

**التحكيم في العقود العامة
الصفقات العمومية و الشراكات بين الادارة العمومية و القطاع الخاص**

**ARBITRATION AND PUBLIC CONTRACTS: PUBLIC
PROCUREMENTS AND PUBLIC-PRIVATE
PARTNERSHIPS**

تراري ثاني مصطفى

استاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة وهران 2 - الجزائر

مخبر قانون النقل و النشاطات المينائية

mostrari2005@yahoo.fr

تاريخ النشر : 2019/12/31

تاريخ القبول : 2019/12/16

تاريخ الإرسال : 2019/11/21

الملخص :

التحكيم في العقود العامة مر بنفس الطريق الذي مر به التحكيم عموما : المنع كمبدأ عام ثم النص على الاستثناءات. قانون الاجراءات المدني و الادارية الجزائري لم يخرج على هذه القاعدة ، فبعد ان كرس مبدأ المنع في كل ما يتعلق بالأشخاص المعنوية التي يحكمها القانون العام : الدولة و البلدية و الولاية و المؤسسة العامة ذات الصبغة الادارية ، فتح الباب للاستثناءات و هي في ذات القانون : الصفقات العمومية و حالات النص في اتفاقية دولية.

فتح الباب للتحكيم في مجال كهذا يتطلب ضبط النظام القانوني لهذا التحكيم و هو مغامرة من الصعب خوضها ، لذا اكتفى المشرع بالتعريج على بعض الاحكام المتعلقة بالجهاز الي داخل الشخص العام يتولى مبادرة اللجوء الى التحكيم ، كل المواضيع اخرى تنظمها القواعد العامة للتحكيم و ما تستدعيه من تكييف ، خاصة مع المحيط الطبيعي

للتحكيم في المواد الادارية و هو القضاء الاداري و القانون الاداري ، كاختصاص هذه المحاكم بالاستعجال و بتعيين المحكمين في حالة تقاعس احد الاطراف و تنفيذ الحكم التحكيمي و اخيرا في إطار نظرية القرار الاداري المنعزل.

Abstract :

The arbitration in public contracts has taken the same path as the arbitration in general: Some exceptions succeed to the principle of prohibition. The Algerian code of civil and administrative procedure didn't dismiss this rule. So, after the consecration of the principle for all the bodies submitted to public law : the State, the commune , the wilaya and the administrative agencies, the door has been open to exceptions which are in the same code : public procurement and prevision of an international treaty .

The opening of the door to arbitration in such a field, command to draw the regime of this kind of arbitration, which is not an easy adventure to deal with. Consequently, the legislator had limited his intervention to only some provisions relating to the organ capable to initiate arbitration in the public body. All the other topics are regulated by common provisions recommending adaptation, particularly with the natural environment of arbitration in administrative matters, which are administrative tribunals and administrative law, as their jurisdiction to intervene when facing an emergency case, to nominate the arbitrator when a party refuses to do so, and the control of the award before performance, and in the frame of the detachable administrative decision.

Résumé :

L'arbitrage dans les contrats publics a emprunté la même voie que l'arbitrage en général : à la nullité de principe succède des exceptions. Le Code algérien de procédure civile et administrative n' pas manqué à cette règle. Ainsi, après la consécration du principe de nullité pour toutes les personnes morales de droit public : l'Etat, la commune, la wilaya et les établissements publics à caractère administratif, la porte a été ouvertes à des exceptions que sont les code des marchés publics , et les cas prévus par une convention international.

L'ouverture sur l'arbitrage dans ce domaine de la sorte exige l'instauration d'un régime juridique pour ce type d'arbitrage qui constitue une aventure à éviter. Par conséquent, le législateur a limité son intervention à certaines dispositions, comme l'organe habilité à prendre l'initiative de l'arbitrage dans la personne morale publique. Tous les autres thèmes sont régis par le droit commun qui recommande l'adaptation à l'environnement de l'arbitrage en matière administratives, que sont les tribunaux administratifs et le droit administratif et leur compétence en cas de référé, en cas de nomination d'un arbitre en lieux et places d'une partie qui s'y refuse, pour le contrôle de la sentence lors de l'exequatur et enfin dans le cadre de la théorie de l'acte administratif détachable.

Mots clefs :

Arbitrage, contrats publics, partenariat public privé, marchés publics, droit administratif, procédure civile, procédure administrative, tribunaux administratif, initiative de l'arbitrage, acte détachable.

تمهيد

مسألة التحكيم في العقود العامة طرحت في الجزائر منذ الاستقلال دون أن تلقى جوابا نهائيا الى يومنا هذا ، و ذلك على الرغم من صدور نص على درجة بالغة من الاهمية، ألا و هو قانون الاجراءات المدنية و الادارية سنة 2008¹ و تشريعات اخرى ذات صلة، كالتشريع الخاص بالصفقات العمومية²، الذي تميزت طبعته الأخيرة بتناول تفويضات المرفق العام و هو ما فتح الباب على مصراعيه للأخذ بعقد الايجار و بعقد الامتياز و الوكالة المحفزة...³ و هي أشكال من الشراكة توحى بان المشرع الجزائري يتوجه نحو الاخذ بالشراكة بين الادارة العمومية و القطاع الخاص ، على النحو المعمول به في عديد الدول المتقدمة و النامية على حد سواء⁴.

هذه المحاضرة⁵ ليس موضوعها هو إعطاء الاجابة النهائية و انما المساهمة في تبديد بعض من الغموض لا غير . لذا و قبل الشروع في استعراض لب الموضوع و تيسيرا للفهم، حري بنا ان نعرف ما المقصود بمختلف المصطلحات التي سنعتمد عليها :

- فالمقصود بالتحكيم هنا تلك الامكانية المخولة لأطراف معاملة ما ، بالاتفاق على عرض النزاعات التي طرأت او قد تطرأ على بين المتعاملين ، على اشخاص طبيعيين، يفصلون فيها كمحكمين ، أي كقضاة خواص. و المقصود هنا على وجه الخصوص التحكيم الدولي ، أي ذلك التحكيم الذي يتم - على غرار اشخاص القانون الخاص الوطنية ، بين اشخاص القانون العام الوطنية التي مقرها في الجزائر و بين اشخاص خاصة اجنبية مقرها في الخارج ، و حتى التي مقرها في الجزائر ، إذا كانت المعاملة مما ينجر عنها حركة

¹ قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، ج. ر. عدد 21 ، دخل حيز التنفيذ في 2009.

² مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج. ر. عدد 50.

³ المادة 210 من المرسوم الرئاسي .

⁴ انجلترا ، الولايات المتحدة ، كندا ، فرنسا ، تونس ، مصر...

⁵ محاضرة عامة القيت بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة وهران 2 بتاريخ 26 جانفي 2019.

للأموال و/او الخدمات غير الحدود الدولية ، إعمالا للمعيار الاقتصادي الذي اخذ به المشرع في المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية⁶.

- المقصود بالعقود العامة تلك العقود التي يكون احد اطرافها على الاقل من الاشخاص التي تخضع للقانون العام ، على النحو المحدد في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و هي : الدولة و الجماعات المحلية (البلدية و الولاية) و المؤسسة العامة ذات الصبغة الاداري.

- الصفقات العمومية عرفها المرسوم الرئاسي على انها تلك العقود المكتوبة التي تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات⁷ و هي التي – بالدرجة الاولى- تنتمي الى هذه الطائفة الاخيرة من العقود وهي بالذات التي تطرح بصدها مشكلة التحكيم الدولي ، لان مسألة التحكيم الداخلي اصبحت مستبعدة طبقا للنص الجديد المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على حد سواء.

- عقود الشراكة التي يطلق عليها اختصارا تعبير عام-خاص لم ترد اي اشارة لها في القانون الجزائري و ليس من السهل الوقوف على تعريف واحد لها، لأنها اتت نتيجة الممارسة التعاقدية اليومية في العديد من دول السابقة القضائية في انجلترا و امريكا و انتقلت منها الى انظمة القانون المكتوب كفرنسا و كندا . و يمكن تعريفها بأنها طريقة حديثة لإشراك القطاع الخاص في تصميم انشاء و تمويل و تسيير مشروعات عامة (مرافق عامة) ، تتطلب استثمارات هائلة ، مع تحويلها الى الدولة في نهاية العقد. لا يوجد في التشريع الجزائري نظام قانوني متكامل خاص بهذا النوع من الشراكة ، كما هو الحال في فرنسا و تونس و مصر⁸ ، لكن قانون الصفقات العمومية بنصه على تفويضات المرفق العام و اشكال اخرى

⁶ TRARI TANI Mostefa, L'arbitrage dans le nouveau Code algérien de procédure civile et administrative, Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 2009/1.

⁷ المادة 29 من المرسوم الرئاسي.

⁸ يمكن اعتبار عقد امتياز النقل عبر الانابيب للمحروقات الـ <ي يبرم بين الدولة و مستفيد يتكون من سوناطراك لوحدها او سوناطراك مع شريك اجنبي في إطار شركة يكون مقرها بالجزائر و الذي نص عليه قانون المحروقات 05-07 للمحروقات المعدل و المتمم.

من الشراكة، وضع بعض من الخطوط العريضة لهذا الشكل من التعاون بين الإدارة العمومية و القطاع الخاص.

الإشكالية التي نريد معالجتها تتلخص في مدى قابلية هذه العينة من العقود العامة للتحكيم (المبحث الأول)، ثم إلى خصوصية اجراءات التحكيم الذي قد تلجأ له اشخاص القانون العام بشأنها (المبحث الثاني).

المبحث الاول : القابلية للتحكيم في العقود العامة

نص قانون الاجراءات المدنية و الادارية على البطلان المبدئي للتحكيم في المنازعات التي تكون اشخاص القانون العام طرفا فيها (اولا) ليورد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ و التي كانت لا شك هي المبرر لتنظيم التحكيم في المواد الادارية كاستثناء على اختصاص المحاكم الادارية (ثانيا).

اولا : البطلان المبدئي للتحكيم في العقود العامة

نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة 975 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التي تبدأ كالتالي : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 ... ان تجري تحكيما ..."

بالرجوع الى المادة 800 نتبين بأن هؤلاء الاشخاص هم الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية ، و هو ما يفيد بأن المشرع الجزائري اعتمد هنا نفس المعيار الذي يحدد اختصاص المحاكم الادارية و هو المعيار العضوي.

من استقرار احكام القضاء المتوفرة فيما يخص الاختصاص الاداري ، نلاحظ انه في العديد من القضايا قضت المحاكم الادارية باختصاصها ، رغم ان النزاع كان قائما بين اشخاص طبيعية خاصة لها صفة التاجر و مؤسسات عمومية اقتصادية في شكل شركات مساهمة مستندة الى طبيعة التمويل ، فكلما كان التمويل عموميا كليا او جزئيا تكون المنازعة

حسبها من اختصاص المحكمة الادارية . و هنا المحكمة الادارية تكون قد استندت الى نفس المعيار الذي اعتمده المشرع لإخضاع العقد التي تبرمه المؤسسات العمومية لقانون الصفقات العمومية و كأن كل الصفقات العمومية هي عقود عامة رغم ان المسألة محل نقاش⁹.

ثانياً : الاستثناءات الواردة على مبدأ البطلان

هذه الاستثناءات نصت عليها نفس المادة 975 السالفة الذكر بالاعتراف بالتحكيم الذي يعقده هؤلاء الاشخاص في : "... الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية " .

1- الاشخاص المعنوية العامة في علاقاتها الاقتصادية

هذا الحكم اتى ضمن الاحكام العامة التي تطبق في كل انواع التحكيم الداخلي والدولي و في المواد الادارية في المادة 1006 فقرة 3. و الذي اتى عاما يسري على كل اشخاص المعنوية العامة ، سواء منها تلك التي تخضع للقانون العام او القانون الخاص مثل المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية. و هو بذلك لا يطرح اي إشكال بالنسبة للفئتين الاخيرتين ، سواء في الصفقات العمومية او في باقي العقود التجارية الدولية ، طالما انها تمارس التجارة و مقيدة في السجل التجاري.

ما يطرح إشكالا هي اشخاص القانون العام ، بحيث لا يمكنها اللجوء الى التحكيم إلا في علاقاتها التجارية ، اي حينما تكون مجردة من السلطة و السيادة في علاقاتها مع شركات اجنبية و ذلك منذ قرارات : ميروتوم ستامشيب (Myrtoom 1957) (Steamship) عن استئناف باريس و كابتن سان كارلو (Capitaine de San 1964) (Carlo) و كالليس (Galakis) 1966 عن محكمة النقض الفرنسية .

⁹ ثلاث احكام غير منشورة صادرة عن المحكمة الادارية بوهران في 2018 و تتعلق بصفقات مبرمة بين المؤسسة الوطنية للترقية العقارية ، مؤسسة عمومية شركة مساهمة مع اشخاص طبيعية مقالين خواص و على الرغم بالدفع بعد الاختصاص النوعي ، استنادا الى ان الامر يتعلق بصفقات عمومية طالما تمويل المشاريع الكنية التي تناولتها هذه الصفقات ممولة من الدولة.

المشرع الجزائري فضل الحاق وصف الاقتصادية بهذه العلاقات عن وصف التجارية تما ما مثلما فعل حينما استبدل عبارة مصالح التجارة الدولية بمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل¹⁰. هل اصاب ام اخطأ ، ربما لفظ تجاري يستعمل عادة في العلاقات في اطار القانون الخاص اما فيما يخص علاقات أشخاص المعنوية العامة ، فيفضل وصف الاقتصادية، لأن هذه العلاقات اتت في إطار تدخل هؤلاء الاشخاص في الحياة الاقتصادية¹¹ و هو ما قد يصدق على الشراكة بين الادارة العمومية و القطاع الخاص مستقبلا.

2- الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

ما عدا اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و التي انشأت مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى بواشنطن (CIRDI) و التي وقعت عليها الجزائر سنة 1995 و صادقت عليها عام 1996¹²، لم توقع الجزائر على اية اتفاقية تنص على اللجوء للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام بصدد مواضيع اخرى خارج نطاق الاستثمار¹³.

هذا النص رغم انه لا يتعارض مع النص الداخلي الجزائري ، فيما يخص طرق الفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، لان المادة 24 من قانون الاستثمار 09-19¹⁴ و التي نصت على انه : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر ، او يكون بسبب اجراء اتخذه الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية المختصة اقليميا. إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها تتعلق بالمصالحة و التحكيم ، او في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية للطرفين باتفاق على تحكيم خاص".

¹⁰ المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

¹¹ TRARI TANI Mostefa, L'arbitrage commercial international, Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Mauritanie et Tunisie, Bruylant, Bruxelles, 2011, n°228, p.90.

¹² TRARI TANI Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage international, Berti Editions Alger 2008, p. 13 مختلف الاتفاقية الثنائية المتعلقة بالاستثمار المبرمة مع فرنسا و بلجيكا و ايطاليا و لكسمبورغ...تنص على الرجوع لمركز واشنطن ، انظر نفس المرجعين السابقين.

¹⁴ كل قوانين الاستثمار السابقة على هذا القانون احتوت على نفس المادة بدون تغيير.

رغم هذا التوافق ، هذا الاستثناء في قانون الاجراءات المدنية و الادارية لا يقصد اتفاقية واشنطن ، لان التحكيم في ظل هذه الاتفاقية تحكمه الاتفاقية ذاتها و النظام الخاص بالمركز المنبثق عنها و كذلك الاجتهاد التحكيمي اللبرالي الذي اتى تطبيقا لها¹⁵ و لا علاقة له بالقانون الداخلي لأنه يأتي في مرتبة ادنى من الاتفاقية الدولية¹⁶.

3- جواز التحكيم في الصفقات العمومية

لا شك ان المقصود هنا هو جواز التحكيم في الصفقات العمومية التي تيرمها الاشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام على النحو المذكور في المادة 800 المعنية بالمنع المبدئي. أما الصفقات التي تيرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية فهي غير معنية بهذا المنع لأنها اصلا تخضع في علاقاتها مع الغير للقانون التجاري حتى لو تعلق الامر بمشروع ممول جزئيا او كليا من خزينة الدولة ، لان هذا التمويل يبرر تطبيق اجراءات الصفقات العمومية على اختيار المتعاقد و لا يبرر تطبيق القانون الاداري. فالمستقر عليه فقها و قضاء ان كل الصفقات العمومية ليست بالضرورة عقود ادارية¹⁷.

و ما يسري على الصفقات العمومية سيسري بالضرورة على عقود الشراكة لأنها قبل ان تكون نموذجا جديدا من العقود العامة فهي صفقات عمومية تناول المشرع ارهاصاتها الاولية في التشريع الخاص بالصفقات العمومية تحت عنوان تفويضات المرفق العام.

لكن الامور ليست بكل هذا الوضوح منذ صدور التشريع الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و الذي نصت المادة 213 منه على ما يلي : " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية ، سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، تتمتع

¹⁵ TRARI TANI Mostefa, Le consentement à l'arbitrage d'investissement dans l'espace méditerranéen, in collection : Vers une lex mdierranea des investissements, Bruylant , Bruxelles, 201-6, p. 257.

¹⁶ مختلف الدساتير الجزائرية نصت على مبدأ سمو المعاهدة على القانون العادي.
¹⁷ بنور اسماء ، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية ، دكتوراه وهران 218.

باستقلالية في التسيير و تشمل مرصدا للطلب العمومي و هيئة و طنية لتسوية النزاعات".
من بين الصلاحيات المخولة لها في المطة الثامنة من المادة :

- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع
المتعاملين المتعاقدين الاجانب.

و هذا ما يدفعنا إلى تسجيل عدة مآخذ عليه كما يلي :

- انه و بالنظر للطبيعة القضائية للتحكيم يكون قد انشأ جهة فصل في
منازعات بمرسوم رئاسي ، بينما ينص الدستور على ان إنشاء الهيئات القضائية لا
يتم إلا بنص تشريعي عضوي¹⁸.

- ان اعتبار الهيئة كسلطة ضبط مستقلة يتم انشاؤها لدى الوزير
المكلف بالمالية ، لا يكفي لتمتعها بالاستقلالية التي يجب ان تميز اعمال القضاء.

- ان هذه الهيئة تختص بالبت في النزاعات مع المتعاملين الاجانب
وهو ما يحمل تناقضا صارخا مع الفقرة الاخيرة من المادة 153 التي تنص على
أنه : " ... و يخضع لجوء المصالح المتعاقدة ، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ
عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين اجانب الى هيئة
تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني ، للموافقة المسبقة اثناء اجتماع
الحكومة"¹⁹.

الممارسة العملية للتحكيم مع الاشخاص المعنوية للقانون العام التابعة للدول النامية
تدفعنا الى تغليب المادة 153 لأنها الاقرب الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية و هو
نص تشريعي و هو الاكثر ملاءمة مع احكام الدستور. ضف الى ذلك ان ميزان القوة يميل

¹⁸ فحصي سعيد ، سلطات الضبط المستقلة على ضوء النظام الدستوري ، دكتوراه، جامعة وهران.
¹⁹ اما فيما يخص المنازعات الداخلية فتنص المادة 154 على انه " تنشأ لدى كل وزير و مسؤول هيئة عمومية و كل وال لجنة
للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين.

دائما في هذا الصنف من العلاقات الى تغليب الشروط التي يفضلها المتعامل الاجنبي و شرط التحكيم من بين هذه الشروط.

الآن و قد بينا نطاق التحكيم في الصفقات العمومية و في عقود الشراكة عام – خاص كنموذجين عن العقود العامة و الذي في الحقيقة يصادف نطاق التحكيم في المواد الادارية ، حري بنا ان نتطرق الان الى خصوصية اجراءات التحكيم في المادة الادارية.

المبحث الثاني : اجراءات التحكيم في العقود العامة

لا يختلف التحكيم في المواد الادارية عن التحكيم عموما و عن التحكيم التجاري الدولي من حيث مروره بعدة مراحل : اتفاقية التحكيم (اولا) ، الخصومة التحكيمية (ثانيا) ثم القرار التحكيمي (ثالثا).

اولا : اتفاقية التحكيم

لم ينظم المشرع اتفاقية التحكيم في المادة الادارية فترك حكمها للقواعد العامة²⁰ فنظم فقط بعض الاجراءات الخاصة بالتوقيع عليها.

1- القواعد العامة

اهم حكم ينص عليه القانون الجزائري على خلاف باقي انظمة التحكيم هو اشتراط الكتابة ، سواء في ضمن القواعد العامة او الاحكام الخاصة بالتحكيم الدولي²¹ تحت طائلة البطلان. و هذا الشرط لا يثير إشكالا فيما يخص الصفقات العمومية التي ينص القانون على انها عقود مكتوبة ، اما الشراكات عام –خاص فمن المستحيل ان نتصورها في شكل غير مكتوب.

2- اجراءات ابرام اتفاق التحكيم

²⁰ بنور اسماء ، المرجع السابق ، ص. 18 و ما بعدها.
²¹ المرجع السابق.

نصت الفقرة الثانية من المادة 976 . " عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة ، يتم اللجوء الى هذا الاجراء بمبادرة من الوزير المعني او الوزراء المعنيين.
عندما يتعلق التحكيم بالولاية او البلدية ، يتم اللجوء الى هذا الاجراء بمبادرة من الوالي او من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ، يتم اللجوء إلى هذا الاجراء بمبادرة من ممثلها القانوني ، او من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها ".
النص الجديد المتعلق بالصفات العمومية أضاف إجراء جديدا بنصه على ضرورة الموافقة على التحكيم من قبل مجلس الحكومة ، بناء على اقتراح الوزير المعني و الامر كذلك كلما تعلق الامر بهيئة تحكيمية دولية²² .

ثانيا : الخصومة التحكيمية

تنشأ الخصومة التحكيمية بوصفها الرباط القانوني الذي يربط الاطراف بمحكمهم بإنشاء محكمة التحكيم او اتخاذ اجراءات تشكيلها حال وجود صعوبات تحول دون ذلك (1) و بوصفها كذلك مجموعة من الاجراءات (2) تنهي بصدور الحكم التحكيمي (3).

1- تشكيل محكمة التحكيم و البت في الصعوبات التي قد تحول دون تشكيلها

نص المشرع في المادة 1041 على انه : " يمكن للأطراف ، مباشرة او بالرجوع الى نظام للتحكيم تعين المحكم او المحكمين او تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم".

²² Mostefa TRARI TANI, Arbitrage et contrats publics, nouvel acquis en faveur du climat des affaires en Algérie, in colloque A arbitrage, médiation et amélioration du climat des affaires, regards croisés Europe MENA, Afrique, ISGP Alger les 11 et 12 mars 2019 .

في غياب التعيين ، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

- 1- رفع الامر لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ،
- 2- رفع الامر لرئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر.
- 3- و إذا لم يحدد مقر التحكيم يرفع الامر للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد او مكان التنفيذ (المادة 1042).

تجدر الاشارة الى ان هذه الاجراءات لا يتم اللجوء اليها إلا في حالة التحكيم بالمناسبة *ad hoc* ، لأنه في ظل التحكيم المؤسسي يكون مركز التحكيم هو الذي يتولى الفصل في هذه الصعوبات.

هذا النص ورد في الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي و ينص على الرجوع الى المحاكم العادية ، و السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الجهة التي تختص بالنظر في نفس الصعوبات إذا كان من بين اطراف التحكيم شخص من اشخاص القانون العام ؟

المشروع لم يورد حكما خاصا بالمادة الادارية ، لكن بالرجوع الى نص الفقرة الاولى من المادة 976 و التي تنص على انه " تطبق الاحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون امام الجهات القضائية الإدارية ، أن هذه الصعوبات تكون من اختصاص رئيس المحكمة الادارية قياسا بنفس الشروط و ضمن نفس الاجراءات المطبقة امام المحاكم العادية. كل ما هنالك و هو انه - حسب رأينا - رئيس

المحكمة الادارية هو المختص بمفرده و لا علاقة لهذا الاختصاص بالاستعجال الاداري الذي تتولاه المحكمة الادارية بتشكيلتها الكاملة²³.

2- اجراءات الخصومة

لم ينص المشرع على أحكام خاصة بالإجراءات التي تحكم الخصومة. لذا يمكن استخلاص ان القواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية واجبة التطبيق .

في هذا الصدد نصت المادة 1043 على انه : " يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات التي ذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم.

اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات ، عند الحاجة مباشرة او استنادا الى قانون او نظام للتحكيم "

- مهما كان اختيار الاطراف القانون الجزائري كرس قاعدة اختصاص الاختصاص *Kompetenz- Kompetenz*²⁴ كقاعدة مادية في التحكيم تسري كذلك على التحكيم في المادة الادارية ،

- قياسا على المادة 1045 " يكون القاضي الاداري كذلك غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة او إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان تثار من احد الأطراف

- نصت المادة 1064 على انه "يمكن لمحكمة التحكيم ان تأمر بتدابير مؤقتة او تحفظية بناء على طلب احد الاطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك"²⁵.

²³ المادة 917 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.
²⁴ العبارة تستعمل عادة بالألمانية لان اصلها في القانون الالمانى.

- إذا لم يقد الطرف المعني بتنفيذ التدبير جاز لمحكمة التحكيم ان تطلب تدخل القاضي المختص و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي " و هو ما يفيد عن طريق القياس الرجوع الى المحكمة الادارية التي تطبق القانون الاداري الجزائري²⁶.

- المشرع الجزائري اورد في هذا الصدد احكاما خاصة ضمن حالات الاستعجال الاداري في المواد من 946 الى 947 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ، فيما يخص الاستعجال في منازعات ابرام العقود الادارية و الصفقات العمومية.

- كذلك تكون المحكمة الادارية هي المحكمة المختصة في كل الحالات التي يتعلق فيها النزاع بقرار اداري يمكن فصله عن العملية التعاقدية²⁷.

3- الحكم التحكيمي

لم يورد المشرع احكاما خاصة بالتحكيم في المواد الادارية ، لذا فتطبق القواعد العامة .

اولا : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

الأمر لا يختلف في الصفقات العمومية عنه في العقود التجارية الدولية. فحسب المادة 1050 " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة"

التشريع الخاص بالصفقات العمومية لم ينص مباشرة على القانون الواجب التطبيق لكن على غرار كل التشريعات السابقة المادة 95 الجديدة تنص على ان الصفة يجب ان

²⁵ TRARI TANI Mostefa, Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen, in "Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence, colloque Tunis, Bruylant 2015, p. 181.

²⁶ في هذا الصدد تنص المادة 918 على انه : " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ".
²⁷ " طالب بن دياب ، القرارات الادارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان 2017.

تشير الزاميا في المطة 21 على القانون المطبق و شروط تسوية النزاع و هي عبارة فضفاضة قد تفيد تطبيق القانون الوطني او الاجنبي ، او اي صنف آخر من القواعد بما في ذلك قانون التجار "*lex mercatoria*" او الاعراف الملائمة حينما يتعلق الامر بصفقة عمومية مع متعامل اجنبي و قد تفيد الاشارة الى القانون الوطني وحده : القانون المدني ، التجاري ، قوانين العمل و البيئة... كما هو جار به العمل في الحياة العملية حينما تكون الصفقة وطنية بحتة.

ثالثا : التنفيذ و طرق الطعن

المشروع هنا كذلك لم ينص على قواعد خاصة ، بل اكتفى بالنص في المادة 977 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على " تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ احكام التحكيم و طرق الطعن فيها على احكام التحكيم الصادرة في المادة الادارية " .

تبقى مسألة نوع المحاكم المختصة هل المحاكم الادارية ام المحاكم العادية ؟ استنادا الى الفقرة الاولى من لمادة 976 تكون المحاكم المختصة هي المحاكم الادارية و هو ما يعني :

- الامر بالتنفيذ يكون امام رئيس المحكمة الادارية التي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها او محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر قياسا على الفقرة 2 من المادة 1051.

- يرفع الاستئناف سواء ضد الامر الذي امر بالتنفيذ او الذي رفضه امام مجلس الدولة قياسا على المادة 1057 .

- يرفع الطعن بالبطلان مباشرة الى مجلس الدولة قياسا على الفقرة الاولى من المادة 1059.

Bibliographie:

TRARI TANI Mostefa : Le droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti 2007.

¹Mostefa TRARI TANI, L'arbitrage commercial international – Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie), Bruylant Bruxelles 2011, p. 225, n°593 et s.

¹ Mohamed BENACER, Le référé en matière administrative, *in* Séminaire des 20 et 21 janvier 2009, le code de procédure civile et administrative, faculté de droit d'Oran , p. 43 (en arabe).

Ali BENCHENEB, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, édition GAIA, Alger.

Mostefa TRARI TANI, Arbitrage et marchés publics, nouvel acquis pour l'amélioration du climat des affaires en Algérie, Colloque ISGP, Alger, RDAI Paris, 2019, numéro spécial 6.

للإحالة لهذا المقال :

تراري ثاني مصطفى : " التحكيم في العقود العامة، الصفقات العمومية و الشراكات بين الإدارة العمومية و القطاع الخاص، محاضرة عامة القيت بكلية الحقوق و العلوم السياسية "، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 06، العدد 01، السنة 2019، ص ص (06-23).