

عن مدى مسایرة الآليات التعاقدية في القانون الجزائري للمعايير الدولية*

د. معيفي لعزیز

مخبر البحثحول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: Imaifi@yahoo.fr

ملخص

من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية تسعى معظم الدول إلى إشراك المتعاملين الاقتصاديين، ومن أجل بلوغ هذا الهدف يتم الاعتماد على آليات وتقنيات تعاقدية حديثة قائمة على مجموعة من المبادئ متعارف عليها في التشريعات المقارنة، بصفة عامة .

بصفة خاصة، فإن الدولة الجزائرية بالنظر إلى التحولات التي عرفت لا سيما في المجال الاقتصادي، كان لزاما عليها الأخذ بما وصلت إليه التشريعات المقارنة في هذا المجال، وعليه فقد سعت إلى تكريس هذه الآليات وتجسد ذلك من خلال تكريس مجموعة من المبادئ في مختلف النصوص القانونية المؤطرة للحقل الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية:

التعاقد، الإشهار، المساواة، الاستثمار، المنافسة، القضاء، التحكيم.

*تاريخ إرسال 2020/12/30، تاريخ قبول نشر المقال 2021/01/03.

On the compliance of contractual mechanisms in Algerian law with international standards

Summary :

If economic development is one of the main objectives of the modern State, this objective cannot be achieved without the involvement of economic operators, using specific contractual techniques adopted by the compared law. In this context, the Algerian State, which has undergone several changes, particularly in the economic sector, took part in these contractual techniques with the aim of creating a more efficient economic dynamic.

Keywords :

contractual techniques, economic development, economic operators.

Sur la conformité des mécanismes contractuels du droit algérien aux normes internationales

Résumé

Si le développement économique est l'un des objectifs principaux de l'État moderne, cet objectif ne peut être atteint sans l'implication des opérateurs économiques, en utilisant des techniques contractuelles spécifiques adoptées par les législations comparées.

Dans ce contexte, l'État algérien qui a connu plusieurs mutations, notamment dans le secteur économique, a pris part à ces techniques contractuelles dans le but de créer une dynamique économique plus efficace.

Mots clés

Techniques contractuelles, développement économique, opérateurs économiques.

مقدمة

أمام فشل محدودية مبدأ الدولة المتدخلة لدى الكثير من الدول- ومنها الجزائر- في سبيل تحقيق التنمية بكل صورها، لاسيما الاجتماعية والاقتصادية منها، أدى ذلك بالعديد منها إلى تقليص دورها في المجال الاقتصادي عن طريق إشراكها لأعوان ومتعاملين اقتصاديين جدد لتأدية هذا الدور، وتم ذلك وفق ابتكار تقنيات تعاقدية حديثة تحكمها مجموعة من المبادئ المتعارف عليها دوليا، كمبدأ شفافية الإجراءات، مبدأ المساواة بين المستثمرين، مبدأ المنافسة ومبدأ حرية الاستثمار... إلخ، وهي كلها مبادئ يقتضي توفرها في التسيير العمومي للمرافق العامة الهادفة إلى تحقيق فكرة المصلحة العامة.

على هذا الأساس، وبالنظر إلى التحولات والتغيرات الجذرية التي عرفتها الدولة الجزائرية في نهاية الثمانينات على كل المستويات، ونخص بالذكر التطورات التي عرفها المجال والحقل الاقتصادي، لاسيما مع انتاجها لمبادئ اقتصاد السوق، كان من الضروري عليها هي الأخرى البحث بل إيجاد طريقة تمتاز بالفعالية والمرونة في تسيير مرافقها العمومية، وبالتالي تقليص دورها في التدخل في المجال الصناعي والتجاري، ذلك ضمن مسعى مسايرتها ومواكبتها للتطورات التي تعرفها المؤسسات الدولية في هذا المجال.

وعليه، من هذا المنطلق نتساءل من خلال دراستنا لهذا الموضوع عن أهم المبادئ التي كرسها الدولة الجزائرية في مجال تفويض مرافقها العامة من جانب، ونبين مدى مسايرتها ومواكبتها للمعايير المعمول بها دوليا، أي تلك المبادئ المكرسة في التشريعات المقارنة؟

للإجابة عن الإشكالية نتطرق إلى دراسة كل من العناصر التالية، الإحاطة لأهم المبادئ المعمول بها دوليا التي تحكم العملية العقدية بصفة عامة من جانب (المبحث الأول)، لنستعرض بعد ذلك لأهم المعايير الدولية التي تتبناها الدول في يخص تسوية النزاعات التي لها صلة بالعملية العقدية من جانب آخر (المبحث الثاني)، مع الإشارة في كل مرة إلى الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري.

المبحث الأول: في إحاطة العملية العقدية بالمبادئ المكرسة على المستوى الدولي بين التكريس والفعالية

إن العملية العقدية مهما كانت التقنية التي تم التعاقد بها ينبغي تراعي معظم دول العالم مجموعة من الاعتبارات قصد وصولها واستجابتها للأهداف المتوخاة من ذلك، فإلى جانب سعيها لتحقيق التسيير العقلاني للأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، نجد أنها تراعي تجسيد مصلحة الأطراف المتعاقدة.

على هذا النحو فإن العملية العقدية عادة ما يحكمها مجموعة من المبادئ هي شائعة ومعمول بها لدى غالبية الدول بحيث يجب أن تأخذها إدارة الدولة المتعاقدة في الحسبان أثناء عملية التعاقد، بل يجب إتباعها والتي تتمثل أساسا في : مبدأ شفافية الإجراءات إلى جانب مبدأ المنافسة الحرة، وأخيرا مبدأ المساواة بين المتعاملين.

المطلب الأول: عن المبادئ التي تحكم العملية العقدية

عادة ما لا تكتفي الدول بإخضاع القائمين على إبرام العقود بمختلف أنواعها لقواعد خاصة، بل تقوم بتكريس مجموعة من المبادئ متعارف عليها دوليا.

الفرع الأول: مبدأ العلانية في التعاقد

يعتبر مبدأ شفافية الإجراءات خطوة ضرورية وهامة في إبرام العقود بصفة عامة هو أن تخضع لمبدأ الإشهار الذي أو الإعلان يعتبر وسيلة لضمان المنافسة، إذ يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية وبالتالي يعمل على احترام القانون.

1- مضمون المبدأ

تسعى جميع الدول إلى تعميم فكرة شفافية الإجراءات على جميع المراحل التي تمر بها العملية العقدية، ذلك من شأنه أن يخدم مصلحة الدول في تجسيد سياساتها التنموية

ومصلحة المتعاقدين من خلال توفير وتوسيع حظوظه في الفوز بالصفقة¹، ولعل هذا ما جعل الدول تتبناه وتلتزم به في المواثيق والاتفاقيات الدولية مثلما مقرر ضمن الالتزامات الدولية بمكافحة جرائم غسل الأموال في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (فيينا 2003)².

وهو النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري من خلال قانون تنظيم الصفقات العمومية الجديد لسنة 2015، حيث تضمنت المادة الخامسة منه مبدأ الشفافية في الإجراءات ذلك من أجل حماية المال العام من جهة، ونجاعة الطلبات العمومية من جهة أخرى³.

نفس المبدأ تضمنه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت عنوان "الشفافية في التعامل مع الجمهور"، فهو بدوره يهدف إلى إضفاء الشفافية في كل ما يتعلق بتسيير الأموال العمومية، وعلى وجه الخصوص تلك التي تحكم العملية العقدية⁴.

وعلى هذا النحو لا يقتضي الحال أن تكون العملية العقدية تتم بطريقة سرية، لأن التعاقد وفقا لهذه الكيفية يقضي على مبدأ المنافسة باعتبار أنها لا تتيح الفرصة للجميع، كما أنه المشاريع الحكومية سوف تحال بمبالغ خيالية لا تتوافق ومبالغها الفعلية⁵.

¹ زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 07.

² نبيل محمد عبد الحليم عواجه، المسؤولية الدولية عن جرائم غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي العام، دار النهضة مصر، ص 529.

³ مرسوم رئاسي رقم 15 - 247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015.

⁴ حيث تنص المادة 11 من القانون رقم 06 - 01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، الصادر في 08 مارس 2006، على أنه: "لإضفاء الشفافية في التسيير اعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها وكيفية اتخاذ القرار فيها...".

⁵ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، مصر، ص 62.

2- دور الإشهار في تحقيق الشفافية واحترام الإجراءات

إن الطريقة الأنجع التي تجعل الدولة تلتزم بمبدأ الشفافية في الإجراءات هو لجوئها إلى آلية الإعلان، كما ينبغي أن يكون الإشهار مشروعاً فالعملية العقدية يتم الإعلان عنها تبعاً للإجراءات المنصوص عليها قانوناً، كما ينبغي أن يكون مضمونه وفقاً لما تم النص عليه في أحكام القانون وتجميع جميع البيانات المتعلقة بالعملية العقدية⁶.

الفرع الثاني: مبدأ المنافسة الحرة

إلى جانب المبدأ المبين أعلاه، تلجأ الدول أيضاً من خلال تشريعاتها القانونية إلى التأكيد على مبدأ آخر ملازم لمبدأ الشفافية، والمتمثل في مبدأ حرية المتعاملين الاقتصاديين في المنافسة.

1- المقصود بمبدأ الحرية في المنافسة

يراد بمبدأ الحرية في المنافسة؛ فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام الدولة المتعاقدة أو إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية، ذلك وفق الشروط التي تبينها وتحددها سلفاً⁷.

2- الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة

على الرغم من كون أن معظم دول العالم تسعى إلى تكريس المبدأ حرية المنافسة وتعتبره من المبادئ الأساسية التي تركز عليها العملية العقدية، إلا أن ذلك لا يعني الأخذ به بصفة مطلقة فالمعظم منها تقوم بوضع مجموعة من القيود عليه نذكر منها؛

⁶ زيات نوال، المرجع السابق، ص 17، 18.

⁷ ACCORDO Christophe, La Dématérialisation des procédures de passation de marchés publics, mémoire pour le D.E.A, de droit public des affaires, U.F.R, des sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris x-Nanterre, 2005, P31.

- المنع لأسباب قانونية؛ والتي تضعها غالبية التشريعات المقارنة لغالبية الدول، كمنع بعض الفئات من الأشخاص من المشاركة في إبرام العقد الذين هم لديهم سوابق قضائية في حالة ارتكابهم لجرائم أو جنح أو مخالفات يعاقب عليها القانون، أين نجد في هذا المقام الدول تشترط مسبقا تقديم المترشح الراغب في التعاقد معها لصحيفة السوابق العدلية.

وفي هذا المجال نلاحظ أن المشرع الجزائري تبنى الاتجاه نفسه من خلال القانون الذي يوظف الصفقات العمومية الجديد، ذلك من خلال نص المادة 75 منه التي تناولت حالات الاستبعاد من المشاركة في الترشح قصد التعاقد، وتحدد هذه الحالات على وجه الخصوص؛ الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين هم محل إجراء عملية التفليس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين كانوا محل حكم قضائي بحجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمسبنازاهتهم المهنية، الذين قاموا بتصريح كاذب... المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للقطاعات العمومية المنصوص عليها في المادة 61⁸.

- قيود أخرى تحددها الدولة

كما تلجأ الدولة أيضا باعتبارها أحد أطراف العقد إلى إقصاء بعض الأشخاص لأسباب قد تكون فنية أو مالية كاشتراطها التخصص مثلا كضرورة تقديم شهادة التخصص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز المشاريع، أو الحصول على ترخيص.

الفرع الثالث: مبدأ المساواة بين المترشحين

يقصد بمبدأ المساواة بين المترشحين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى التعاقد مهما كان الشكل الذي يتخذه دون تمييز بين واحد وآخر أي دون معاملة تمييزية بينهم

⁸ مرسوم رئاسي رقم 15 - 247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

(كتفضيل المتعامل الوطني على الأجنبي أو العكس)، وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر، حيث يجب معاملة جميع المشتركين في معاملة متساوية وفقا لما يقرره القانون⁹.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن تطبيق المبادئ التي تحكم العملية العقدية المعمول بها دوليا

إعمالا بالمبادئ السالفة الذكر والتي تحكم العملية العقدية، ذلك من شأنه إحداث آثار وعدة نتائج تمس جوانب مختلفة، لاسيما من الجانب القانوني (الفرع الأول) أو من الجانب الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: من الجانب القانوني

تترتب عن تطبيق المبادئ الأساسية للعلاقة العقدية نتائج قانونية هامة منها؛

1- اكتساب الحقوق والالتزامات

يكتسب المتعامل مع الدولة حقوقا وتقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات أثناء رفض الطلب الذي يقدمه، بحيث يجوز له أن يقدم طعنا لمراعاة مدى تطبيق القانون أو عن طريق القضاء (كما سوف نبين ذلك في المبحث الثاني من هذا البحث) والذي يظهر نتيجة المساس بإحدى المبادئ الجوهرية وذلك أمام الجهة القضائية المختصة¹⁰.

⁹ هذا ما تضمنته نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرجع سابق، التي تنص على أنه: "يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

¹⁰ وهو ما تم النص عليه بموجب أحكام نص الماد 09 من القانون رقم 06 - 01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق، بعنوان إبرام الصفقات العمومية.

إضافة إلى ذلك فقد تم تكريس ضمن أحكام قانون الذي ينظم الصفقات العمومية ذلك في نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، كما يجب

2- وضع حد للفساد الإداري

بتطبيق المبادئ سوف تؤدي لا محال إلى مكافحة الفساد والوقاية من كل الصور التي يتخذها، بحيث لا يجوز المساس بها ومخالفتها تجنباً للفساد الإداري ومختلف التصرفات المعارضة للتشريعات المعمول بها لاسيما عدم جوازية المساس بالقواعد المتعلقة بالإشهار كعدم نشر إعلان بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين وكذا عدم المساس بالقواعد المتعلقة بإيداع العروض في إطار إجراءات الوضع في المنافسة، إضافة إلى ذلك عدم جوازية المساس بالقواعد المتعلقة باختيار المستفيد من الصفقة في إطار إجراءات المنافسة.

الفرع الثاني: من الجانب الاقتصادي

إلى جانب النتائج القانونية فإنها تترتب عن تطبيق المبادئ التي تركز عليها العملية العقدية آثار اقتصادية هامة منها:

1- تحقيق فكرة توسيع المشاركة في الطلبات العامة

إن هذه النتيجة لا تخص فقط الدولة المتعاقدة وإنما تخص أيضا الطرف والمتعامل المتعاقد معها، فبالنسبة للأول فإنه بمجرد تطبيقها لهذه المبادئ تطبيقا سليما سوف يؤدي ذلك إلى استقطابي العديد من المتعاملين، وسيوفر لها فرص كبيرة لاختيار أحسن وأكفأ المترشحين مما سيعود عليها بالفائدة الاقتصادية. أما للثاني؛ فإن أعمال هذه المبادئ سيؤدي إلى القضاء على مختلف العراقيل البيروقراطية التي تعيق المشاريع الاقتصادية من تحقيق التقدم.

على الإدارة أن تلتزم بالمعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط عند كل اختيار للمتعاقد معها و أن لا تنحاز لأي طرف بالاستناد إلى معايير شخصية لا صلة لها بالعلاقة العقدية.

2- أداة لتحقيق الفعالية الاقتصادية

بمفهوم المخالفة فإن سوء إختيار المتعهد أو المتعامل سوف يؤدي بالدولة إلى إهدار الكثير من أموالها، ولا على المواطنين باعتبارهم المخاطبين بهذه المشاريع الموجهة إليهم نتيجة تعطيل انجازها¹¹.

المبحث الثاني: مدى إدراج المعايير الدولية في تسوية النزاعات المترتبة عن العملية العقدية

مهما كانت الصورة أو الأسلوب الذي تلجأ إليه الدولة في التعاقد ونخص بالذكر الأساليب أو التقنيات التعاقدية الحديثة كالمزايدة أو المناقصة أو أثناء إتباعها لأسلوب التراضي فإنه في مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد سواء في مرحلة قبل الإبرام أو أثناءه وحتى بخوله في مرحلة التنفيذ، قد تثار هناك عدة نزاعات أو خلافات متعلقة أساسا بالعقد كالقانون الواجب التطبيق، أو الثمن أو في مسألة من المسائل.

وقصد استقرار العلاقة العقدية وإحداث الفعالية الاقتصادية للدول، تلجأ هذه الأخيرة إلى تكريس وتضمين هذه العقود بمجموعة من الضمانات تطمئن أطراف العلاقة العقدية، بل أن هذه الميكانيزمات تنص عليها قوانينها الداخلية (دساتيرها ونصوصها التشريعية المختلفة)، فهي عادة ما تتضمن إمكانية اللجوء إلى التحكيم من جانب أو اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة من جانب آخر.

المطلب الأول: التحكيم

على الرغم من الجدل الفقهي والقضائي الذي أثير حول مدى جوازية التحكيم في العلاقات الاقتصادية بصفة عامة بين الدول والعلاقة العقدية بصفة خاصة، إلا أنه يعتبر السمة الأبرز في الوقت الحاضر لدى غالبية الدول التي أجازت قوانينها إمكانية اللجوء إليه.

¹¹ نواف كنعان ، القانون الإداري، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية ،الأموال العامة، جامعة الثقافة العربية ، الأردن، 2002، ص 334.

ويعرف التحكيم على أساس أنه؛ آلية يتم وفقها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء المختص و هو القضاء الإداري ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة¹².

الفرع الأول: أسباب اللجوء إلى التحكيم والغاية منه

تلجأ الدول إلى تكريس مبدأ جوازية اللجوء إلى التحكيم لمجموعة من الاعتبارات، كما تترتب عنه غايات وأهداف سواء للدول أو للمتعاين معها.

1- أسباب اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم مقارنة مع طرق التسوية الأخرى في حالة وجود خلاف، يوفر الحماية الكافية للطرف المتعاقد في مواجهة الدولة المتعاقدة معه وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة والسيادة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام كذلك، وعلى هذا الأساس نجد أن الطرف المتعاقد مع الإدارة المصلحة المتعاقدة يرفض اللجوء إلى القضاء الوطني لتلك الدولة بسبب عدم ثقته بهذا الجهاز، كما أن التحكيم يتم فيه الفصل وفقاً للقواعد المقبولة من قبل الأطراف ويعمل على احترام المبادئ التي كثر بها التعامل في مجال العلاقات الاقتصادية، إضافة إلى ذلك فإنه يضمن السرية اللازمة وعدم المساس بسمعة الأطراف وضمان حل النزاع من قبل محكمين مؤهلين ومتخصصين يتمتعون بالاستقلالية، إلى جانب تميزه بمرونة الإجراءات والسرعة في الفصل وقلة التكاليف¹³.

¹² محجوبي محمد، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ص 385.

¹³ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص ص 305 وما بعدها.

2- أهمية التحكيم في المجال التعاقدی

تكمن أهمية التحكيم في مظهرين اثنين، أولهما يخص المتعاقد المتعامل وعلى الخصوص المتعاقد الأجنبي الذي يبحث دائما عن الربح (المصلحة الخاصة)، أما الثاني يهم الدولة التي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.

- فبالنسبة للمتعاقد مع الدولة؛ التخوف من مساس الدولة بحيادها باعتبارها الطرف القوي في العقد فهي تتمتع بالسيادة مما يخولها إمكانية التأثير على القضاء الوطني ليحكم لصالحها، مما يجعل القضاء المحايد الذي يتمثل في القضاء التحكيمي هو الطريق الأنسب.

إلى جانب ذلك، هناك التخوف من تمسك الدولة بالحصانة القضائية من جهة وتخوف المتعاقد الأجنبي من انحياز القاضي لدولته من جهة أخرى، لأنه في حالة تمسك الدولة المتعاقدة بمبدأ الحصانة القضائية يمنع على الجهات القضائية الأخرى الفصل في النزاع، وعليه فإنه كل عملية عقدية لا تتم إلا عند إعراف الدولة المتعاقدة بالتحكيم الذي يفرضه الطرف المتعامل معها.

- أما بالنسبة للدولة؛ فإن التحكيم يعد أهم الوسائل الكفيلة بتفعيل العملية الاستثمارية لدى الدول، فهو يجلب الخبرة و الكفاءة الأجنبية لتحقيق التنمية الشاملة فالدولة همها إنجاز المشروع بأسرع وقت ممكن وبواسطة متعاملين أكفاء وذوي خبرة في المجال ورغبة منها في وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المطروحة على المحاكم ، أو على الأقل التخفيف منها والتحكيم يعد أفضل وسيلة لتحقيق كل هذه الأهداف دفعة واحدة¹⁴.

¹⁴ محجوبي محمد، المرجع السابق.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم

لقد كرست واعترفت الدولة الجزائرية من خلال منظومتها القانونية التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالعملية العقدية بالتحكيم، ونخص بالذكر بعض القوانين كالقانون المؤطر للاستثمار المعدل والمتمم¹⁵، إضافةً إلى القانون رقم 08 - 09، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية¹⁶، واعتبرته من بين الآليات التي يمكن لها فض وحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

المعنى نفسه أكدت عليه مختلف الاتفاقيات الدولية؛ سواءً الثنائية منها أو المتعددة الأطراف المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات الدولية التي أبرمتها الجزائر بمعية دول أخرى¹⁷، وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقيات الضمان وغيرها¹⁸، إلى جانب اتفاقيات (عقود) الاستثمار المبرمة مع بعض المستثمرين الأجانب¹⁹.

¹⁵ تنص المادة 17 من أمر رقم 01 - 03، يتعلق بتطوير الاستثمارات، معدل ومتمم، مرجع سابق على أنه: "يخضع الخلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينصع لبند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

¹⁶ لقد خصص المشرع الجزائري في القانون رقم 08 - 09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008، بمجموعة من المواد ذلك بدايةً من المادة 1006 إلى غاية المادة 1061 منه.

¹⁷ أبرمت الدولة الجزائرية حوالي 45 اتفاقية ثنائية مع عدة دول أجنبية متعلقة لتشجيع بحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، قد أكدت الأغلبية منها على تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار عن طريق التحكيم الدولي.

¹⁸ إن الدولة الجزائرية في هذا الشأن، قد صادقت على العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف نذكر منها على وجه الخصوص؛ اتفاقية واشنطن، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 - 346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ج.ج عدد 66، صادر في 05 نوفمبر 1995. هذا إضافةً إلى تأكيد الجزائر على وجوب حل النزاعات المتعلقة بمسائل ضمان الاستثمارات من المخاطر غير التجارية عن طريق التحكيم الدولي، ويظهر ذلك من خلال مصادقتها على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية

المطلب الثاني: اللجوء إلى القضاء

إن كافة التشريعات المقارنة تمنح للمتعاقد معها حق اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة بشأن المنازعات والخلافات الناتجة عن العملية العقدية، سواء أثناء إبرام أو المصلحة المتعاقدة عن المسار المحدد لها أو أثناء مخالفتها للإجراءات المقررة لإبرام العقود بأشكالها وصورها المختلفة، سواء كانت تلك المنازعات نشأت أثناء مرحلة الإبرام أو أثناء تنفيذ العقد.

الفرع الأول: الخلافات الناتجة عن إبرام العقد

بإخلال الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها (المصلحة المتعاقدة) بإحدى المبادئ، لمبدأ الشفافية والمساواة والمنافسة، فقد أجازت معظم الدول أقرت للمتعهدين الذين قدموا عطاءات أن يقدموا تظلما أمام جهات يتم إنشائها لهذا الغرض فقد تكون وطنية محلية أو وطنية، هذه اللجان يتم تنظيمها بموجب قوانين تبين كيفية سير عملها وتشكيلتها وأهم الاختصاصات والصلاحيات المخولة لها، كما تتضمن أيضا أهم الإجراءات والمواعيد الواجب احترامها وإتباعها من طرف المتعامل الاقتصادي²⁰.

لضمان الاستثمار، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95-345، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر.ح. عدد 66 صادر في 05 نوفمبر 1995.

¹⁹ أنظر على سبيل المثال، المادة 09 / ف 2 و 3 من مرسوم تنفيذي رقم 01 - 416، مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI) من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم (OTA) من جهة أخرى، مرجع سابق، راجع كذلك المادة 13 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، مرجع سابق، راجع المادة 18 / ف 2 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واطر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، مرجع سابق،..... إلخ.

²⁰ ففي القانون الجزائري مثلا لجان ذات اختصاص محلي على المستوى كل بلدية وولاية ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية، كما تم استحداث لجان وطنية كاللجنة الوزارية للصفقات ولجنة الصفقات لمراكز البحث والهيئات المستقلة والمؤسسات العمومية الوطنية المتخصصة.

كما تجيز الدول للمتعهد معها أيضا إتباع الطريق القضائي ذلك إمكانية برفعه لدعوى قضائية إذا توافرت واستوفت على شروطها، وهو ما عهدت له السلطات العمومية في الجزائر من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا بعض الأحكام التي تضمنها قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المحاكم الإدارية هي المختصة بالفصل في القضاء الاستعجالي).

الفرع الثاني: الخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد

على من تنوع صور المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ العقد، إلا أننا سوف نتطرق إلى تبين صورتين من المنازعات المطروحة أمام القضاء.

وفي هذا المقام نود الإشارة إلى الإخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية وإخلالها بالشروط المالية، ففيما يخص الشكل الأول تنتج من جانب تنفيذ العقد من جانبه التقني، كأن تعتمد الدولة إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها لإرغام المتعامل المتقاعد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة. مثل إخلالها بالشروط المتعلقة بتفسير بند من البنود التقنية للصفقة الإخلال بالشروط المتعلقة بنوعية الخدمات المطلوبة الإخلال بالشروط المتعلقة بتفسير مخططات الإنجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة العمومية، تعديل الصفقة عن طريق الملحق.

أما الصورة الثانية الإخلال بالشروط المالية وهي المتعلقة بالجانب المالي للعقد، و تنشأ نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، وتدور حول تسديد مستحقات الصفقة أو التأخر في تسديدها، كنتيجة الإخلال بالشروط المتعلقة بتحيين الأسعار، الإخلال بالشروط المتعلقة بالتأخر في تسديد مستحقات الصفقة....إلخ.

خاتمة

مما لا شك فيه أنه في الوقت الحالي أن كل الدول من خلال منظومتها التشريعية الداخلية أو الوطنية تركز المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العقدية المتعارف عليها دوليا، والمتمثلة أساسا في مبدأ شفافية الإجراءات في كل المراحل التي تمر بها العقدية بدءا من الإبرام إلى غاية مرحلة التنفيذ (أو ما يسمى بالإعلان أو الإشهار)، وكذا مبدئي الحرية في المنافسة بين المتعهدين والمساواة فيما بينهم، إلى النص على كيفية حل كل النزاعات التي تثار بشأنها كجوازية التحكيم وحق اللجوء إلى القضاء بل سعت الدول إلى تدويلها في القانون الاتفاقي ذلك من خلال إبرامها للعديد من الاتفاقيات الثنائية في هذا المجال، بل سعت إلى الإنضمام والتصديق على معظم المواثيق الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

والدولة الجزائري أخذت وكرست ما وصلت إليه الدول في هذا المجال، أين عمدت الى سن ترسانة من النصوص القانونية التي لها صلة بالعملية العقدية، ونخص بالذكر في هذا المقام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إضافة إلى قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام الجديد الصادر في 2015.