القابلية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

(وفقا لتنظيم الصفقات العمومية و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)

L'arbitrabilité en matière du contentieux des marchés publics

(Selon le code des marchés publics et le code de procédure civile et administrative)

رمضاني مصطفى

كلية الحقوق و العلوم السياسية-قسم الحقوق-

– جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس-

الملخص:

إنفصلت عقود الصفقات العمومية بشأن مسألة قابليتها للتحكيم عن باقي العقود الإدارية التي يجوز اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعاتها إلا في إطار الإتفاقيات الدولية، و ذلك عكس منازعات الصفقات العمومية التي أصبحت قابلة للتحكيم دون الحاجة إلى اتفاقية دولية، و هو ما تنص عليه المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أو في مادة الصفقات العمومية " ، الأمر الذي يترتب عليه ضرورة الإلمام بالأحكام الخاصة بقابليتها للتحكيم، لاسيما أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم و قابلية منازعات الصفقات العمومية عبر مختلف مراحلها لتسويتها بطريق التحكيم .

الكلمات المفتاحية:

التحكيم، الصفقات العمومية، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القابلية للتحكيم، المصالح المتعاقدة .

مقدمة

تتفق اغلب التعريفات للتحكيم على انه وسيلة لفض المنازعات إلى جانب القضاء ، يوصل إلى حكم حاسم للنزاع ، مثله في ذلك مثل الحكم القضائي ، بالإضافة إلى انه رهين باتفاق الأطراف ، الأمر الذي يستمد منه المحكم ولايته .[1]

إلا أن اتصال التحكيم في هذه الحالة بمادة الصفقات العمومية من شانه أن يوجب اقتراح تعريف خاص بالتحكيم في هذه المادة ، و بناءا عليه يمكن تعريف هذا النوع من التحكيم بأنه : " التحكيم الذي يتم بموجب اتفاق يدرج ضمن دفتر الشروط أو مشارطة بموجب ملحق ، بين مصلحة متعاقدة و متعامل متعاقد لفظ المنازعات الناجمة عن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، باستثناء تلك التي لا تقبل التحكيم بحكم طبيعتها .

انطلاقا من هذا التعريف نلاحظ أن للأمر علاقة بعنصرين جوهريين ، يتمثل الأول في أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم على حسب تعبير المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15 - 247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام [2]، و ذلك في مواجهة المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3] و التي تتكلم فقط على الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في المادة 800 من نفس القانون[4] ، و هذا ما يعرف ب " القابلية الشخصية للتحكيم " .

أما العنصر الثاني فيتمثل في اقتصار التحكيم على منازعات مرحلة التنفيذ على حسب تعبير المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247[5] ، و هو ما يعرف ب " القابلية الموضوعية للتحكيم " ، إلى جانب بعض المبادئ العامة التي لا يمكن بموجبها اللجوء إلى التحكيم في باقي المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية ، و هو ما سيتم الوقوف عليه بالتفصيل .

---

[1] - لم تتعرض اغلب الأنظمة القانونية لتعريف التحكيم ، و منها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي لم يعط سوى تعريف شرط التحكيم في المادة 1007 و تعريف اتفاق التحكيم في المادة 1011 ، و ذلك راجع لكون أن معظم التشريعات استوحيت من القانون النموذجي للتحكيم ، و من ذلك المشرع الجزائري الذي استعمل لفظ " اتفاقيات التحكيم " بصفة عامة على أن إدراج ضمنه " شرط التحكيم " و " اتفاق التحكيم " .

[2] - المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام : " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :- الدولة .- الجماعات الإقليمية .- المؤسسات ذات الطابع الإداري - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكون مكلفة بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية .و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة " .

[3] - المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه ، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية " .

[4] - المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " .

[5] - المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 : " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ... " .

أولا – أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم

تشكل مسالة أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم مادة نقاش و جدل كبيرين ، سواء في إطار العلاقات الداخلية أو الدولية منها ، و يرجع ذلك إلى التصادم بين نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر – و التي تحيل إلى الأشخاص المذكورة في المادة 800 من نفس القانون و المتمثلة في الدولة ، الولاية ، البلدية و المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري – و نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي تتضمن بالإضافة إلى الأشخاص المذكورة في نص المادة 800 ، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري EPE و EPIC ، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة ، كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية .

1 – أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم الداخلي

مقارنة المعيار العضوي بين قانوني الإجراءات المدنية و الإدارية و الصفقات العمومية – أي بين المادة 800 من القانون الأول و المادة 06 من القانون الثاني - ، يمكن تصنيف المصالح المتعاقدة إلى ثلاثة أصناف ، بحيث لكل منها طبيعته الخاصة .

أ – أشخاص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]

فيما يخص أهلية هذه الفئة من الأشخاص للجوء إلى التحكيم الداخلي ، فإنها لا تعتبر مؤهلة لذلك على الرغم من النص على إمكانية ذلك بموجب نص المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلى جانب نص الفقرة الثالثة من المادة 1006 من نفس القانون[2] ، هذه الأخيرة في نفس الوقت تغطي أهلية باقي الأشخاص المعنوية للجوء إلى التحكيم ، لان الأشخاص المعنوية العامة لا تتوقف عند التعداد الذي أوردته المادة 800 السالفة الذكر.

و بالرجوع إلى أحكام المادة 689 من القانون المدني[3] ، نجدها تتضمن أحكام التصرف في أموال الدولة ، بحيث تنص صراحة على عدم جواز تصرف الدولة في أموالها ، أو ما يعرف ب " معيار حرية التصرف في الحق " المكرس بموجب الفقرة الأولى من المادة 1006 من قانون ا.م.[9]

و بناءا على ما تقدم فان أشخاص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا تتمتع بأهلية التصرف في الأموال المخصصة لها ، و بالنتيجة عدم أهليتها للجوء إلى التحكيم الداخلي بصفة

---

[1] - هذا النوع من الأشخاص يعتبر القاسم المشترك بين المادتين – أي المادة 800 و المادة 02 المذكورتين أعلاه .

[2] - المادة 03/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " .

[3] - المادة 689 من القانون المدني : " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم ، غير ان القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 ، تحدد شروط إدارتها ، و عند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها " .

9 –المادة 1006 /01 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "

عامة على الرغم من النص على ذلك صراحة في المادتين 975 و الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لتعطل مفعولهما فيما يخص الصفقات الوطنية – أي التحكيم الداخلي – بعدم أهليتها للتصرف في حقوقها .

ب – أشخاص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل و المتمم (المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في حالة إذا لم تكن ممولة بموجب مساهمة من ميزانية الدولة) :

إن مسألة أهلية هذا النوع من الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم لم تترسخ بمجرد صدور القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، على الرغم من نص الفقرة الثانية من مادته العشرين على إمكانية التصرف في ممتلكاتها و بيعها وفقا للقانون التجاري[1]، و نص الفقرة الثالثة من نفس المادة على إمكانية أن تكون ممتلكات هذه المؤسسات موضوع مصالحة[2]، و ذلك نظرا لمفعول الفقرة الأولى[3] من نفس المادة دائما، و التي يصعب معها تمييز الأصول الصافية المساوية لقيمة الرأسمال التأسيسي[4] .

لكن بصدور النصوص اللاحقة للقانون 88-01 تأكد أهلية هذه المؤسسات بصفتها كمصالح متعاقدة للجوء إلى التحكيم فيما يخص الصفقات الوطنية، أي يستثنى من ذلك الحالة التي تكون فيها الصفقة ممولة بموجب مساهمة من ميزانية الدولة .

من أهم هذه النصوص المرسوم التشريعي 94-08 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، الذي عدل المادة عشرون من القانون التوجيهي 88-01 السالفة الذكر، و حسم الأمر بالنص على عدم التمييز بين ممتلكات المؤسسات العمومية الإقتصادية و صيرورتها قابلة للتصرف برمتها[5] .

و إن التشكيك في مسألة أهلية المؤسسات العمومية الإقتصادية للجوء إلى التحكيم، لا يمكن إزالته إلا بالإشارة إلى إمكانية تطبيق الأحكام المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية[1] على مثل هذا النوع من الشركات، فما بال المشككين في عدم أهليتها للجوء إلى التحكيم ؟ .

---

[1]- الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية : " و يمكن التصرف في هذه الممتلكات و بيعها طبقا لقواعد القانون التجاري " .

[2]- الفقرة الثالثة من نفس القانون : " كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسات العمومية الاقتصادية موضوع مصالحة حس الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المذكور أعلاه "

[3]- الفقرة الأولى: " تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسات العمومية الإقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة " .

[4]- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009، صفحة 127 .

[5]- المادة 24 من المرسوم التشريعي 94-08 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994: " تعدل أحكام المادة 20 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير سنة 1988 و المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية و تحرر كما يلي :
المادة 20 : تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسة العمومية الإقتصادية قابلة للبيع و التحويل و الحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص و أجزاء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الإنتفاع ".

2 – أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم الدولي

فيما يخص لجوء المصالح المتعاقدة إلى التحكيم الدولي في منازعات الصفقات العمومية ، فان للأمر صلة بعدة مسائل جوهرية .

أولا و قبل كل شيء تجدر الإشارة إلى أن طبيعة عقد الصفقة العمومية لا تختلف في الصعيد الداخلي عنه في الخارجي ، لان القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى أن يحكم العقدين قواعد مختلفة ، فمن المسلم به أن عقد الصفقة العمومية يخضع للقانون العام ، و عند إخضاع عقد الصفقة الدولية لغير ذلك فلن يحكمها إلا قواعد القانون الخاص ، و بالتالي يسلب ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطة في العقد تهدف من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة ، و بالتالي يوصف العقد بوصف لا يتفق مع أحكام عقد الصفقة العمومية الذي يخضع لقواعد القانون العام [2] ، لهذا فان عقد الصفقة الدولية يخضع إلى نفس نظام الصفقة الداخلية على الرغم من اتصاله من خلال عناصره بأكثر من دولة و ذلك بخضوعه لقانون الدولة التي تنتمي إليها المصلحة المتعاقدة .

كما أن الأمر يتعلق بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة الذي لا يخص إلا التحكيم الداخلي دون الدولي ، و الذي يعتبر – هذا المبدأ - قاعدة مادية طرحت للوجود بفضل محكمة استئناف باريس سنة 1957 في قضية **Myrtoon Steamship** ، و التي مفادها أن هدا النوع من الأشخاص المعنوية العامة يمكنه اللجوء إلى التحكيم فيما يخص العقود الدولية المبرمة في إطار التجارة الدولية [3] .

ثم بعد دلك كرست هذه القاعدة المادية بفضل محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الشهير Galakis سنة 1966 ، لتصبح قاعدة مادية مطبقة بانتظام ، على غرار قضية Gatoil [4] .

و بمقتضى هده القاعدة أصبحت مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم لا تخضع لمنهج التنازع و إنما إلى منهج القواعد المادية ، و التي تعتبر عدم سريان الحظر الوارد على

---

[1]- المادة 217 من القانون التجاري : " تخضع الشركات ذات رؤوس أموال عمومية كليا أو جزئيا لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس و التسوية القضائية . ..."

[2] - خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخضير ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الشريعة و القانون ، جامعة الأزهر ، ص241 .

[3] - ساد هذا التوجه بعد أن تم تجاوز حجة مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات باللجوء إلى التحكيم بفضل المجلس الدستوري الفرنسي ، الذي ذهب إلى أن للأمر علاقة فقط بدعاوى التفسير و مشروعية القرارات الإدارية ، و ليس لذلك علاقة بالقضاء الكامل بما فيه العقود الإدارية ، لتبقى القرارات الإدارية خاضعة لمبدأ الاختصاص الحصري لسلطات الدولة لتعلق الأمر بالمبدأ الدستوري و المتمثل في الفصل بين السلطات .

[4] - Revue Béninoise des sciences juridiques et administratives, R.B.S.J.A N°22, 2009, l'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA par Dorothé C.Sossa, page 6 et 7 : « Même le conseil constitutionnel français est allé de son appréciation pour retenir que le recours ouvert à l'arbitrage des personnes publiques serait en porte à faux avec le principe de la séparation des pouvoirs dont relève la compétence du juge administratif s'agissant en tout cas de la reformation et de l'annulation des actes administratif ».

الدولة أو المؤسسات العامة في قبول التحكيم ، و أن هده القاعدة يعمل بها في مواجهة جميع الدول التي تعرف قوانينها مثل هذا الحظر ، لتصبح في آخر المطاف قاعدة من قواعد النظام العام الدولي .

إلا أن العمل بهذه القاعدة يصطدم بالنظام العام الداخلي – قواعد البوليس [1] - ، و التي تحتفظ الدولة بحقها في استثناء بعض المواضيع من التحكيم ، و التي تنقسم إلى صنفين ، يتمثل الصنف الأول في أربعة كتل و التي تعتبر مسائل مفترضة و التي لا تقبل التحكيم إلى الأزل لأن لهذه الأخيرة علاقة بصميم كيان الدولة إلى درجة عدم تصور اختصاص المحكمة بالنظر في مثل هذه المنازعات ، و إنما تبقى خاضعة للاختصاص الحصري لسلطات الدولة ، و التي تتمثل في المسائل المتعلقة بأعمال سلطات الدولة ، المسائل المتعلقة بالتجريم و العقاب ، مسائل الأحوال الشخصية و المنازعات الإدارية – باستثناء العقود الإدارية - ، أما الصنف الثاني فيتمثل في المسائل التي تخرج عن دائرة التحكيم حسب الملائمة ، و التي تختلف من دولة إلى أخرى ، و التي قد يصل عددها إلى أربعة عشر مادة ، مثل المنازعات المتعلقة بالشركات ، المنافسة ، منازعات الملكية الفكرية و الأدبية .... ، هذا النوع من المنازعات سيثني من الحظر أو يباح وفقا لملائمة مصلحة مجتمع معين مما يقتضي النص عليها صراحة – حالة بحالة [2] .

و في آخر المطاف ، قد يتساءل متسائل حول الجدوى من النص على قابلية مادة ما للتحكيم على غرار الصفقات العمومية ، في وجود القاعدة المادية المعروفة على مستوى القضاء التحكيمي ، و التي تقضي بعدم اعتبار أهلية الأشخاص المعنوية العامة من التحكيم .

في هذا الشأن ، تجدر الإشارة إلى أن هذه المواد المستثنات من القابلية الموضوعية للتحكيم بموجب القوانين الداخلية تعتبر من قبيل قواعد النظام العام الداخلي – قواعد البوليس -، و التي حتى و إن أخذ المحكم الدولي بالقاعدة المادية السالفة الذكر ، فإن قراره مصيره العدم لبطلانه و عدم الاعتراف به في بلد التنفيذ على أساس المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 [3] .

---

[1] - راجع في ذلك مؤلف الدكتور محمود إياد بران – التحكيم و النظام العام - منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى – 2004.

[2] - Karim Sid Ahmed, droits fondamentaux des contribuables et procédures fiscale tom 2 l'Harmattan, 2007, page 50 : « ....l'arrêt société phocéenne de dépôt du 20 janvier 1989 : « l'arbitrage (est) exclu (...) dans les matières relevant , par leur nature même de la compétence exclusive de la juridiction étatique » . Et: MOSTEFA Trari – Tani, Arbitrage internationale dans le nouveau code Algérien, ASA Bulletin, Walters Kluwer Law and business, 2009, page 75 : « La notion d'ordre public doit inéluctablement s'étendre ici au sens international, concernant les matières citées à titre d'exemple,...mais pour les autres matières , c'est une question qui doit être réglée au cas par cas , par les tribunaux » .

[3] - المادة 05 من المرسوم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى معاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – ج – ر عدد 48 – 23 نوفمبر 1988 : " .... كذلك يمكن أن تفرض اعتماد قرار تحكيمي و تنفيذه إلا إذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد و التنفيذ ما يأتي : أ – إن موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم ، أو ب - أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد .

و بالتالي يعتبر ما تم التطرق إليه ، هو السبب وراء إبراز و النص صراحة على قابلية الصفقات العمومية للتحكيم من حيث الموضوع ، بعدما كانت محظورة ، بمعنى أخر أنه قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، فإنه حتى و لو تمسك المحكم الدولي بأهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم ، فان حكمه سوف لا ينفذ و لا يتم الاعتراف به ، أما بعد صدوره فلا يمكن للمصالح المتعاقدة التمسك بعدم الاعتراف بالحكم التحكيمي ، للنص صراحة على قابلية منازعات الصفقات العمومية للتحكيم ، أين تنازل المشرع الجزائري للمحكم عن اختصاص القاضي الحصري فيما يخص هذا النوع من المنازعات .

ثانيا – قابلية منازعات الصفقات العمومية للتحكيم

إذا تحررت مادة الصفقات العمومية من دائرة حظر التحكيم ، فهذا لا يعني على الإطلاق أصبح منازعات هذه الأخيرة - و المختلفة باختلاف المرحلة التي تمر بها – تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم ، و إنما حتى تقبل منازعة ما من هذه المنازعات النظر فيها من قبل المحكم لا بد من توفر شروط معينة .

1 – شروط التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

من المتفق عليه أن الصفقات العمومية هي عملية تعاقدية مركبة تمر بعد مراحل ، انطلاق من مرحلة الإبرام إلى مرحلة التنفيذ فمرحلة ما بعد التعاقد [1] .

و على العموم فإن شروط قابلية منازعة ما من منازعات الصفقات العمومية للفصل فيها بطريق التحكيم ، تتمثل في شرطين مهمين :

أ – عدم تعلق الأمر بأعمال سلطات الدولة

و يقصد بذلك استبعاد التحكيم في المسائل التي تندرج ضمن الاختصاص الحصري لمحاكم الدولة لتعلقها بأعمال السيادة كالقرارات الإدارية المنفصلة و التي تتخلل العملية التعاقدية بحيث لا يتصور اختصاص المحكمين بالنظر في مثل هذه المنازعات .

بالنسبة للتحكيم في الصفقات العمومية فعلى الرغم من تعلق الأمر بكتلة المنازعات الإدارية و التي تعتبر من صميم اختصاص محاكم الدولة ، إلا أن الأمر يعتبر نتاج لتطور مسالة القابلية الموضوعية للتحكيم ، الأمر الذي جاء نتيجة لتفكك مادة العقود الإدارية عن كتلة المنازعات الإدارية التي بقيت حبيسة النظام العام .

[1] - فيما يخص هذه المرحلة فهناك من يراها على أنها امتداد لمرحلة التنفيذ التي تنتهي بموجب عملية التسليم ، فقط أن المسؤولية في هذه المرحلة ليس أساسها العقد و إنما تستمد من القانون الذي يقرها .

و للإشارة ، فإن هذه الوضعية جاءت نتيجة لتطور فكرة النظام العام بعدما شكك الفقه في العلاقة بين القابلية للتحكيم و فكرة النظام العام ، بحيث أصبح الاتجاه الحديث يتمثل في ضرورة وجود خرق فعلي للنظام العام و ليس مجرد تنظيم العلاقة المعنية بالتحكيم بموجب قواعد آمرة [1].

و بالفعل هو ما حصل فيما يخص منازعات العقود الإدارية ، بانفصالها عن كتلة المنازعات الإدارية التي بقيت حبيسة الحظر لتعلقها بفكرة النظام العام في شقه المتمثل في حماية المصلحة العليا للمجتمع – النظام العام الجماعي - ، و ليس في شقه المتمثل في عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة ، و التي تعتبر وظيفة يمكن للمحكم تحقيقها و إلا تعرض حكمه المستقبلي للبطلان بفعل وظيفة القضاء الرقابية تجاه مؤسسة التحكيم .

و إن حاولنا التفصيل في كل هذا ، فإن مرجعية كل ذلك تتمثل في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي ، و الذي قضى بموجب قراره رقم 244/86 ل 1987/01/23 [2]، بان دستورية منازعات المشروعية بناءا على مبدأ الفصل بين السلطات ، هي التي تخضع للاختصاص الحصري لمحاكم الدولة، و يستثنى من ذلك دعاوى القضاء الكامل بما في ذلك منازعات العقود الإدارية ، لعدم دستورية هذا النوع من المنازعات [3] .

إلا أنه تجدر الإشارة في هذه الحالة إلى أن التشريعات المقارنة على غرار المشرع البلجيكي ، الألماني و الإيطالي ، اسند اختصاص النظر في هذا النوع من الدعاوى إلى القضاء العادي ، و هو ما لم يقدم عليه المشرع الجزائري الذي بقي محتفظ باختصاص القضاء الإداري فيما يخص منازعات العقود الإدارية [4] .

نتيجة لذلك فتح المجلس الدستوري الفرنسي المجال للتحكيم فيما يخص منازعات العقود ، متجاوزا بذلك عقبة " النظام العام " ، لعدم وجود أي خرق للقواعد القانونية الآمرة بمفهوم النظام العام التوجيهي و ليس الجماعي ، و الذي لا يستند على عدم مخالفة هذه القواعد و إنما على حماية المصالح العليا للمجتمع ، و هو الباعث على عدم قابلية المواد الأخرى للتحكيم على غرار منازعات المشروعية التي بقيت محظورة، فقط أن منازعات العقود تفككت و تصدعت عن كتلة المنازعات الإدارية بصفة عامة .

---

[1] محمود إياد بردان – التحكيم و لنظام العام – مرجع سابق – ص 162 .

[2] - TURGUT Tan, le droit administratif et l'arbitrage, rapport au symposium sous le thème « Mutation économiques et arbitrage » organisé par le centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis dans le cadre de la célébration de la journée nationale de l'arbitrage, 26 et 27 Avril 1999 à Tunis : « Le conseil constitutionnel français a admis pour la première fois que la juridiction administratif est dotée d'un statut constitutionnel, qui la met à l'abri d'une éventuelle abolition par la loi ordinaire. C' est le contentieux de la légation des pouvoirs doit relevée impérativement de la juridiction administrative »

[3] -Ibid, page 20 : « L'on s'aperçoit qu'en matière contractuelle et en matière de responsabilité , des dérogations au principe ont été nombreuses et que dans ces matière le principe n'a pas , de valeur constitutionnelle » .

[4] - المادة 801 من ق .إ.م.إ : " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في : 1-.....2 – دعاوى القضاء الكامل ... " .

و بالمناسبة فإنه تجدر الإشارة إلى أن منازعات الصفقات العمومية تبقى غير قابلة للتحكيم لولا صيرورة المصالح المتعاقدة مؤهلة للجوء إلى التحكيم – القابلية الشخصية للتحكيم - ، بعدما لم تكن كذلك[1].

ب – وضع الأطراف في مواجهة العقد

فيما يخص المجال المادي للتحكيم ، فقد اقترح مجلس الدولة الفرنسي ممثلا في نائب رئيسه JEAN Marc Sauvé - بمناسبة ورشة العمل التي ترأسها استجابة لطلب وزير العدل حافظ الأختام بناءا على الطلب المؤرخ في 07 ابريل 2006 و التي انتهت بتقرير مؤرخ في 13 مارس 2007 - ، فتح مجال التحكيم للمنازعات الناشئة عن العقود و التي تضع الأطراف في مواجهتها [2] .

و في هذا الصدد ، فان الأمر لا يتعلق بفتح مجال التحكيم للعقود بالمعنى الضيق ، و إنما يقصد بذلك كل نزاع ينشا عن هذا العقد ، و يقصد بذلك حتى المنازعة الناجمة عن عقد باطل ، بحيث لا يصبح المتعاقدان مرتبطان بالعقد مباشرة ، لكن على الأقل هذا العقد ماديا موجود ، الأمر الذي يرتب المسؤولية العقدية على أساس الإثراء بلا سبب ، الأمر الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 20 أكتوبر 2000 [3] .

2- منازعات الصفقات العمومية القابلة للتحكيم

بعد إقصاء منازعات مرحلة الإبرام من مجال القابلية للتحكيم ، وفقا لما تم التطرق إليه أعلاه ، فانه لم يتبق لنا سوى مرحلة التنفيذ ، إلى جانب ضرورة التطرق إلى مرحلة ما بعد التعاقد .

أ – منازعات مرحلة التنفيذ

يتخلل هذه المرحلة ثلاثة أنواع من المنازعات ، المنازعات الاستعجالية ، دعاوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة و دعاوى المسؤولية .

أما فيما يخص دعاوى الإلغاء ، فبالإضافة إلى عدم وجود علاقة بالتزامات الأطراف المتبادلة، فان هذا النوع من المنازعات يعتبر محظور اللجوء إلى التحكيم بشأنه أصلا ، لاعتباره من المسائل التي

---

[1] - VERA Arcangeti, Thèse de Doctorat, des notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public Policy, Université de Montréal, Faculté de droit, Novembre 1999, page 248 : « ... pourtant , les limites posées à la capacité de la personne morale de droit public qui ne sont pas la manifestation d'un défaut absolu de capacité d'agir, mais ce plutôt une limitation de celle –ci ».

[2] - Rapport du groupe de travail présider par le vice – président du conseil d'Etat français M. Jean-Marc Sauvé daté du 13 Mars 2007, page 04 : « En ce qui concerne le champ matériel de l'arbitrage, le groupe de travail s'est accordé pour proposer d'ouvrir à l'arbitrage les litiges nés d'un contrat et opposant les parties à ce contrat» .

[3] - C.E 20 Octobre 2000 , société Cité cable – Est : « Lorsque le juge , saisie d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constaté, le cas échéant, d'office la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyen tirés de l'enrichissement sans cause ou la faute consistant, pour l'un d'eux, a avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens , qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles » .

تخرج عن نطاق التحكيم بحسب طبيعتها و التي تندرج ضمن الاختصاص الحصري لمحاكم الدولة لاعتبارها من أعمال السلطة العامة .

و إن كان عن المنازعات الاستعجالية ، فانه لا يوجد مانع من شمول اختصاص المحكم لهذا النوع من المنازعات ، إلا انه تجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم لا يشملها جميعا ، و إنما يجب التمييز بين اختصاص القاضي الاستعجالي و بين اختصاص قاضي الموضوع بالمسائل الاستعجالية ، مثل اختصاص قاضي العقد في حالة الاستعجال العام Le référé en commun و ليس المسائل الاستعجالية من نوع خاص [1] ، و المبدأ هو أن اتفاق التحكيم إنما يسلب اختصاص القاضي الناظر في النزاع ليمنحه للمحكم ، لذلك حتى تكون المنازعات الاستعجالية التي تدخل في اختصاص القاضي الاستعجالي المستقل عن التشكيلة الجماعية و الذي له ولاية الفصل في الأمور الاستعجالية من النوع االخاص على غرار " عدم احترام الأمر الاستعجالي الصادر في مادة الاستعجالي ما قبل التعاقد" [2] ، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم صراحة هذا النوع من المنازعات الاستعجالية ، أما المنازعات الاستعجالية الموضوعية فهي تدخل ضمن اختصاص قاضي الموضوع الذي يتمتع بولاية قضائية كاملة ، أين يكفي اتفاق التحكيم من دون النص صراحة على شموله للنوعين من المنازعات الموضوعية و الاستعجالية .

و أخيرا فيما يخص منازعات المسؤولية ، فنستهلها أولا بالمسؤولية التقصيرية [3] سواء بدون أو بموجب خطأ ، فالمبدأ الحاكم لهذه الوضعية يتمثل في التفرقة بين اختصاص قاضي تجاوز السلطة أين لا مجال للتمسك بالتحكيم – شرطا كان أم مشارطة – لتعلق الأمر في كل الأحوال بدعوى الإلغاء ، وبين القضاء الكامل في حالة المطالبة بالتعويض عن عدم المشروعية ، و ذلك لعدم تعلق الأمر بدعوى إلغاء أولا و لتعلقه باختصاص قاضي العقد الذي يسلب اختصاصه بوجود الاتفاق على التحكيم .

أما منازعات المسؤولية التعاقدية ، فسواء في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية من جهة المصلحة المتعاقدة أو من جهة المتعامل المتعاقد ، فتعتبر المجال الخصب للتحكيم كون أنها تضع الأطراف في مواجهة العقد على النحو الذي سبق و أن تطرقنا إليه .

---

[1] – المادة 917 من ق.ا.م.ا : " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البث في دعوى الموضوع " .

[2] – تتحقق هذه الصورة في حالتين ، تتمثل الحالة الأولى في التوقيع على الصفقة في حين تم الشروع في الاستعجالي ما قبل التعاقد و الذي تنص عليه المادة 946 من ق.ا.م.ا و الذي أساسه القانون " الخرق الفعلي لقواعد الإشهار و المنافسة " بغية إلغاء تنفيذ أي قرار من شانه أن يؤدي إلى إبرام الصفقة بناءا على إلغاء البنود التي تتضمن خرق قواعد الإشهار و المنافسة ، أما الحالة الثانية فتتمثل في عدم احترام المصلحة المتعاقدة للأمر الاستعجالي الصادر في مرحلة الإبرام المشار إليه في الحالة الأولى ، و تشكل هذه الحالة الصورة الوحيدة التي يمكن للقاضي الاستعجالي أن ينطق ببطلان العقد .

[3] - إن دعوى الإلغاء في مرحلة التنفيذ تختلف عنها في مرحلة الإبرام ، و ذلك لكون المتعامل المتعاقد كان يستطيع الطعن بالإلغاء على أساس مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية ، أما مرحلة التنفيذ فالأمر مختلف لتعلق الأمر بمخالفة الشروط التعاقدية ، فقط أن هذه الأخيرة – أي الشروط التعاقدية – تتميز بطابع تنظيمي ، بصيغة أخرى هي التزامات تعاقدية مصدرها قانون الصفقات العمومية .

ب- منازعات مرحلتي الإبرام و ما بعد التنفيذ

أما فيما يخص مرحلة الإبرام ، فطالما انه لا يوجد عقد في هذه المرحلة فلا إمكانية للحديث التحكيم لعدم الجدوى نظرا لأنه لم يتم إتمام عملية التعاقد بعد [1] ، أي ليس للأمر علاقة بالمجال المادي للعقد [2] ، بصيغة أخرى انه ليس للأمر علاقة بالتزامات تعاقدية و إنما التزامات مصدرها قانون الصفقات العمومية – التزامات الإشهار و المنافسة - .

أما فيما يخص منازعات ما بعد التعاقد، فهي تشكل امتدادا للمسؤولية التعاقدية الناشئة في مرحلة التنفيذ، و أن أساسها القانوني ليس الخطأ المتمثل في خرق التزامات تعاقدية و إنما مصدرها القانون .

و على العموم، فإن هذه المسؤولية تتمثل في ضمان حسن الإنجاز، ضمان حسن سير عناصر التجهيز و الضمان العشري، و هي كلها منازعات سببها العقد و أنها تضع الأطراف في مواجهة هذا الأخير، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار هذا النوع من المنازعات قابلا للجوء إلى التحكيم بشأنه .

الخاتمة

بفضل الله تعالى تم الإنتهاء من هذا البحث " القابلية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية "، الذي لا يعتبر من المواضيع المعدلة ضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و إنما هو من المواضيع الجديدة كليتا و المستحدثة بموجب هذا القانون .

كذلك و في المقابل، فإن لموضوع القابلية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية علاقة بتنظيم الصفقات العمومية، و الذي يعتبر هو الآخر من القوانين الجديدة و التي لها من الأحكام ما يؤثر و يتأثر بمادة التحكيم و اجراءاته المنصوص عليها ضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية .

أول ما تم استخلاصه، تعريف خاص بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية، و الذي يتمثل في تعريفه على أنه : " اتفاق يدرج ضمن دفتر الشروط أو اتفاقية الاستشارة حسب نوع المناقصة، أو مشارطة بموجب ملحق للصفقة، بين المصلحة المتعاقدة و متعامل متعاقد لفظ المنازعات الناجمة عن مرحلة التنفيذ، باستثناء تلك التي لا تقبل التحكيم بطبيعتها " .

كذلك تم استخلاص أحكام مسألة أهلية المصالح المتعاقدة للجوء إلى التحكيم، سواء الداخلي أو الدولي، و ذلك بمراعاة المعيار العضوي ما بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تنظيم الصفقات

---

[1] – مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 564 .

[2] - PIERRE Bourdan, Logique juridique, le contentieux indemnitaire de la nullité du contrat administratif , l'Harmattan, 2008, page 111 : « Les irrégularités de la procédure de passation ne concernent pas le contenu matériel du contrat » .

العمومية، و ذلك طالما أن المادة 800 لا تحتو على جميع الأشخاص المعنوية العامة، بل هناك أشخاص أخرى تعتبر من هذه الفئة و في نفس الوقت تعتبر من المصالح المتعاقدة .

وفقا لهذا النحو، تم الوصول إلى أن الأشخاص المعنوية العامة غير مؤهلة للجوء إلى التحكيم بخصوص منازعات الصفقات العمومية الوطنية، باستثناء المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، و جميع أصناف المصالح المتعاقدة يمكنها اللجوء إلى التحكيم بخصوص منازعات الصفقات الدولية .

أما عن منازعات الصفقات التي تقبل التحكيم، فهي تقبله بموجب شروط، أهمها عدم تعلق الأمر بسلطات الدولة و وضع الأطراف في مواجهة العقد، و التي كان لها أثر مباشر على منازعات جميع مراحل الصفقة العمومية من مرحلة الإبرام، مرحلة التنفيذ و مرحلة ما بعد التنفيذ، أين تم التطرق إلى كل نوع من هذه المنازعات و مدى قابليتها للتحكيم تحت ضوء هذين الشرطين .

في الأخير، فإن ما تم التوصل إليه لا يشكل سوى الانطلاقة أو بالأحرى القاعدة التي يمكن لأي باحث مهتم بهذا الموضوع أن يستند عليها، و ذلك من أجل مواصلة تحديد أو الإلمام بأحكام القابلية للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية بطريقة موسعة أكثر.

هذا القول يأتي في سياق التسليم بعدم توقف التحكيم عن التطور المستمر، لاسيما على الصعيد الدولي، من جهة، و تنوع أشكال الصفقات العمومية، من جهة ثانية، على غرار الإشراف المنتدب على المشروع، فما هو الحال فيما يخص العلاقة الثلاثية بين صاحب المشروع، المشرف على المشروع و المتعامل المتعاقد، إلى غير ذلك من الحالات التي تتطلب دراستها بجدية، سواء في إطار بحث آخر موسع أو بحث يخصص لكل نوع من هذه المستجدات .