها القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع تجنب إعطاء تعريف للتحكيم مكتفيا بتقديم المعايير

التي يستند إليها لبيان متى يكون التحكيم تجاريا دوليا من عدمه وفق ما ورد بنص المادة 1039 التي جاء فيها " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل."

وهذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي (مصالح التجارة الدولية) والمعيار القانوني (تعدد أماكن الإقامة أو تعدد الجنسيات) إلى معيار فيه معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وفيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات والاقامات[6].

2 ـ سمات ومزايا التحكيم

للتحكيم عدة خصائص ومزايا جعلته يعرف انتشارا واسعا على المستوى الدولي وحتى الوطني ويكتسب أيضا المكانة الأصلية الخاصة به وتتمثل في:

ـ السرعة: تعد السرعة عاملا مميزا في التحكيم الدولي بحيث يمكن حل النزاع في مدة معقولة تحفظ مصالح الأطراف وتمكنهم من إيجاد الحل في أسرع وقت ممكن [7].

ـ عدم الثقة في قضاء الدولة والقانون الواجب التطبيق: على الرغم من ثقة المواطن في قضاء الدولة والقانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أن أطراف التعامل الدولي دائمي التخوف من ذلك، إما لعدم ثقتهم في عدالة القضاة لانحيازهم للطرف الوطني أو لعدم مواكبة القانون لنوع المعاملة أو النزاع، زيادة على أن النزاع متعلق بصفقة عمومية أي بأموال عامة قد يدفع بالقاضي إلى تحقيق المصلحة العامة والحكم بما يحمي المال العام أكثر من تحقيق العدالة، الأمر الذي يجعل المتعاقد الأجنبي ينأى عن اللجوء إلى القضاء الوطني مفضلا ألية التحكيم الدولي.

ـ الطبيعة الاختيارية لحكم التحكيم: كما هو معلوم فالأصل في اللجوء إلى التحكيم هو مسألة اختيارية، إذ أن لإرادة الأطراف كامل الحرية في قبول اللجوء إلى التحكيم أو رفضه، كما هو الشأن في المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، والتي يجوز للمصحة المتعاقدة والمتعامل معها الاتفاق بكل حرية على امكانية عرض النزاع على التحكيم .

ـ السرية: يفضل أطراف المنازعات الحفاظ على سرية المعاملات بينهما وبالتالي المنازعات الناشئة عنها بعكس القضاء، حيث يتم التقاضي في المحاكم التي يرتادها عدد كبير من المتقاضين وأحياناً غير المتقاضين ما قد يضر بمصالح أطراف النزاع [8].

ـ استمرار العلاقة:

يُفضل أطراف العلاقة التعاقدية اللجوء إلى الوسائل التي تحل منازعاتهم بطريقة أقرب إلى الود والتصالح لا إلى الفصل والقطع، كل ذلك حفاظاً على استمرار العلاقات والمعاملات القائمة أو المستقبلية على الرغم مما تكلفه بعض المنازعات من أموال طائلة، وذلك بخلاف القضاء حتى ولو كان الحكم عادلاً فإن استمرار العلاقة قد يكون من المستحيل تحقيقه.

ثانيا: نطاق التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية

ليس كل نزاع يتعلق بالصفقة العمومية قابلا للتحكيم، هذا من جهة، كما أنه من جهة أخرى ليس كل شخص مؤهلا قانونا لإبرام اتفاق تحكيم، وهو ما نتناوله في هذه الفقرة.

1- النطاق الموضوعي

جاء نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بفقرتها الأولى بقاعدة عامة وهي إمكانية كل شخص (عام أو خاص طبيعي أو معنوي) اللجوء إلى

التحكيم، ويكون ذلك بصفة حصرية في الحقوق (الحقوق المالية) التي يكون له مطلق التصرف فيها عدا ما تعلق بالنظام العام وحالات وأهلية الأشخاص.

وأضافت الفقرة الثالثة قيدا على الأشخاص المعنوية العامة، وهو أنه لايجوز لها أن تطلب التحكيم في منازعاتها المختلفة، فهي مقيدة بهذا القيد العام على أساس أن المعيار الذي يحكم ذلك هو معيار سيادة الدولة والمصلحة العامة، غير أن هذه القاعدة أو المنع يرد عليه إستثنائين، يرتبط الأول بالنشاط الاقتصادي وهو ما يتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية للدولة، أما الاستثناء الثاني هو إجازة التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية الجزائرية لطلب التحكيم في المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية، ورغم أن هذا النص وكذا نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[9] جاءا صريحين ووضعا المبدأ العام هو جوازية التحكيم في الصفقات العمومية على إطلاقه، إلا أنه وبتصفح الأحكام الواردة في قانون الصفقات العمومية بمختلف نصوصه التي عُدلت في أكثر من مرة نجد الأمر على خلاف ذلك، وبالتالي يقتضي الأمر تبيان بدقة ماهي الصفقات العمومية القابلة للتحكيم من عدمه.

وبالرجوع إلى أحكام القانون المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سيما ما تضمنته المادة 153 منه بفقرتها الأولى التي جاء فيها " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها " والمقصود بهذه الأحكام ما هو وارد في هذا النص القانوني وما هو وارد بأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفقا لأحكام المادة 975 و 1006 منه.

لكن بالتدقيق في الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتعلق بالصفقات العمومية التي جاء فيها "...و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب على هيئة تحكيم دولية بناءً على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة."

إذا ما نستشفه من هذه النصوص أن منازعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها التحكيم هي المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية الدولية دون غيرها، والمنازعات المتعلقة بالتنفيذ هي المنازعات ذات الطابع المالي أي المنازعات المتعلقة بالحقوق والالتزامات المالية الناتجة عند تنفيذ الصفقة وبمناسبتها دون المنازعات التي لا تتعلق بالجوانب المالية للصفقة.[10]، زيادة على عدم جوازية التحكيم في المنازعات التي تتعلق بالنظام العام الداخلي أو حتى الدولي، وكذلك المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم[11]، كما أن المنازعات المتعلقة بالصفقات غير الدولية لايجوز فيها التحكيم لأنها تخضع للإجراءات المحددة بالمادة 153 فقرة ثانية وبكل تفصيلاتها، وغاية المشرع في ذلك هو محاربة المخالفات التي تندرج ضمن مفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[12].

2- النطاق الشخصي

بعد أن أوضحنا في الفقرة السابقة طبيعة المنازعات التي تقبل عرضها على التحكيم في مادة الصفقات العمومية بكل صورها، يثور التساؤل حول من هم الأشخاص المؤهلين قانونا بإبرام اتفاقات التحكيم، وقد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأحكام صريحة في بيان من يجوز لهم اللجوء الى التحكيم وهذا على خلاف قانون الإجراءات المدنية الملغى ومختلف التشريعات التي صدرت في أثناء سريانه، فالقانون الملغى[13] كان لا يجيز صراحة بمقتضى أحكام المادة 442 منه لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم بعبارتها " لايجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم."

غير أن هذا المنع تم التخفيف منه بموجب المرسوم التشريعي الصادر سنة 1993 تحت رقم 93-09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات

المدنية[14] والذي ألغى الفقرة الثالثة من المادة 442 ونصت المادة الأولى منه في فقرتها الثانية على أنه " لايجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية ."

هذا المنع الذي خفف منه المشرع تدريجيا تبعا للسياسة الاقتصادية المنتهجة من طرف الدولة ومختلف الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، تُوج أخيرا برفعه نهائيا في مجال الصفقات العمومية بنوعيها الوطنية والدولية، إذا من خلال أحكام المادة 975 والمادة 1006 فقرة ثانية وكذلك المادة 153 بفقرتها الأخيرة من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد أجيز صراحة للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي والناشئة بمناسبة تنفيذ هذه الأخيرة فقط.

وحتى تطبق هذه الأحكام، يجب أن يكون المتعامل الذي يتعاقد مع الأشخاص المعنوية العامة (المصالح المتعاقدة) في الجزائر بمناسبة صفقات عمومية أجنبيا وهذا بصريح نص المادة 153 من المرسم الرئاسي رقم 15-247، كما لم تنص هذه الأخيرة على جواز التحكيم الداخلي مع المتعامل الوطني، حيث استبعد المشرع هؤلاء الأشخاص من التحكيم بنص المادة 154 من المرسوم على أساس أن المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين يتم تسويتها عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاعات والتي تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي[15]، كما أن المشرع من خلال هذا النص أوجب التسوية الودية لهذه المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء المختص[16].

وبالنظر إلى أهمية الاختصاص في المادة الإدارية، فإن المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حددت الشخص القانوني المؤهل في اقرار اختيار التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات في مجال الصفقات العمومية بوجه عام، وهي الوزير المعني بالنسبة للدولة إذا كان التحكيم متعلقا بالولاية ومن طرف الوالي إذا كان متعلقا بالولاية ومن طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي إذا كان متعلقا بالبلدية وأخيرا الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية المتبوعة لها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية[17].

مفاد ما تقدم أن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية مقرونا بالحصول على الموافقة المسبقة من طرف مجلس الحكومة، بعد تقديم الاقتراح من طرف الوزير المعني بالقطاع، ولا يمكن أن يكون التحكيم منتجا لأثاره القانونية دون الموافقة الصريحة والصادرة من مجلس الحكومة .

ثالثا: الاتفاق على التحكيم لحل منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية

تختلف كيفية حصول الاتفاق على التحكيم على حسب طبيعة أو كيفية ابرام الصفقة العمومية، فالاتفاق الذي يبرم في الصفقات بالتراضي يختلف عن الاتفاق على التحكيم في صفقات العروض.

1- شرط التحكيم

وهو بصفة عامة الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في معاملاتهم التي تدخل في مجال التحكيم بعرض النزاع الذي قد ينشب على التحكيم[18]، أما بالنسبة لشرط التحكيم في الصفقات العمومية فهو لا يختلف مفهومه عن المفهوم العام، ويمكن تعريفه بأنه" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها في عقد صفقة عمومية بأن يعرضوا على التحكيم المنازعات التي تنشأ عن العقد المذكور."

من خلال هذا التعريف وما ورد بنص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية 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 وهو الأمر الغالب ـ كما قد يرد في عقد لاحق ويحيلون ما سينشأ بينهم من المنازعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم[19]، 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 مصدر الرابطة القانونية، ولكن كون المنازعات التي يشملها شرط التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة، فهي لم تنشأ بعد[20]، 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 المنازعات الواردة بنص 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[21].

وحتى يكون شرط التحكيم منتجا لأثاره وجب أن يكون مكتوبا أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة تطبيقا لأحكام المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أساس أن التحكيم في الصفقات العمومية الدولية يندرج ضمن أحكام التحكيم التجاري الدولي، وأن يتضمن هذا الاتفاق (الشرط) تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تحديدهم.

ولا ينعقد هذا الشرط إلا بتوافر الرضا لدى كلا الطرفين (المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الأجنبي)[22] وهو ما يقتضي وجوب إيجاب وقبول بل نقول قيام تفاوض بين الطرفين حول المسائل المتعلقة بالتحكيم وفي الغالب لا يكون هذا التراضي مستقلا عن العقد الأصلي أي عقد الصفقة العمومية.

كما لا يشترط أن ينشأ التحكيم دائما عن عقد خاص بين الطرفين، وإنما بالاستناد إلى المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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[23]، 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.

إلى جانب الرضا المعبر عنه صراحة، يجب أن يحصل الاتفاق على محل هذا التحكيم والمقصود به هو النزاع الذي يعرض على التحكيم والناشئ عن تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا المحل يجب أن يحدد في الاتفاق حتى يكون محل مراقبة مشروعيته، وفي كل الأحوال يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز فيها التحكيم [24]، زيادة على السبب المشروع طبقا للقواعد العامة في ابرام العقود والاتفاقات .

2- الاتفاق على التحكيم (مشارطة التحكيم)

قد لا يُدرج شرط التحكيم 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.

فالمبدأ أو القاعدة أنه على كل طرف من طرفي الصفقة العمومية أن ينفذ الالتزامات المترتبة عنها والواقعة على عاتقه بحسن نية[25]، 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 يُتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم فإنه يجوز للطرفين في هذه الحالة أن يقوما بإبرام مشارطة التحكيم.

فمشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم باعتباره اللفظ الذي استخدمه المشرع، تعني اتفاق أطراف علاقة قانونية على اللجوء للتحكيم للفصل في نزاع نشأ بينهم بالفعل، وهو ما تضمنه نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعبارتها" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، واتفاق التحكيم طالما يأتي بعد نشوء النزاع فإنه يجب أن يأتي محددا لكافة المسائل الجوهرية من نقاط الخلاف بين الأطراف وادعاءات الخصوم وطلباتهم.[26]

إذا فالثابت أن اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يُبرم بعد نشوء الخلاف، ونص المشرع على هذا الاتفاق في المرسوم الرئاسي بموجب المادة 153 منه التي جاء فيها " ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة ."

3- كيفية إدراج اتفاق التحكيم في الصفقات العمومية الدولية

يتم إبرام الصفقات العمومية الدولية بأسلوبين إما بطريق العروض أو بطريق التراضي، وتبعا لذلك يتحدد كيف يدرج اتفاق التحكيم.

- إدراج اتفاق التحكيم في الصفقة الدولية المبرمة عن طريق العروض

تمر الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الأسلوب بعدة مراحل تبدأ من مرحلة الإعلان عن تقديم طلبات العروض فمرحلة إيداع العروض تليها مرحلة فحص العروض وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين، لتأتي أخيرا مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يُدرج فيها شرط التحكيم[27]. بمعنى يتم الاتفاق على بنود الصفقة من بينها البند المتعلق بشرط تسوية الخلافات وهنا يدرج الطرفان الشرط التحكيمي كبند في عقد الصفقة أو بموجب وثيقة تلحق بالصفقة، وبمجرد التوقيع على الصفقة يعتبر شرط التحكيم موقعا، لتتم في أخر المطاف عملية المصادقة على الصفقة من طرف الجهة الإدارية المختصة[28].

- إدراج اتفاق التحكيم في الصفقة الدولية المبرمة عن طريق التراضي

يعد أسلوب إبرام الصفقات العمومية الدولية عن طريق التراضي الميدان الخصب لإدراج شرط التحكيم، على اعتبار أن الإدارة تتمتع بقدر من الحرية في اختيار المتعاقد الأجنبي معها دون المرور بكل المراحل التي يتميز بها أسلوب العروض، ولكن اللجوء إلى هذا الأسلوب في ابرام الصفقات العمومية الدولية محدود جدا بل أن المشرع حصره في حالات محددة طبقا للمادتين 49 و51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[29]، فيتم إدراج شرط التحكيم كبند في الصفقة والذي يحصل التفاوض بشأنه بكل حرية.

ما تجب الإشارة إليه أن اتفاق التحكيم لحل النزاع الناشئ عن تنفيذ الصفقة العمومية الدولية، مستقل عن عقد الصفقة المبرم فلا يتأثر به، فإذا تم بطلان عقد الصفقة أو غير ذلك من الأسباب فإن الاتفاق على التحكيم يبقى مستقلا ولا يتأثر بذلك[30]، وهو ما نصت عليه المادة 1040 بفقرتها الأخيرة التي جاء فيها"...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي."

المحور الثاني: النظام الاجرائي للتحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية

بعد ابرام اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة وبعد نشوء النزاع بين الأطراف فعلا وحسب الاتفاق القائم بينهما، تبدأ العملية التحكيمية من خلال تعيين المحكم أو المحكمين و توجيه طلب التحكيم لتعقد جلسات التحكيم وما يتخللها من إجراءات لتنتهي

في النهاية إلى صدور حكم التحكيم ثم تليه مرحلة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، كل هذه المراحل نتناولها بإيجاز في فقرات متتالية .

أولا :الخصومة التحكيمية

تبدأ اجراءات التحكيم عند وقوع خلاف بين أطراف اتفاق التحكيم، حيث يبدأ أحد الأطراف في إعلان رغبته في تحريك إجراءات الخصومة التحكيمية والتي حتما تبدأ بتوجيه طلب التحكيم، ثم انعقاد جلسات التحكيم وتبادل المذكرات والمسندات عن طريق هيئة التحكيم. لكن قبل بيان كل هذه الاجراءات وجب علينا الإشارة إلى كيفية تعيين المحكمين وتشكيلة هيئة التحكيم.

1- تشكيل محكمة التحكيم

يقصد بتشكيل هيئة أو محكمة التحكيم الدولي اختيار الشخص أو الأشخاص الذين توكل لهم مهمة التحكيم، وهي إما تتشكل من حكم فرد أو عدة محكمين لأداء المهام المنوطة بهم وفق مجموعة من القواعد.

- تعيين المحكم أو المحكمين

القاعدة في تشكيل محكمة التحكيم هي أن يكون العدد وترا في حالة تعدد المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم الدولي المنوط بها حل النزاع الناشئ عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، وقد منح المشرع الجزائري في ظل القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي[31] الحرية للأطراف من بداية الاتفاق على تعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعينهم والتي تتمثل في الآتي:

- تعيين المحكمين من قبل الاطراف

اتجه المشرع على غرار مختلف التشريعات الدولية إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار هيئة التحكيم وهو ما نصت عليه المادة 1041 من ق إ م و إ[32]، حيث يكون للأطراف الحرية التامة في تعيين المحكمين ويكون ذلك بوسيليين، إما بتعيينهم مباشرة أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم ويكون ذلك في العادة في اتفاقية التحكيم التي تبرم بين الأطراف، وإما أن يختاروا نظاما تحكيميا معينا يتم اعتماده في هذه العملية.

- تعيين المحكمين من قبل القضاء

يظهر في هذه الحالة الدور المساعد للقضاء في العملية التحكيمية ويكون ذلك عندما لايوجد أي نص اتفاقي لهذا التعيين، وكذلك عندما تنشأ صعوبة في التعيين المتفق عليه أو حتى في عزلهم واستبدالهم، وهنا يكون لمن له مصلحة في سرعة انطلاق وسيرورة العملية التحكيمية أن يلجأ إلى القضاء مباشرة،[33] وفي هذه الحالة فرقت المادة السالف ذكرها بين نوعين من التحكيم.

- فبالنسبة للتحكيم الذي يجري في الجزائر فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية التي ينعقد في دائرة اختصاصها التحكيم، بحيث يقدم الطلب بموجب عريضة إلى رئيس المحكمة المختصة للفصل في هذا التعيين.

- أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج واتفق طرفي النزاع على تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر، فهنا ينعقد الاختصاص حصرا لرئيس المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة، وبما أن الاختصاص ينعقد لهذا الأخير بناءً على أمر على عريضة من أجل تعيين الهيئة التحكيمية، فإنه في مجال التحكيم المتعلق بمنازعات الصفقات العمومية الدولية يكون الاختصاص وفقا للقواعد المنصوص عليها في القضاء الاستعجالي الإداري طبقا لنص المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[34]

- القواعد التي تحكم تعيين المحكم أو المحكمين

لم تتناول نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي معظم القواعد المتعلقة بالمحكم، تاركة الأمر لحرية الأطراف عملا بمضمون

المادة 1041 منه التي تطبق في حالة عزل واستبدال المحكمين، ولهذا قلنا بأن اختيار الأطراف في العادة لمحكمة تحكيم مشكلة من عدة محكمين يكون في اختيار نظام تحكيمي معين أو حتى اللجوء إلى مركز تحكيم (تحكيم مؤسسي) ليتولى العملية التحكيمية منذ بدايتها حتى نهايتها[35].

2- الاجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم

- القانون الواجب التطبيق على الاجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم

منحت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأطراف حرية ضبط إجراءات الخصومة التحكيمية بموجب اتفاقية التحكيم سواء بشكل مباشر أو استنادا إلى نظام التحكيم، أو اخضاعها إلى قانون إجراءات دولة ما يتم تحديده في اتفاقية التحكيم، لكن إن لم يتم ضبط الاجراءات في هذه الاتفاقية تولت محكمة التحكيم ضبطها مباشرة أو استنادا إلى قانون دولة ما أو نظام تحكيم لمركز تحكيمي معين .

- قواعد سير الاجراءات أمام محكمة التحكيم

الثابت قانونا وفقها أن القواعد الإجرائية التي تحكم سير العملية بعد اتصال المحكم أو المحكمين بالنزاع هي ذاتها سواء في إطار شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم وتتمثل هذه القواعد في الأتي:

- طلب التحكيم

إن التحكيم في حل منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية شأنه شأن أي نزاع يعرض أمام هيئات التحكيم أو أمام القضاء الوطني في أي دولة، فهو الأخر يبدأ بطلب يوجهه أحد الأطراف إلى الطرف الأخر ويقوم بتبليغه إلى خصمه، ولا يوجد شكل أو نظام معين لهذه الاجراءات، المهم أن يكون متضمنا للبيانات التعريفية بجميع الأطراف، ويتضمن هذا الطلب عرضا موجزا للوقائع على حسب طبيعة النزاع ومحتواه وكذلك الأسس التي يستند عليها في دعواه، ثم الطلبات ويرفق طلبه بالوثائق المثبتة لصحة ادعاءاته، ويكون الطلب بعدد أطراف النزاع وهو ما يشبه عريضة افتتاح الدعوى أمام القضاء الوطني.[36]

وإذا ما وقع الاتفاق على مركز تحكيم فإن هذا الطلب يقدم إلى أمانة المركز وفقا لنظامه لتتولى هذه الأخيرة بعملية تبليغ الأطراف إذا كان نظام المركز يجيز ذلك.[37]

- جلسات التحكيم

يتم عقد الجلسات في المكان والزمان وباللغة التي حصل الاتفاق عليها أو التي تحددها هيئة التحكيم، وتعقد جلسات المرافعة في المكان والزمان المحدد من طرف محكمة التحكيم، وإذا تخلف أحد الاطراف وكان حضوره ضروريا أو طلب التأجيل فيكون للمحكمة أن تقوم بتأجيل الجلسة إلى جلسة لاحقة تحدد تاريخها ومكانها .

- القواعد الخاصة بالإثبات وإجراءات التحقيق

الأصل في التحكيم الدولي طبقا لأحكام المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن محكمة التحكيم هي التي تتولى عملية البحث عن الأدلة، وهي من يمنح الفرصة للأطراف في تقديمها متى رأوا أنها مناسبة لإثبات ادعاءاتهم، لكن ونظرا لافتقارها لسلطة الأمر فإنها تلجأ إلى القضاء في ذلك، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي عملا بنص المادة 1048 من ق إ م و إ. بمعنى أنه يكون لقضاء الدولة ممثلا في القضاء الإداري التدخل لتقديم العون للهيئة التحكيمية الدولية في حالات كثيرة، من ذلك تقديم الأدلة واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.[38] ولمحكمة التحكيم السلطة في سماع الشهود والاستعانة بالخبراء وغيرها من اجراءات التحقيق التي تراها وجوبية لأجل الفصل في القضية على أكمل وجه وفي أحسن الظروف.

ـ التدابير التحفظية والمؤقتة

عرفت المادة 17 فقرة 2 من قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1985[39] بالصيغة المعتمدة في سنة 2006 بأن" التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي، سواء أكان في شكل قرار أم شكل أخر تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع بما يلي:

أ ـ أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع أو

ب ـ أن يتخذ إجراء منع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس..."، لقد تناولت المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى التدابير المؤقتة والتحفظية حيث أجازت لمحكمة التحكيم الأمر بها بناء على طلب أحد الأطراف إلا إذا نصت اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك.

وإذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي[40]، ويمكن كذلك لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يُخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير .

ـ آجال التحكيم

لقد بينا في المحور الأول من هذا البحث أن من بين مزايا التحكيم هو السرعة بالفصل في النزاع، ومن ثم فمقتضى هذه الميزة أن تتم العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها في أجل معين يقدر بكونه معقولا، حتى لا تبق الإجراءات مفتوحة لأمد طويل وقد يستغلها طرف على حساب طرف أخر.

ثانيا: الحكم التحكيمي

1ـ انتهاء الخصومة التحكيمية وآثار ذلك:

بعد الانتهاء من مرافعات الأطراف وتقديم أدلتهم وقيام محكمة التحكيم بالتحقيق المستوجب في القضية، تقوم بعد ذلك بغلق باب المرافعات لتحجز القضية للنظر فيها، لتنتهي المداولة من طرف محكمة التحكيم بصدور الحكم أو القرار التحكيمي الفاصل في النزاع المعروض عليها.

وتفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، ذلك أنه بإمكانها الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف[41].

ويترتب على انتهاء الخصومة التحكيمية صدور حكم التحكيم، وتتخلى محكمة التحكيم (المحكم) عن الدعوى بمجرد الفصل فيها، ولا يمكنها أن تعقد جلسات جديدة تحت أي مسمى عدا ما تعلق بتصحيح الأخطاء المادية في الأحكام وكذلك تفسيرها.

2ـ أحكام الحكم التحكيمي

ـ كتابة حكم التحكيم: تشترط معظم القوانين الوطنية والدولية أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، فعلى الصعيد الدولي تستوجب قواعد اليونسترال في مادتها 31 أن يصدر قرار التحكيم كتابة وأن يوقعه المحكم أو المحكمون أو أن يوقعه أغلبية أعضاء محكمة التحكيم مع وجوب ذكر سبب غياب أي توقيع، وهو نفس الأمر في القوانين الوطنية من ذلك القانون الجزائري الذي يستوجب تقديم أصل الحكم من أجل الحصول على الاعتراف به والحصول على الصيغة التنفيذية.[42]

ـ توقيع الحكم: يقتضي الأمر في إصدار حكم التحكيم أن يكون موقعا، فإذا كان حكم التحكيم فرديا فعلى المحكم الفرد أن يوقعه، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة تشكيلة

جماعية فيقتضي توقيعه من جميع المحكمين أو على الأقل الأغلبية مع ذكر سبب عدم توقيع باقي الأعضاء وفقا لما أوجبته قواعد اليونسترال.

ـ بيانات الحكم: يقتضي حكم التحكيم الصادر بمناسبة الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية أن يحتوي على جملة من البيانات الوجوبية، من بينها أسماء وألقاب المحكمين وبيانات الخصوم وتاريخ ومكان إصدار الحكم، ملخصا بدفوع وطلبات الأطراف وحيثيات القضية وعنصر مهم في البيانات وهو تسبيب الحكم، وأخيرا منطوق الحكم الذي يجب أن يكون واضحا ودقيقا حتى لا يطرح إشكالات تتعلق بتفسيره وما من شأنه تعطيله عن التنفيذ.(43)

ـ طبيعة الأحكام التي تصدرها محكمة التحكيم: يصدر عن محكمة التحكيم جملة من الأحكام منها ما هو نهائي، وهو الحكم الذي يصدر في كامل النزاع وتنتهي من خلاله ولاية محكمة التحكيم، كما نجد ما يسمى بالحكم التحكيمي الجزئي وهناك نوع ثالث من الأحكام هي الأحكام الاتفاقية التي تصدر استنادا لإرادة الأطراف عندما تكون لهم رغبة في تسوية النزاع وديا وأرادوا اعطائه الطابع الالزامي عن طريق إفراغه في شكل حكم تحكيمي.

أما النوع الأخير من الأحكام هي الأحكام التحضيرية أو الممهدة لصدور الحكم الموضوعي، فمن خلاله لا تفصل محكمة التحكيم في النزاع إنما تستعمله للتمهيد لذلك، من ذلك الحكم التحكيمي المعين لخبير لتقديم خبرة فنية أو حسابية أو غير ذلك .

3ـ الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية الدولية

إن الطعن الوحيد الذي يمكن للأطراف رفعه ويكون أمام الجهات القضائية الوطنية وفقا للقانون الجزائري في هذا النوع من الأحكام هو الطعن بالبطلان فقط، طبقا لما نصت عليه المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ـ نطاق الطعن بالبطلان: الأصل أن جميع طرق الطعن التي تُرفع ضد الأحكام القضائية تكون في مواجهة جميع الأحكام القضائية والقرارات والأوامر عندما تفصل في الموضوع طبقا لأحكام ق إ م و إد أما الأحكام التحضيرية أو التمهيدية فلا تكن قابلة للطعن إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع، بينما تتميز أحكام التحكيم بميزة أساسية وهي أنه بمجرد صدورها تنتهي ولاية المحكمة التحكيمية بالنسبة للنزاع الذي عرض عليها عدا الأخطاء المادية التي يمكن الرجوع إليها بغية التصحيح، ومن ثم فإن الأحكام الجائز الطعن فيها هي الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع والتي توصف بالدولية والتي تصدر عن هيئة تحكيم دولية.

ـ أسباب وحالات الطعن بالبطلان: تتعدد الاسباب التي تسمح لطرفي الحكم بالطعن فيه بالبطلان، وقد عددتها المادة 1056 من ق إ م و إ بستة (6) حالات على سبيل الحصر، ويمكن تقسيم هذه الحالات إلى ثلاث فئات على حسب سير العملية التحكيمية من الاتفاق إلى الخصومة التحكيمية إلى النطق بحكم التحكيم.(44)

ـ الحالات المتعلقة باتفاق (اتفاقية التحكيم) وتتمثل في حالة انعدام اتفاقية التحكيم و كون اتفاقية التحكيم باطلة و أخيرا حالة انقضاء مدة اتفاقية التحكيم .

ـ الحالات المتعلقة بسير الخصومة التحكيمية وهي حالة أن تشكيل المحكمة أو المحكم الوحيد جاء مخالفا للقانون وحالة عدم مراعاة محكمة التحكيم مبدأ الوجاهية.

ـ الحالات المتعلقة بالحكم في حد ذاته وتتمثل في حالة إذا فصلت المحكمة التحكيمية بحكم تجاوزت أو خالفت المهمة المسندة إليها و حالة إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب أما الحالة الثالثة هي حالة إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ثالثا: الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها

إن الحكم التحكيمي الدولي مثله مثل الحكم القضائي فإما أن يعمد الطرف الصادر الحكم ضده بتنفيذ الحكم طواعية، أو يتم اللجوء إلى إلزامه بتنفيذه جبرا وفقا لطرق التنفيذ المنصوص عليها سلفا في القانون. كما أن أحكام التحكيم الدولي على خلاف أحكام التحكيم الداخلي لا تنفذ مباشرة ولا تحوز على الصيغة التنفيذية للحكم بصفة تلقائية، إنما يجب على طالب التنفيذ قبل ذلك الحصول على الاعتراف بهذا الحكم أولا كخطوة أولى ثم تليها مرحلة التنفيذ.

1- الاعتراف بالحكم التحكيمي

الاعتراف يعني إقرار القضاء الرسمي في الدولة بأن الحكم التحكيمي قد صدر عن هيئة التحكيم صحيحا من حيث الشكل والموضوع، ومن ثم السماح له بالدخول في النظام القانوني لدولة القاضي لكونه جاء مطابقا لقواعدها.

وطبقا لأحكام المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتم الاعتراف بحكم التحكيم الدولي إذا تحقق شرطان أساسيان هما:

- إذا أثبت من تمسك بهذا الحكم وجوده وذلك عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ، وتكون لغة تحريرها باللغة العربية وإذا كانت خلاف ذلك يجب ارفاق نسخة منها بترجمة رسمية للغة العربية تطبيقا للمبدأ الوارد بحكم المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتودع هذه الوثائق بأمانة ضبط المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الجزائر وصدر الحكم فيها، أما إذا صدر الحكم خارج الجزائر ومع ذلك وفقا لشروط سبق بيانها يعتبر دوليا وليس أجنبيا فيقدم الطلب أمام محكمة محل تنفيذ الحكم وذلك من طرف من يهمه التعجيل.
- إذا كان الاعتراف بحكم التحكيم الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي وذلك من حيث مبادئ العدالة وقواعد الأخلاق والآداب العامة في مختلف المعاملات على المستوى الدولي.

2- تنفيذ حكم التحكيم الدولي

التنفيذ هو الطلب من القضاء إجبار الخصم الذي صدر حكم التحكيم ضده على تنفيذ ما جاء فيه كرها عند امتناعه عن التنفيذ الاختياري، فالاعتراف بالحكم لا يعني الأمر بتنفيذه مباشرة، لكن يقتضي الأمر صدور أمر أخر بتنفيذه بعد الاعتراف به من الجهة القضائية المختصة، لأن هذه الأخيرة هي التي تمنحه الصيغة التنفيذية حتى يمكن بعد ذلك طرحه للتنفيذ الاختياري ثم الاجباري طبقا للقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة.

3- أحكام الاعتراف والتنفيذ

يقدم طلب الاعتراف والتنفيذ بموجب عريضة متضمنة البيانات اللازمة كغيرها من العرائض طبقا للمادة 311 من ق إ م و إ والمتعلقة بتقديم العرائض أمام رئيس المحكمة التي صدر الحكم فيها أو التي يكون فيها محل التنفيذ للحكم التحكيمي إذا صدر خارج الجزائر طبقا لأحكام المادة 1051 من القانون.

وبما أن النزاع يخص شخص معنوي عام ذو طابع إداري فهي إذا من اختصاص القضاء الاستعجالي تطبيقا لنص المادة 1051 فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وبإسقاط أحكام المادة 976 من نفس القانون على ما جاءت به المادة 1051 نجد أن صلاحية الأمر بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المواد الإدارية من اختصاص رئيس المحكمة الإدارية مع مراعاة طبعا ما إذا كان مقر التحكيم بالجزائر أو بالخارج وذلك وفق الأتي:

ـ إذا كان التحكيم يجري بالجزائر، تعتبر قابلة للتنفيذ وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها.
ـ إذا كان التحكيم يجري بالخارج تعتبر قابلة للتنفيذ وبنفس الشروط بأمر من رئيس المحكمة الإدارية محل التنفيذ[45].

ما تجب الإشارة إليه أن الأمر برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر يكون قابلا للطعن فيه بكل طرق الطعن كما هو الشأن في المادة الإدارية تطبيقا لأحكام المادة 977 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها" تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية."

وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يواجه نفس الاشكالات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة عن القضاء الإداري في الجزائر، على أساس أن المنفذ عليه يكون شخصا معنويا ذا طابع إداري، هذا الأخير قد يعترض عن التنفيذ ولا يسعى إلى تنفيذ مقتضيات هذا الحكم التحكيمي المعترف به والمستوجب عليه تنفيذه.

وإن كان المشرع الجزائري في هذه المسألة وبخلاف ما كان عليه الأمر في قانون الإجراءات المدنية الملغى قد أوجد حلولا، من ذلك إجراء توقيع الغرامة التهديدية بمقتضى أحكام المواد 980 إلى 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 980 على أنه " يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و979 أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها."

بل وإلى جانب إجراء الغرامة التهديدية أوجد المشرع فيما يتعلق بالأحكام القضائية الإدارية إجراء توجيه الأمر بالتنفيذ طبقا لما نصت عليه المادتين 978 و 979 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وإن كانت هذه الأحكام تتعلق بتنفيذ الأحكام الإدارية فإنها تشمل أيضا أحكام التحكيم الدولي الصادرة في منازعات تنفيذ الصفقات الدولية تطبيقا للحكم العام الوارد بأحكام المادة 977 السابق الإشارة إليها.

خاتمـــــــــة

لقد تبين من خلال هذا البحث أن التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية الدولية من المواضيع الحديثة، وما يميزه فعلا هو صعوبة الدراسة ليس لحداثته فقط وإنما لغياب التطبيق الميداني للأحكام المتعلقة به.

ورغم الطابع المميز للمنازعات الإدارية عموما ومنازعات الصفقات العمومية على وجه الخصوص سواء بالنظر إلى أطرافها أو بالنظر لموضوعها أو بالنظر كذلك لمصدر الأموال التي تمول بها المشاريع محل هذه الصفقات والتي تعد أموال عمومية، فقد اتجه المشرع بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والادارية لسنة 2008 إلى الاعتراف للأشخاص المعنوية العمومية من اللجوء للتحكيم الدولي لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية الدولية، رغم التردد الذي صاحب هذه العملية لسنوات، ولم يتجسد هذا الاعتراف الصريح ميدانيا إلا بمقتضى المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر سنة 2015 بمقتضى المادة 153 بفقرتيها الأولى والأخيرة.

هذا التوجه كان رغبة من المشرع في تجسيد المشاريع التي أطلقتها الدولة الجزائرية وبالنظر للأهمية البالغة للصفقات العمومية الدولية في تنفيذ مختلف المشاريع ذات المنفعة العمومية ودفع عجلة الاقتصاد الوطني، سيما بعد البحبوحة المالية التي عرفتها الجزائر في السنوات الماضية واطلاقها مشاريع كبيرة لا يمكن

تجسيدها بواسطة متعاملين جزائريين لأسباب مختلفة، ومن ثم كانت الحاجة لمتعاملين أجانب للمساهمة في تجسيد هذه المشاريع.

هذه الرغبة لا يمكن أن تتجسد مالم يتحصل هؤلاء الأجانب على الضمانات القانونية الكفيلة بالقيام بنشاطهم في الجزائر، لذلك كان النص على امكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي للفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات الدولية إحدى هذه الضمانات التي تجسدت قانونا.

وفي تقديرنا فإن هذا التوجه يعد توجها موفقا إلى حد ما، ومع ذلك ثمة نقائص نسجلها على هذا الضمان القانوني يمكن تضمينها في نتائج الدراسة وفق الأتي:

ـ ما يستنتج من هذه الدراسة أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، يعتبر من الناحية القانونية تعديلا لقواعد الاختصاص القضائي الإداري الذي تحكمه ضوابط محددة قانونا.

ـ على الدولة أن تحسن اختيار المتعاملين معها(المتعاقدين) لتجنب نشوء النزاعات والسعي الدائم للبحث عن تسوية ودية لمختلف المنازعات قبل عرضها على التحكيم.

ـ ما يميز الأحكام المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية وفي منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الدولية هو أن المشرع استعمل أسلوب الإحالة من القواعد المنظمة للعملية التحكيمية إلى القواعد المنظمة لسير النزاع الإداري هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الإحالة من القواعد العامة للتحكيم إلى التحكيم في مجال المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية أمر يؤدي إلى التداخل بل و يحصل التعارض والاختلاف بين طبيعة الإجراءات المتبعة، لذلك نرى من الضرورة إفراد العملية التحكيمية في المجال الإداري والصفقات العمومية بنصوص خاصة مستقلة عن القواعد الأخرى من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المراجـــــــــع

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 50.

2- عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 223.

3- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، ط5 ، منشأة المعارف، مصر 1988، ص 15.

4- سيف الدين البلعاوي، التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق، الجزائر، 1989، ص 348.

5- آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، المؤتمر السنوي السادس التحكيم التجاري الدولي، 4 أفريل 2011، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة، ص 982.

6- عبد الحميد الأحدب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة الصلح التحكيم، بحث مقدم في الملتقى المنظم بالمحكمة العليا يومي 15 و 16 جوان 2008 بالجزائر، ص10.

7- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 23.

8- EDUARDO Silva Romero, discussion publier, dans la journée d'étude sur « le droit européen et l'arbitrage d'investissement » organisé le 08 décembre 2010, sous la direction de CATHERINE Kessedjian, à l'institut de droit comparé, université panthéon-assas (Paris 02) ,édition Panthéos-Assas, Paris 2011, p 190.

9- تنص المادة 975 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الصادر بمقتضى 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 على أنه " لايجوز

للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية."

10- رشيد شمشم ـ مجرالي محمد لمين، التحكيم كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس جوان 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية، ص 52.

11- موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والقضائية، المركز الجامعي لتمنراست، العدد 09 سبتمبر 2015، ص 228.

12- ثمة عدة أحكام واردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر تحت رقم 06-01 بتاريخ 2006/02/20 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 44 وتتعلق بالجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية منها جريمة الامتيازات غير المبررة المنصوص عليها بالمادة 26 وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالمادة 27.

13- القانون الملغى هو قانون الاجراءات المدنية الصادر بوجب الأمر رقم 66-154 بتاريخ 08 جوان 1966.

14- المرسوم التشريعي رقم 93 – 04 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية المنشور بالجريدة الرسمية عدد27.

15- تنص المادة 154 من المرسوم الرئاسي على أنه" تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين."...

16- رشيد شمشم ـ مجرالي محمد لمين، مرجع سابق، ص 63.

17- صديق سهام، التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد 1 ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 119.

18- 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.

19-Philipe fauchard, Emmanuel Gaillard, Berthold, Traité de l’arbitrage commercial international, Paris, 1996, p 47 et Ss.

20- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007، ص232.

21- بودليو سليم، منظمة التجارة العالمية ونظام تسوية النزاعات، مجلة العلوم الإنسانية جامعة منتوري قسنطينة، عدد 2 ديسمبر 2009، الجزائر، ص 174.

22- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 20.

23- أبرمت هذه الاتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 1965/03/18، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب أمر 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة1995.

24- فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة عشر، العدد الأول يناير 2007، ص 20.

25-Mohand ISSAD, la nouvelle loi algérienne relative à l’arbitrage international, Revu de l’arbitrage, année 2008 n 3, p422.

26- لقد عرفه القانون الفرنسي سواء كان شرطا أو مشارطة و ذلك بالمرسوم رقم 81-500 المؤرخ في 1981/05/12 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، حيث جاء بالمادة

1442 منه تعريف شرط التحكيم بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل على التحكيم."

27- بودليو سليم ـ نويوة هدى، خصوصية الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، العدد 50 ديسمبر 2018 المجلد ب، ص 479.

28- بنور أسماء، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، تمت مناقشتها بتاريخ 2019/01/31، غير منشورة، ص 94.

29- تنص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الأتية: 1 ـ عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية....4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية و ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجالي."...

30- بودليو سليم ـ نويوة هدى، مرجع سابق، ص 483.

31- القواعد المنظمة للتحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تسري عليها القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي على اعتبار أنه تحكيم دولي وفقا لما أكدت عليه المادة 153 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247.

32- تنص المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم."...

33- موساوي مليكة، مرجع سابق، ص 226.

34- تنص المادة 917 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع."

35- بنور أسماء، مرجع سابق، ص 107.

36- عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 285.

37- نظام غرفة التجارة الدولية بباريس متوفر على موقع الغرفةwww.cci.org

38- حسين العيساوي، التحكيم وحصانة الدولة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، العدد 09 لسنة 2011، ص 493.

39- قواعد اليونسترال متاحة على الموقعwww.uncitral.org

40- موساوي مليكة، مرجع سابق، ص 227.

41- راجع تفصيل ذلك في رسالة الدكتوراه للباحثة بنور أسماء، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها.

42- تنص المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بناء على الإحالة الواردة بالمادة 1054 على أنه "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة الذي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل."...

43- صديق سهام، مرجع سابق، ص 125.

44- راجع تفصيل ذلك مداخلة بودليو سليم، الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي المقدمة في الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات ـ الحقائق والتحديات ـ يومي 26-27 أفريل 2016 بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

45- بنور أسماء، مرجع سابق، ص 148.