وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد حميد ابن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص : إدارة عامة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

موسومة بـ

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية دراسة مقارنة

من إعداد الطالب :

العربي عيسى عبد القادر

تحت إشراف الأستاذ :

بن عودة نبيل

لجنة المناقشة

د. درعي العربي	رئيسا
أ. بن عودة نبيل	مشرفا
د. زواتني خالد	مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017

﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ۚ
فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ
فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ۚ
إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾

﴿سورة المائدة/42﴾

شكر وتقدير

الحمد لله أولا الذي يسر لي السبيل لإتمام هذه المذكرة، ووهبني التوفيق والسداد ومنحني الرشد والثبات، ولولا عونه سبحانه لما أتممته.

واقتداءا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**"

يشرفني أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع والذي آمل من خلاله أن أكون قد قدمت شيئا ولو بسيطا.

إلى الأستاذ بن عودة نبيل الذي أشرف على عملي هذا، وتحفيزه لي ليخرج في أحسن صورة

إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتشريفهم لي وقبولهم إثراء مناقشة هذه المذكرة وتصويب هذا العمل.

إلى أساتذتي الكرام أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الحميد بن باديس الذين لم يبخلوا علي بإرشاداتهم القيمة ومساعدتهم لي للوصول إلى هذا المستوى طيلة مساري الجامعي.

إهـــداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا وما كنا لنصل إليه لولا فضله علينا

أهدي ثمرة جهدي إلى روح والديّا تغمدهما الله برحمته الواسعة وأسكنهم فسيح جنانه

إلى إخوتي حفظهم الله ورعاهم.

إلى كل أفراد عائلتي كبيرهم وصغيرهم أطال الله في عمرهم

إلى أصدقائي الذين يتميزون بالوفاء والعطاء إلى ينابيع الصدق الصافي إلى من سعدت برفقتهم طوال مشواري الجامعي بارك الله فيهم.

إلى زملائي وزميلاتي تخصص إدارة عامة وفقهم الله في دراستهم.

يعتبر القضاء الطريق الطبيعي والمعروف لدى العام والخاص لفض المنازعات، ووسيلة القرار العدل في المجتمع بين الأفراد ولكن مع التطور الذي عرفه العالم بأسره وخاصة الميدان التجاري والاستثمار الداخلي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية نتيجة التحولات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر، أخذت تنشأ إلى جانب هذا القضاء وسائل أخرى اختيارية يلجأ إليها الأفراد باختيارهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى القضاء كالتحكيم والمصالحة والتوفيق والوساطة.

وإن كان الأصل أن القضاء هو صاحب الاختصاص القضائي العام في الفصل في كل المنازعات سواء كانت مدنية أو تجارية كما أشرت وبالأخص في المنازعات الإدارية الناتجة عن إبرام العقود الإدارية ونجد التحكيم وسيلة بدل قضاء الدولة وهو ليس بظاهرة قانونية جديدة وإنما قديم قدم التاريخ فنظام التحكيم ارتبط في الفترة الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية باعتباره الوسيلة المثلى لحسم المنازعات لما يحمله من مزايا لا تتوافر في قضاء الدولة أهمها البساطة والمرونة وقيامه على رضاء أطراف النزاع بالحكم الذي سيصدر على هيئة التحكيم، وسرعة الفصل في المنازعات وتوفير الجهد والوقت وتوافر الخبرة والتخصص في المسائل الفنية والاقتصادية والعملية لدى المحكمين الذين يختارهم أطراف النزاع، وذلك بالإضافة إلى المحافظة على أسرار هذه الأطراف والعلاقات الودية بينها إلى أن بلغت أهمية التحكيم في هذه المنازعات مبلغا كبيرا[1].

وبالرغم من كل المزايا التي يتميز بها نظام التحكيم إلا أنه لا يخلو من المخاطر التي يمكن أن تحيط به، والتي منها التخلي عن بعض الضمانات الشكلية المحددة التي وفرها المشرع للخصوم[2]، ويفتح اللجوء إلى الطرق البديلة ومن بينها التحكيم أمام كل من أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص على السواء وإن كان الأمر بالنسبة للأشخاص العاديين لا يطرح أي إشكال في هذا المجال، فإن الصعوبة تنشأ عندما يتعلق

[1]- حسني المصري التحكيم التجاري دار الكتب القانونية مصر 2006ن ص01.

[2]- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، دار يتدور سنة 2005، ص05.

الأمر بالأشخاص المعنوية العامة نظرا للطابع الاستثنائي الذي يشكله كل من النظام القانوني والقضائي الذي يحكمها[3].

فمن جهة أن التحكيم في مجال العقود الإدارية لا يكفل لها طابعها المميز وخصائصها الذاتية التي تميزها عن العقود المدنية ذلك أن أحد طرفي الرابطة العقدية في مجال العقد الإداري (جهة الإدارة) يستهدف المصلحة العامة والنفع العام، وهو ما يبرر ما تتميز به الإدارة من سلطات في مجال تنفيذ العقد الإداري هذا في حين أن التحكيم على خلاف القضاء الإداري لا يعتد بأوجه التمييز الجوهرية بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

ومن جهة ثانية أن من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة ويتعلق بثرواتها الطبيعية مثلا عقود الامتياز، والتحكيم يقوم بين أفراد عاديون أو هيئات خاصة، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي، وسيادة الدولة تأبى أن تمثل أمام قضاء خاص أو يحكم عليها وفق قانون أجنبي.

ومن جهة ثالثة التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة في مجال تصفية المنازعات الناشئة عن الروابط العقدية، والتعبير عن الإرادة عند إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى، فأشخاص القانون العام لا تتمتع بالحرية الكاملة في إجراء وإبرام تعاقداتها، حيث أن قانون الصفقات العمومية هو من يحدد الوسيلة للتعاقد وقد جسد القانون الوضعي وخاصة القانون الفرنسي هذه العلاقة، حيث احتل التحكيم فيه مكانا ثانويا ويتضح جليا من خلال النصوص القانونية التي حظرت على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم بصدد حل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، كما أن القضاء وخاصة القضاء الإداري قد وقف موقفا صلبا إزاء لجوء هؤلاء إلى التحكيم.

أما المشرع الجزائري حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في 2008/02/25 فإنه يجيز حسب نص المادتين 800و1006 للدولة والمؤسسات العامة

[3]– زيري زهية، الطرق البديلة كل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2015، ص05.

والولايات والبلديات أن تبرم عقود التحكيم إذا كان موضوع العقد ما يسميه المشرع الجزائري الصفقات العمومية والتي هي باب خصب من أبواب القانون الإداري فعقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي، أما خارج مجال الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر، غير أن المشرع المصري كان أحسن حالا من نظيره الفرنسي والجزائري في وضوحه بخصوص هذه المسألة حيث أن قانون رقم 27 سنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية تضمن ما يوصى إلى جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم ثم تدخل القانون رقم 09 لسنة 1997 الذي نص صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم.

لذلك بدأ الاهتمام بموضوع التحكيم في النزاعات الإدارية خاصة منازعات العقود الإدارية الداخلية من قبل جل التشريعات عن طريق سن القوانين المنظمة له فالتشريعات (الجزائري–الفرنسي–المصري) نظمت قواعد التحكيم وحددت إجراءاته وفق الشكل الذي يتطلبه القانون.

وكما كانت الخصومة التحكمية تعني الاستعاضة عن قضاء الدولة وتطبيق قضاء من نوع خاص يختاره الأطراف المتعاقدة طبقا للعقد المبرم بينهما، يعني مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصم أو الحكم.

فتتمحور أهمية هذا البحث من خلال الدور الهام الذي يلعبه التحكيم كإحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على المستوى الداخلي والذي من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء، عن القضاء الإداري وسرعة الفصل فيها، أما عن الأسباب التي دعتني لدراسة هذا الموضوع تتمثل في معرفة النصوص القانونية التي عالجت ونظمت مسألة التحكيم خاصة في مجال العقود كما أشرت سابقا وكذا وسيلة تطبيق التحكيم في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة باعتباره نظام استثنائي بديل عن القضاء.

وهذا ما دفعني إلى طرح الإشكالية التالية:

-كيف عالج المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية؟

وما هي الإجراءات المتخذة للفصل في هذه المنازعات أمام المحاكم التحكيمية؟ وكيف يمكن تنفيذ أحكام التحكيم؟

فالإشكالية الرئيسية تحمل في طياتها تساؤلات فرعية تتمثل في:

1-ماهية العقود الإدارية؟

2-هل كل العقود الإدارية تطبق عليها نظام التحكيم سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة؟

3-هل هناك قانون محدد يختص به التحكيم في العقود الإداري الداخلية؟

4-كيف يتم تنفيذ هذه الأحكام الصادرة عن المحكمين على أرض الواقع وما هي الإجراءات؟

للإجابة على هذه الأسئلة اخترت المنهج التحليلي وذلك بتحليل مضمون النصوص القانونية، التي نظمت التحكيم، سواء في التشريع الجزائري وخاصة وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أو في التشريعات المقارنة بالإضافة إلى المنهج المقارن والذي بدوره حاولت مقارنة هذه التشريعات بعضها ببعض وكيفية لجوئها إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

وعلى هذا الأساس قسمت موضوع البحث إلى فصلين، الفصل الأول تناول النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية وهو مقسم إلى مبحثين، المبحث الأول يختص بالعقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم، من مفهوم وتعدد أنواعه وطرق إبرامه في كل من التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

أما المبحث الثاني تناولت فيه جوازية التحكيم في منازعات العقود الإدارية من مفهوم التحكيم فأنواعه وكذا الطبيعة القانونية للتحكيم والمتحكم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

أما الفصل الثاني تناولت فيه الجوانب الإجرائية في خصومة التحكيم الخاص بالعقود الإدارية، والذي قسم هو أيضا إلى مبحثين حيث ناقشت في المبحث الأول إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ثم في المبحث الثاني تناولت صدور حكم التحكيم وكيفية تنفيذه في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

تمهيد:

من المتعارف عليه بأن الوسائل القانونية المستعملة من قبل الإدارة العمومية والتي يطلق عليها فمنها على شكل قرارات تصدرها الإدارة، ومنها ما تتشارك فيها مع شخص آخر من الأشخاص القانونية بغرض إنجاز مشاريع سد حاجيات الأفراد وإدارة مرافق عامة والتي تسمى بالعقود الإدارية، أثناء التنفيذ يمكن حدوث نزاع بين المتعاقدين ولتسويته وتفادى الإجراءات الروتينية الطويلة والمعقدة أمام القضاء يلتجئوا أطراف النزاع بتسويته عن طريق التحكيم لذلك اختلفت الأنظمة القانونية من بينها التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة (فرنسا، مصر) حول مسألة التحكيم فمن الإجازة، والمنع والتنفيذ لأسباب مختلفة كمخالفة اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود للنظام العام الداخلي أو تعارض ذلك مع ما تتمتع به الدولة من سيادة، وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم العقود الإدارية وطرق إبرامها في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، من التطرق إلى أنواع العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في المبحث الأول (العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم) مع توضيح موقف لأنظمة القانونية المقارنة من مشروعية، اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية في المبحث الثاني (التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية).

المبحث الأول: العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم.

نصت مجمل التشريعات على جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية وفق نصوص قانونية، وعليه سيتم التطرق خلال هذا المبحث إلى تحديد مفهوم العقد الإداري وتوضيح طرق إبرامه في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة (التشريع الفرنسي والتشريع المصري) بالإضافة إلى توضيح العقود المشمولة بإنفاق التحكيم في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري.

اهتم كل من القضاء والفقه والتشريع بإعطاء تعاريف للعقد الإداري لما له من أهمية بالغة في الحياة اليومية الإدارة العامة وتحديد خصائص العقد الإداري الذاتية التي تميزه عن العقود الأخرى.

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري وخصائصه.

يختلف العقد الإداري في طبيعته عن العقد المدني والتجاري لأن العقد الإداري يبرم بين الأشخاص المعنوية العامة واحد أشخاص القانون الخاص، أو قد يكون بين شخصين معنويين، وهذا العقد يتميز بمجموعة من الامتيازات والخصائص التي تميز من العقود الأخرى.

1-التعريف التشريعي للعقد الإداري:

نجد المشرع الجزائري قد نص على مصطلح العقد الإداري في المادة 804 في الفقرة الرابعة من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/21 المتضمن ق.إ.م.إ. التي جاء فيها خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه ترفع الدعوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المدنية أدناه في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1].

[1]- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2009، ص23.

وبالرجوع إلى المادة 800 من نفس القانون (ق.إ.م.أ) والتي جعلت المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيها يعود اختصاص القضاء الإداري بتطبيق المعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من ق.إ.م.إ والمادة 07 من ق.إ.م.إ وبالتالي يمكن تعريف العقد الإداري في الجزائر على النحو التالي:

–العقد الإداري هو العقد الذي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيه[1]، أما التعريف في التشريعات المقارنة نجد أن:

المشرع الفرنسي لم يعرف العقد الإداري وإنما عرف الصفات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية على النحو التالي "الصفقات العمومية هي عقود إدارية مبرمة على سبيل مكلف بين السلطات المانحة (المحددة في المادة02) والشركات الاقتصادية العامة أو الخاصة لتلبية متطلباتها للأعمال واللوازم أو الخدمات[2].

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي الصادر في 1806/06/11 المتعلق بعقد التوريد والقانون الصادر في 1790/07/17 المتعلق بعقد القروض العامة وعقود أملاك الدولة "كل عقد يتضمن شغلا للمال العام عقد إداري في كل الحالات أيا كان شكله أو تسميته وسواء أبرمته الإدارة المركزية أو الجهاز اللامركزية الإقليمي أو المرفقي أو ملتزم لمرفق عام[3] وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الفرنسي بموجب هذا المرسوم التنفيذي السابق الذكر اعتبر العقد الإداري هو الذي يبرم بين الإدارة المركزية أو الإدارة اللامركزية ويتضمن أموالا عامة مهما كانت تسمية ذلك العقد وهو عقد إداري، وكذا نجد المشرع المصري انتهج نفس الاتجاه نجده لم يعط أي تعريف للعقد الإداري في القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات وإن كان أشار إلى المصطلح الخاص بالعقد الإداري في المادة 10 من القانون رقم 47 لسنة 1972 الخاص بمجلس الدولة والتي نصت على اختصاصه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد

[1] ناصر لباد, الوجيز في القانون الاداري, ط 2, دار المجدد, ص 273

[2] نواف كنعان، مرجع سابق، ص22

[3] محمود عاطف البنا ,العقود الادارية, ط 1, دار الفكر العربي, مصر, 2007, ص 81,

إداري آخر إلا أن ذلك لم يمنع المشرع المصري من أن يورد تعريفا للعقد في مشروع القانون المدني المصري المادة 122 مؤداه أن العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها[1].

وأمام غياب النص التشريعي للعقد الإداري في التشريعات السالفة الذكر تولى كل من الفقه والقضاء تعريف هذا العقد بتعريفات عديدة وهو هذا ما سيتم توضيحه.

2-التعريف القضائي والفقهي للعقد الإداري:

اختلف القضاء والفقه وصنع تعريف محدد للعقد الإداري وقد حاول القضاء الإداري في الجزائر، فرنسا ومصر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية التي تحدد العقد الإداري أكد مجلس الدولة الجزائري بعد إنشاءه في سنة 1998 في العديد من قراراته استعمال المعيار العضوي لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد الإداري كما أكدت ذلك المحكمة العليا للغرفة الإدارية استعمال المعيار العضوي الذي كرسته المادة 7 من ق.إ.م.إ والمادة 800 من ق.إ.م. وبالتالي حسب مجلس الدولة الجزائري فالعقد الإداري هو العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصا عموميا من الأشخاص العمومية التي حددتها المادة 800 من ق. إ.م.إ وبالرجوع إلى المحكمة الإدارية العليا في مصر عرفت العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

وقد أيد معظم الفقهاء في مصر هذا الاتجاه منهم الدكتور محمد سليمان الطاوي الذي عرف العقد الإداري على أنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وأن يتضمن شروط استثنائية وغير

[1]- نواف كنعان، مرجع سابق، ص23.

مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[1].

إلا أن الرأي الغالب في مصر استقر على أن العقد يكتسب الصفة الإدارية إذا توافرت فيه ثلاث عناصر وهو أن تكون ذلك العقد المبرم أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام في تسيير المرافق العامة وبتطبيق وسائل القانون العام على هذا النوع من العقود الجوهرية.

3-الخصائص الجوهرية للعقد الإداري.

هناك جملة من الخصائص الذاتية للعقد الإداري التي تميزه عن العقود الأخرى سواء المدنية أو تجارية وهذه الخصائص هي التي تعطى للعقد الإداري الصيغة الإدارية مما تجعل الإدارة في مركز أسمى من مراكز الأفراد والتي يمكن إجمالها في ما يلي:

أ-سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها:

تتمتع الإدارة سلطات متعددة لما لها من امتيازات في مواجهة المتعاقد معها حيث أننا لا نصد هذه الامتيازات في العقود الأخرى وهذه السلطات تعكس مظاهر السلطة العامة حيث أنها ترتئ من وراء ذلك تحقيق النفع العام وبالتالي فإن سمو مركزها القانون في مواجهة المتعاقد معها تابع من غاية تحقيق النفع العام التي تسعى إليها الإدارة من خلال إبرام العقود الإدارية بالإضافة إلى كل هذا يحتوي العقد الإداري على بعض الشروط غير المألوفة في العقود المدنية والتي تضمن على سلطات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.

وبالتالي يمكننا القول أن سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا ينال فكرة الرضائية في العقد الإداري ولا يحول دون التوفيق بين هدف الإدارة من العقد وهو الصالح العام وطبعا هدف المتعاقد هو تحقيق الربح المشروع المعقول[2].

[1]- نواف كنعان، مرجع سابق، ص24.

[2]- محمد سعيد أمين، التحكيم في العقود الإدارية مركز حقوق عين الشمس التحكيم ومركز التحكيم الدولي، 2008، ص128.

2-سلطة الإدارة في التعديل الخاص بالعقد الإداري.

للإدارة الحق في إجراء تعديلات دون موافقة المتعاقد[1].

إن السلطة الإدارية لما لها من امتيازات عامة تستطيع تعديل العقد الإداري لاعتبارات المصلحة العامة إلا أنه في المقابل يحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض في حالة الضرر إذا كانت هناك أضرار ناجية من جراء العقد الإداري ويحق للمتعاقد طلب فسخ العقد وهذا إذا لم ينص العقد على خلاف ذلك.

إذا كان التزام الإدارة في تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تقع على عاتقه بناءا على تدخلاتها المشروعة أثناء تنفيذ العقد التي تقوم على أساس مسؤوليتها العقدية بلا خطأ فغن استخدام غير مشروع لسلطة التعديل يستوجب التعويض على الإدارة أيضا ولكن على أساس مسؤوليتها العقدية على أساس الخطأ اتجاه المتعاقد الذي أصابه ضرر من جراء تجاوز حدود سلطة التعديل[2].

3-سلطة توقيع الجزاء.

إن الإدارة في تنظيمها وتيسيرها للمرافق العامة تلجأ إلى أسلوب التعاقد مع الغير ولتحقيق المصلحة العامة، فالإدارة تراقب تنفيذ العقد كما لها الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد، بحيث تستند في سلطتها على توقع الجزاءات كسلطة عامة وواجبها في تسيير المرافق العامة وهذه السلطة مستندة أصلا من النصوص الدستورية وكافة النصوص الأخرى، فلها الحق في تسليط الجزاء حتى وإن لم تنص العقد على ذلك لأن هذا الحق لا ينبع من نصوص العقد بل من طبيعة العقد الإداري ومن حقوقها أيضا وواجباتها كسلطة عامة، أن توقيع الإدارة الجزاء من أي نوع كان كالجزاء المالي لا يمنع من أن توقع الإدارة على المتعاقد جزاءا آخر في نفس الوقت إذا لم يتعارض الجزائين مع بعضهما البعض (إلغاء

[1]- لؤي كريم، مجلة ديالي (الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميته في أداء السلطة العامة لواجباتها

[2]- حسن محمد علي حسن (مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير والتطوير)، دراسة مقارنة ط1 سنة 2014، ص103-105-106.

العقد مع وسائل الضغط) فالإدارة لما لها من سلطة عامة تستطيع توقيع جزاء الغرامة المالية مثلا وتوقيع جزاءات أخرى للضغط على المتعاقد أو تهدده وتجبره على الالتزام ببنود العقد.

إن الإدارة هي التي تقدر الخطأ الذي يستوجب الجزاء ثم أنها هي من تملك حق توقيع الجزاء بنفسيها[1].

4-سلطة الإدارة في إنهاء العقد:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها فهو حق أصلي تم النص عليه صراحة في العقد أولا لذلك أطلق عليه بالفسخ الإداري وله صورتان.

أ-تكون حالة عدم خطأ المتعاقد مع الإدارة إلا أنها ولدواعي المصلحة العامة والذي يهف بالفسخ التقديري.

ب-تكون في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته المتعلقة بالعقد ويسمى بالفسخ الجزائي[2].

كما قد تنتهي العقود النهائية غير الطبيعية لها وذلك انتهاء المدة المحددة لها، لأنه توجد طائفة من العقود تعد من العقود الزمنية عند تجاوز المدة الزمنية لها والعقد أصلا محدد بالزمن كعقد الأشغال العامة المتعلق بالصيانة فهي تنتهي بمجرد انقضاء المدة المحددة للعقد حتى ولم يتم الانتهاء من جميع الأعمال التي يفترض أن يقوم بها المتعامل مع الإدارة[3].

الفرع الثاني: طرق إبرام العقد الإداري:

في إبرام العقد الإداري لا توجد طرق موحدة لإبرام جميع العقود الإدارية في مختلف التشريعات المقارنة بحيث نجد في التشريع الجزائري اتبع أسلوبين في إبرام العقود وأطلق

[1]- عبد القادر دراجي (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية) مجلة الفكر، العدد10، ص93-94-95.

[2]- ومان يمينة مقال بعنوان سلطة الإدارة في إنهاء العقد في 24 ماي 2014 جامعة بسكرة.

[3]- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية منشأ المعارف للنشر والتوزيع مصر 2003، ص297.

عليه نظام الصفقات العمومية في جميع المراحل ومختلف التعديلات التي طرأت على النصوص القانونية، وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أساليب أخرى تم الاعتماد عليها في إبرام العقد الإداري وهو كالتالي.

أولا: طلب العروض:

من الواضح أن أسلوب طلب العروض أنه هو المفضل عالميا في الوقت الراهن لما له من إيجابيات عن باقي الأساليب غير أن الجزائر لم تتوصل فعليا إلى اعتماد هذا الأسلوب إلا بعد صراعات طويلة في قوانينها المتعلقة بالصفقات العمومية فبعد أن كانت تعتمد على هذا الأسلوب كقاعدة عامة في أول قانون للصفقات العمومية تراجعت عنه في المرسوم رقم 82-145 الصادر بتاريخ 10 أفريل 1982 المتعلق بتنظيم، الصفقات العمومية واستمر أيضا في المرسوم التنفيذي 91-434 إلى أن جاء المرسوم الرئاسي 02-250 الذي اعتمد هذا الأسلوب كقاعدة عامة في إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية إن صح التعبير طبقا لأحكام المادة 20 منه وعلى خلاف هذا الأسلوب فقد ظل أسلوب المناقصة القاعدة العامة في إبرام أغلب الصفقات العمومية إلى أن فقد درجته هذا بموجب المرسوم الارئاسي02-250[1].

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يعرف المناقصة (طلب العروض) من خلال المادة 26 منه على ما يلي:

"المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة العارض الذي يقدم أفضل عرض".

وبالتالي فإن طلب العروض من أهم طرق إجراء العقود الإدارية أو الصفقات العمومية تنتهجها الإدارة في سبيل الوصول إلى الطرف المتعاقد معها للحصول على توريدات أو القيام بعمل ما وتخذ شكلين هما:

[1]- مانع عبد الحفيظ، طرف إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق بجامعة تلمسان 2008، ص52.

أ-طلب العروض المفتوح: وهو الذي يسمح لجميع المترشحين بتقديم العروض.

ب-طلب العروض المحدود: وهو الذي يسمح فقط لعدد من المترشحين بتقديم عروض[1].

وعليه فإن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 02-250 والمرسوم الرئاسي 10-236 استخدم مصطلح مناقصة كأسلوب في إبرام الصفقات العمومية.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفريضات المرفق العام استخدام المشرع الجزائري مصطلح طلب العروض في نص المادة 39 والتي نصت على ما يلي "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفقا إجراء التراضي"[2] مما يبين أن المشرع الجزائري جاء بتسمية جديدة متمثلة في طلب العروض ويعد كأصل عام والتراضي استثناء وهما طريقان لإبرام الصفقات العمومية.

كما نجد في نص المادة 40 "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متناقيسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعاهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء ويعلق عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عروض أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة لمحتوى دفتر الشروط أو لا يمكن ضمان تمويل الحاجات[3].

وعليه يستخلص من نص المادة 40 أنه يتم تخصيص الصفقة وفقا لهذا الإجراء (طلب العروض) للمتعاهد الذي يقدم أحسن عرض كما نجد أن المشرع الجزائري في هذه المادة أكد علي الحالات التي تظهر فيها عدم جدوى طلب العروض وذلك في حالة عدم

---

[1]- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ط4 دار المحدد 2010 ص290.

[2]- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ز50.

[3]- المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247.

استلام، أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولبنود دفتر الشروط بعد تقييم العروض أو ضمان التمويل.

كما نجد المشرع الجزائري استبدل عبارة أفضل العروض إلى عبارة أحسن العروض.

ولطلب العروض في أحكام المرسوم 15-247 أشكالا متعددة بينتها المادة 42 من نفس المرسوم سواء كانت وطنية أو دولية يمكن إجمالها فيها يلي:

1-طلب العروض المقترح: حسب نص المادتين 43-44 من المرسوم الرئاسي 15-247 هو إجراء يمكن من خلاله أن يتقدم أي مترشح مؤهل مع اشتراط قدرات دنيا[1].

2-طلب العروض المحدود: حسب نص المادة 45 من المرسوم 15-247 نجد إجراء الاستثمارية الانتقائية يكون فيه المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولى من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد[2].

وعليه نجد المشرع الجزائري سمح في طلب العروض المفتوح للمترشحين بتوافر شروط دنيا مؤهلة تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا لتقديم تعهدا إما في إجراء طلب العروض المحدود أن المترشحين ملخصين بتقديم عروض فيه هم مدعون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولى المسابقة: حسب نص المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن المسابقة هي "إجراء يخضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو إجمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة"[3] نستخلص من فحوى المادة فإن هذا الإجراء شكل من أشكال إجراء طلب العروض وأن هذا الإجراء (المسابقة) يتم إخضاع رجال الفن في مسابقة من أجل اختيار مشروع أو مخطط يشمل جوانب تقنية جمالية قبل منح الصفقة للفائز بالمسابقة.

[1]- المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع السابق

[2]- المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15- 247 مرجع سابق

[3]- المادة 48 من المرسوم 15-247 مرجع سابق.

أما إجراء المزايدة لم يتطرق إليه المشرع الجزائري في أحكام المرسوم كشكل من أشكال طلبات العروض ومما سبق ذكره سلفا حول إجراء المناقصة وطلب العروض أن هناك حالات محددة تتطلب الاستعجال في إبرام الصفقات العمومية لا يمكن له اللجوء إلى إجراء طلب العروض ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أسلوب التراضي.

ثانيا: التراضي.

طبقا لأحكام المادة 60 من الأمر 67-90 نجد المشرع الجزائري عرف التراضي بـ " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تختاره منهم" من فحوى النص نجد أن المشرع الجزائري منح هذا الأسلوب من أساليب التعاقد قدرا واسعا من الحرية في اختيار المتعاقد معها والدليل أن النص ورد فيه عبارة بحرية...لمن تختاره منهم[1].

أما في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 فالأمر جاء واضحا بالنسبة لإجراء التراضي حيث عرفته المادة 22 من المرسوم كما يلي "التراضي هو إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة" يمكن أن يكتسي التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة[2] وعليه يفهم من هذه المادة أن التراضي هو قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية وتخصيص صفقة للمتعامل دون أي شكليات وتعفى الإدارة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة التي يمليها أسلوب إجراء طلب العروض.

وعرف المشرع الجزائري التراضي في المرسوم الرئاسي 15-247 هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة تنظيم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة[3].

---

[1]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، دار النشر والتوزيع الجزائر، 2009، ص113.

[2]- مانع عبد الحفيظ مرجع سابق، ص65.

[3]- المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

يلاحظ أن المشرع الجزائري أبقى على نفس التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه وجعل التراضي كقاعدة استثنائية في إبرام العقود الإدارية دون اللجوء إلى أي شكليات أو إجراءات طويلة ومعقدة من طرف الإدارة في إبرام عقودها من الجلي أن التراضي يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي يفرضها أسلوب طلب العروض وهذا الاختيار المتعاقد معها[1] وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد المشرع الجزائري قسم التراضي إلى شكلين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

1-التراضي البسيط: نص المشرع الجزائري على الحالات التي يمكن أن تلجأ الإدارة إلى هذا الإجراء، التراضي البسيط في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 49 التي نصت على ما يلي "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات فقط "

عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو الاعتبارات تقنية أو اعتبارات ثقافية أو فنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

في حالة الاستعجال الملح والمعلل بوجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكييف من أجل إجراءات إبرام الصفقات العمومية يشترط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وأن لا تكون النتيجة مناورات للمماطلة من ظرفها في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية بشرط الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابع الاستعجال يشترط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، في هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص115.

الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير.

عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج في هذه الحالة يجب اللجوء إلى الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري[1].

من استقراء المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري جعل طلب العروض هي القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية واستثناء ليجوز في الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر، إبرام الصفقة بطريق التراضي مما يعني ترك للإدارة حرية الاختيار في اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بفرض تقييدها بحالات اللجوء إلى التراضي البسيط وهذا التقيد وارد في المادة 49 السالفة الذكر.

2-التراضي بعد الاستشارة.

يتم اللجوء إلى هذا النوع من التراضي في الحالات المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية:

1-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

[1]- المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

2-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وتحديد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري بالخدمات.

3-في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض الجديد.

5-في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات الثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعنى فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى[1].

وعليه يمكن القول أنه يمكن للإدارة أن تلجأ إلى هذا النوع من التراضي الذي يسمى التراضي بعد الاستشارة في تلك الحالات المذكورة آنفا في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 لأنه إجراء يسمح بإبرام الصفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة وبواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهيئات لذلك دون شكليات أخرى ومنه بإجراء التراضي بعد الاستشارة لا يخرج عن كونه أسلوب من تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة إداريا، إذ تتحرر من قيود الإجراءات والتشكليات الواجب إتباعها في أسلوب طلب العروض[2]، وبالرجوع إلى الأساليب المتبعة في إبرام العقود الإدارية في التشريعات المقارنة نجد المشرع الفرنسي والمشرع المصري حدد هذه الأساليب لإبرام الصفقات العمومية والتي تتمثل في كل من أسلوب الاتفاق المباشر، والقاعدة المستقر عليها في التشريعين هي حرية السلطة الإدارية في اختيار طريقة التعاقد ما لم يوجد ما يلزمها باتخاذ أسلوب معين، وهناك العديد من النصوص

[1]- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[2]- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص169.

التي تقيد الإدارة وتفرض عليها اللجوء إلى أسلوب بعينه لإتمام التعاقد وتجير لها في حالات أخرى سلوك طرق أخرى، وفي تلك الحالتين بعد ذلك تقيدا الحرية السلطة الإدارية في الاختيار[1].

بالرجوع إلى نص القانون المتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات في التشريع المصري في نص المواد من 01إلى 04 نجد أن هذا الأخير قد جعل من المناقصة أسلوبا إلزاميا للإدارة في عقود الشراء وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال والنقل، وكذلك بالنسبة للمزايدة الخاصة بعقود البيع والتأجير، كما ميز المشرع المصري بين المناقصة المحلية (الداخلية) والدولية(الخارجية)، وكذلك المناقصات المفتوحة والمحدودة والمقيدة والمناقصة على أساس الموازنة بين السعر والعينة[2] كما أجاز المشرع المصري في نص المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات الإدارة أن تتعاقد على شراء المنقولات ومنقولات الأعمال أو النقل أو على أن تتلقى خدمات ودراسات استشارية أو أعمالا فنية عن طريق الممارسة العامة كما أجاز لها أثناء اللجوء إلى الممارسة المحدودة في حالات 22 على أن يسري بشأن الممارسة عامة كانت أو محدودة أحكام المناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص[3].

وبالرجوع إلى المادة 31 والتي نصت على ما يلي :" يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدات أو الممارسات المحدودة أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر..."

وعليه المشرع المصدر في طبقا لهذه المادة أجاز في الحالات العاجلة اللجوء إلى طريق الاتفاق المباشر[4].

[1]– مقال منشور بالمواقع الإلكترونية بعنوان طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة.

[2]– قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 67– 13 لسنة 1998.

[3]– المادة 01 من قانون المناقصات والمزايدات مرجع سابق.

[4]– المادة 31 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سابق.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

حسب نص المادة 975 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مادة الصفقات العمومية"، وبالرجوع إلى المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد المشرع الجزائري قد حدد بالنص الصريح أربعة أنواع من العقود التي تبرمها الإدارة وأضفى عليها طابع الصفقة العمومية وهي: عقد إنجاز الأشغال، عقد اقتناء اللوازم، عقد إنجاز الدراسات، عقد تقديم الخدمات.

وعليه فإن هذا المطلب قسم على فرعين، في الفرع الأول عقد إنجاز الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم، وفي الفرع الثاني عقد إنجاز الدراسات وعقد تقديم الخدمات.

الفرع الأول: عقد إنجاز الأشغال وعقد اقتناء اللوازم.

هما من أهم العقود التي تلجأ إليها الإدارة في حياتها اليومية وعليه سأقوم بالتقسيم على النحو التالي:

1-عقد إنجاز الأشغال:

هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد والشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب الشخص المعنوي لعام بقصد تحقيق منفعة عامة في نظير مقابل المتفق إليه وطبق الشروط المقترحة بالعقد[1].

ولتحديد ماهية هذا العقد، عقد الفقه والقضاء إلى ضبط عناصره وأركانه على النحو التالي.

أ-أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار (بناء، طريق، سدود) ذلك أن المنقول لا يصلح محلا لعقد الأشغال العامة مثل (إصلاح وصيانة الخاصة بالمنقول التابع للإدارة".

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، ص198.

ب- يجب أن يكون الشغل العام على حساب الإدارة العامة المتعاقدة حتى وإن كان العقار ملكية خاصة مثل دهن المساكن الخاصة المحاذية لطريق عمومي في إطار عملية إدارية لتنظيف المحيط.

ج-يجب أن يهدف الشغل العام إلى تحقيق المنفعة العامة[1].

ثانيا: عقد اقتناء اللوازم.

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه "إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.

ومنه يشترط في هذا العقد ما يلي:

أ-موضوع العقد أي عقد التوريد تكون أشياء منقولة دائما وهو ما يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بالعقارات ومن قبيل هذه المنقولات توريد مواد التموين والأجهزة والبضائع المختلفة الأخرى[2].

ب-هذا التعريف قصر عقد التوريد على أحد أطراف العقد شخص معنوي من أشخاص القانون العام.

ج-أن موضوع العقد يكون الهدف منه تحقيق المنفعة العامة[3].

الفرع الثاني: عقد إنجاز الدراسات وعقد تقديم الخدمات.

بعد التطرق إلى كل من عقد إنجاز الأشغال العامة وعقد توريد اللوازم في الفرع الأول وعليه فإن عقد إنجاز الدراسات وعقد تقديم الخدمات مسألة تناوله في الفرع الثاني.

---

[1]- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ص22.

[2]- مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص97.

[3]- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري مرجع سابق، ص199.

أولا: عقد إنجاز الدراسات:

يمكن تعريف عقد الدراسات بأنه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص (طبيعي أو معنوي) يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل يلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة، كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد الإدارة المعنية إقامتها.

ويتميز عقد إنجاز الدراسات عن العقود الأخرى، أن العقد ينصب على جانب فني وتقني وهو ذو طابع علمي بمقتضاه يتم توظيف (مساحات، أرقام، تصاميم هندسية، بحوث، إحصاءات، تحاليل مختبر...) ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية وهو ما يجعله يتميز عن عقد الأشغال الذي ينصب على عقار ما، وعقد التوريد الذي ينصب على منقول ما وعقد الخدمة الذي يتناول مسائل بسيطة قد تكون أعمال يدوية كتركيب خطوط كهربائية أو مد قنوات لتصريف المياه، غير أن هذه العقود الإدارية وإن فصل بعضها عن الآخر إلا أن التداخل والعلاقة قد تحدث بين عقد وآخر، فعقد الأشغال العامة مثلا يستوجب دراسات سابقة وهو ما يعني أن الإدارة المختصة تبرم أولا عقد دراسات ليجسد فيها بعد في شكل عقد أشغال عامة[1].

ثانيا: عقد تقديم الخدمات.

هو اتفاق بين الإدارة وشخص أو أفراد (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره كأن تلجأ البلدية إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الشوارع والرفع القمامات (الجزائر البيضاء) وتتفق مع مؤسسة متخصصة في الإعلام لإنجاز شبكة نظام إعلام آلي بمقر البلدية وشروط عقد الخدمات ينصب على تقديم خدمات للمصلحة المتعاقدة وأن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة[2].

[1]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط2، جسور للنشر والتوزيع، 2002، ص24.

[2]- محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص23.

المطلب الثالث: العقود الإدارية الخاصة باتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة.

لقد تم الحديث عن أنواع العقود الإدارية الخاضعة للتحكيم في التشريع الجزائري وكان لا بد من التطرق إلى العقود التي تكون تحت طائلة اتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة ومن بيه هذه التشريعات، التشريع الفرنسي والتشريع المصري استنادا إلى النصوص القانونية التي أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول خاص بالعقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي، والثاني العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع المصري.

الفرع الأول: العقود الإدارية التي تقع تحت طائلة اتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي.

لقد أجاز المشرع الفرنسي بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الداخلية بموجب نصوص قانونية لذا سوف يتم التطرق إلى أهم العقود الإدارية المشمولة له باتفاق التحكيم في فرنسا وهذا على النحو الآتي:

أولا: التحكيم في منازعات عقد الأشغال العامة والتوريد بموجب قانون 17 أفريل 1906.

لقد سمحت المادة 69 من القانون الصادر في 17 أفريل 1906 للدولة والمحافظات بتصفية المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد عن طريق التحكيم إذا كان النزاع منصبا على تحديد قيمة مبلغ مالي واجب الأداء وبذلك فلا يخضع للتحكيم فالمنازعات التي تتصل بتصفية النفقات الناشئة عن أي عقد إداري آخر غير هذين العقدين وحدد القانون نطاقه بعقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمه الدولة والمحافظات والقرى وجاء هذا التعداد على سبيل الحصر[1].

[1]– مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة، 2010، ص97.

يستخلص من نص المادة 69 ومن أحكام القضاء الإداري الصادرة في هذا الصدد ضرورة توافر بعض الشروط لصحة اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات من بينها.

*لا ينطبق هذا القانون إلا على عقود الدولة والمقاطعات والبلديات فهؤلاء الأشخاص العاملون قد ورد ذكرهم على سبيل الحصر.

*يجب أن تكون المنازعات متعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات[1].

ألزم المشرع الفرنسي بجوازية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة وعقد التوريد بشرط التحكيم وبعد موافقة مجلس الوزراء لتسوية نفقات ناشئة عن عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة أو وجدات الإدارة المحلية[2].

ثانيا: التحكيم في منازعات عقد الأشغال العامة وعقد التوريد بموجب قانون 25 يوليو 1960

صدر مرسوم رقم 724-60 في 25 يوليو 1960 الذي وسع من حقل تطبيق قانون 17 أفريل 1906 من ناحيتين أساسيتين تختص الأولى بالجانب التشكيلي في حين تختص الثانية بالجانب الموضوعي:

1-الجانب التشكيلي:

قام المشرع الفرنسي بتوسيع نطاق القانون 17 أفريل 1906 الذي كان قاصرا على العقود المبرمة من قبل الدولة والمحافظات والبلديات وأجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها البلديات ونقابات البلديات، والنقابات المشتركة والمراكز الحضرية وقطاعات البلدية، والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية[3]، وبالتالي أدخل المشرع بعض الأشخاص

[1]- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية2010، ص150-153.

[2]- محمد عاطف البنا ، مرجع سابق، ص361.

[3]- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص91.

المعنوية العامة الأخرى على تعداد الأشخاص المعنوية العامة المسموح لهم باللجوء إلى التحكيم بخصوص تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريد.

2-الجانب الموضوعي:

قام المشرع الفرنسي بإضافة المنازعات الخاصة بتصفية النفقات العامة بأعمال البناء إلى جانب المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات طبقا لنص المادة 25 من المرسوم السالف الذكر[1].

وعليه فإنه يتعين القول أن العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي هي عقد الأشغال العامة وعقد التوريد طبقا لنص المادة 69 من القانون 17 أفريل 1905 والمرسوم الصادر في 25 جويلية 1960 بحيث يتم الفصل في أي نزاع ناتج عن هذه العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة السالفة الذكر سواء تعلق الأمر بعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد لتسوية ذلك النزاع عن طريق التحكيم عبر مشارطة أي بعد أن ينشأ النزاع.

الفرع الثاني: العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع المصري.

لقد أجاز المشرع المصري بمشروعية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية بصفة عامة وعن عقد البوت بصفة خاصة، لذلك سوف يتم الحديث في هذا الفرع عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود البوت لأنه أخذت به الحكومة المصرية في العديد من مشاريعها ولكن تجدر الإشارة إلى معرفة عقد البوت وصوره قبل التطرق إلى التحكيم أو مشروعيته التحكيم وعليه:

أولا: مفهوم عقد البوت وصوره.

بالرغم من عدم وجود مفهوم واضح وجلي أو تعريف قانوني إلى صح القول لنظام البوت إلا أنه لقي رواجا دوليا واسعا يفرض من خلاله القطاع الخاص وجود في بعض

[1]- وليد عباس، مرجع سابق، ص154-155.

المشاريع التي كانت سابقا حكرا طبيعيا للدول وذلك بتمويل إنشاءها وتشغيلها لمدة من الزمن قبل إفادتها للجهة الحكومية لذلك سوف نتطرق إلى تحديد تعريفه وبيان صوره.

1-تعريف عقد البوت:

لقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت بأنه :شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين لمشروع امتياز لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة[1].

وهذه العقود تنطوي على فائدة متبادلة بين المستثمر صاحب امتياز استغلال المشروع والذي يحصل على ما يزيد على ما أنفقه في إنشاءه وعائدات التشغيل والحكومة مانحة الامتياز التي يمكنها هذا الأسلوب من إقامة مشروعات حيوية وضخمة دون أن تحمل الخزينة العامة فيها بأية نفقات نرهقها لاسيما في الدول النامية[2].

2-صور عقد البوت:

إن عقد البناء والتشغيل وثقل الملكية أو ما يسمي بعقد البوت هو الأكثر شيوعا في الدول المختلفة، لكن الواقع العملي أظهر صور أخرى لهذا النظام من العقود والتي سيتم التعرف على بعض صورها.

أ-عقد البناء والتمليك ونقل الملكية B.O.O.T.

هو نظام تعاقد يكون طرفه الأول الحكومة وطرفه الثاني القطاع الخاص الذي يقوم ببناء المشروع ويقوم باستغلاله لفترة محدودة يكون من خلالها هو نفسه المالك ويأخذ كل

[1]- سميحة بوزوايد، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر بسكرة 2015، ص6-9.

[2]- رمزي زيد، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر كلية الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص76.

عائدات المشروع خلال تلك الفترة وفي النهاية ينقل الملكية وحيازته للطرف الأول (الحكومة)[1].

ب-عقد البناء والإيجار ونقل الملكية: B.L.T.

في هذا النوع من العقود تسمح الدولة للمستثمر ببناء مشروع وبعد الانتهاء من بناءه تقوم الجهة الإدارية باستئجاره من المستثمر حيث تكون القيمة الاستئجارية التي تدفعها الدولة كافية لتغطية نفقات البناء بالإضافة إلى مربع معقول وبعد نهاية مدة الإيجار يصبح المرفق ملكا خاصا للدولة[2].

ج-مشروعيات البناء والامتلاك المرحلي والتأجير التمويلي والتحويل (BOCT).

تصلح إنشاء المشروعات التي تحتاج آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها كما تصلح في حال كانت الشركة المشرفة على المشروع غير قادرة على تشغيله فتقوم بتأجيره لشركة أخرى لتشغيله وإدارته خلال فترة الامتياز، أو أن تقوم الحكومة بتأجير المشروع مقابل حق انتفاع وعائد تحصيل عليه.

د-مشروعات تحديث وتمليك وتشغيل ونقل الملكية (MOOT).

يتم اعتماد هذه الصيغة في مشاريع قائمة لكنها لا تعمل بكفاءة نظر لتقادمها التكنولوجي أو عدم صلاحيتها وبالتالي تكون بحاجة لعملية تحديث يتم من خلالها استخدام معدات تكنولوجية متقدمة ونظم تشغيل حديثة[3].

---

[1]- بتاريخ 2009/04/27، على الساعة 08:38 WWW.startimes.com .

[2]- سميحة بوزوايد، مرجع سابق، ص13.

[3]- مقال حول نظام بناء التشغيل والتحويل BOT سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية عدد 35، نوفمبر تشريق الثاني 2004.

ثانيا: مشروعية التحكيم في منازعات عقد البوت في مصر:

لقد أجاز المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية كافة دون تفرقة في هذا الشأن بين العقود الوطنية أو الدولية ومنها عقد البوت وذلك بموجب القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 لسنة 1997.

إلا أن إجازة التحكيم في تلك العقود يخضع للقيد العام الذي أورده التعديل التشريعي للقانون رقم 27 لسنة 1994 من أنه بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، ومن ثم فإن عقد البوت وإن كان في الغائب يكون عقدا إداريا دوليا حيث يكون طرفه الآخر أجنبي إلا أن هذا لا يعني أن يكون هذا العقد دوليا دائما فقد يكون عقدا إداريا داخليا، إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة طرف وطني[1].

هذا وقد أسفر التطور التشريعي والقضائي بشأن مدى استخدام الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات في العقود الإدارية بصفة عامة وعقود البوت بصفة خاصة عن قبول مبدأ التحكيم بعد أن كان ذلك محل خوف في المراحل السابقة.

أما بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن التحكيم في منازعات عقود البوت الإداري تحوز على الحجية الملزمة لأطرافه بحيث لا يمكنهم المنازعة لمرة أخرى فيها سواء أمام هيئة التحكيم المصدرة لها أو أمام القضاء الرسمي للدولة هذا ما لم يتفق الطرفان بطبيعة الحال على غير ذلك في تسوية منازعتها، ومن ثم فلا يكون المحكوم في حكم التحكيم لوقف تنفيذه أو إلغاءه سوى اللجوء لدعوى البطلان الأصلية[2].

وعليه يمكن القول بالنسبة للعقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع المصري الأكثر شيوعا هو عقد البوت لأن الحكومة المصرية طبقت هذا النظام في الكثير من

[1]– رمزي زيد، مرجع سابق، ص76–78.

[2]– مصطفى عفيفي، التحكيم في منازعات عقود البوت، مجلة صادرة عن مركز الحقوق عين شمس، القاهرة الدورة التحكيمية بين 14و2008/06/19، ص396.

المشروعات وفي حالة نشوء أي نزاع نتيجة إبرام عقد البوت يمكن اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر من الوسائل القضائية البديلة في تسوية ذلك النزاع.

المبحث الثاني: جوازية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

يعتبر التحكيم أسلوب بديل عن القضاء ملزم بحكمه للأطراف ويرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع وبناءا عليه يجد التحكيم ركيزته في إرادة الأطراف فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة وهم من يحددون عدد المحكمين وسيمونهم إن شادوا ويعينون مكان التحكيم وإجراءات التحكيم وكذا القواعد الواجب اتخاذها فيه.

ووجود التحكيم لا يعني إلغاء سلطة المشرع فهو الذي أنشأ اتفاق التحكيم وهو الذي أجازه صراحة، بالإضافة إلى تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم وبيان النزاعات التي تقبل التحكيم وهذا ما نجده في نص المادة 1006 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والتي تقرر عدم جواز اللجوء إلى التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

ومن أجل تحقيق توازن بين الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتحكيم فيها اشترط المشرع تطبيق القانون الوطني مع الإشارة إلى محافظة الإدارية على ما تتمتع به من امتيازات في مواجهة المتعاقد معها.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وتميزه عن الأنظمة المتشابهة له.

سنتناول في هذا المطلب تحديد مفهوم التحكيم ثم أنواع التحكيم وأهمها التحكيم الداخلي والخارجي ويهمنا نحن الداخلي لأننا بصدد مناقشة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية وكذا التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف والتحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ثم نتطرق إلى التمييز بين التحكيم والقضاء الرسمي وبينه

وبين الطرق البديلة الأخرى لحسم المنازعات كالصلح، الوساطة والتوفيق وذلك عبر الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

نتناول في تعريف التحكيم أولا تعريف الفقه ثم تعريف التشريع ثم تعريف القضاء على الشكل التالي:

1-تعريف الفقه والتشريع والقضاء الفرنسي للتحكيم.

أ-تعريف الفقه الفرنسي للتحكيم.

عن التحكيم بشكل عام نقي اهتماما كبيرا من قبل الفقهاء الفرنسيس ومن أجل ذلك نجد تعدد في تعاريفهم على ذكر ثلاثة تعاريف

*عرف "جين روبار" jean robert التحكيم:

On entend par l'arbn traje l'institution d'une justice privée grace a laque elles les litiges sont sou straits aux juridicroin de droit commun pour être résolus par individus revetus pour la circonstance de la mission de les jugers[1]

فالتحكيم عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تحرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو لتحسم ويتم الفصل فيها بواسطة أفراد يمنحون هي هذه الحالة مهمة الفصل والقضاء فيها.

كما عرفه الفقيهان "أوبي" و"دراغو" على أنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزما وعرفه الفقيه "جروسون" أنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر وذلك بممارسة المهنة القضائية التي عهدوا بها إليه.

[1] – robert (jean) ; l'arbotrage interne droit international, privé, Dalloz, Paris, 6 éme édition, 1993, P3

ب-تعريف التشريع الفرنسي للتحكيم.

تنص المادة الأولى من القانون رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بالتحكيم على:

L'arbitrage est un procédé snvé de vgtenert de certain es catégouie de constestations par un tribunal arbitral ou quel les puties confert la ni ssir de les juger en vertu d'une convertion d'arbitroje[1].

من استقراء هذه المادة فإن التشريع الفرنسي يرى أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 الآن الذكر قد سبق بنصوص تشريعية تطرقت إلى التحكيم كقانون الإجراءات المدنية والمعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 مايو 1980 وذلك من خلال المادتين 1442و1447 وإن كانت المادتان في الحقيقة تتعلقان بصورتي التحكيم شرط ومشارطة.

أما مرسوم 13 يناير 2011 وعلى خلاف مرسوم مايو 1980 نجده يعرف اتفاق التحكيم المتضمن شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم على أنه وحسب نص المادة 1442: يتخذ اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم: بند التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه الأطراف فهي عقد واحد أو عدة عقود على إحالة المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيها يتعلق بهذا العقد أو بهذه العقود على التحكيم ومشارطة التحكيم هي الاتفاق الذي يحيل بموجبه الأطراف في نزاع ناشئ عن تنفيذ العقد على التحكيم.

ج-تعريف القضاء الفرنسي للتحكيم:

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 21 أفريل 1943 إلى أن:

[1] – loi N 93-42 du 26 avnl 1993-port promulgation du code de l'arbitrage revue de l'arbitrage 1993.A.Docunent.p721.

التحكيم حسب تعريف القضاء الفرنسي يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها الطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم[1].

ثانيا: تعريف الفقه والتشريع والقضاء المصري للتحكيم:

أ-تعريف الفقه المصري للتحكيم:

نظرا لتعدد وتنوع الآراء الفقهية حول تعريف التحكيم فإننا نكتفي بهذه التعاريف الفقهية دون الإنقاص من قيمة وأهمية التعاريف الأخرى "التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معيين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"[2].

كما عرف التحكيم بأنه :"الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بلا من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطا كان أو مشارطة[3].

"التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز[4].

كما عرف الأستاذ يسري محمد العصار على أنه "عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو علي ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين

[1] –Nouveau code de procédure civil art 144.

[2]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الاسكندرية منشأة المعارف 1987، ص15.

[3]– عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2000، ص21.

[4]– محمود مختار و أحمد بربري التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة، 2004، ص5.

والذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه ويصدر أمر تنفيذه من قبل السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه فيها[1].

ب-تعريف التشريع المصري للتحكيم.

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من القانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية[2].

كما نصت المادة ذاتها على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقبلا بذاته أو ورد في عقد معين كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية.

ج-تعريف القضاء المصري للتحكيم.

لم تتفق الاجتهادات القضائية على تعريف موحد للتحكيم حيث عرفته المحكمة الدستورية في مصر بأنه :" عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدد أنها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجرد من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[3] وأضافت المحكمة الدستورية على التحكيم طابعا قضائيا.

---

[1]- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دار النهضة العربية طبعة 2001، ص14.

[2]- المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر في 18 أفريل 1994 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 بتاريخ 21 أفريل 1994.

[3]- حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 17 ديسمبر 1994 في القضية رقم 13 لسنة قضائية الجريدة الرسمية العدد 2 بتاريخ 12 يناير 1995 وحكمها بتاريخ 03 جويلية 1999 والقضية رقم 104 لسنة 20 قضائية الجريدة الرسمية العدد 15.28 جويلية 1999 وحكمها بتاريخ 06 يناير 2001 في القضية، رقم 65 لسنة 18 الجريدة الرسمية العدد 03بتاريخ 18 يناير 2001.

حيث أفتت أنه "وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة.

وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه :اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معيين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[1].

ثالثا: تعريف الفقه والتشريع والقضاء الجزائري للتحكيم.

أ-تعريف الفقه الجزائري للتحكيم.

هناك من الفقهاء من عرف اتفاقية للتحكيم بأنها :"اتفاقية التحكيم هي تعهد شخصين أو أكثر على عرض النزاع الذي نشأ أو سينشأ بينهم نتيجة لعلاقة قانونية معينة موجودة أمام محكم أو أكثر[2].

ويعرفه الباحث نور الدين باكلي :"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم والذي يأخذ شكلين صورة الشرط التحكيمي أو صورة مشارطة التحكيم"[3].

ولا تكاد تختلف التعريفات التي ذكرها الفقهاء في فرنسا ومصر والجزائر للتحكيم عن المفهوم الذي حدده المشرع والقضاء (في فرنسا ومصر) الذي يتضمن عنصرين: الأول هو اللجوء للتحكيم وليد التراضي الخاضع لأطراف النزاع على حسمه ليس بواسطة قضاء الدولة

[1]- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 18 يناير 1994 في الطعن رقم 886 لسنة 30 القضائية.

[2]- أحمد بوقادوم أستاذ القانون التجاري كلية الحقوق جامعة الجزائر، محاضرة بعنوان حرية الأطراف في اختيار طرف حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي في القانون الجزائري مجلة المحكمة العليا عدد خاص حول اليومين الدراسيين 15-16 جوان 2008 قاعة المحاضرات المحكمة العليا قسم الوثائق 2009، ص249.

[3]- الباحث نور الدين باكلي: محاضرة بعنوان دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية، مجلة المحكمة العليا السابقة الذكر، نفس العدد ص260.

وإنما بواسطة شخص أو أشخاص يتولى أطراف النزاع اختيارهم والعنصر الثاني هو الطابع الالتزامي للحل الذي يقرره المحكمون[1].

2-تعريف التشريع الجزائري للتحكيم.

لا نجد تعريف من طرف المشرع الجزائري للتحكيم سواء في قانون الإجراءات المدنية[2]، أو المرسوم التشريعي رقم 9/93 [3] أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[4] ولربما أن المشرع الجزائري، يأخذ الاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم والتعاريف هو من عمل واختصاص الفقه لا التشريع ومن القوانين التي عاشت تعريف اتفاق التحكيم يمكن ذكر إلى جانب القانون الجزائري نجد القانون المغربي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون اللبناني والقانون الأردني والقانون السعودي والقانون الكويتي والقانون الإماراتي.

وكل ما تم النص عليه في الجزائر سواء في النصوص التشريعية التي سبقت صدور قانون 08-09 المشار إليه أعلاه أو ما تضمنه هذا الأخير هو التميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أو النص على الشرط التحكيمي الوارد في العقد والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع كما تبينه المادتان 1006و1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد على التوالي "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006[5] أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[6].

---

[1]- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية مرجع سابق، ص17.

[2]- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

[3]- المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 08 يونيو 1966.

[4]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية 21 المؤرخ في 2008/04/23.

[5]- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق

[6]- المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق

"تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يصغها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي[1].

3-تعريف القضاء الجزائري للتحكيم.

على الرغم من أن أحكام التحكيم المراد تنفيذها في الجزائر لا يمكن أن تنفذ سواء تعلق الأمر بأحكام التحكيم الداخلية أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل أو خارج الجزائر، إلا بموجب الأمر بالتنفيذ الصادر عن رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم مما يدل على أن كل اتفاق تحكيم شرطا كان أو مشارطة ينتهي على يد القضاء لإعطائه الصيغة التنفيذية ومع ذلك لم يرد في الاجتهاد القضائي الجزائري أي تعريف يخص التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

يمكن القول أن تقسيمات التحكيم ترتكز على المعيار أو الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم فلو أخذنا نطاق التحكيم للتقسيم يمكننا التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وإذا أخذنا مدى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم كمعيار للتقسيم نجد التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري.

بالإضافة إلى سلطة المحكمين في الفصل نجد طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والأنصاف وأيضا نجد التحكيم الجر والتحكيم المؤسسي عند النظر إلى الجهة التي يعهد إليها الفصل في النزاع.

[1]- المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق

أولا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

تعددت معايير التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فهناك من يقول بمعيار مكان التحكيم والبعض الآخر يقول بمعيار القانون الواجب التطبيق والبعض يقول بفحص طبعة النزاع وعليه فمتى يكون التحكيم دوليا ومتى يكون داخليا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من المعيار الذي تبناه في التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي نعرج باختصار على الموقف السائد في قانون الإجراءات المدنية السابق[2].

حيث اعتبر هذا الأخير أن التحكيم يصبح دوليا حين يختص بالنزاع المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية[3]، وهذا النص مطابق لنص المادة 1504 من مرسوم 13 يناير 2011[4]، ويضيف نفس القانون شرطا آخر لدولية التحكيم هو أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"[5].

وبالتالي يكون القانون السابق قد اعتمد معيارين لتحديد دولية التحكيم هما:

أ-المعيار الأول: المعيار الاقتصادي يجب أن تكون لها علاقة بالمصالح التجارية الدولية.

ب-المعيار القانوني: أن يكون أحد الطرفين على الأقل له مقر أو موطن في الخارج.

[1]- قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر.

[2]- المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر بتاريخ 25 أفريل 1993 السابق الذكر.

[3]- المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

[4]- بنص المادة 1504 من مرسوم 13 يناير 2015.

[5]- المادة 458 من المرسوم التشريعي السابق ذكره.

نجد المشرع الجزائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اعتمد على معيار واحد يجمع بين المعيارين بطريقة جديدة إذ نص على أنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[1].

فيكون القانون الجديدة قد تخلي عن المعيار الاقتصادي الذي هو "النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية" إلى تعدد الاستثمارات الدولية بحيث يكون التحكيم دوليا حينما يكون كل طرف منتميا إلى المصالح الاقتصادية لدولة ما وهذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي مصالح التجارة الدولية".

والمعيار القانوني "يعدد أماكن الإقامة أو تعدد الجنسيات على مقياس فيه معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وفيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات والإقامات.

أما في مصر فبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد نصت على :" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

والتحكيم يكون داخليا متى صدر حكم التحكيم في مصر حتى ولو تسمت بعض إجراءات التحكيم خارج مصر[2].

ويكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون 27 لسنة 1994 إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال التالية:

[1]– المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

[2]– فتحي والي، الوسط في قانون القضاء المدني سبقت الإشارة إليه ص927.

1-إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.

2-إذا اتفقا طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها.

3-إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4-إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان احد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

أ-مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إليه.

ب-مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج-المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع[1].

ثانيا: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري.

بالرجوع إلى حرية أطراف النزاع في التحكيم نجد نوعين من التحكيم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، والأصل الاختياري إلا أن المشرع قد يفرض في بعض الحالات اللجوء إلى التحكيم فيصبح التحكيم إجباريا.

ففي الجزائر فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي أخضع المشرع الجزائري في سنة 1971 للتحكيم المنازعات بين الشركة الوطنية[2] ثم وسع من نطاق هذا التحكيم سنة 1975 إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها[3].

[1]- المادة(3) من القانون 27 لسنة 1994 السابق الذكر.

[2]- القرار رقم 71-20 الصادر في 1971/12/29 المتضمن التحكيم الداخلي الجزائري.

[3]- القرار رقم 75-44 الصادر في 1975/06/17 المنشور في الجريدة الرسمية في 1975/07/04.

فالنزاعات التي تكون فيها المؤسسة العامة طرفا تكون خاضعة للتحكيم الإجباري وتساءل الفقه[1] كما إذا كان هذا التحكيم إلزاميا أم لا؟ بحيث أنه إذا لجأت أطراف النزاع خلافا للنص إلى المحاكم القضائية فهل ترد هذه المحاكم النزاع المعروض أمامها لعدم الاختصاص؟ على اعتبار أن:

1-المحاكم القضائية بطبيعتها معادية للتحكيم.

2-النصوص لا تنص على الإبطال في حالة المخالفة.

3-المحكمة العليا في الجزائر مستقر اجتهاديا على أن ليس هناك إبطال دون نص وليس هناك عدم صلاحية دون نص.

أما فيما يخص التحكيم الدولي فإن الجزائر منذ استقلالها كانت حذرة للتحكيم الدولي ولا ترتاح له ولا تقبله بسهولة وذلك عائد إلى النزاعات النفطية وفقا للقانون المطبق هي من اختصاص مجلس النشوري الفرنسي وكان من المفترض بعد الاستقلال أن تكون من اختصاص المحكمة العليا الجزائرية.

ولكن الجزائر بعد الاستقلال كانت في التجارة الدولية مرغمة على التحكيم الدولي وتخضع له أكثر مما تقبل به لأن هذا هو الطريق الوحيد كل خلافات التجارة الدولية[2].

وأهم مؤشرين على هذا الأمر هو:

1-المذكرة الوزارية سنة 1982 التي تأذن للصالح الحكومية بالتحكيم الدولي وهو موضوع كان قد حسمه المشرع في التحكيم الداخلي.

---

[1] -amor zahi.l'etal et l'arbitrage p.143

Henri fenaux. Revue algerienne. Les sciences juridiques economiques et politiques 1973 N2 juin p379ets.

[2]- بحث قدمه باللغة الفرنسية "محمد إسعاد" في مؤتمر التحكيم الأوربي العربي في تونس سبتمبر 1985.

2-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[1] التي جعلت التحكيم مرجعا إجباريا في كل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود تجارية بين البلدين.

وبصدور قانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نصت المادة 975 على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800[2] أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية ونصت المادة 1006 على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن بتطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية وعليه يمكن قول ما يلي:

1-قانون الإجراءات المدنية والإدارية أبقى شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق.

2-أصبح بإمكان الدولة والمؤسسات العامة ذات الصيغة الإدارية والبلديات والولاية أن تبرم عقود الصفقات العمومية التي تتضمن شرط التحكيم في حالة نشوب نزاع هذا فيما يخص التحكيم الداخلي أما بالنسبة للتحكيم الخارجي فقد اشترط المشرع الجزائري أن تكون الجزائر قد صادقت على اتفاقات مسبقة ويوقع العقد الوزير أو الوزراء المعنيون إذا كانت الدولة طرفا وإذا كانت البلدية أو الولاية طرفا في العقد فيوقع العقد الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي[3].

وبالتالي أصبح التحكيم الدولي لهذه الهيئات اختياريا أمامهم.

---

[1]- أبرمت في 27 مارس 1983 تنظيم العلاقات الاقتصادية بين فرنسا والجزائر.

[2]- تنص الماد ة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها".

[3]- المادة 79 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ثالثا: التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والأنصاف.

ينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكمين في الفصل في النزاع إلى تحكيم طبقا لقواعد القانون وتحكيم طبقا لقواعد العدل والأنصاف فالأول يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون عند الفصل في النزاع، أما الثاني يكون طبقا لقواعد العدل والإنصاف أي وفقا لقواعد العدالة والأنصاف دون التقيد بأحكام قانون محدد.

إن قانون الإجراءات المدنية السابق[1] فرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح (قواعد العدل والأنصاف) سواء كان التحكيم داخليا أو خارجيا ففي التحكيم الداخلي فعلي المحكمين أن يحكموا وفقا للقواعد القانونية إلا إذا أعطاهم العقد التحكيمي بسلطة التحكيم بالصلح، وفيما يتعلق بالتحكيم الدولي نص على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة[2].

وتفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة[3] أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[4] نجد قد تجاهل التحكيم بالصلح سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي وإن كان قد ترك لهذا الأخير حرية اختيار الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة وإلا فالمحكمون يحددون الإجراءات.

كما تضمن القانون الجديد ما يمنع الإحالة إلى التحكيم وفقا لمبادئ العدل والأنصاف وبالتالي التحكيم طبقا لمبادئ العدل والإنصاف يكون تابعا من سلطات الإدارة والحرية المتاحة لسلطات الإرادة في اختيار إجراءات المحاكمة[5] التي فيها تحكيم بالصلح أو ضبط المحكمين لنظام تحكيمي يكون فيه التحكيم بالصلح والعدل والإنصاف.

---

[1]– الأمر 66-154 المضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر في 08 يونيو 1966 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93-8 المؤرخ في 21 أفريل 1993 سبقت الإشارة إليه.

[2]– المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية السابق.

[3]– المادة 458 مكرر 15 من قانون الغجراءات المدنية السابق الذكر.

[4]– قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[5]– المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري سبقت الإشارة إليه.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنوعي التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف في مرسوم 13 يناير 2011 حيث المادة 1478 التي تنص على ما يلي: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية إلا إذا منحها الأطراف مهمة النظر في الدعوى وفقا لقواعد العدل والإنصاف.

نفس الأمر بالنسبة للمادة 1511 من نفس المرسوم حيث تنص على ما يلي :" تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختبارها الأطراف وإلا وفقا للقواعد التي تراها مناسبة وهي تأخذ الأعراف التجارية في الاعتبار في جميع الأحوال.

رابعا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

نجد غالبا في الجهة التي تعهد إليها الفصل في النزاع فإننا نستطيع القول أن هناك نوعين من التحكيم، التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

التحكيم الحر: هو ذلك التحكيم الذي يختاره المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة دون التقيد بنظام دائم فهو يجري في حالات فردية ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة وإنما يلجؤون إلى الاختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم وفقا لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقا للقواعد العامة للتحكيم[1].

أما التحكيم المؤسسي هو عندما تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا وتحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات[2].

وقد انتشر في القرن الماضي إنشاء مراكز تحكيم دولية دائمة منها.

-غرفة التجارة الدولية في باريس.

[1]- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية منشأة المعارف طبعة 1996، ص24.

[2]- عصت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص31.

-هيئة التحكيم الدولية.

-محكمة لندن للتحكيم.

-المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

-مركز القاهرة للتحكيم التجاري الإقليمي والدولي.

-غرفة التحكيم العربية التي تضم كل من اتحاد المهندسين العرب واتحاد المقاولين العرب واتحاد المحامين العرب.

أما موقف الشرع الجزائري من نوعي التحكيم الحر والمؤسسي في قانون الإجراءات المدنية السابق فلم يتم التطرق فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي إلى شخصية المحكم طبيعيا كان أو معنويا فالموضوع متروك لسلطان الإرادة، والمحكمة لا تتدخل إلا لوضع إرادة الطرفين الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ إذا لم يتمكن الأطراف أو المحكمين من ذلك.

وينص القانون الجزائري على أنه في حال تخلف أي طرف عن تسمية محكمة فإن رئيس محكمة العقد يعين المحكم بقرار رجائي[1] ويقف الفقه أمام هذا النص متحفظا إذ يعتبر أن هذا الإجراء هو من الخطورة والأهمية بحيث يستدعي مواجهة الطرفين وصدور قرار وجاهي عن رئيس المحكمة[2] أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق فيما يتعلق بالتحكيم الدولي نجد نصها في المادة 458 :" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"[3].

عن النص نجد أن المادة أشارت إلى التحكيم الحر وذلك بإعطاء الحرية لأطراف النزاع في تعيين المحكمين في الشرط التحكيمي.

كما أشار النص إلى التحكيم المؤسسي وذلك من خلال الإشارة إلى نظام تحكيمي دائم يؤدي إلى تدخل هذا المركز لدى تعيين المحكمين وتطبيق نظامه.

---

[1]-الفقرة الرابعة من المادة 444، من قانون الإجراءات المدنية الجزائري سبقت الإشارة إليه.

[2] – henri fenaux revue algerienne des. Sciences juridiqes ecoromiques et potitiques 1968

[3]– المادة 459 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري سبقت الإشارة إليه

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتمد على نفس القاعدة التي وضعها القانون الفرنسي في التحكيم الداخلي.

فنجد القانون الجزائري يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه فإذا أحال شرط تحكيمي حسم النزاع إلى نقابة المحامين أو إلى غرفة التجارة.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فإن الموضوع متروك لسلطان الإرادة وبالتالي إذا أحال شرط تحكيمي النزاع إلى شخص معنوي فإن هذا الشخص المعنوي هو الذي يجب أن ينظر في النزاع ويصدر الحكم التحكيمي.

أما المشرع المصري في القانون رقم 27 لسنة 1994 نجده قد قرر هذين النوعين من التحكيم حيث أجاز الأطراف الاتفاق على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها[1]، كما أجاز لهم اختيار المحكمين ونظام عملهم وفقا لما حدده لهم الخصوم من قواعد[2].

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الصلح والتوفيق.

أدرج قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الباب الثالث طرقا بديلة عن القضاء هي الصلح والوساطة والتوفيق والتحكيم ولما كانت هذه الطرق البديلة تتقاسم فيما بينها كونها طرقا غير قضائية لحل النزاعات توجب علينا تمييزها وتبيينها عن التحكيم.

أولا: تمييز التحكيم عن الصلح.

الصلح هو عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه[3]، نلاحظ من هذا التعريف أن الصلح يقوم على أنه:

[1]– المادة 04 الفقرة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994، سبق الإشارة إليه.

[2]– المواد 15–17 من القانون 27 لسنة 1994.

[3]– المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

-يفترض وجود نزاع جدي بين المصالحين قائما كان أو محتملا.

-توافر نية حسم النزاع وإنهائه.

كأن يحسم جميع المسائل المتنازع عليها بين الطرفين وقد يتناول الصلح بعض المسائل المتنازع فيها فيحسمها ويترك الباقي للمحكمة تتولى هي البت فيها[1].

-نزول كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه.

كما أن الصلح يعتبر من العقود الرضائية الملزمة ولا يمكن إثباته إلا بالكتابة[2] ولا ينشئ حقوق جديدة إنما هو عقد كاشف لحقوق الطرفين التي كانت قائمة قبل إبرام اتفاق الصلح[3].

كما نستطيع القول أن هناك مواطن التقاء بين الصلح والتحكيم وهناك مواطن اختلاف منها:

مواطن الالتقاء:

- كليهما وسيلة لحسم النزاع.

- كليهما رضائي يستمد من إرادة الطرفين

- لا يمتدان إلى المنازعات التي تتعلق بالنظام العام[4].

مواطن الاختلاف.

-الصلح نظام اتفاقي خالص من بداية إلى نهاية الإجراءات.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس المجلد الثاني دار إحياء التراث العربي، بيروت العربي، بيروت لبنان، ص515.

[2]- المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية".

[3]- المادة 463 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

[4]-المادة 461 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

– التحكيم هو رضائي في أساسه فقط ولكن الحكم الذي يصدر عن المحكم أو المحكمين ملزم لطرفي النزاع.

–الصلح يكون أساسا بين طرفي النزاع.

–أما التحكيم فيتولاه طرف ثالث يقومان باختياره.

ثانيا: تمييز التحكيم عن التوفيق.

التوفيق هو اتفاق الأطراف عن محاولة إجراء تسوية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف ويقوم الموفق بتحديد مواضع النزاع ويقدم استراحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى منهم قبولا[1].

رغم أن التوفيق إجراء غير قضائي لتسوية النزاعات مثل التحكيم إلا أن تمثل إرادة الأطراف أهمية كبرى في وحسم حدوده، إلا أن التحكيم لا يبحث عن حل وسط أو توفيقي وهو إذا فعل وفشل المتحكم يتعين عليه مواصلة مهمته وإصدار حكم حاسم للنزاع.

أما المرفق فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف جريتهم في الالتجاء للقضاء، وهو مالا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم انتهى بحكم تحكيم فصل في موضوع النزاع[2].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

أضفى المشرع في كل من الجزائر وفرنسا ومصر الطابع القضائي على حكم التحكيم فإن الفقه قد تباينت أراؤه فقد ظهرت أربع نظريات بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم نذكر منها:

الفرع الأول: موقف الفقه والتشريع من الطبيعة القانونية للتحكيم.

سنحاول في هذا الفرع معرفة موقف الفقه والتشريع من الطبيعة القانونية للتحكيم وسنقسمه إلى جزئيين.

[1]– محمد مختار أحمد بربري التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص19.

[2]– فنشي كمال، رئيس غرفة بمجلس الدولة محاضرة بعنوان :" الوساطة، مجلة المحكمة العليا السابقة الذكر ص572.

أولا: موقف الفقه من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

إذا كان موقف التشريع في الجزائر وفرنسا ومصر على وفاق من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بجعلها تكتسي طابعا قضائيا فإن الفقه على خلاف ذلك فقد تباينت الموافق الفقهية وظهرت عدة نظريات بهذا الشأن.

أ-النظرية العقدية:

تقوم هذه النظرية على أساس أن التحكيم تغلب عليه الصفة التعاقدية لأنه ليس المهم من وجهة نظر هذا الاتجاه الأولوية لمهمة المحكم وإنما الأولى أنا ننظر إلى من أولاه وخوله هذه المهتمة ومن الذي اختار شخص أو أشخاص المحكمين ويدفع أتعابهم ويحدد لهم القانون الذي يحسمون النزاع وفقا لنصوصه.

إن أطراف الاتفاق هم الذين يتولون ذلك كله والدولة تقف عند دور الدولة الحارسة تسهر على منع المساس بالنظام العام أما باقي الإجراءات وحتى صدور الحكم فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدرونه من أحكام وحتى ولو تم الالتجاء للقضاء فلا يعدو الأمر أن يكون مشابها لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء ولا ينازع أحد في الطبيعة العقدية لعقد الصلح في مثل هذه الحالات[1].

ب- النظرية القضائية:

إن أنصار النظرية القضائية يرون أن التحكيم ذو طبيعة قضائية وليست اتفاقية أو تعاقدية لأن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات مثله في ذلك كمثل اعتراف القانون الداخلي بالأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي إلا أن

[1]- محمود مختار أحمد بربري: التحكيم الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة، ص8.

الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين[1].

ج-النظرية المستقلة:

يعتبر أنصار هذه النظرية أن التحكيم وسيلة مستقلة وقائمة بذاتها من وسائل حل المنازعات فالتحكيم من جهة يجب النظر إليه نظرة مستقلة دون ربطه بفكرة العقد أو بالحكم القضائي وإنما ينظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم ألا وهو السعي إلى تحقيق العدالة على أسس تختلف عن التي يقوم عليها الحكم القضائي[2] ومن جهة أخرى كان التحكيم أسبق في ظهوره تاريخيا على القضاء كما أبطل أصحاب هذه النظرية (المستقلة) النظرية العقدية بحجة أن اتفاق التحكيم ليس هو جوهر التحكيم واستدلوا على ذلك بأن القانون ينظم بالإضافة إلى التحكيم العادي الذي يلجأ إليها أطراف النزاع باختيارهم نوعا من التحكيم الإجباري في بعض المنازعات[3]، صنف إلى ذلك أن المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن اختيار المحكمين لا يتم دائما بواسطة أطراف النزاع فقد تعينهم المحكمة المختصة وفق إجراءات معينة.

د-النظرية المختلطة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم يشمل مراكز وسط بين التعاقد والقضاء، فالتحكيم عملية قانونية مركبة فالاتفاق بين أطراف المنازعة على جلها بواسطة التحكيم له طبيعة عقدية أما الحكم الصادر عن المحكمين فإن له طبيعة قضائية[4].

---

[1]- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له مطبعة جامعة القاهرة دار النهضة العربية طبعة 1986، ص41.

[2]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة دار الفكر العربي طبعة 1981، ص22.

[3]- القرار رقم 75-44 الصادر في 1975/05/17 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 1975/07/04 الذي مد نطاق البرامية التحكيم إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تمتلك أكثرية رأسمالها.

[4]- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية سبقت الإشارة إليه، ص28.

إلا أن هذه النظرية وجهت لها الكثير من الانتقاد على أساس أنه من الصعب التسليم بعدم منطقية أن يكون للشيء طبيعتان مختلفتان فهو إما أن يكون ذا طبيعة تعاقدية أو ذا طبيعة قضائية[1].

إلا أن من الجلي أن هذه النظرية هي الأكثر توضيحا للتحكيم لأن العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها نجدها تبدأ باتفاق وفي آخرها قضاء وهذا الاتجاه هو الذي تبناه المشرع الجزائري في النصوص القانونية التي نظمت التحكيم، وكذلك الحال بالنسبة للمشرعين الفرنسي والمصري ومعظم أحكام القضاء وآراء الفقه في البلدين محل المقارنة.

ثانيا: موقف التشريع من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

إن المشرع في كل من الجزائر وفرنسا ومصر أضفى الطابع القضائي على التحكيم.

فنبدأ بالمشرع الفرنسي أنه في مرسوم 13 يناير 2011 قد أطلق في الكتاب الرابع في الفصل المتعلق بالهيئة التحكيمية وصف المحكمة التحكيمية على هيئة التحكيم، وأطلق عليها أيضا الدعوى التحكيمية واستعمل أيضا في مادة أخرى الطعن بالبطلان على القرار التحكيمي ووظف مادة أخرى الطعن بطريق اعتراض الغير وهذه الألفاظ والعبارات نجدها في المواد 1451/11-1480-1491/1-1501 على التوالي[2].

كما نجد المشرع المصري هو الآخر في القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم يستعمل العديد من المصطلحات القضائية حيث يصف القرار الصادر عن المحكمين بحكم التحكيم وألزم هيئة التحكيم باحترام الحق في الدفاع وقضي بعدم تنفيذ الحكم الصادر عنها إلا بعد الحصول على أمر تنفيذ من رئيس المحكمة المختصة أصلا بالنزاع، يختص رئيس

[1]- جوري شفيق ساري التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية دار النهضة العربية طبعة 1999-ص44.

[2]- المواد، 1451/1-1480-1491/1-1501 من المرسوم رقم 2011-48 المؤرخ في 2011/01/13.

المحكمة المشار إليها في المادة 09[1] من هذا القانون أو من يندبه من قضائيا بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين..."[2].

وأجاز المشرع المصري رفع دعوى البطلان الخاص بحكم التحكيم أمام محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بالنزاع فيما يختص بالتحكيم الداخلي.

أما المشرع الجزائري فقد أفضى هو بدوره الطابع القضائي على حكم التحكيم حيث أسند مهمة تعيين المحكم أو المحكمين إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وذلك حتى اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكومين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة لذلك ويصرح بلا وجه للتعيين[3].

كما أجاز المشرع الجزائري في حكم التحكيم بطريقة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي[4].

---

[1]– المادة 09 من قانون 27 لسنة 1994 "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يجليها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا نظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".

[2]– المادة 56 من القانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم السابق الذكر.

[3]– المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

[4]– المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

الفرع الثاني: معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم.

إذا عرفنا بأن التشريعات الثلاث قد قررت معيارا عاما يتم من خلاله قبول المنازعة للتحكيم، وعلى ضوء هذا المعيار هو كل منازعة تتعلق بحقوق مالية وتقبل الصلح والتصرف ويجوز اللجوء فيها إلى التحكيم.

-دعاوى التعويض عن الضرر الناجم عن أشطة الإدارة القانونية والمادية.

- المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

- المنازعات المتعلقة بالتسويات المالكية الخاصة بالموظفين العموميين.

- الدعوى التي يرفعها الممول الخاضع للضريبة ضد تقدير الإدارة لمقدار الضريبة المستحقة عليه.

وبالتالي فإن التحكيم جائز في كل منازعة إدارية يتوافر فيها المعيار العام المتمثل في وجود حقوق مالية تقبل الصلح أما المنازعات الإدارية التي يتخلف عنها هذا المعيار فتخرج عن نطاق التحكيم كتلك المتعلقة بمشروعية الأعمال الإدارية.

نستطيع القول أن التحكيم كمبدأ عام حسب مقتضى المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا تقبل التصرف[1] ومن ثم نقرر أن التحكيم لا يجوز في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي ويجوز اللجوء إليه في المنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي أو تلك التي تقوم على حماية حق مالي ما يقبل الصلح والتنازل وذلك حتى ولو نشأت هذه الحقوق عن روابط قانونية تتعلق بالنظام العام وتوجد قواعد قانونية آمرة تنظمها وتقتضي المادة للأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 في مصر الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية سريان هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي

[1]- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر.

يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصري، كما تقرر المادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصري عدم جواز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ومن ناحية أخرى عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وبناءا عليه فإن المادة 5515 من القانون المدني المصري أجازت الصلح في المنازعات التي تنشأ عن الروابط القانونية ماعدا التي تتعلق بالنظام العام[1].

ويجيز المشرع الفرنسي في المادة 2059 من التقنين الفرنسي على جواز اللجوء للتحكيم في الحقوق التي تقبل التصرف وتقرر المادة 2060 من التقنين الفرنسي عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والطلاق والانفصال الجسماني بالإضافة التي تتعلق بالإدارة العامة وبوجه عام المسائل المتعلقة بالنظام العام.

نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية..."[2].

كما نصت المادة 1006 على أنه "لا يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"[3].

ومنه نستنتج.

أ-أبقى قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم.

[1]- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص174-175.

[2]- المادتان 2059-2060 من التقنين الفرنسي السابق الذكر.

[3]- المواد 800، 975، 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائر السالف الذكر.

ب–صار بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات، الولايات أي تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد يتعلق بالصفقات العمومية وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي.

ج–المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية.

د–كل ما يتعلق بالنظام العام غير قابلة للتحكيم.

1–تنافي الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم.

عرف المشرع الجزائري أو بعبارة أصح استعمل المشرع الجزائري مصطلحات من بينها "الطعن بالبطلان" في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق في المواد: الفقرة الأولى من المادة السابعة والفقرة الأولى من المادة 274 كما استعمل مصطلح طلبات إلغاء القرارات في الفقرة الأولى من المادة 231 من نفس القانون.

واستعمل مصطلح الطعن بالإلغاء في المادة 09 من القانون العضوي 98–01 المتعلق بمجلس الدولة وفي القانون 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليه من قبل واستعمل المشرع مصطلح دعوى إلغاء القرارات الإدارية في المادتين 801، 901 وهو مصطلح غير دقيق إذ يفهم منه أن المشرع لم يميز بين دعوى الإلغاء ودعوى تجاوز السلطة ذلك أن دعوى الإلغاء أوسع بحيث تشمل طلبات إلغاء القرارات الإدارية بالإضافة إلى طلبات إلغاء العقود الإدارية وبالمقابل تقتصر دعوى تجاوز السلطة على القرارات الإدارية فقط وعليه فإن دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية إدارية تسمح للمدعى بالمطالبة بإلغاء قرار إداري غير قانوني وتمكن القاضي من فحص مشروعية والحكم بإلغاءه.

دعوى الإلغاء تسمح للمدعى بالمطالبة بإلغاء قرار إداري غير قانوني ولا يمكن الطعن في مشروعية عقد إداري عن طريق دعوى الإلغاء بل يتعين اللجوء إلى القاضي المختص بالعقود الإدارية (القضاء الكامل) للمطالبة بإلغاءه وقد استقرت المحكمة العليا على تقرير

اختصاص قاضي الإلغاء بنظر النزاعات المتعلقة بإبطال عقود البيع الخاصة بالتنازل عن أملاك الدولة لتأسيس موضوع الدعوى على قرار الرافض الصادر عن الوالي.

دعوى الإلغاء تمكن القاضي من فحص مشروعية القرار الإداري والحكم عليه بالإلغاء لأنها دعوى من نزاعات قضاء المشروعية وهي موضوعية فهي وسيلة حماية فعالة في يد الفرد باتجاه الإدارة[1].

وهي دعوى من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على عدم رفعها ولا التنازل عنها أو سحبها ولا الصلح كما هو الحال في دعوى القضاء الكامل يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل[2].

وتختلف دعوى لإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث طبيعة الدعوى، فإن دعوى الإلغاء تندرج ضمن القضاء العيني أو الموضوعي وهي دعوى مناطقها اختصام القرار الإداري في ذاته لتحديد مشروعيته أما موضوع القضاء الكامل فهي خصومة يقيمها أحد الأفراد ضد الإدارة يطالب الحكم بتقرير حق شخصي له قامت الإدارة بالاعتداء عليه مما يستوجب التعويض[3].

وتختلف الدعويان من حيث سلطات القاضي، فالقاضي في دعوى الإلغاء يقوم بفحص مشروعية القرار والحكم عليه بالإلغاء إذا كان مشوبا بأحد عيوب المشروعية، أما في دعوى القضاء الكامل فسلطة القاضي أوسع حيث تتفق مع طبيعة النزاع فيقوم بتقدير المركز القانوني لرافع الدعوى وتجديد مداه ثم يلزم المدعي عليه بالرد أو التنفيذ.

يتضح مما سبق أن دعوى الإلغاء توجه ضد القرار الإداري المشوب بأخذ العيوب وعليه فهي لا توجه ضد العقود الإدارية لأنها تنتهي بطبيعتها إلى دعوى القضاء الكامل لارتباطها بالحقوق المكتسبة للأطراف إذ تكفل دعوى القضاء الكامل حماية هذه الحقوق والإجبار على تنفيذ الالتزامات حتى وإن تطلب ذلك تنفيذ العقد.

---

[1] – GILLES Bretom.op.cit.p129.

[2] – المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر.

[3] – محمود أبو السعود حبيب، القضاء الإداري، دار النشر طبعة 2004، ص199.

2- تناقض الطبيعة الاتفاقية للتحكيم مع طبيعة دعوى الإلغاء.

كما هو معلوم أن دعوى الإلغاء تتعلق بالنظام العام في حين التحكيم يعتبر أسلوبا من أساليب حل أم حسم المنازعات حيث يقوم على تراضي أطراف المنازعة على عرضها على محكم يقبلوا حكمه وعليه فإن الطبيعة القانونية لمنازعات مشروعة القرار الإداري تتنافى مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، فيستند التحكيم إذن على أساس اتفاقي مما يجعله يتناقص مع طبيعة دعوى الإلغاء فدستور الجزائر لسنة 1996 كرس مبدأ الازدواجية القضائية على رأسها مجلس الدولة حيث نجد ذلك في نص المادة 152 من نفس الدستور بالإضافة إلى ذلك نجد القانون 98-01 المؤرخ في 05 مايو 1598 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعليه.

وكذا القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية.

بالنتيجة فإن اختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بالمنازعات المتعلقة بمشروعية الأعمال الإدارية في إطار دعوى الإلغاء يستند في الجزائر إلى مبدأ دستوري لا يجوز لأحد الخروج عنه لأنه من النظام العام.

ومن ثم لا يجوز استبعاد دعاوى الإلغاء الخاص بالقرارات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري وإخضاعها لنظام التحكيم.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي أضفى قيمة دستورية على القواعد المحددة لاختصاص مجلس الدولة ينظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية تأسيسا على أن مسائل المشروعية يجب أن يقتصر النظر بمنازعاتها القضاء الإداري وحده وبما يمنح بالتالي من تعديل قواعد لهذا الاختصاص إجراء نص تشريعي تدنو أدانه كما يلزم لتعديل مبدأ دستوري.

ويتفق الفقه الفرنسي مع اتجاه المجلس الدستوري بأن منازعات المشروعية تخرج عن نطاق القابلية للتحكيم[1].

[1] -apsotolos patrikios . l'arbitrage en matiere adminstratire op.cit p28.

والدستور المصري على عكس اتجاه المجلس الدستوري الفرنسي في المادة 167 منه بعد أن تحدث عن السلطة القضائية ووظائفها بصفة عامة فقد فوض المشرع تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وهذا ما سمح له بإخراج طوائف معينة من المنازعات الإدارية من نطاق لولاية العامة وإخضاعها لولاية محكمة أخرى أو على العكس من ذلك يعهد إلى القاضي الإداري بمنازعات تخضع بحسب الأصل لاختصاص محكمة أخرى وعليه فلا يمكن إخضاع مثل هذه المنازعات لولاية هيئة التحكيم لاعتباره نوعا من القضاء الخاص وليس من المحاكم التابعة لقضاء الدولة التي تقتضي صدور أحكامها للمصلحة العامة[1].

وأوضحت المحكمة الدستورية المصرية الطبيعية الرضائية والاتفاقية للتحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 17 من ديسمبر 1994 ومع أن المحكمة لم تقرر بعبارة صريحة أن نظام التحكيم يتنافى مع طبيعة قضاء المشروعية إلا أن الطبيعة الرضائية والاتفاقية للتحكيم على الوجه الذي حددته المحكمة تتناقض مع طبيعة دعوى الإلغاء وغيرها من الدعاوى ذات الطابع الموضوعي التي تتعلق بمشروعية الأعمال الإدارية[2].

بقي أن تعرف مسألة إذا ما عرضت أمام هيئة التحكيم منازعة تتعلق بتعويض مترتبة على قرار إداري غير مشروع وأثيرت خلال إجراءاته مسألة مشروعية القرار الإداري كمسألة أولية والتي تخرج بهذه المثابة عن ولايتها فنجد في التحكيم الداخلي ما يلي:

ففي التحكيم الداخلي إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي يجعل المحكمين الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويتوقف سير التحكيم ليستأنف سريان أخله من تاريخ الحكم في المسألة العارضة[3].

أما في مصر إذا كان الفصل في المسألة الأولية ليس لازما للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم جاز هنا لهيئة التحكيم أن تستمر في نظره.

---

[1]– يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية مرجع سابق، ص190.

[2]– نفس المرجع، ص151.

[3]–الفقرة 02 من المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر.

ولتجنب استطالة أم الفصل في خصومة التحكيم في حال انتظار الفصل في مسألة الأولية من قاضيها وحتى لا يفقد نظام التحكيم لأهم مزاياه والمتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات فإن هناك احتمالين.

1-إما الإبقاء على نظام الإحالة إلى القضاء المختص بالفصل في المسألة الأولية.

2-إما إعطاء المحكم قدر من السلطة ليدير مشروعية القرار الإداري العارض كمسألة أولية.

ومن هنا نقول إن الطابع الرضائي الإتفاقي لنظام التحكيم لا يمكن أن يتلاءم مع طبيعة دعوى الإلغاء ولا مع قضاء المشروعية بوجه عام لأن هذا الأخير يهدف إلى حماية المشروعية في ذاتها ولا يتعلق بإرادة الأفراد والمنازعة تكون موجهة إلى العمل الإداري ذاته وتدخل في اختصاص القضاء الإداري وحده لأن هذا الاختصاص يعتبر من النظام العام.

المطلب الثالث: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن والقانون الجزائري.

إذا كان التحكيم في الدول عامة وعلى وجه الخصوص الدول النامية قد واجه بعض المشاكل والتحفظات خاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية فإنه في نطاق العقود الإدارية واجه تصلب القضاء الإداري بسبب مزاحمته في اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية هذا وقد مرت فكرة التحكيم في مجال العقود الإداري في الجزائر بمراحل عديدة ولكن قبل أن نتطرق إلى هذا الأمر سوف نستعرض فكرة التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا ومصر ثم الجزائر.

الفرع الأول: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي.

ماعدا الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية فإن القضاء والفقه الفرنسيين قد كشفا عن اتجاه ذهب إلى عدم جواز التحكيم لحسم نوع معين من أنواع هذه المنازعات، كما اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن حظر التحكيم في منازعات الأشخاص القانونية العامة يعتبر بمثابة مبدأ من

المبادئ القانونية العامة التي تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية التي تلتزم بها الجهات الإدارية في الأعمال الصادرة عنها[1] ولكن سرعان ما تطور الأمر إلى إجازة اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإداري وعليه فإنه تقرر كما يلي:

أ-مبدأ حظر لجوء الأشخاص القانونية العامة إلى التحكيم في فرنسا إن المشرع الفرنسي سواء في قانون الإجراءات المدنية القديم أو في القانون المدني قد وضع الأساس القانوني لمبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم.

فقد كان للثورة الفرنسية تأثيرا كبيرا على التحكيم إذ عززت مكانته كثيرا، لأنها كانت تنظر إليه كوسيلة لفض النزاعات حيث يباشرها الأطراف بدون تدخل من الدولة إلى أن جاء مرحلة تاريخية عملت على التضييق الكثير من الحريات التي أجازتها الثورة الفرنسية.

فقام المشرع الفرنسي بوضع المبدأ المتمثل في عدم جواز الاتفاق على التحكيم من قبل أشخاص القانون العام لحل المنازعات الإدارية وبذلك أصبح التشريع الفرنسي أكثر القوانين تشددا وهو مصدر الوحي للقوانين التي تقيد حرية الدولة والأشخاص المعنوية العامة في عدم اللجوء إلى التحكيم[2].

وتتمثل هذه النصوص التشريعية التي تقيد حرية الدولة والأشخاص العامة في عدم اللجوء إلى التحكيم في المواد 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والمادة 2060 من القانون المدني الجديد فالمادة 1004 تنص على عدم جواز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة، وهي المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو الولاية أو المؤسسات العامة.

ثم حدث تعديل للقانون الفرنسي في عام 1972 وأصبحت المادة 1004 هي المادة 2060 والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن الحالة أو

[1]- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة ص82 سابق الذكر.

[2]- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص94.

الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق، والانفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام"[1].

ويجمع الفقه الفرنسي أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، فإنه لا يجوز لها أن تسلك هذا الطريق لفظ المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها[2].

2-أما فيما يخص موقف القضاء الفرنسي فإننا نجد أن مجلس الدولة والقضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض طبقوا قانون الإجراءات المدني القديم والقانون المدني من حظر الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا أن القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض قصر نطاق الحظر على المنازعات الناشئة عن معاملات هذه الأشخاص في المجال الداخلي[3].

وفي قضية SAN-CARLO انتهت محكمة AIX-EN-PAVENCE إلى أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص القانونية العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم ينطبق بدون جدل أو نقاش على العقود المتعلقة بالنظام العام الداخلي وهو الاتجاه الذي قيدته محكمة النقض الفرنسية[4].

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة الفرنسي فقد اتخذ موقفا متشددا من التحكيم في العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية فالقاعدة العامة عنده هو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة حيث استقر قضاؤه منذ القرن التاسع عشر على بطلان اللجوء لأشخاص القانون العام في علاقاتهم التعاقدية ومن هذه الأحكام حكمه الصادر في

[1]- منير عباسي.مرجع سابق، ص34.

[2]- مراد محمود المواحدة، مرجع سابق، ص95.

[3]- محمود عاطف البناء مرجع سابق، ص362.

[4]- وليد عباس، مرجع سابق، الإسكندرية ص147.

1881/12/23 والذي قرر ببطلان اتفاق التحكيم لكونه صدر عن شخص غير مؤهل لإبرام هذا الاتفاق استنادا للمادتين 83-1004 من قانون الإجراءات المدنية[1].

وعليه يمكن القول بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي حول مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية، هناك تباين ظاهر في المواقف بين مجلس الدولة الفرنسي والقضاء العادي باعتبار هذا الأخير أنه حظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود التي تبرمها في المجال الداخلي، أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز للدولة والأشخاص العامة، فلا يقتصر الحظر على العقود التي تبرمها على المجال الداخلي بل تجاوز ذلك الحظر على العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية والتي يطلق عليها العقود الإدارية الدولية.

ب-جوازيه اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي إذا كان المشرع والقضاء الفرنسيين قد شيدا قاعدة قوامها عدم مشروعية لجوء الدولة والأشخاص العامة إلى التحكيم إلا أن المشرع تدخل فيها بعد بمقتضى نصوص قانونية لمواجهة بعض الصعوبات القانونية والعملية التي نتجت عن التجربة العملية لهذه القاعدة في حالات معينة والتي يطلق عليها بالاستثناءات التشريعية على مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم[2].

لقد صدر القانون في 17 أفريل لسنة 1906 وجاء هذا النص في المادة 69 منه على جواز التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد (هذا النص يقابل نص المادة 132 من قانون الأشغال العامة الجديد) وكان السبب في إصدار هذا القانون هو مواجهة المشكلات المالية التي نتجت عن المعرض العالمي الذي أقيم عام 1900 والمشكلات الناتجة عن العقود التي أبرمتها شركة Cheminche fev [3]، وقد أدرج المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بمقتضي قانون الصفقات العمومية الجديد code desmerclus publi في المواد 132، 361، 247 وقد تطلب المشرع اللجوء إلى التحكيم

[1]- محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري جامعة محمد بوضياف بالمسلة، 2015، ص11.

[2]- محمد سعيد حسن أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2007، ص42.

[3]- شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، ص301-302.

بالنسبة للدولة ضرورة صدور المرسوم بذلك من مجلس الوزراء مصدقا عليه من الوزير المختص ووزير المالية أما التحكيم الخاص بعقود المديريات deqartements فيجب أن يناقش مجلس المديريات التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص أما بالنسبة لعقود البلديات فيجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة[1].

ج-لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم.

نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على إثر التعديل الذي طرأ عليه بموجب القانون (596-1976) "ومع ذلك يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب مرسوم باللجوء للتحكيم" غير أن نطاق هذا النص لم يشمل جميع المؤسسات الصناعية والتجارية نتيجة لعدم صدور أي رخصة تجيز التحكيم لهذا المؤسسات باستثناء البعض منها[2].

وقد عمل المشرع على استثناء بعض المؤسسات من نطاق الخطر حرصا منه على تمكين هذه المؤسسات من أداء دورها وفق نص الفقرة الثانية المضافة إلى المادة 2060 على جواز لجوء هذه المؤسسات إلى التحكيم وذلك بموجب مشارطة التحكيم وليس شرط التحكيم[3].

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المصري.

إن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية في مصر مر بعدة مراحل وكان المنعرج فيها صدور قانون رقم 27 لسنة 1994 فسنتعرض المراحل قبل القانون وخلاله وبعده.

---

[1]- دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الBOT ،ص275.

http// ;slcont.ac.ge/papers/ ni/doib/lonusin. Pdf.275.

[2]- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص16.

[3]- محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مقال مجلة علوم الشريعة والقانون مجلد 34، العدد2، 2007.

1-مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994.

لقد تميزت هذه المرحلة بصمت المشرع المصري عن تقرير جواز أو عدم جواز حسم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية عن طريق التحكيم، حيث لم يتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1986 بين طياته نص صريح يجيز أو يمنع التحكيم في هذه المنازعات وإزاء هذا الوضع فقد اختلف الفقه وتباين موقف القضاء حول مدى تصمين العقود الإدارية شرط التحكيم[1].

أ-موقف الفقه من إجازة التحكيم المتعلق بحل منازعات العقود الإدارية الداخلية.

اتخذ الفقه موقف حول إجازة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية في حالة حدوث نزاع مبني على حج وأسانيد إلا أنه هناك جانب آخر من الفقه يعارض ذلك تماما وهذا كما هو مبين كالتالي.

*الفقه المؤيد.

أيد جانب من الفقه في مصر قبل صدور القانون المنظم للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 جواز الاتفاق على تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم وفقا للقواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك.

-عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية.

-نصت المادة 501 من قانون المرافعات على عدم جواز التحكيم لا يجوز الصلح أي ساوى بين الصلح والتحكيم وعليه اعتبر التحكيم كالصلح لا يشكل مساس باختصاص المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع[2].

[1]- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص178.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية دار الفكر العربي، ط1، 2006، ص78.

-الاتفاقيات التي انضمت إليها مصر والتي تجيز التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين يضيف بعض الفقه هذه الحجة، ويرون أنه إذا كان لا يجوز تضمين عقود الدولة الداخلية شرط التحكيم فإن التحكيم الدولي لا مانع من تضمين العقود شرط التحكيم بضوابطه التي تحقق الدولة لحقوقها بصورة مرضية، في المسائل الاقتصادية والاجتماعية[1].

إلا أن هذه الفقه واجه كثير من الانتقاد منها نص المادة 501 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13-67 للقول بحسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم أمر يتجاوز حدود في هذا النص.

-رأي الفقه المعارض.

استند هذا الرأي بعد مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم في بعض الحجج لتدعيم وجهة نظر تتمثل في اعتداء التحكيم على اختصاص القضاء الإداري وفق المنظور التالي.

-اعتداء التحكيم على اختصاص القضاء الإداري وذلك استنادا إلى نص المادة 105 من قانون مجلس الدولة لتأييد وجهة نظرهم في فقرتها 11 من قانون رقم 67 سنة 1972 والتي نصت على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر.

وفي هذا النص قصر لتسوية منازعات العقود الإدارية على القضاء الإداري دون سواه من وسائل المنازعات الإدارية ومنها التحكيم[2].

-تعارض التحكيم مع النظام العام على اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود

[1]- محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص368.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص73.

الإدارية بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، ومن ثمة فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع[1].

ب- جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية من طرف القضاء المصري وموقفه منه أثناء هذه المرحلة.

نجد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حيث قررت أن التحكيم هو اتفاق على عرض نزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم...

وقررت بأن التحكيم يقوم على أساسين وهما إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة[2].

إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم منازعات العقود الإدارية التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها سواء المدنية أو الإدارية فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعرض مع طبيعة الروابط الإدارية.

وفي هذه الفتوى رأت الجمعية العمومية أن المشرع بنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والذي قضى باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالنظر في منازعات العقود الإدارية، ولكنه لم يذكر في الوقت ذاته حق الأطراف في عرض هذه المنازعات على هيئة التحكيم[3].

أما فيما يخص موقف مجلس الدولة المصري فإننا نجد، فبالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن جهة القضاء الإداري ملمس بوضوح عدم استقرار هذا القضاء وتقلبه بين إجازة ومنع في هذه المرحلة التي سبقت قانون رقم 27 لسنة 1994.

---

[1]- نفس المصدر، ص74-75.

[2]- شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص314.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص106-107.

لذلك نجد حكم محكمة القضاء الإداري في 20 يناير 1991 المتعلق بالعقد المبرم بين دزارة الإسكان والتعمير وإتحاد المقاولين العرب والشركة الإنجليزية لإنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي وتضمن العقد شرط التحكيم وبعد التنفيذ والتسليم النهائي تم رفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري وفي حكمها رفضت الدفع بعدم اختصاصها ولائيا بالنظر في الدعوى لوجود ذلك الشرط الخاص بالتحكيم والدفع بعدم قبول الدعوى لوجود ذلك الشرط وقضت باختصاصها بالدعوى وبطلان شرط التحكيم[1].

فموقف القضاء في هذه الحالة يمنع اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ويتم إسناد مهمة الفصل فيها إلى محاكم مجلس الدولة، إلا أننا نجد أنها اتخذت منحى آخر في حكمها الصادر في 18 يناير 1994 حيث أجازت اللجوء إلى التحكيم بشأن هذه المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وعليه يمكن القول في هذا الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا سنة 1994 بأنه موقف القضاء في هذا الحكم أجازت اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

ثانيا: مرحلة صدور القانون رقم 27 لسنة 1994.

بعد الخلاف الفقهي والقضائي حول تسوية منازعات العقود الإدارية بالتحكيم صدر قانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

أ-نص قانون رقم 27 لسنة 1994 على إمكانية اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة إلا أنه ثار جدل ما بين الفقهاء حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية بموجب هذا القانون فهناك مواقف بهذا الصدد.

-استجابة للمعطيات الحديثة ونتيجة لنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية كوسيلة لحل المنازعات، أصدر المشرع المصري القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق

[1]- محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص366.

بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، والذي نص في المادة الثالثة منه على إلغاء المواد (501-513) لسنة 1968 كما ألغى كل حكم مخالف لأحكام هذا القانون[1].

كما نص في المادة الأولى منه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان التحكيم تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون[2].

وعليه يمكن القول من خلال نص المادة (01) من القانون 27 لسنة 1994 أنه يمكن للدولة أو أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بالأخص في العقود الإدارية سواء كان التحكيم يجري في مصر أو كان التحكيم تجاريا دوليا.

-ثار خلاف فقهي وقضائي حول تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإدارية الداخلية عن طريق التحكيم فهناك من يؤيد البعض الآخر عارض، فقد ظل جانب من الفقهاء يقول بعدم مشروعية الاتفاق رغم صدور القانون رقم 27 لسنة 1994 وهو ما قالت به فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة 18 ديسمبر لسنة 1996 وذلك على أساس عدم وجود نص صريح في قانون التحكيم المشار إليها أو أي قانون آخر على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية[3].

واستند هذا الرأي في رفضه إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى نص المادة 172 من الدستور فيما نصت عليه من أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

---

[1]- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص37.

[2]- المادة 02 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي نشر في الجريدة الرسمية العدد 16 بتاريخ 12 أفريل 1994.

[3]- محمود عاطف البناء مرجع سابق، ص39.

وانتهى هذا الرأي إلى أن قابلية منازعات العقود الإدارية للتحكيم تقف أمامها صعوبات لاستهان بها، حيث أن نص المادة (01) من القانون 27 لسنة 1994 والمناقشات التي دارت حولها في المجلس الشعبي وما أوردته المذكرة الإيضاحية لا يقطع برأي نهائي في مسألة التحكيم في العقود[1].

ولكن ذهب جمهور من الفقهاء إلى القول بمشروعية التحكيم في العقود الإدارية وقد بوروا موقفهم إلى نص المادة (01) من القانون 27 لسنة 1994 لم يتطرق إلى نوع معين من العقود وبالتالي فإن هذا النص يسري على جميع العقود بغض النظر عن كونها تخضع للقانون الخاص أو القانون العام[2].

واستندوا في ذلك على الحجج التالية:

*القاعدة الأصولية تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص وأن لا اجتهاد مع وضوح النص وحسب ما إستقرؤوه من نص المادة (01) فإنه يجوز التحكيم في منازعات العقود الإدارية على اعتبار أن هذه المنازعات من المسائل التي تقبل الصلح والتصرف فيها[3].

*كما تم تأييد ذلك في العديد من الآراء والفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في 17 ماي 1989.

ثالثا: مرحلة صدور القانون رقم 09 لسنة 1997.

تم تعديل القانون رقم 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 09 لسنة 1997، فبصدور هذا القانون، والذي نص صراحة على إخضاع منازعات العقود الإدارية للتحكيم بصفة خاصة وصدور هذا القانون نتيجة الخلاف الفقهي الذي أثارته المادة (01) من القانون رقم 27

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص91-92.

[2]– محمد بن عمر، مرجع سابق، ص39.

[3]– وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص192.

لسنة 1994 لذلك وجب توضيح موقفي كل من المشرع المصري والجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع.

***موقف المشرع المصري:**

أصدر المشرع المصري القانون رقم 09 لسنة 1997 بتعديل قانون التحكيم حيث أضافت نص المادة الأولى من القانون رقم 09 لسنة 1997 فقرة ثانية نصت على أنه :"وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفريق في ذلك، ونصت المادة الثانية من القانون الجديد على أن يعمل به من تاريخ نشره[1].

وبذلك يكون القانون المصري قد أجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية بتوافر الشروط.

-أن ينص العقد صراحة على حل النزاعات التي تنشأ بين الطرفين عن طريق التحكيم.

-موافقة الوزير المختص بتفويض اختصاصه بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية[2].

***موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.**

وفقا لنص المادة 58 من القرار بالقانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة فإنه يتعين على الوزارات ومصالح الدولة وهيئاتها العامة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قبل إبرام أو إجازة أو تنفيذ قرار المحكمين في عقد إداري ما زادت قيمته على خمسة آلاف جنية حيث يتعين استغناء الإدارة المختصة قبل الإقدام على ذلك.

[1]- محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص371.

[2]- محمود المواجدة، مرجع سابق، ص120.

على الرغم من الأخذ برأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الشأن حول اتفاق التحكيم، إلا أن رأيها استشاري يمكن للإدارة مخالفته[1].

الفرع الثالث: التحكيم في القانون الجزائري.

عن القانون الذي كان يرعى التحكيم في الجزائر هو قانون الإجراءات المدني[2]، الذي يتضمن فصلا عن التحكيم، وكان متأثرا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي لم يكن على وفاق مع التحكيم، وكان يحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم ولكنه لم يسن قاعدة حصر التحكيم في الحقل التجاري كما قضى القانون الفرنسي بذلك بل أجازه في الحقل المدني أيضا[3].

ولكن المشرع الجزائري وجد أن التحكيم الداخلي يختلف عن التحكيم الدولي وأنه لا بد من أحكام قانونية ترعى التحكيم الدولي.

1-التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل الأمر رقم 66-154 للحديث عن مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في هذه الفترة نميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ولكن ما يهمنا نحن هو التحكيم الداخلي.

في قانون التحكيم الداخلي فقد نص القانون السابق على أن كل شخص يستطيع أن يحيل للتحكيم الحقوق التي يملك حرية التصرف فيها، معتبرا أن التوقيع عند التحكيم يحتاج إلى أهلية التصرف في الحقوق وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق مما يدل أن المشرع الجزائري كان يعتبر التحكيم طريقا استثنائي للقاضي.

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فليست لهم الأهلية للذهاب إلى التحكيم وهو نفس المبدأ المطبق في فرنسا حينها، وتوجد في الجزائر المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، فكانت هذه الأخيرة وحدها خاضعة

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص106.

[2]- الصادر: بالأمر رقم (66-154) المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن ق.إ.م

[3]- المادة 442 من ق. إ.م، السابق.

للتحكيم الإلزامي بينما المؤسسات العامة ذات الصيغة الإدارية ليست لها الأهلية في التحكيم، لكن هذه القاعدة التي تخطر على المصالح الحكومية اللجوء إلى التحكيم كانت مطبقة في التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي.

فعلى المستوى الوطني صدرت عدة قوانين استثمار تباعا تعترف بالتحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الدولية إذا نص عليها العقد أو اتفاقية دولية، وكذا انضمام الجزائر إلى عدة اتفاقيات منها اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية منذ سنة 1989.

ومع هذه الخطوات من جانب الدولة الجزائرية في اتجاه الاعتراف بالتحكيم إلا أن الموضوع المهم والمتعلق بأهلية أشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية لا يزال شأنه شأن الموقف الفرنسي من المسألة بطيئا وغامضا، فالدولة الجزائرية رغم احتفاظها بالسيادة على الثروات الطبيعية بما في ذلك الدومين العام للمحروقات، فقد نصت المادة 32 المعدلة من قانون المحروقات لسنة 2005، على أن تتضمن عقود البحث والاستغلال " وجوبا نبدأ يسمح بمشاركة سوناطراك بنسبة لا تقل عن 51% قبل كل مناقصة في هذه (العقود، وهذا ما أكدته نفس المادة في فقرتها الثالثة، إذا كانت سوناطراك هي المتعاقد الوحيد فإن النزاع سيوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات[1].

ثانيا: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008.

بعد التردد الذي وقع فيه المشرع الجزائري بخصوص التحكيم في منازعات العقود الإدارية طيلة الفترة التي سبقت تشريع 25 فيفري2008، فإن المشرع قد خرج عن هذا التردد حيث نصت المادة 975 من قانون التحكيم الجديد على أنه "يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، والأشخاص المذكورة في المادة 800

[1]– استعمال اصطلاح التحكيم هنا في غير محله، إذ لا يتعلق الأمر بالتحكيم بالمعنى المعروف وإنما المقصود، البحث عن حل من قبل الوزير في إطار التوازن بين مصالح سوناطراك ومصالح الدولة.

هي الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية، كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما لا يجوز للأشخاص العامة أن تطلب التحكيم إلا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فتكون الأهلية حسب القانون الجديد هي أهلية التصرف في الحقوق لإبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق والمشرع الجزائري وصل إلى هذه النتيجة مرورا بتنظيم التحكيم حيث استبدل مواد في قانون الإجراءات المدنية عام 1806 بنظام جديد تضمنه الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 93-03 الصادر في 25 أفريل 1993 عالج كافة إشكالات التحكيم[1].

وبالرجوع للمرسوم التشريعي رقم 93-09 نجد أنه نص صراحة على عدم إمكانية قيام الأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم التجارية الدولية[2].

وعليه يمكن القول بأن إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مسموح به في العقود الإدارية الدولية في هذه الفترة بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة دون اللجوء إليه في علاقاتهم الداخلية.

تم تدخل المشرع الجزائري ليحسم الموقف كما أشرت سابقا وبمقتضى القانون 08-09 الخلاف الفقهي الذي ثارت من أجله جوازية التحكيم الخاص بالصفقات العمومية ولكن هذه الجوازية قيدها المشرع بوجوبية الموافقة المسبقة من السلطات التي تعلو الجهة المعلنة عن الصفقة.

[1]- فركون محمد، مرجع سابق، ص103.

[2]- المادة 442 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 مؤرخ في 8جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، عدد27.

3-مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية08-09.

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية (أو الصفقات العمومية) وذلك في نص المادة 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أن نص المادة 975 يقول :" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري التحكيم إلا في الحالات الواردة في اتفاقيات دولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية[1].

كما نصت المادة 1006 "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في العقود التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في مسائل متعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة التي تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"[2].

وبهذا يكون المشرع الجزائري حسب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه حدد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم على أنها أهلية التصرف والأهلية التي نحن بصدد دراستها هي أهلية المصلحة المتعاقدة وأهلية المتعاقد.

أ-جاء في أحكام القانون 08-09 أنه عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعين أو الوزراء المعنيين أما إذا تعلق التحكيم بالولاية والبلدية فيكون اللجوء إليه على التوالي بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس التعيين البلدي، وعندما يكون الأمر يتعلق بمؤسسة ذات الصيغة الإدارية فيتم اللجوء إليه عن طريق مبادرة من ممثلها القانوني أو من السلطة الوصية التي يتبعها[3].

[1]- المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مرجع سابق.

[2]- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 مرجع سابق.

[3]- المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 مرجع سابق.

ب-أما أهلية المتعاقد فباستقراء المادة 1006 نجد أنه كل شخص طبيعي فإن أهليته تكون بمجرد بلوغه 19 سنة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه فإن لم تتوفر هذه الشروط فهو ممنوع من إبرام التحكيم إلا إذا أذن لهم بذلك أو قضي بترشيدهم أو باشروا الأمر بواسطة نائبهم القانوني[1]، أما إذا كان المتعامل شخصا معنويا فأهليته يستمدها من نص قانوني أو العقد الذي أنشئ على أساسه.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري أجاز وشرع اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة في منازعات العقود الإدارية (الصفقات العمومية) وعلاقاتها الاقتصادية الدولية في ظل أحكام هذا القانون الجديد 08-09.

4-أثر المعيار العضوي على التحكيم في الصفقات العمومية.

نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجرى تحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 800 من ذات القانون نجدها حددت على سبيل الحضر الأشخاص المعنوية التي يمكن لها طلب التحكيم في ما تبرمه من صفقات عمومية وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الإدارية[3].

وعليه وباستقرار نص المادة 975 والمادة 800 من نفس القانون يحق لكل من الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط اللجوء إلى التحكيم دون المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

---

[1]- سميحة بوزوليد، مرجع سابق، ص73.

[2]- المادة 975 من ق.إ.م.إ.08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ج. ر. عدد 21.

[3]- المادة 800، نفس المرجع.

وهذا يعني أن من خلال ربط المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 02 من قانون الصفقات العمومية 15-247 أن المؤسسات العمومية الغير إدارية لا يمكنها طلب التحكيم في نطاق القانون العام[1].

[1]- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص76.

ملخص الفصل الأول:

حاولت في هذا الفصل أن أوضح العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة(التشريع الفرنسي والتشريع المصري)، وذلك بدراسة ماهية العقد الإداري (مفهومه، خصائصه الذاتية، أنواعه...) وكذا طرق إبرام هذا العقد الإداري والمراحل التي مر بها أما نظرة التشريعات الجوازية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية فكانت سلبية حيث نجد أن هذه التشريعات جملة رفضت اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة وذلك لاعتقادها أنها تهدد النظام العام، إلا أن هذه الفكرة تلاشت ومع التطور الذي عرفه القضاء الإداري خاصة في فرنسا استطاع وضع استثناءات لجوازيه الأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم، أما المشرع الجزائر نجد فكرة الجوازية بدأت بعد صدور المرسوم التشريعي 93-09 الخاص بالاستثمار أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أجاز اللجوء إلى التحكيم.

النتائج المحصل عليها.

نجد المشرع الجزائري حصر العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم بموجب القانون الخاص بالصفقات العمومية 15-247 في أربعة عقود هي: عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد الدراسات والخدمات، والمشرع الفرنسي فقد حصرها في نوعين من العقود هي الأشغال العامة وعقد التوريد، أما عن الشأن المصري فقد شرع المشرع المصري اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وبالأخص عقد البوت.

بالإضافة إلى أن هذه الجوازية مازالت مقيد بشروط.

إن الفصل في النزاع القائم والذي نشأ عن العقود الإدارية وتسويته يتطلب إتباع مجموعة من الإجراءات وأول إجراء يجب إتباعه هو تشكيل هيئة المحكمة التحكيمية وبما أنها مبنية على حرية الأطراف في اختيار لمحكم أو المحكمين فإن معظم التشريعات الحديثة أعطت الحرية الكاملة للأطراف في تشكيلها من أجل حسم الخلاف القائم.

وللذكر فإن أطراف خصومة التحكيم يكونون متساوون أمام ممارستهم لهذا الحق، وبمجرد تشكيل الهيئة التحكيمية وقبول المحكم للمهمة المسندة إليه، وكذات يجب على أطراف التحكيم طلب التحكيم وتحديد اللغة والمكان لسير المحاكمة وكذلك القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية.

أما بالنسبة للهيئة التحكيمية فلابد لها من إتباع جميع الإجراءات واحترام المواعيد فمثل التحكيم كمثل الدعوى القضائية حتى صدور حكم التحكيم، وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى الإجراءات في خصومة التحكيم الخاص بالعقود الإدارية في المبحث الأول، صدور حكم التحكيم وكيفية تنفيذه في منازعات العقود الإدارية الداخلية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية

لسير المنازعة التحكيمية في العقود الإدارية الداخلية لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات من قبل أطراف النزاع بداية من تشكيل الهيئة التحكيمية ومعرفة القانون الواجب التطبيق على هذه الخصومة التحكيمية مرورا بطرق تعيين المحكم وسير الإجراءات من لغة، مكان وآجال التحكيم وهذا ما سيتم بيانه في المطالب التالية.

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم

تعد مرحلة تشكيل هيئة التحكيم من أهم مراحل عملية التحكيم ذلك أن سير إجراءات التحكيم وصحتها صدور حكم التحكيم واختيار المحكم فبمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم وقد أعطت كافة التشريعات الأطراف الحرية من اختيار وتشكيل هيئة التحكيم مع مراعاة سلسلة من القواعد الآمرة في ذلك.

ولما كان التحكيم كالقضاء يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم فإن اتفاق هؤلاء الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم قد يكون أمرا صعب المنال في كثير من الأحيان[1]، بالإضافة إلى اختيار المحكم والشروط اللازمة فيه لكي يستطيع من إدارة وحسم النزاع بالإضافة إلى أتعابه في مقابل ذلك.

الفرع الأول: الشروط اللازمة لاختيار المحكم

يكون المحكم شخصا أو أشخاصا أو هيئة تحكيمية يتمتع بثقة الخصوم، أولاه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم ويقصد بهيئة التحكيم بالجهة التي تتولى بإدارة طرفي العملية التحكيمية للفصل في النزاع القائم بشأنه اتفاق التحكيم، وفي هذا المجال يبرز الطابع القيادي لاتفاق التحكيم، معطيا لأطراف التحكيم كامل الحرية في تحديد عدد المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم.

[1] –الفقرة الأولى من المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتعد حرية اختيار المحكمين من أهم الضمانات التي تدفع الأطراف للجوء إلى التحكيم لحسم ما يثور بينهم من نزاع كما أن كل النظم تجمع على مبدأ المساواة بين الخصوم بشأن اختيار المحكمين مع الأخذ بالشروط القانونية اللازمة توفرها في الهيئة التنفيذية، فقد اشترط القانون في المحكم عدة شروط لمباشرة الحسم في النزاع وذلك لضمان السير الحسن في الإجراءات من حيادة واستقلالية المحكم إلى حين صدور حكم المحكم وتمتع هذا الحكم بالتنفيذ وحيازة الحجية، ومدى قابلية الطعن والدعوى بالبطلان كما هو معمول به في الدعوى القضائية لذلك يجب توضيح هذه الشروط الواجب توفرها في المحكم.

1- الأهلية المدنية ووترية العدد بالنسبة للمحكم

تذهب أغلب التشريعات إلى أنه يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية فيعد هذا الشرط النتيجة المنطقية لرغبة المشرع في أن تكون عملية التحكيم صحيحة وناجحة وأقرب ما تكون إلى فظ النزاع لتطبيق العدالة وبدون مخالفة القانون.

ومما لا شك فيه أن يكون المحكم قادرا على التمييز بين الخطأ والصواب وحسم النزاع بأقرب فرصة ممكنة وهذه الغاية الأساسية للنظام القانوني للتحكيم[1].

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري على انه المحكم متمتعا بحقوقه المدنية وذلك في نص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية"[2]، أما بالنسبة للمشرعين الفرنسي والمصري فقد اشترطا أن يكون المحكم متمتعا بكامل حقوقه المدنية حيث تنص المادة 1/1451 مرافعات الفرنسي جديد على أنه: " لا يجوز تحويل مهمة التحكيم.... إلا لشخص يتمتع بكافة حقوقه المدنية"[3].

[1] – اسعد فاضل منديل، مرجع سابق ص 115.

[2] – المادة 1014 من قانون إ، م، إ 08-09، مرجع سابق.

[3] – حسني المصري، مرجع سابق ص 180.

والمادة 1/16 من قانون التحكيم المصري أن لا يكون المحكم قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلفة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره"[1].

كما نجد أن معظم التشريعات نصت على وترية أو فردية عدد المحكمين في حالة التعدد، فقد نص قانون الإجراءات المدنية عدد المحكمين في حالة التعدد، فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية على اشتراط أن تكون عدد المحكمين فرديا[2]، طبقا لنص المادة 1017 من نفس القانون على أنه:" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"[3].

وقد عالج المشرع الفرنسي ذلك صراحة فنصت المادة 1453 مرافعات على أنه في حالة تحديد عدد زوجي فعلى محكمة التحكيم أن تختار محكما سواء اتفق الأطراف على ذلك أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية.

ونصت المادة 15 من قانون التحكيم المصري على أنه:" تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عندهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا".

فالمشرع المصري صرح إذا كان العدد أكثر من ثلاثة، فإنه اوجب وترية العدد وإلا كان التحكيم باطلا، وبطبيعة الحال يستطيع الأطراف تصحيح الأمر وتعديل التشكيل على نحو يتسق ونصوص القانون[4].

[1] – المادة 1/16 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] – مناني فراج، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ط2016، ص 125.

[3] – المادة 1017 من ق، إ، م، إ،الجزائري.

[4] – حسن محمد هند، التحكيم في النزاعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2008، ص 125.

2-الاستقلالية والحياد:

الحيدة مسالة شخصية أو حالة ذهنية تعني عدم التحيز لان من الخصوم أو التعاطف المسبق مع وجهة نظر أحدهم ويفهم هذا الشرط ضمن من المبادئ القانونية العامة، ولضمان عدالة مرجوة بواسطة التحكيم ينبغي على الشخص القائم عليها لأن تتوفر فيه صفات تجعل الأطراف المتنازعة تطمئن إليه وإلى عدالته وبالأخص استقلالية المحكم وحياده في عمله أثناء مباشرة التحكيم، فالمحكم الذي يتولى النظر في المنازعة الخاصة بالعقد الإداري قد يكون متأثرا بعدة عوامل قد تؤثر في استقلالية وحياده وترجع هذه العوامل كما يقرر بعض الفقهاء إلى البيئة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينتمي إليها المحكم، وإما إلى هوية الخصوم وموضوع لنزاع لذا فقد أحسنت التشريعات صنعا حيث نصت على إلزامية توافر صفتي الحيدة والاستقلال فمن يتولى مهمة التحكيم واعتبارها من أحد الأسباب التي يمكن رد المحكم بمقتضاها[1].

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزاما مهما إلا وهو إخطار الأطراف على كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيدته واستقلاله من تلقاء نفسه بحيث لا يمكنه من مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف وقبل الأطراف صراحة قيامه بالمهمة، وهذا ما نصت عليه المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية بأنه:" إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"[2].

3- جنس وجنسية لمحكم بالإضافة إلى خبرته وكفاءته

لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة في ما أن لأطراف الخصومة الاتفاق على أن يكون المحكم ذكرا أو أنثى، أو من جنسية محددة، فهو متروك لحرية الأطراف كما ذهب أغلب الفقه إلى أنه ليس هناك ما يحول تولي المرأة لمهمة التحكيم ولو لم ينص القانون على جواز ذلك، ففلسفة التحكيم تقوم على ثقة

[1] -وليد محمد عباس يوسف، مرجع سابق ص 338.

[2] – لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة الجزائر، ط 2012، ص 155.

الخصوم في شخصية المحكم فأغلب قوانين التحكيم المختلفة لم تتناول جنسية المحكم وتركت ذلك لاتفاق الأطراف إلا إذا اتفقا على تعيين المحكمين ممن ينتمون إلى جنسية دولة معينة فإنه في هذه الحالة يجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه[1].

غير أن من المستحسن أن يكون المحكم من نفس جنسية الأطراف في حالة التحكيم الداخلي باعتباره اقدر من غيره على العلم بلغة الخصوم وأحكام القانون المختار على الإجراءات وموضوع النزاع بالإضافة إلى وفرة التكاليف.

كما نجد أغلب الأنشطة سكتت عن شرط الخبرة والكفاءة الواجب تواجدها في المحكم وتركت هذا الأمر إلى تقدير طرفي التحكيم عند الاتفاق على التحكيم وقد يكون من الأوفق أن يختار الطرفان محكما من ذوي الخبرة والكفاءة في مجال النزاع أو الخبرة القانونية واصلا خبرة المحكم وكفاءته هي مبعث الثقة فيه وتترك أطراف النزاع يجعلون ثقتهم فيه ومدى قدرته على تسوية النزاع والرضا بحكمه والمبادرة إلى تنفيذ مما يشجع المتنازعين اللجوء إلى التحكيم[2].

الفرع الثاني: طرق تعيين المحكم

إن الأصل في اختيار هيئة التحكيم هو إعمال سلطان الإرادة لطرفي النزاع، بمعنى يراعي في طريقة تشكيل الهيئة الرضائية، فالطرفان بإرادتها يختاران محكميهما ولا يوجد ما يحد من هذه الإرادة أي قيد ما دام كان الاتفاق يقضي بذلك، في حالة ما إذا وجد عائق حال دون تشكيل هيئة التحكيم بالطريقة الرضائية تدخل القضاء بالمساعدة والعون من أجل تحقيق ذلك وعليه سنحاول تناول هذا الفرعين في قسمين هما كالتالي:

1- الطريقة الرضائية في تعيين هيئة التحكيم:

هذه الطريقة هي المبدأ العام والأصل في التحكيم ذلك أن للأطراف مطلق الحرية في اختياره وتعيين محكميهم، وذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في

[1] – محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 199.

[2] – مهند أحمد الصانوري، رسالة دكتوراه، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، 2005، ص 76.

حسن تقدير المحكم، في حسن عدالته، وحرية الطرفين في اختيار هيئة التحكيم من الحقوق الأساسية لهما، وهي مكفولة لهما قانونا سواء قبل بداية خصومة التحكيم إذا ما حدث ما يستوجب انتهاء مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب أخر فسلطان الإرادة هو المرجع في تعيين المحكمين سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي[1]، وتجدر الملاحظة إلى وجوب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وبالتالي فإن تحديد كيفية التعيين تعتبر شرطا لصحة شرط التحكيم.

أما الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه كرس مبدأ الرضائية في تعيين هيئة التحكيم حيث تنص المادة 1444 من قانون التحكيم الجديد على أن:" يعين اتفاق التحكيم المحكم أو المحكمين أو يبين طريقة تعيينهم ويمكن أن يكون ذلك بالإحالة على نظام تحكيمي إذا خلا اتفاق التحكيم من الإشارة إلى هذا الأمر يتم تعيين المحكم أو المحكمين وفقا لأحكام المواد 1451 و 1454[2].

أما قانون التحكيم المصري فهو الآخر نراه قد كرس الرضائية في تشكيل الهيئة التحكيمية بنصه تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر..."[3]، واختيار المحكم قد يتم في اتفاق التحكيم مباشرة سواء في الشرط أو المشارطة، ولكن لا يلزم الخصوم باختيار المحكم في اتفاق التحكيم مباشرة سواء في الشرط أو المشارطة، وعلى ذلك لم يجعل المشرع المصري في القانون الجديد من تعيين أشخاص المحكمين شرطا لصحة الاتفاق على التحكيم[4].

---

[1] –المادة 1041من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري سالف الذكر.

[2]–ART 1444 de la convention d'arbitraze desigré la échéant par référence a un reglenert d'arbitraze, le on les arbitres ou prévoit les modalikes et lan désizméation a defant …. Att 1451 a 1454.

[3] – الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون 27 لسنة 1994، المصري.

[4] – الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون 27 لسنة 1994، المصري.

ويجدر بالمشرع المصري أن ينص على صحة اتفاق التحكيم إذا تضمن أسماء المحكمين أو على الأقل الطريقة التي سيتم بها تعيينهم على النحو الذي جاء به المشرع الفرنسي أولا، والمشرع الجزائري فيما بعد حيث طرح قانون المرافعات المدنية الجديد شرطين إضافيين لصحة الشرط التحكيمي في التحكيم الداخلي[1] هما:

- يقضي أن يكون الشرط التحكيمي خطي كتابي.
- يقضي إلى تحديد المحكم أو المحكمين والى تحديد كيفية هذا التعيين.

2- الطريقة القضائية في اختيار هيئة التحكيم

قد يحدث أشكال في تعيين المحكمين أو عادة ما يتم وجود صعوبة في تحديد المحكمين بالطريقة للأنفة الذكر وهي اختيار الخصوم لمحكميهم سواء كشخص فردا طبيعيا أو أشخاصا بالعدد الفردي أو الهيئة التحكيمية وهذا ناتج عن عدة اعتبارات تمسك كل طرف بمحكم معين ويحدث أن يكون هناك صعوبة، وفي هذا المجال فقد أعطى المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على ما يلي:" إذا اعترضتن صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين تعيين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة...."[2]، القضاء يقدم مساعدة للتحكيم الداخلي لتشكيل المحكمة التحكيمية[3]، لما كان طريق تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر مسلكا استثنائيا أو احتياطيا[4] فإنه يشترط لو لوج هذا المسلك شرطان أساسيان هما وجود نزاع، ووجود صعوبات في تشكيل هيئة التحكيم.

على عكس المشرعين المصري وللجزائري، فإن المشرع الفرنسي أشار صراحة من خلال نص المادة 1444 من الفقرة الأولى من قانون المرافعات المدنية السابق أنه:" إذا

[1] - سيد احمد محمود، تشكيل هيئات التحكيم، مرجع سابق ص 304.

[2] - المادة 1009 من ق إ م إ 08-09 مرجع سابق.

[3] - عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان 2009، ص 92.

[4] - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق طبعة 2007، منشأة المعارف ص 197.

حصلت بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأفراد، أو في تنفيذ طرف تعيينهم عين رئيس المحكمة المحكم أو المحكمين" والتي تقابلها المادة 1453 من مرسوم 13 يناير 2011 التي تنص على أنه:" إذا كان النزاع قائما بين أكثر من طرفين ولم تتمكن هذه الأطراف من الاتفاق على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية يعين عندها المحكم أو المحكمين أما الشخص المنوط به تنظيم التحكيم، وأما القاضي المساعد أن لم يكن تنظيم التحكيم منوطا بشخص معين، واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 9 يوليو 1981 أن الطلب المقدم من أحد الأطراف والذي يلتمس فيه بتعيين محكم قبل وجود النزاع يعد طلبا خاليا من كل مصلحة وسكوت المشرعين المصري والجزائري على " شرط النزاع" لا يبعني فتح الباب أمام الأطراف للذهاب إلى القضاء لتعيين المحكم قبل نشوب النزاع فمن جهة تشكيل هيئة التحكيم لا يتم غالبا إلا بعد نشوب نزاع بالفعل لأن اتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[1]، يجب أن يتضمن طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم[2].

يستنتج من ذلك أنه من غير المعقول أن يكلف الأطراف أنفسهم اللجوء إلى القضاء لتشكيل هيئة التحكيم من دون وجود نزاع أصلا ومن جهة ثانية فإن الدعوى لا تقبل إذا انتفى شرط المصلحة[3]، وبالنتيجة إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع هو عدم قبول دعواه لانتفاء شرط المصلحة فيها[4].

ومن جهة ثالثة فقد اشترطت المادة 1018 من ق، إ، م، إ :" يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم

[1] – المادة (1011) من ق، إ ، م، إ.

[2] – المادة (1012) من ق، إ ، م، إ.

[3] – المادة (13) من ق، إ ، م، إ.

[4] – نصت المادة (12) في فقرتها الأولى من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 على " تقبل الطلبات الآتية (أ) الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية".

وهذه العبارة تدل على أن هناك نزاعا قائما بين الأطراف يراد حسمه عن طريق التحكيم، والصعوبة الوحيدة في ذلك هو عدم اكتمال تشكيل هيئة التحكيم.

كما يشترط أيضا لتدخل القضاء في المساعدة لتشكيل هيئة التحكيم وجود صعوبات في تشكيل هذه الهيئة وعليه فقد نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" إذا اعترضت صعوبة تشكيل التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم، أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه" وكما أسلفنا الذكر فإن وجود صعوبات هي استثناء للذهاب إلى القضاء وليس الأصل، أما إذا لم يعترض الأطراف صعوبة في هذا الشأن فلا يجوز للقضاء التدخل احتراما لسلطان الإرادة، وأيضا القضاء لا يعود له دور في مساعدة المحكمة لسماع الشهود إذا امتنع شاهد عن الحضور أو في إلزام أشخاص بتقديم وثائق ومستندات تساعد التحكيم على كشف الحقيقة إلا في تحديد المهلة إذا تعذر وصول الطرفين إلى اتفاق على التمديد[1].

أما في القانون المصري إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة 9 اختياره بناء على طلب احد الطرفين.

فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، فإن تم اختيار كل طرف محكما، ثم لم يتفق على المحكم الثالث، فإن لم يعين احد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طبقا بذلك من الطرف الآخر وإذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية تولت المحكمة اختيار المحكم الثالث بناء على طلب أحد الطرفين طبقا لأحكام المادة 09 كما تسري هذه الأحكام في حالة أكثر من ثلاثة محكمين، وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة.

[1] – المادة 1018، الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريقة من طرق المراجعة المادة 17[1].

المطلب الثاني: إجراءات سير خصومة التحكيم وكيفية انقضاءها في العقود الإدارية الداخلية

بعد قبول المحكم المهمة المسندة إليه وتشكيل الهيئة التحكيمية فهنا نستطيع القول أن إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية قد بدأت إلا إذا اعترضت هذه الإجراءات عوارض قبل صدور التحكيم، كما ترتكز هذه الإجراءات على إرادة الأطراف ولا يعد من هذه الحرية إلا القواعد الآمرة، حيث أن حضور الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم يتطلب شكليات كبيرة في الإجراءات التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم وفي هذا المطلب سنتناول سير إجراءات التحكيم في الفرع الأول، ثم انقضاء خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: بدء وسير إجراءات التحكيم

كما أسلفنا الذكر فإن إجراءات المنازعة التحكيمية في العقود الإدارية تخضع كأصل عام لإرادة الأطراف إلا إذا كانت عوارض في القواعد الآمرة وتبدأ هذه الإجراءات من تاريخ تبليغ المدعي عليه بالخصومة وهو في حد ذاته تاريخ انعقاد الخصومة.

أولا: طلب التحكيم

وهو ذلك الطلب الذي يوجهه احد طرفي التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه يخطر فيه عن رغبته في رفع دعوى إلى التحكيم واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريكه واستكماله[2].

حيث تقضي المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أن النزاع يعرض على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه

[1] – إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الالكتروني، منشورات الحقوقية، ط1، 2012، ص 181.

[2] – خنوسة سهام، خروبي يسمينة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016، ص 69.

التعجيل، إلا إن هذا القانون لم يتطرق إلى إجراء طلب التحكيم تاركا الأمر لحرية الأطراف بموجب المادتين 1019 و 1043 منه لكن إذا تولت هيئة التحكيم مهمتها فإن لائحتها عادة ما تشمل على قواعد مفصلة تتعلق بكيفية تقديم طلب التحكيم.

فطلب التحكيم يوجهه أحد الطرفين إلى الآخر أو إلى مركز التحكيم المتفق عليه ليخطره برغبته في حل النزاع بواسطة التحكيم، وليس لتبليغ هذا الطلب شكلا معينا فالمهم أن يكون كافيا ومستجمعا للبيانات اللازمة كاسم وعنوان كل من طالب التحكيم والخصم وموجز عن وقائع الدعوى والطلبات ويرفق هذا الطلب بالوثائق المثبتة لصحة الوثائق وهو ما يشكل ملف موضوع دعوى التحكيم والذي يكون على نسخ بعدد أطراف النزاع[1].

فالمادة 30 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري تنص على أن يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، أو الذي تعينه هيئة التحكيم، إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل اسمه، وعنوانه، واسم المدعي عليه، وعنوانه وشرحا لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر أخر يتعلق باتفاق الطرفين يجب ذكره في هذا البيان، فيستلزم هذا النص لصحة تقديم طلب التحكيم الكتابة وتقديمه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين.

وتؤكد الفقرة الثالثة من نفس المادة (30) حق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى ويظل للأطراف إمكانية تعديل طلباتهم أو أوجه دفاعهم، وذلك ما لم تقرر الهيئة تحديد موعد نهائي، غلق باب المرافعات، لا يجوز بعده تقديم وثائق أخرى إذا قدرت الهيئة أن المقصود من تقديم الطلبات هو تعطيل الفصل في النزاع.

وقد أوجبت المادة 30 من قانون التحكيم المصري أن يكون مقدم طلب التحكيم، أن يرسل بيانا مكتوبا للمدعي عليه بدعواه ثم إلى الجهة الإدارية أو الجهاز المركزي الإداري لدى مركز أو مؤسسة التحكيم المنتظم، غير أن توجيه طلب التحكيم في هذه الحالة إلى

[1] – زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، بتيزي وزو، لسنة 2015،/ ص 113.

تلك الجهة أو الجهاز الإداري المختص لا يعني أن الطرف المطلوب التحكيم ضده قد علم بالطلب، بل يلزم أن تتولى هذه الجهة أو الجهاز مهمة إخطار ذلك الطرف بطلب التحكيم وإعلان المحكم أيضا بطلب التحكيم، وهذا يفترض تعيينه من قبل، لذا لم يتطلب قانون التحكيم المصري سوى إعلان الخصم بطلب التحكيم حتى لا يفهم من تطلب إعلان المحكم وجوب تعيينه قبل ذلك[1].

ثانيا: لغة التحكيم

نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواده المتعلقة بالتحكيم، نجد المشرع الجزائري لم ينص ولم يتطرق ولم يحصر الأطراف في تحديد اللغة المستعملة في التحكيم بل فوض هذا الآمر للأطراف حرية اختيار اللغة عملا بمبدأ سلطان الإرادة.

وذهب المشرع الفرنسي إلى نفس ما اتجه إليه المشرع الجزائري إذا لم ينص على اللغة.

وقد عالجت المادة 29 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري بالنص التالي: "يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك"[2].

وكان على المشرع الجزائري أن يكون له نفس الموقف بحيث لغة التحكيم هي اللغة العربية كأصل إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك[3].

تكون لغة التحكيم في التحكيم الداخلي أو للوطني كان الأصل أن تتم الإجراءات والمرافعات ويكتب الحكم بلغة الدولة التي تجري فيها التحكيم فانه يجوز للطرفين الاتفاق

[1] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 273.

[2] – المادة 1/29 من قانون التحكيم المصري.

[3] – حسن محمد هند، مرجع سابق ص 133.

على أن تتم هذه المسائل بلغة أخرى خصوصا في المنازعات ذات العنصر الأجنبي وتعدد لغات الخصوم، ويرى جانب من الفقه أنه يلزم في جميع الأحوال أن يكتب حكم التحكيم بلغة البلاد حتى يمكن إيداعه بذاته فلم كان المحكمة المختصة واتخاذ الإجراءات المقررة لتنفيذه، وهو رأي يستند في مصر، قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994الى قانون السلطة القضائية للذي يقرر أن لغة المحاكم بعد اللغة العربية[1].

ثالثا: مكان التحكيم

لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم[2]، وهو قيام الأطراف المتخاصمة بالاتفاق على تحديد المكان المناسب لنظر الخصومة التحكيمية لكن إذا خلا اتفاقهم من تحديد مكان التحكيم يكون لهيئة التحكيم ذلك، واختيار مكان التحكيم يترتب عليه أثار إجرائية عديدة، فالقضاء في الدولة التي يقام التحكيم فيها سلطات واسعة في دعم سير التحكيم أو إفساد فاعليته فقانون مكان التحكيم يفرض رقابة على الإجراءات، وقد يمنح هيئات التحكيم سلطات واسعة أو يضع قيودا على اختيار المحكمين وبصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلات المحكمين وشروط تعيينهم وتشكل الإجراءات فضلا عن الدور الذي يلعبه اختيار مكان التحكيم كمؤشر لتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق وتوجد بعض الضوابط لتي يمكن على ضوئها للهيئة اختيار مكان التحكيم، تتعلق بالطرفين وظروف القضية وفقا لطبيعة وظروف النزاع[3].

رابعا: آجال التحكيم

إذا كان تحديد مكان التحكيم يبدو مهما، حيث تنطلق منه إجراءات عملية التحكيم فإن تحديد زمان بدأ تلك الإجراءات قد يفوقه من حيث الأهمية، حيث أن تحديد وقت بدء الإجراءات يعني تحديد الوقت الذي تعتبر قد رفعت فيه الدعوى أمام هيئة التحكيم، وذلك

[1] – حسن المصري، مرجع سابق ص 294.

[2] – عبد للحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي الناشر المكتب العربي الحديث، 2003، ص 58.

[3] – لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 259.

بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة وقد يتعين على هذا الأخير إخطار المطلوب للتحكيم ضده في غضون مدة زمنية محددة من ذلك الوقت[1].

تخضع مهلة التحكيم إلى مبدأ أساسي هو اتفاق الأطراف، لأن العقد يبقى صحيحا وإن لم يتفق على المهلة هي أربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو إخطار محكمة التحكيم وهذا استنادا إلى نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يمكن تمديد هذا الأجل اتفاقا بموجب موافقة الأطراف، وإذا لم يكن هناك اتفاق يكون التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يكون التمديد قضائيا، من طرف رئيس المحكمة المختصة[2].

إذا كانت الاتفاقية التحكيمية لا تحدد مهلة، فإن قانون التحكيم الداخلي الفرنسي يعتبر أن مهلة التحكيم هي ستة أشهر اعتبارا مكن يوم قبول آخر المحكمين المعنيين لمهمته، ويمكن تمديد المهلة القانونية أو الاتفاقية، أما باتفاق الفرقاء أو بطلب مقدم من أحدهم أو من المحكمة التحكيمية إلى رئيس المحكمة العليا، أو إلى رئيس المحكمة التجارية.

وليس للمحكمة التحكيمية صلاحية التمديد إلا إذا كان الفرقاء قد فرضوا المحكمين بذلك بصورة واضحة، ويقتضي أن يكون التفويض بالتمديد محددا وواضحا، إذ أن مهمة المحكمين لا تتضمن بحد ذاتها صلاحية التمديد[3].

أما بالنسبة للمشرع المصري في نص المادة الخامسة والأربعين من قانون التحكيم المصري على كيفية احتساب ميعاد التحكيم، حيث حددت المادة سالفة الذكر المدة التي

[1] – لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 268.

[2] – فرطاس الزهرة، الطرق الودية كل النزاعات الإدارية، التحكيم الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2014، ص 58.

[3] – عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق ص 72.

يجب إنهاء إجراءات التحكيم خلالها منذ الاتفاق عليه وحتى صدور حكم بشأنه من هيئة التحكيم على النحو التالي:

1-إذا اتفق طرفي التحكيم على مدة معينة يتم خلالها إنهاء إجراءات التحكيم وصدور حكم فيها فإنه يجب على هيئة التحكيم الالتزام بهذه المدة وإصدار حكمها خلالها.

2- إذا لم يتفق الطرفان على مدة محددة فإنه يجب على هيئة التحكيم إن تصدر حكمها بصدد التحكيم المعروض عليها خلال مدة اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءاته.

3- في جميع الأحوال سواء اتفق الطرفين على مدة معينة على إصدار حكم التحكيم أو لم يتفقا يجوز لهيئة التحكيم تمديد الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدتها لمدة أزيد من ذلك[1].

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما ربط بدء الإجراءات بصدور موافقة آخر محكم إذا كانت الهيئة المشكلة من أكثر من محكم، وقبول المحكم الفرد لمهمته، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي التي تعتبر أكثر دقة وملائمة مما نص عليه المشرع المصري، حيث يبدأ ميعاد التحكيم من تاريخ آخر قبول من المحكمين لمهمتهم إذ تكون الهيئة قد تشكلت قانونيا.

والجدير بالذكر أن قانون التحكيم في الجزائر لم يتضمن نصا صريحا حول بدء إجراءات التحكيم وإنما يستفاد ذلك ضمنيا من المواد 1009، 1019 من قانون التحكيم الجزائري.

فالمادة 1018 نصت على مهلة التحكيم الداخلي التي ترك فيها الأمر إلى سلطان الإرادة لتحديد مدة التحكيم، واعتبر العقد صحيحا حتى ولو لم يحدد مهلة التحكيم، ولكنه في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو آخر

[1] – محمد علي سكيكر، مرجع سابق ص 143.

واحد منهم مما يفهم أن بدء خصومة التحكيم تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو آخر واحد منهم إذا عينوا من الأطراف.

أما المادة 1009 نصت على تدخل القضاء بالمساعدة لتشكيل المحكمة التحكيمية مما يدل أن بدء خصومة التحكيم تبدأ من صدور قرار قضائي يقضي بتعيين محكم آخر واحد من المحكمين ويتفق تحديد بدء الإجراءات بيوم إعلان المدعي عليه بطلب التحكيم مع ما نصت عليه المادة 21 من القانون النموذجي ونص المادة 2/3 من قواعد البونسترال التي صادقت عليها الجزائر.

أما القانون الفرنسي فهو الآخر لم يقرر بنص صريح بدء الإجراءات التحكيمية، حيث نصت المادة 1456 من قانون المرافعات الفرنسي الواردة بخصوص التحكيم الداخلي على إن مهمة المحكمين تنتهي بمضي ستة أشهر من اليوم الذي أعلن فيه آخر المحكمين قبوله لمهمته، ويبدو هنا بوضوح تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي بخصوص بدء الإجراءات التحكيمية، ويعني أن المدة تحسب عملا من أول إجراء تتخذه الهيئة وهذا ما جعل البعض يرى أن إثبات قبول المحكمين قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية[1]، وهذا ما جاء في المادتين 1/1456 و 1/1463 من مرسوم 3 جانفي 2011.

إذا ما حضر الخصوم أو من يمثلهم لحساب المحاكمة التحكيمية بانتظام وأعلنوا عن التزامهم بإجراءات المحاكمة من تقديم للطلبات وأوجه الدفاع إلى أن يتم قفل باب المرافعة فتكون الخصومة قد سارت سيرا عاديا أما إذا اعترضها عارض كالوقف أو الانقطاع فتكون أمام سير غير عاد للخصومة.

[1] – الدكتور محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 109.

1- تكون السير للخصومة التحكيمية عادي إذا كانت هناك جلسة يستطيع الخصوم بها استعراض العرائض والمذكرات والأدلة المتبادلة، وتنظيم جلسة التحكيم مبادئ معينة مثل علانية الجلسة[1].

كما ليس هنالك ميعادا محددا لعقد الجلسة ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك بالإضافة إلى حضور الخصوم بأنفسهم أو ممثليهم لمراعاة المرونة والسرعة، إذ يمكن للهيئة التصدي للنزاع دون حضورهم طالما احترمت مبدأ المواجهة[2]، ويكون هناك تبادل للمذكرات والمستندات والأدلة بإمكانها الإثبات وأوجه الدفاع، كما تملك الهيئة من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب أحد الخصوم ألزام احد الخصوم بتقديم ما لديه من أوراق ومستندات تخدم سير الخصومة، كما يحق لها أيضا الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في محضر الجلسة بشان مسائل معينة تحددها وترسل إلى كل طرف من الطرفين صورة منه[3].

احتراما للمساواة بين الخصوم وإتاحة فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواهم فيجب على كل طرف تقديمك طلباته الأصلية أو العارضة المتمثلة في طلب مقابل من جانب المدعي عليه[4].

أما إذا فرغت الهيئة من تحقيق القضية وسماع كل أوجه الدفاع فان القضية تكون صالحة للحكم فيها حينئذ تقرر الهيئة قفل باب المرافعة توصلا لإصدار الحكم الحاسم للنزاع أو حجز القضية للحكم.

وأحيانا هناك عوارض يعترضون الإجراءات الخاصة بالتحكيم فيؤدي إلى وقفها وانقطاعها ولم يعالج المشرع الجزائري في قانون التحكم أمر انقطاع إجراءات الخصومة بنصوص خاصة وأحال ذلك إلى الآجال والأوضاع المطبقة في قانون الإجراءات المدنية

[1] – المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] – المادة 1048/1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] – المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والإدارية، والسؤال الذي يثار هل يمكن للأطراف الاتفاق على وقف إجراءات التحكيم؟، فقانون التحكيم الجزائري لم يتطرق لإمكانية اتفاق الأطراف على وقف إجراءات التحكيم ولكن على عكس الوقف الذي تام ربه الهيئة في حالة ظهور مسائل تخرج عن ولايتها، لا يترتب على الوقف الاتفاقي وقف سريان ميعاد إصدار الحكم إلا إذا اتفق الأطراف على تعديل هذا الميعاد، تسري على انقطاع إجراءات التحكيم وأثاره نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص المادة 832[1].

- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة.
- طلب المساعدة القضائية.
- وفاة المدعي أو تغيير أهليته.
- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

كما يترتب على الانقطاع وقف سريان جميع المواعيد المحددة اتفاقا أو قانونا.

الفرع الثاني: انقضاء خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية

تنتهي إجراءات التحكيم في المنازعة التحكيمية للعقود الإدارية الداخلية نهاية طبيعية بصدور حكم التحكيم وتكون هذه الإجراءات بلغت نهايتها كما أشرنا سابقا وأحيانا تعترض هذه الإجراءات حالة الوقف وجراء الانقطاع قبل صدور حكم التحكيم، فهي قد تنقضي هذه الخصومة التحكيمية انقضاء مختصرا أو مبسترا قبل الفصل في الموضوع.

[1] – نفس المنهج سلكه المشرعان الفرنسي والمصري، فالمشرع الفرنسي أحال بالمادة (1471) من مرسوم 13 يناير 2011 المنظم للتحكيم الداخلي الجديد على نصوص قانون المرافعات (369– 376) التي تعالج انقطاع الخصومة، والمشرع المصري فقد أحال بالمادة (38) من قانون التحكيم المصري على تطبيق حالات وشروط الانقطاع الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (130).

1- الانقضاء المختصر لخصومة التحكيم:

قد تنقضي خصومة التحكيم انقضاء مختصرا مبسترا أم بسبب موضوعي أو بسبب إجرائي.

أ- الأسباب الموضوعية للانقضاء المبستر لخصومة التحكيم:

تنقضي خصومة التحكيم انقضاءا مختصرا أو مبسترا بسبب موضوعي قد يرجع إلى إرادة الخصوم، وقد يرجع إلى سبب لا يستند إلى إرادة الخصوم.

- الأسباب الموضوعية الإرادية التي تؤدي إلى انقضاء الخصومة انقضاءا مبسترا.

تلعب الإدارة دورا كبيرا وهاما في مجال التحكيم، وبالتالي فطالما تستطيع إنشاء نظام التحكيم، فهي بدورها تستطيع إنهاءه وذلك بسبب الصلح بين طرفي التحكيم في غير مجلس التحكيم أو أمامه[1].

أو إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع، فلهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وبالتالي تنقضي خصومة التحكيم وتنتهي الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ.

كما قد يتفق طرفا التحكيم على وضع حد لخصومة التحكيم، فعلى هيئة التحكيم التقيد بذلك طالما توافرت الأهلية اللازمة لهذا الاتفاق، ولم يكن مخالفا للنظام العام أو

[1] - الملاحظ أن قانون التحكيم الداخلي والدولي الجزائري قد تجاهل التحكيم بالصلح وحصر التحكيم بالتحكيم بالقانون، ولكن التحكيم الدولي ترك لسلطان الإرادة حرية اختيار الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة، وإلا فالمحكمون يحددون الإجراءات وليس ما يمنع في القانون الجديد الإحالة إلى تحكيم بالصلح ويكون التحكيم بالصلح والعدل والإنصاف نابعا من سلطان الإرادة والحرية المتاحة لسلطان الإرادة في اختيار إجراءات المحاكمة التي فيها تحكيم بالصلح أو ضبط المحكمين نظام تحكيمي يكون فيه تحكيم بالصلح والعدل والإنصاف، وإذا كان التحكيم بالصلح فيجب أن يراعي الحكم كل قواعد التحكيم بالصلح ولا يشد على القواعد الأساسية من حيث الوجاهية وحق الدفاع.

للآداب العامة، وبالتالي فقد يتراءى لأطراف التحكيم أن مصلحتهم جميعا في الالتجاء إلى قضاء الدولة بدلا من السير في إجراءات التحكيم، فعندئذ يجب احترام رغبتهم في ذلك.

– الأسباب الموضوعية غير الإرادية للانقضاء المبستر للخصومة:

قد تنقضي خصومة التحكيم بسبب موضوعي غير إرادي مثل وفاة أحد أطراف العقد[1]، فتنقضي خصومة التحكيم قبل الفصل في موضوعها، وكذلك في حالة اتحاد الذمة بين كل من المدعي والمدعى عليه، بأن يصبح المدعي وارثا للمدعي عليه، أو العكس، فهنا ينقضي موضوع التحكيم، وبالتالي تنتهي خصومة التحكيم بسبب موضوع لا إرادي.

ب–الأسباب الإجرائية للانقضاء المختصر للخصومة

تتعدد الأسباب الإجرائية التي تؤدي إلى انقضاء مختصرا منها ما يرجع للإدارة ومنها ما يرجع إلى إرادة أحد طرفي التحكيم على النحو التالي:

– الأسباب الإجرائية الإرادية التي تؤدي إلى الانقضاء المختصر للخصومة من الأسباب الإجرائية الإرادية التي تؤدي إلى الانقضاء المختصر للخصومة.

ترك الخصومة: لم يتضمن قانون التحكيم الجزائري نصا صريحا ينظم حالات ترك الخصومة وبذلك يعمل بالآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية[2]، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فالتنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة[3]، إذا فخصومة التحكيم تنتهي بصدور قرار من الهيئة التحكيمية بإنهاء الإجراءات إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم بناءا على طلب المدعي عليه، بشرط أن يؤسس طلب المدعي عليه على أساس مشروعه[4]، وبالتالي يستطيع المدعي التنازل عن دعواه صراحة وبوضوح طالما لم يمانع المدعي عليه في ذلك ومن ثم على هيئة

[1] – المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] – المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] – المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التحكيم إجابة طالب الترك إلى مطلبه طالما اخطر المدعي عليه به، بأية وسيلة ولم يعترض معارضة جدية، وتقدر هيئة التحكيم مصلحة المدعي عليه الجدية في استمرار الإجراءات من عدمها.

إن الترك يعتبر تصرفا قانونيا إجرائيا بإرادة منفردة لذلك يجوز الرجوع عنه صراحة أو ضمنا، كان يعلن التارك خصمه الخبير المقدم في الدعوى وان يوجه إليه طلباته الختامية وذلك شريطة أن يتم قبل قبول الطرف الأخر للترك أو الحكم به، من قبل هيئة التحكيم فإذا كان الطرف الأخر قد قبل الترك تعين القضاء بإثباته دون الاعتداء برجوع التارك عنه.

ويترتب على قبول طلب الترك إلغاء جميع إجراءات التحكيم بما فيها طلب التحكيم وبالتالي انقضاء الخصومة التحكيمية، واعتبارها كان لم تكن ومن ثم عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء الخصومة، ولكن يبقى الحق الموضوعي والحق في الدعوى قائما رغم انتهاء الخصومة، وبهذا فان طالب الترك يستطيع أن يحرك إجراءات التحكيم من جديد[1]، بطلب جديد طالما من حقه في الدعوى لم ينقض بالتقادم أو بسبب آخر كانقضاء أمد التحكيم.

انقضاء ميعاد التحكيم ألاتفاقي دون الفصل في النزاع:

إذا انقضى ميعاد التحكيم المحدد اتفاقا دون الفصل في موضوع النزاع فإن التحكيم ينقضي ويعتبر كان لم يكن[2]، ويكون للخصوم بالتالي طرح نزاعهم من جديد أمام القضاء ما لم يتفقوا على إحالته على التحكيم مرة أخرى بإجراءات جديدة.

وإذا لم يتفق طرفا التحكيم على أجل محدد لإصدار الحكم أو وقع اتفاقهم بشأنه باطلا فإن مهلة التحكيم هي أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أي آخر واحد منهم.

[1] – المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والتمديد جائز وهو لسلطان الإرادة، فإن تعذر فيعود الأمر للنظام التحكيمي المطبق[1]، الذي تطبق مهلة، فإذا انقضت ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق على التمديد يعود الأمر إلى القضاء المختص هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي.

تزول سلطة هيئة التحكيم إذا انقضى الأجل دون الفصل في موضوع النزاع مما يعطي الحق للخصوم في رفع دعواهم ومتابعتها أمام القضاء، ولكن لا تسقط الأحكام أو الإجراءات التي اتخذت أثناء الأجل طالما أن موضوع التحكيم يقبل التجزئة، أما إذا كان لا يقبل التجزئة، فإن الأحكام التي صدرت أو الإجراءات التي اتخذت تسقط بدورها.

– الأسباب الإجرائية غير الإرادية للانقضاء المختصر للخصومة يوجد سببين هامين.

عدم جدوى الاستمرار في إجراءات التحكيم أو استحالتها لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب احد الخصوم أن تصدر قرارا بإنهاء إجراءات التحكيم وذلك إذا رأت لأي سبب عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم، لتعذر الحصول على المستندات الكافية لإظهار الحقيقة.

إنهاء إجراءات التحكيم بسبب التقصير أو الإهمال:

إذا ما ارتأى لهيئة التحكيم بان المدعي قد ثبت إهماله أو تقصيره كان بلم يقدم دون عذر مقبول بيانا مكتوبا بدعواه فهنا للهيئة أن تأمر بإنهاء الإجراءات ومن ثم انقضاء الخصومة واعتبارها كان لم تكن، وبالتالي عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء الخصومة، ولكن دون تأثير على الحق الموضوعي ولا على الحق في الدعوى، وبالتالي لأي طرف الحق في تحريك إجراءات التحكيم من جديد.

[1] – الفقرة الأولى من المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2- الانقضاء الطبيعي لخصومة التحكيم:

ذكرنا سابقا بأن إجراءات الخصومة التحكيمية إذا ما عرض لها ما يجعلها تتوقف أو تنقطع فإنها تنتهي انتهاءا مبسترا، أما إذا مرت تلك الإجراءات سليمة فإن الخصومة التحكيمية تكون قد انتهت نهاية طبيعية ويصدر بشأنها حكم منه للنزاع القائم بين الأطراف.

المطلب الثالث: تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على منازعات العقود الإدارية الداخلية

إن قانون التحكيم الجزائري الجديد لم ينص بما فيه الكفاية والصراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإنما يمكن أن يستنتج ذلك من بعض أحكامه، فانه اقتدى بالتوجيهات العالمية، وخاصة تلك المعبر عنها بالقانون النموذجي حيث ذكرت المادة 1019 من قانون التحكيم الجزائري الجديد أنه:" تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، كما نذكر إن المادة 1043 من نفس القانون هي التي ميزت التحكيم الدولي بأحكام إجرائية تختلف عما هو مقرر بالنسبة إلى التحكيم الداخلي، نستطيع القول أن أطراف النزاع يتمتعون بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بينهم سواء فيما يخص القانون الإجرائي أو القانون المطبق على موضوع النزاع مما يعود هذا الاختصاص في تحديد هذا القانون إلى الهيئة التحكيمية وهذا ما سييتم بيانه في الفروع التالية:

الفرع الأول: القانون الذي يجب تطبيقه على المسائل الإجرائية

يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى القانون الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم فطبقا لأحكام المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص:" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة استنادا إلى

نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تتنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم.

وعليه فقد عددت هذه المادة حالات لاختيار القانون الإجرائي، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لما منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم[1] مباشرة أو بناءا على نظام تحكيمي وأخذت المادة نفسها في الحسبان عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الإجرائي، فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة، أو بالاستناد إلى قانون معين أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي.

يتبين من هذه المادة أنها تعطي للأطراف ثلاث خيارات، اختيار القانون الإجرائي وهيب أن يضبط الأطراف الإجراءات اللازمة الإتباع بصفة مباشرة في اتفاق التحكيم وهذا المأخوذ به أغلب القوانين المقارنة ومنها القانون الفرنسي في المادة 1494 على أن يحدد الأطراف في اتفاق التحكيم قواعد للإجراءات المعمول بها في نظام تحكيمي معين، بمعنى أن للأطراف حرية الأخذ بنظام مركز معين أو هيئة تحكيمية في اتفاق التحكيم وإن كان هذا يؤدي إلى توسع مجال حرية الإدارة في قانون التحكيم وما ينجر عنه من أثار ايجابية تجعل التحكيم أكثر مرونة إلا أن هذا الخيار قد ينجر عنه مساوئ وعراقيل كما هو المجال في إغفال إجراء جوهري أو إدراج إجراء مخالف النظام العام ولحقوق الدفاع في نظام معين، كما يمكن للأطراف من تحديد قانون الإجراءات وفقا لقانون وطني معين، وقد يكون قانون الطرف الجزائري أو الأجنبي ونلاحظ بوضوح استبعاد تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما استبعد الإحالة المباشرة إلى قواعد إجرائية لقانون مكان التحكيم.

[1] – نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة خميس مليانة، 2014، ص 75.

إلا أننا نشير إلى بعض الأحكام المنظمة لهذه المسالة في المادة 1046 فقرة 014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءا على طلب الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك " فهذه المادة تعطي لحكمة التحكيم اختصاص البت في التدابير الوقتية والتحفظية.

الفرع الثني: القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع

بالرجوع إلى نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف في غياب هذه الاختيارات فصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[1].

وعليه وطبقا لهذه المادة هناك حالتين يستطيع المحكم من خلالها تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه على النزاع.

أولا: القانون الذي اتفق عليه الأطراف

تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف قد يكون القانون الجزائري وقد يكون أي قانون آخر فالمادة 1050 المذكورة أعلاه لم تحدد قانون بعينه بل أكدت على حرية الأطراف وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فقد خول الأطراف إنشاء قواعد قانونية مختلفة لكي تنظم وتطبق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم، ومثال ذلك أن يتفق الأطراف في عقد نموذجي أو قواعد محددة وضعتها منطقة متخصصة كمنظمة التجارة الدولية، أو مزيجا من القواعد كان يختار الأطراف القانون المدني الجزائري لكي يحكم ضمان العيوب ويختار والمسالة التأخير نصوص القانون الفرنسي....الخ، وعليه فهيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك.

[1] – المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويرى بعض الفقهاء ضرورة تقييد هذه الحرية وعدم تركها على إطلاقها على أنه في جميع الأحوال يجب أن يراعي الأطراف في اختيارهم القانون المطبق على موضوع النزاع القواعد المتعلقة بالنظام العام فإذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإنه يجب أن يراعي المصالح العليا للمجتمع اقتصادية كانت أو اجتماعية أو سياسية فعلى سبيل المثال المنازعات المتعلقة بالعقار، لا تقبل التسوية بطريق التحكيم ولا يجوز للمحكمين الفصل فيها وفقا للقانون الأجنبي إذ تعتبر العقارات جزء من إقليم الدولة فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلا لقانون الجزائري.

وقد تتجه نتيجة إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة ليكون المطبق في النزاع أو لقانون أحد الأطراف، ومثال الأحكام الصادرة في هذا الشأن الحكم الصادر عام 1993 لصالح الطرف الجزائري مجهز السفينة، وشركة الملاحة الفرنسية بحيث قضت محكمة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، إذ كان الطرف الجزائري قد دفع بالمادة 25 من العقد الذي يربطه بالجانب الفرنسي والتي مفادها أن يخضع النزاع للقانون المختار من طرف المحكمين.

ثانيا: عدم تحديد القانون الواجب التطبيق

تنص المادة 1050[1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تفصيل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" يتضح من النص أن المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة فهو يختار القانون الذي يراه أنه أكثر ارتباطا واتصالا بالنزاع، وأمام مرونة النص الجزائري قد يجد المحكم أن القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع هو قانون إبرام العقد، أو مكان تنفيذه أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، المهم أن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الأطراف وبالتالي قد يختار المحكم أي قانون.

[1] – المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 08-09 مرجع سابق.

أن المادة 1496[1] لا تمكن من اختيار أي قانون فحسب بل اختيار " قواعد قانونية" الأمر الذي يعني أن الفرقاء هم أحرار في تحديد مزيج قانوني والتخلص من أي قاعدة إلزامية لجميع التشريعات ذات العلاقة، القواعد الفرنسية المتعلقة بالنظام العام الدولي، التي يلجأ لها أحد الفرقاء عندما يطلب تنفيذ القرار التحكيمي.

والمحكمون غير ملزمين بتطبيق نصوص القانون، الذي يقتضي تطبيقه لأنه القانون الملائم، بل أن لهم الحرية نفسها التي يتمتع بها الفرقاء في اختيارهم للقواعد القانونية التي يرون أنها ملائمة والتي تتناسب بشكل أفضل مع التوقعات المشروعة للفرقاء.

ويقابل المادة 1496 السابقة المادة 1511 من مرسوم 13 جانفي 2011 التي تنص على أنه " تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وإلا وفقا للقواعد التي تراها مناسبة وهي تأخذ الأعراف التجارية في الاعتبار في جميع الأحوال.

أما المشرع المصري عند تنظيمه للقواعد التي تطبقها هيئة التحكيم على موضوع النزاع لم تبتعد كثيرا عن أحكام القانون النموذجي المعد بواسطة اليونسترال حيث تنص المادة 39/[2] على أن:" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك فإرادة الأطراف في محل اعتبار عند طرح مسألة تحديد القانون الذي يجب أن يطبق على موضوع النزاع، لأنهم الأقدر على تصور نطاق المنازعة، ومن ثم وضع ما بلائمها من حلول مبتكرة لا نجد مصدرها في قانون معين وإنما في إرادة الأطراف مباشرة[3].

ومن خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نستقرء أن المشرع الجزائري يتبنى نفس النهج أو الاتجاه في التحكيم الداخلي، أي بإسناد

[1] – المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

[2] – المادة 39 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

[3] – محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 130.

مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى هيئة التحكيم إذا لم يختر الأطراف القواعد المحددة للفصل في الموضوع المتنازع عليه، كما رأينا في الحديث عن القانون الذي يجب تطبيقه على إجراءات التحكيم.

ويختلف الأمر بالنسبة لتصدي هيئة التحكيم فهي تلتزم وفقا للقانون الجزائري باختيار القانون الأكثر اتصالا بالنزاع مع أنها تتميز بسلطة تقديرية.

والمشرع الجزائري في هذا ليبس ببعيد عن المشرعين المصري والفرنسي بخصوص تنظيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث تنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري في الفقرة الثانية على أنه إذا:" لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع"[1].

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي نص على أن المحكم يفصل في النزاع بما يتناسب مع القواعد القانونية إلا إذا كان الفرقاء في الاتفاقية التحكيمية قد عهدوا البيه بمهمة إصدار قراره بوصفه محكما بالصلح"[2].

فقانون التحكيم الداخلي الفرنسي يفتح المجال واسعا للمحكم لكي يختار من القواعد القانونية ما يتناسب مع النزاع.

الملاحظ أن قانون التحكيم الجزائري الداخلي والدولي قد تجاهلا التحكيم بالصلح وحصرا التحكيم بالقانون[3].

أما قوانين مصر وفرنسا فتتضمن أحكاما متشابهة ففي مصر تنص المادة 39[4] على أنه يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن

[1] – المادة 39 فقرة 02 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

[2] – المادة 1478 من مرسوم 13 يناير 2011.

[3] – المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] – المادة 39 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون تقيد بأحكام القانون".

وكذلك المادة 1447[1] من قانون المرافعات المدنية الفرنسي السابق المتعلق بالتحكيم الداخلي التي تنص على أن " تحسم محكمة التحكيم النزاع وفقا لقواعد القانون طالما أن الأطراف لم يخولاها وفقا لاتفاق التحكيم إجراء تسوية بصفتها منشئة لمواءمة ودية "، والتي يقابلها في مرسوم 13 جانفي 2011 نص المادة 1478 التي تنص:" تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية إلا إذا منحها الأطراف مهمة النظر في الدعوى وفقا لقواعد العدل والإنصاف"، فالقاسم المشترك بين هذه النصوص هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أي كان مصدرها ولكن إذا تعلق الأمر بقواعد أمرة تمس النظام العام الداخلي فإن المحكم لا يمكنه التحرر منها حتى ولو كان مفوضا بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة التي لا يصطدم حكم التحكيم بالإبطال بسبب تعارضها مع النظام العام الدولي[2].

المبحث الثاني: صدور حكمن التحكيم وكيفية تنفيذه في منازعات العقود الإدارية الداخلية

إن التحكيم لما له من مزايا يتمتع بها من سرعة في الفصل في النزاع الناشئ بين أطراف العلاقة القانونية عقدية كانت أو غير عقدية فان لجوء الأطراف إلى التحكيم نتيجة لمزاياه وبصدور حكم التحكيم وهي النتيجة الطبيعية التي من أجلها دأب الفرقاء وهيئة التحكيم إلى بلوغ العدالة فنجد أن هيئة التحكيم بعد النظر في الدفوع وطلبات الخصوم وعقد جلسات استماع ومرافعة وسماع شهادة الشهود والخبراء يأتي الحكم كنتيجة لاقتناع هيئة التحكيم بالأدلة المقدمة من الخصوم ولإصدار حكم التحكيم يجب أن تتبع الهيئة

[1] – المادة 1447 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

[2] – محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 141.

مجموعة من الإجراءات وتلزم بالميعاد المحدد لها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية أو أحكام أولية قبل إصدار الحكم المنهي للخصوم.

وبصدور حكم التحكيم لابد من تنفيذه وإلا لا جدوى من التحكيم طالما أن الأحكام التي تصدر عنها لا تجد طريقها للتنفيذ ولا تجوز حجية الشيء المقضي فيه، ولهذا كان لزاما على مختلف التشريعات الاعتراف بأحكام التحكيم وتقبل تنفيذها طالما سمحت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات وهذا ما سنستعرضه في المطالب التالية.

المطلب الأول: صدور حكم التحكيم

بمجرد صدور حكم التحكيم يكون الهدف من للتحكيم أو من اللجوء لنظام التحكيم قد أكمل المهمة وهي النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية برمتها حيث تباشر المحكم أو المحكمين العملية التحكيمية من البداية بمجرد قبولهم القيام بالتحكيم بإرادتهم لينتهي بصدور حكم تحكيمي ينهي النزاع الناشئ بين الأطراف.

الفرع الأول: صدور حكم التحكيم في التشريع الجزائري

أولا: ما هو حكم التحكيم ؟ وما هي أنواعه ؟

1- تعريف حكم التحكيم

لم يعرف التشريع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحكم التحكيمي، ولا نجده في معظم التشريعات وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى تعريف حكم التحكيم من الجانب الفقهي والجانب القضائي.

أ- التعريف الفقهي:

نجد في التعريف الموسع حيث نجد " E. GAILLAR " يعرف الحكم التحكيمي أنه الحكم الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسالة تتضمن بالإجراءات أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة، وبالرجوع إلى التعريف

الضيق فقد عرفه مجموعة من الفقهاء من بينهم REYMOND POURET L'ALIVE على أن الحكم التحكيمي القابل للطعن بالبطلان هو ذلك الحكم الذي يفصل في طلب محدد وأن القرارات التي تفصل في مثل هذه الطلبات لا تعد أحكام تحكيمية إلا إذا انتهت بشكل جزئي أو كلبي منازعة التحكيم.

ب- التعريف القضائي لحكم التحكيم

هي أعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو جزء من النزاع المعروض عليهم سواء في أساس النزاع أو في الاختصاص أو في إجراءات المحاكمة وتهدف لوضع حد نهائي للدعوى[1].

أنواع الحكم التحكيمي:

يصدر الحكم التحكيمي على عدة أنواع أهمها المذكورة في المادتين 1035 و 1049 والتي تتمثل في الحكم التحكيمي النهائي (الكلي)، الحكم التحكيمي الجزئي، الحكم التحكيمي الاتفاقي والحكم التحكيمي التحضيري.

أ- الحكم التحكيمي النهائي:

هو الحكم الذي يفصل في كامل النزاع وتنتهي ولاية المحكم من خلاله، وذلك بعكس أحكام التحكيم الوقتية والجزئية التي لا تنهي مهام المحكم فحكم التحكيم النهائي هو الحكم الذي ينهي الإجراءات التحكيمية، وإذا كان مفهوم النهائية في الأحكام القضائية يعني أن الحكم القضائي قد أصبح غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، فإن مفهوم النهائية في أحكام التحكيم لا علاقة له بالطعن بل له معنى خاص هو أن الحكم قد فصل في جميع النقاط التي طرحت على هيئة التحكيم وتم الفصل فيها.

[1] – فرتاس الزهرة، مرجع سابق ص 63.

ب- الحكم التحكيمي الجزئي:

يتوجب على المحكمين حل بعض المسائل أثناء سير الخصومة دون انتظار نهاية هذه الأخيرة، ويتم حل هذه المسائل عن طريق الأحكام التحكيمية الجزئية إن وافق الأطراف على ذلك طبقا للمادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالحكم التحكيمي الجزئي هو الحكم الذي يفصل في جزء من النزاع لذا فهو لا ينهي ولاية الهيئة التحكيمية، وأن استنفاذ ولايتها يقتصر على ما فصلت فيه لا غير وبذلك فإن حكم التحكيم الجزئي هو حكم موضوعي يفصل في جزء من النزاع وليس حكما وقتيا[1]

ج- الحكم التحكيمي الاتفاقي:

يصدر التحكيم كقاعدة عامة بناء على إرادة الأطراف وما دام أن هؤلاء الأطراف رغبوا في التسوية وإعطائها الطابع الإلزامي عن طريق صبها في قرار تحكيمي اتفاقي فهذا لا يتعارض مع روح التحكيم الذي يهدف أساسا إلى حل النزاع بكيفية سريعة وسرية ومرضية للأطراف وبأقل التكاليف.

د- الحكم التحكيمي التحضيري:

يسمى في بعض التشريعات الحكم التمهيدي، وهو حكم ليس فاصلا في موضوع النزاع كليا أو جزئيا وليس منهيا للخصومة كما أنه لا يصدر في طلب وقتي فهو يرمي إلى تمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي[2].

ثانيا: إصدار الحكم التحكيمي

حكم المحكم هو الخاتمة الطبيعية والنهائية للخصومة التحكيمية ويصدر عادة بعد تمكين أطراف الخصومة من تقديم ما يعني ذلك من مستندات ووثائق ودفوع وتأتي

[1] – زيري زهية، مرجع سابق ص 122.

[2] – فرتاس زهرة، مرجع سابق ص 60.

المرحلة الأخيرة من نظام التحكيم وهي المداولة التي يتبعها إصدار الحكم وعليه سيتم التطرق إلى المداولة ثم صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية.

1- المداولة:

المداولة هي المشاورات بين قضاة المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء الموافقة وقبل النطق به وتتم المداولة سرا، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري حيث نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون مداولات المحكمين سرية"[1].

يمكن تبرير ذلك بضرورة كفالة قدرا من الحرية للمحكمين في إبداء الرأي والتشاور دون الوقوع في الحرج الذي قد يتعرضون له في حالة السماح للأطراف أو ممثليهم بالحضور أثناء المداولة[2]، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تمت المداولة بشكل علني فإن ذلك يفتح الباب أمام إمكانيات الطعن بالبطلان في الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم.

2- صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية:

معنى الأغلبية هي النصف زائد واحد، ولقد نص المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن فكرة الأغلبية وقد نقلها حرفيا عن المشرع الفرنسي بموجب المادة 1470 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أن فكرة الأغلبية تتولد عن فعالية المداولة التي يجريها المحكمون أعضاء هيئة التحكيم لأنه من المبادئ الأساسية أن يصدر الحكم من المحكم الذي كلف بالمهمة وسمع المرافعة وفي حدود سلطته فالمهمة ذات طابع شخصي.

[1] – المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق ص 334.

وقد نص المشرع الجزائري عن صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية في نص المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات"[1].

ثالثا: محتوى الحكم التحكيمي وآثاره

يقصد بمحتوى الحكم التحكيمي هو مختلف البيانات التي يحتويها وعليه سيتم التطرق إلى المحتوى ثم الآثار المترتبة عليه.

1- محتوى الحكم التحكيمي:

البيانات التي يحتويها الحكم التحكيمي، وهي بيانات موضوعية وأخرى شكلية فهي منصوص عليها صراحة في المواد 1027 ، 1028، 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أ- البيانات الموضوعي:

يقصد بها ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم وكذا التسبيب.

ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم:

استنادا إلى نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن محكمة التحكيم ملزمة بتضمين حكم التحكيم بعرض موجز لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم على الأقل، بمعنى أن المحكم يمكنه الاجتهاد في اختزالها وحصرها، لكن شرط أن لا يكون الاختزال ناقصا، فلا يجوز للمحكم السهو عن ذكر مسالة أو حجية لها أهمية وإذا ما فضل المحكمون سرد مقالات الأطراف حرفيا، فهذا غير مخل بالحكم التحكيمي وهو ما لجا إليه معظم المحكمين وحسنا ما فعلوا.

[1] – المادة 10269 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يقصد بموجز الطلبات والدفوع هو تلك البيانات الجوهرية المؤثرة في النتيجة، وورود البيانات المتعلقة بدفع الخصوم ودفاعهم الجوهري، أمر وجوبي ولازم وإغفاله بالحكم التحكيمي يعرضه للبطلان، ولا يكفي إرفاق الأوراق أو العرائض أو المستندات لان الحكم التحكيمي يجب أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته، بحيث لا يقبل تكملة ما نقص به من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر.

- التسبيب:

يجب على المحكم أو المحكمين حسب تشكيل المحكمة أن يتم تسبيب الأحكام التي يصدرونها سواء كانت جزئية أو كلية ابتدائية أو نهائية، تسبيب الحكم غاية نبيلة من المحكم، ففي وجوب تقديم الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها القرار سواء كان جماعيا أو فرديا، وتسبيب الأحكام إملاء الحقيقة المتنازع عليها فالأسباب هي روح ولب الحكم وذلك لأهميتها باعتبارها تحقق عدة ضمانات من بينها التحقق من أن المحكمة التحكيمية قد اطلعت على جميع وقائع الخصومة وجميع المستندات المقدمة واطلعت على كل ما أبداه الخصوم من طلبات ودفوع، التأكيد من أن المحكم قد استخلص الوقائع الصحيحة، وكيفية التكييف القانوني ورتب عليها الآثار القانونية اللازمة، التحقق من عدم تحيز المحكم فدراسته لجميع نقاط النزاع المعروضة عليه الواقعية القانونية، دراسة معمقة تمكنه من استخلاص الحجج التي يستند عليها في الحكم ويقصد بالأسباب الواقعية بيان الوقائع والأدلة التي يستند عليها الحكم في تقرير الواقعة الأساسية[1].

ب- البيانات الشكلية:

لقد نص المشرع بموجب المادتين 1028 و 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذه البيانات.

[1] - خليل بوصنوبر، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص 91.

حيث نصت المادة 1028 من ذات القانون على:" يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1- اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2- تاريخ صدور الحكم.

3- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء[1].

أما المادة 1029 من نفس القانون، نصت على بيان آخر وهو التوقيع، فهذا الأخير يكون بالإجماع من قبل كل المحكمين كقاعدة عامة، والاستثناء يكون في حالة التوقيع بالأغلبية، ففي الاستثناء يشير بقية المحكمين على امتناع الأقلية دون ذكر أسباب الامتناع ويرتب الحكم أثره على أساس أنه موقع بالإجماع.

2- اثر الحكم التحكيمي:

سنقوم بالتطرق إلى الآثار المترتبة عن صدور الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي حجية الشيء المقضي فيه وكذا استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم.

أ- حجية الشيء المقضي فيه:

يرى الفقه الحديث أن حجية الشيء المقضي فيه هي مركز ثانوي إجرائي ينشئ العمل القضائي، يؤدي إلى تقيد أطراف الخصومة بمنطوق الحكم لما يلتزم القاضي بهذه الحجية، بأن يحترم هذا الرأي وأن يمتنع عن الفصل فيه من جديد، لقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن حجية الشيء المقضي فيه بموجب المادة 1031 منه:"

[1] – المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، 08-09 مرجع سابق.

تجوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"[1].

ب- استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم:

المعنى اللغوي للاستنفاذ، أي استفرغ جهده في الخصومة بمعنى نفذ أي فنى وذهب، أما المعنى الاصطلاحي فهو زوال سلطة القاضي أو المحكم في مسالة معينة بحيث لا يجوز الرجوع ثانية إلى مباشرة سلطة استنفاذها.

قد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1030 منه على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

تعتبر استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم قاعدة عامة، ولكن هناك استثناءات لهذه القاعدة، ولقد نصت عليها المادة 2/1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل الحكم أو تصحيح الأخطار المادية والاغفالات التي تشو به وذلك طبقا للأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم في التشريعات المقارنة

لقد تحدثنا عن صدور حكم التحكيم في العقود الإدارية الداخلية في التشريع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا انه تختلف كيفية صدور هذا الحكم من دولة لأخرى وهذا ما يؤدي بنا إلى معرفة كيفية صدوره في التشريعات المقارنة ومن هذه التشريعات التشريع الفرنسي والتشريع المصري.

أولا: كيفية صدور حكم التحكيم في التشريع الفرنسي

إن الصفة القضائية التي يسم بها القرار التحكيمي سواء كان التحكيم بالصلح أو بالقانون، تبرز بشكل واضح في قانون التحكيم الجديد، فالقرار التحكيمي يجب أن يصدر

[1] – المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بنتيجة مذاكرة[1]، وأن يكون معللا[2] وأن يصدر بالأكثرية[3]، وله قوة القضية المقضية بمجرد إصداره[4]، وبالإمكان الطعن به أمام المراجع القضائية[5].

1- سرية المذاكرة:

تحديد بأن" مذاكرة للمحكمين يقتضي أن تكون سريته"[6] فإن قانون المرافعات المدنية الفرنسي تبنى القاعدة المطبقة على الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة[7]، ومن جهة أخرى وفي حين أن قانون المرافعات المدنية القديم قد أدخل نظام المحكم الثالث المرجح في حالة تعاكس التصويت[8] مؤديا في الواقع إلى قرار يقتضي أن تتأمن له الأغلبية فإن قانون المرافعات المدنية الجديد قد تخلى عن هذا النظام وأكد بوضوح أن القرار التحكيمي يصدر بأغلبية الأصوات[9].

وهذه القاعدة الجيدة تسير في نفس الاتجاه الذي يسير فيه عدد المحكمين[10]، ويجب اعتبار القرار التحكيمي الصادر بالأغلبية غير مناقض لمبدأ سرية الذاكرة بل منسجما مع قاعدة أن القرار التحكيمي يصدر بأكثرية الأصوات، وبالتالي فإن المحكم الذي يرفض التوقيع على الحكم يفهم امتناعه عن التوقيع من هذه الزاوية.

[1] – المادة 1469 من مرسوم 13 يناير 2011.
[2] – المادة 1471 من مرسوم 13 يناير 2011.
[3] – المادة 1470 من مرسوم 13 يناير 2011.
[4] – المادة 1476 من مرسوم 13 يناير 2011.
[5] – المادة 1486 من مرسوم 13 يناير 2011.
[6] – المادة 1469 من مرسوم 13 يناير 2011.
[7] – المادة 1448 من مرسوم 13 يناير 2011.
[8] – المادتان 1017 و 1018 من قانون المرافعات القديم.
[9] – المادة 1470 من مرسوم 13 يناير 2011.
[10] – المادة 1453 من مرسوم 13 يناير 2011.

2- تحليل الحكم التحكيمي:

ينص قانون التحكيم الداخلي على أن القرار التحكيمي يبج بان يكون معللا[1]، وذلك تحت طائلة البطلان[2]، وهذا الشرط الذي يعتبره الاجتهاد من متطلبات النظام العام، يطبق يطبق على التحكيم بالقانون.

3- مضمون القرار التحكيمي:

يقتضي أن يعرض القرار التحكيمي بإيجاز لأقوال الفرقاء المتقابلة[3] كما يجب أن يحتوي القرار على[4]:

- اسم المحكمين الذين أصدروه.

- تاريخ القرار، وهذا ما يمكن من التحقيق بان القرار قد صدر ضمن المهلة.

ومن جهة أخرى، فإن القانون الجديد قد حدد" إن القرار التحكيمي يقتضي أن يكون موقعا من المحكمين جميعا، وفي جميع الأحوال، إذا رفضت الأقلية منهم التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك في متن القرار، ويكون للقرار التحكيمي المفعول نفسه كما لو كان وقع من قبل المحكمين جميعا"[5].

وذلك بهدف منح الأقلية المعارضة للقرار من شأنه وجعله كأنه غير موجود من خلال التمتع عن التوقيع، ولكن بينها الإشارة إلى اسم المحكمين وتاريخ القرار وكذلك توقيعه من المحكمين أو أكثريتهم، هي أمور مطلوبة تحت طائلة البطلان[6]، فان أمور أخرى أدرجت في القانون الجديد، دون أن يكون نتيجة إغفالها البطلان:

---

[1] -الفقرة 02 من المادة 1471 من مرسوم 13 يناير 2011.

[2] - المادة 1480 من مرسوم 13 يناير 2011.

[3] -الفقرة 01 المادة 1471 من مرسوم 13 يناير 2011.

[4] - المادة 1472 من مرسوم 13 يناير .2011

[5] - المادة 1473 من مرسوم 13 يناير 2011.

[6] - المادة 1480 من مرسوم 13 يناير 2011

– المكان الذي صدر فيه القرار، وهذا يمكن تحديد الصلاحية المكانية التي يتعلق بها مصير الصيغة التنفيذية للقرار.

– أسماء الفرقاء بالكامل، وكذلك محل إقامتهم أو مركزهم الرئيسي وإذا اقتضى الأمر أسماء المحامين أو أي شخص مثل أو عاون الفرقاء.

4- القواعد المطبقة في النزاع:

ينتج عن قانون التحكيم الداخلي الجديد أن" المحكم يفصل في النزاع بما يتناسب مع القواعد القانونية، إلا إذا كان الفرقاء في الاتفاقية التحكيمية، قد عهدوا إليه بمهمة إصدار قراره بوصفه محكما بالصلح[1]، وفي الحالة التي لا يكون فيها اختيار التحكيم بالصلح محددا بصورة واضحة في الاتفاقية التحكيمية، يقتضي أن يتم التحكيم بصورة إلزامية بما يتوافق مع القانون، كذلك في الحالة التي يتنازل فيها الفرقاء عن الاستئناف، يفترض بأنهم قد اختاروا التحكيم بالصلح.

وفي كل الأحوال إذا كان اختيار التحكيم بالصلح يدفع إلى تقييد تطبيق القانون إلا أنه يلغيه ويبقى التحكيم بالصلح مقيدا بالنظام العام.

5- القرار التحكيمي يتمتع بقوة القضية اعتبارا من وقت الصدور اتخذ المشرع موقف مضادا لموقف الاجتهاد الصادر عن محكمة التمييز التي اعتبرت القرار التحكيمي لا يتمتع بقوة القضية المقضية إلا بعد اكتسابه الصيغة التنفيذية التي تمنح إليه من المحكمة القضائية المختصة، ويذهب القانون الجديد إلى أن القرار التحكيمي يكتسب قوة القضية منذ صدوره[2].

6- المحكم يفسر القرار التحكيمي ويصحح أخطاءه ويكمل نواقصه:

[1] – المادة 1474 من مرسوم 13 يناير 2011.

[2] – المادة 1475 من مرسوم 13 يناير 2011.

إن القرار التحكيمي يرفع يد المحكم عن النزاع الذي فصل فيه ولكن للمحكم صلاحية تفسير القرار التحكيمي وتصحيح أخطائه المادية واستكمال نواقصه عندما يكون قد أغفل البت في احد الطلبات[1]، ولكن ذلك يفترض أن يكون بالإمكان جمع المحكمة التحكيمية مجددا وإلا فتعود الصلاحية للمحكمة القضائية التي كانت ستصبح صالحة لو لم تتشكل المحكمة التحكيمية وتمارسي مهامها، وقد حسم القانون الجديد هذه النقطة التي كانت مدار جدل واسع في القانون القديم إذ أكد على القاعدة التي بموجبها يكون للمحكم صلاحية عامة وهو الأصل والقاضي هو قاضي الفرع.

ثانيا: كيفية صدور حكم التحكيم في التشريع المصري

1- المداولة:

تنص المادة 40 من قانون التحكيم المصري على أن: " يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

ويتضح لنا من فحوى نص المادة 40 أنه لا محل للمداولة إذا تألفت هيئة التحكيم من محكم واحد أما إذا تالف–ت من أكثر من محكم واحد فإن الحكم لا يصدر بغير مداولة وإلا كان باطلا لتعلق المداولة بالنظام العام لأنها تكفل احترام حقوق الدفاع وترجع أهمية المداولة إلى أنها هي التي تسمح للمحكمين بفحص القضية ومناقشة مختلف جوانبها مناقشة شفهية وتبادل الرأي حولها بين المحكمين حتى يستطيع كل محكم تكوين رأي معين بشأنها والوصول إلى الإجماع أو الأغلبية اللازمة لصدور الحكم.

وتحدد محكمة التحكيم طريقة المداولة من حيث ما إذا كانت تستلزم إجماع كل المحكمين في مكان واحد أو يكفي تبادل الرأي عن بعد وتوقيع كل المحكمين أو أغلبيتهم على الحكم جماعة أو فرادى وذلك ما لم يتفق الطرفان على إتباع طريقة محددة في المداولة إنما يلزم في جميع الأحوال أن تكون المداولة سرية وان تقتصر على المحكمين

[1] – المادة 40 من قانون التحكيم المصري.

الذين تتألف منهم محكمة التحكيم، وذلك لضمان استقلال المحكمين وعدم تأثرهم بآراء أو بمواقف الأطراف في النزاع أو غيرهم لذا قيل بأن مهمة المحكمين تحمل طابع شخصي بحت.

وصدور حكم التحكيم بأغلبية الأصوات يفترض ذلك بداهة تعدد المحكمين إذ يكفي في هذه الحالة صدور الحكم بأغلبية أرائهم، ولا تلتزم أقلية المحكمين للانضمام إلى أغلبيتهم بعكس الحال في القضاء وإنما يكون للأقلية الخيار بين رفض توقيع الحكم وبين توقيعه مع ذكر رأيهم المخالف لرأي الأغلبية دون أن ينال ذلكم من سلامة الحكم[1].

2- شكل ومضمون حكم التحكيم:

يجب أن يكون الحكم مكتوبا لكي يعتبر أن صدوره وهو ما يشترط من اشتمال الحكم على بيانات معينة واشتماله على أسبابه فضلا على وجوب توقيعه من المحكم أو المحكمين إلا انم قانون التحكيم المصري نص صراحة في المادة 1/43 بقولها:" يصدر حكم التحكيم كتابة....الخ"[2]، وفضلا على البيانات التي أوجبت المادة 3/43 من قانون التحكيم المصري " اشتمال حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا"[3] وتنفيذ هذه البيانات أن حكم التحكيم لا يختلف عن الحكم القضائي من حيث وجوب اشتماله على مجموعة من البيانات الأساسية الكافية لمعرفة موضوع النزاع والخصوم وطلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم والهيئة التي أصدرت الحكم ومنطوقة وأسبابه بحيث يبكون الحكم عنوانا للحقيقة بمختلف عناصرها.

ولا يكون الحكم قد صدر برغم كتابته واشتماله على البيانات التي أوجبها المشرع إلا بتوقيعه من المحكم أو المحكمين الذين أصدروه، وإن كان يكتفي بتوقيع أغلبيتهم فقط

[1] – حسن المصري، مرجع سابق ص 454.

[2] – المادة 43 من قانون التحكيم المصري.

[3] – المادة 43 من قانون التحكيم المصري.

فقد نصت المادة 43 من قانون التحكيم المصري على أن حكم التحكيم:" يوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

3- إيداع الحكم ونشره:

تشترط القوانين الوطنية المصرية إيداع حكم التحكيم بقلم كتاب المحكمة التي يوجد فيها القاضي الذي يأمر بتنفيذه لكي يحصل الحكم على هذا الأمر.

نصت المادة 47 من قانون التحكيم المصري على:" يجب على من يصدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صدوره موقعة منه..... ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر"[1].

ومن حيث المدة التي يجب فيها الإيداع لم يحددها المشرع المصري فيجوز إيداعه في أي وقت، وأخيرا فمن جهة وجوب قيام كاتب المحكمة بتحرير محضر بالإيداع فقد تقرر هذا الواجب في القانون المصري وتظهر أهمية هذا المحضر من حيث أن يبين لذوي الشأن ماهية الأوراق أو المستندات التي تم إيداعها والشخص الذي قام بالإيداع وتاريخ الإيداع، كما يتخذ هذا المحضر دليلا على حصول الإيداع، إنما لا يترتب على عدم إيداع حكم التحكيم أو عدم إيداع صورة اتفاق التحكيم أو عدم احترام الميعاد المقرر للإيداع أي أثر على حكم التحكيم فلا يبطل لأي سبب من الأسباب[2].

أشار المشرع المصري في نص المادة 2/44 من قانون التحكيم المصري على أنه:" لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم"[3]، وهذا النص له أهمية لأنه يقرر مبدأ عدم جواز نشر حكم التحكيم إلا إذا ارتضى الطرفان ذلك، إذ قد

[1] – المادة 47 من قانون التحكيم المصري.

[2] – الدكتور حسني المصري، مرجع سابق ص 455.

[3] – المادة 44 من قانون التحكيم المصري.

يحرصان على عدم إفشاء أسرار النزاع وكشفها للغير، وبالتالي لا يجوز للمحكم ولا لأي من الطرفين نشر الحكم ما لم يوجد ذلك الاتفاق وإلا كان مسؤولا عن تعويض الأضرار الناجمة عن النشر.

اعتمادا على إبلاغ الحكم التحكيمي ديوان المحكمة القضائية هو تاريخ يصبح للحكم بعده حجية الشيء المقضي فيه.

المطلب الثاني: كيفية الطعن في القرار التحكيمي

أن اتفاق الأطراف على التحكيم تعبر عن سلطان الإرادة حيث يعبرون على إرادتهم في حل النزاع الناشئ بين الأطراف عن طريق التحكيم واستبعاد كل تدخل لقضاء الدولة إلا أنه لا يعني هذا التخلي عن حقهم في الرجوع إلى قضاء الدولة من أجل إصلاح أي خلل شاب حكم التحكيم من أخطاء فمن المعمول به والمتعارف عليه في سير العدالة في المجتمع انه تتاح الفرصة دائما أمام المحكوم عليه في اللجوء إلى القضاء الوطني لتدارك ما وقع فيه حكم التحكيم من أخطاء لذا نرى أن المشرعون في كل المعمورة والمشرع الجزائري بالأخص عنى عناية شديدة بتنظيم طرق لمراجعة حكم التحكيم أمام قضاء الدولة وعليه سنتطرق إلى الطعن في كل من التشريع الجزائري وكذا في التشريعين الفرنسي والمصري.

الفرع الأول: الطعن في القرار التحكيمي في التشريع الجزائري

الطعن في حكم المحكمين أو السعي إلى إبطال هذا القرار وهو مهاجمة الحكم المطعون فيه من خلال إجراءات وطرق محدد قانونا على سبيل الحصر، يطلق عليها طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمين.

أولا: طرق الطعن العادية

نجد المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد خصص طريقة واحدة من طرق الطعن العادية أمام المحاكم وهي الاستئناف، فأحكام التحكيم الداخلي

غير قادرة للمعارضة وهذا استنادا إلى نص المادة 1032 منه، كما تجدر الإشارة بالذكر أن المشرع الجزائري فرق بين للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فأما التحكيم الداخلي فتح باب القضاء أمام استئناف الحكم التحكيمي إلا إذا اتفق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم حسب نص المادة 1033 التي تقرر " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكم[1].

وإذا لم يكمن الحكم التحكيمي قابلا للاستئناف فهو غير قابل للنقض لأن القرارات الاستئنافية وحدها تكون قابلة للنقض " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"[2].

الاستئناف:

سمح المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باستئناف حكم التحكيم الداخلي باستثناء اتفاق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف في اتفاق التحكيم بحيث يمكن للأطراف طلب مراجعة الحكم موضوعيا أو بطلانه[3]، كما أشرت سابقا وأمام الاستئناف تنشر الدعوى مجددا، وكما يمكن القوة لأن الاستئناف ليست له شروط ولا أسباب، فالدعوى تنشر أمام محكمة الاستئناف ومن اختصاص محكمة الاستئناف فسخ الحكم التحكيمي المستأنف والتعرض لأسباب النزاع وقانون التحكيم الجزائري لم يحدد في التحكيم الداخلي أسباب الإبطال وبالتالي الحكم التحكيمي قابل للاستئناف كدرجة ثانية للمحاكمة، ومحكمة الاستئناف تنظر في الدعوى من أساسها وبالطبع ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف ولكن هل يمكن القول أن رفعه دعوى البطلان أفضل أمام الحكم التحكيمي الذي اتفق الأطراف على عدم قابليته للاستئناف، فقانون التحكيم الداخلي

[1] – المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق ص 390.

لم يفتح باب رفع دعوى البطلان ولم يحدد أسبابها ومع ذلك هناك منفذ للولوج إلى دعوى البطلان وهذا المنفذ هو أمام قاضي صيغة التنفيذ الذي يمكنه أن لا يعطي صيغة التنفيذ، وإذا القاضي أعطى صيغة التنفيذ والأمر نسبي وذاتي عنده أيضا ولكن قراره يقبل الاستئناف، أما الحكم التحكيمي الداخلي الذي يكتسي صيغة التنفيذ لا يقف في وجهه أي عائق قانوني وهذا ما جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ..... ولكن الأمر القضائي بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي غير قابل للاستئناف أو لأية مراجعة"[1].

2- آجال الاستئناف:

نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية برفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجالس القضائية الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكم..... الخ[2].

وبهذا فإنه يمكن للشخص أو الطرف الذي يصدر حكم التحكيم ضده أن يستأنف هذا الحكم في أجل شهر واحد من تاريخ صدوره.

3- الجهة القضائية المختصة:

نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الجهة المختصة والتي يرفع أمامها الاستئناف هو المجلس القضائي لكن من الملاحظ أن هذه المادة جددت جهة قضائية واحدة مختصة لجميع أحكام التحكيم سواء كانت أحكام تحكيم مدنية أو تجارية أو إدارية[3].

[1] – الفقرة الأخيرة من المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[3] – فرتاس الزهرة، مرجع سابق ص 84.

ثانيا: طرق الطعن غير العادية

نقصد بالطرق الغير عادية في استئناف الحكم أي الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا الطعن بالنقض.

1- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

من خلال نص المادة 2/1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها أنها سمحت لكل شخص منن الغير يثبت بأن ضررا لحقه من الحكم التحكيمي الذي لم يكن طرفا فيه ويشترط في هذا الغير أن يثبت الضرر الذي لحقه منن الحكم التحكيمي ويثبت أنه لم يستدعي ممثلا في الخصومة التحكيمية.

أ- إجراءات اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التحكيمية تتمثل هذه الإجراءات العادية لرفع الدعوى لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة التحكيمية وعليه تطبق عليه القواعد المنصوص عليها في المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- الجهة القضائية المختصة في الدعوى: يشترط في الغير الخارج عن الخصومة التحكيمية أن يرفع هذا الطلب أمام المحكمة المختصة (بالنظر) النزاع قبل عرضه على التحكيم[1].

2- الطعن بالنقض:

حصرت المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القرارات الفاصلة الاستئناف لوحدها، وتجدر الإشارة أيضا لكونه لا محل لتطبيق المادة 1034 أعلاه في المواد الإدارية لعدم وجود نص خاص[2].

أ- إجراءات الطعن بالنقض:

[1] – زيري زهية، مرجع سابق ص 126.

[2] – رمزي زيد، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة ماستر كلية الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 57.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على إجراءات الطعن وعلى هذا الأساس فإنه علينا الرجوع إلى القواعد العامة، وكذا الشأن بالنسبة لميعاد رفع الطعن بالنقض فهنا نطبق نص المادة 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتكون الآجال شهرين يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن[1].

ب- الجهة القضائية المختصة:

إن الاختصاص في هذه الحالة يعطي لمجلس الدولة للنظر في استئناف أحكام التحكيم كما ذكرنا أعلاه وحتى لو وجد نص بذلك فان الطعن بالنقض لا يجوز ضد قرارات مجلس الدولة لعدم وجود جهة قضائية تعلوه[2].

الفرع الثاني: الطعن في القرار التحكيمي في التشريعات المقارنة

بالرغم من أن التحكيم يعد طريقة سريعة وبسيطة في إجراءاتها في جميع الأنظمة القانونية إلا أنها قد يوجد هناك تباين في تنظيم الطعن فيها وفي تقبل الطعن أساسا الخاص بالقرار التحكيمي سنستعرض هذا الأمر في كل من التشريعين الفرنسي والمصري.

أولا: الطعن في القرار التحكيمي في التشريع الفرنسي

بصدور مرسوم 13 جانفي 2011 فقد حدث تبدل ملف للنظر خاصة في طرق الطعن ضد أحكام التحكيم الداخلية لأنه عندما حصل التعديل سنة 1980؟، تم انتقاد المرسوم لإبقائه على مبدأ الاستئناف ضد القرار التحكيمي في مجال التحكيم الداخلي.

إذ كان الطعن بطريق الإبطال ضد القرار التحكيمي بمثابة الاستئناف وقد اعتبر أن هذا الإبقاء غير ملائم نظرا لكون القاضي الذي ينظر في الاستئناف يتمتع بسلطة رقابة على القرار الكامل في الواقع والقانون، غير أن الاستئناف في مجال التحكيم يأتي في

[1] – فرتاس الزهرة، مرجع سابق ص 90.

[2] – رمزي زيد، مرجع سابق ص 57.

غير محله فلا حاجة للجوء إلى العدالة التحكيمية، إذا ما أعيد النظر بعد ذلك في النزاع بأكمله من قبل العدالة النظامية لذلك فإن التنازل عن الاستئناف كان قد أضحى بندا نمطيا في اتفاق التحكيم، بحيث يبقى متاحا في هذه الحالة للأطراف الطعن ضد القرار التحكيمي عن طريق الطعن بطريق الإبطال.

وبصدور النص الجديد" القرار التحكيمي لا يقبل الاستئناف ما لم يتفق الأطراف على ذلك[1]، فالمبدأ من الآن فصاعدا هو أن الطعن بالإبطال يكون وحده مقبولا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أي عكس ما كان سابقا وتم بالموازاة إتمامه بالمادة 1491 التي تنص على أنه: " يكون القرار التحكيمي دوما قابلا للطعن بطريق الإبطال ما لم يكن طريق الطعن عن طريق الاستئناف متاحا وفقا لاتفاق الأطراف.

وتضيف المادة في فقرتها الثانية " كل اتفاق مخالف يكون بمنزلة غير المكتوب".

وبهذا أصبحت الاعتبارات السابقة المستخلصة من العلاقة التي تربط طبيعة سلطة القيام بالحكم وطريق الطعن مهجورة وفي ذلك تعقيد من شأنه إيقاع الطرفين في الغلط.

كما حسن المرسوم الجديد نظام إعادة المحاكمة ضد القرار التحكيمي بطريقتين:

1- الطريقة الأول: بخلاف النص القديم لا يحيل المرسوم على النظام العام الذي يراعي العادة المحاكمة ضد الأحكام، وإنما فقط إلى المواد الضرورية بهذا الخصوص وعليه فهو لا يميل إلى المادة 593 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المتعلقة بطابع قوة القضية لمقضي فيها للقرار المثقل بالتماس إعادة النظر[2].

الطريقة الثانية: ينص المرسوم على أن المراجعة بطريق إعادة المحاكمة تتم منذ الآن أمام الهيئة التحكيمية وليس أمام محكمة الاستئناف[3]، ولا تكون محكمة الاستئناف مختصة بالنظر في طلب إعادة المحاكمة إلا عندما تتعذر إعادة تأليف الهيئة التحكيمية

[1] – المادة 1489 من مرسوم 13 يناير 2011.

[2] – المادة 593 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

[3] – المادة 1502 من مرسوم 13 جانفي 2011.

كما أن الشيء الملفت في مرسوم 13 يناير 2011 هو ما يتعلق ببدء سريان الاستئناف أو الطعن بالإبطال ضد القرار التحكيمي، حيث كانت المادة 1486 السابقة تجعل بداية مهلة الاستئناف أو الطعن اعتبارا من يوم تبليغ القرار الممنوح الصيغة التنفيذية عمليا، لهذا السبب نص المرسوم الجديد على أن يبدأ سريان هذه المهلة من تاريخ تبليغ القرار[1]، دون أن يكون الطرف الذي يقوكم بالتبليغ في حاجة إلى الحصول مسبقا على الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.

وحرصا منهم على ضمان حصول الأطراف على قرار ذي طابع نهائي وصادر في وقت قصير، اختار واضعو المرسوم الحد من المهلة التي يجوز خلالها للأطراف رفع طلبات تفسير القرار التحكيمي وتصحيح الأخطاء المادية أو إغفال الفصل في أحد الطلبات أمام الهيئة التحكيمية فمثل هذه الطلبات استنادا إلى المادة 1485 لا يمكن أن تقدم إلا خلال مهلة ثلاثة أشهر تلي تبليغ القرار التحكيمي، ويجب على الهيئة التحكيمية إصدار القرار التحكيمي التصحيحي أو التكميلي خلال مهلة ثلاثة أشهر تبدأ بالسريان من تاريخ وضع يدها على القرار[2].

1- أما فيما يخص اعتراض الشخص الثالث فقد اكتفى القانون القديم بالتأكيد أن القرارات التحكيمية لا يمكنها في أي حال أن تكون سارية على الغير إلا أن بإمكانها أن تلحق ضررا بالغير وهكذا فقد عمد القانون الجديد على وضع حد للاضطراب الذي كان سائدا في هذا الصدد في عهد القانون القديم إذ نص على أن القرار التحكيمي يمكن الطعن فيه من قبل شخص ثالث، والسلطة القضائية لها صلاحية النظر بالنزاع لو لم يتم اللجوء للتحكيم.

2- الاستئناف: باستئناف الحالة التي يتنازل فيها الفرقاء عن حقهم بالاستئناف في الاتفاقية التحكيمية، وباستثناء التحكيم بالصلح، يدور التحكيم على درجتين، الدرجة الأولى تحكيمية والدرجة الثانية قضائية.

[1] – المادة 1494 من مرسوم 13 جانفي 2011.

[2] – المادة 1486 من مرسوم 13 يناير 2011.

الإبطال: عندما يعتمد الفرقاء إلى التنازل عن الاستئناف أو حين لا يحتفظون بهذا الحق في الاتفاقية التحكيمية، يمكنهم طلب إبطال القرار التحكيمي رغم أي نص مخالف، وقد حدد القانون لذلك ست حالات يمكن للفرقاء تقديم طلب الإبطال فيها وهي كالتالي:

3- إذا باشر المحكم التحكيم غير مستندا إلى اتفاقية تحكيمية، أو كانت الاتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

- إذا كانت المحكمة التحكيمية مشكلة بصورة غير قانونية أو كان المحكم المفرد معينا بشكل غير قانوني.

- إذا كان المحكم قد قام بمهمته دونه التقيد بحدود المهمة التي عهد بها إليه.

- إذا لم يتم احترام مبدأ وجاهية المحاكمة.

- إذا كان القرار التحكيمي غير محلل أو غير متضمن لاسم المحكمين الذين أصدروه أو إذا لم يكن متضمنا لتوقيع جميع المحكمين.

- إذا كان المحكم قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام.

4- مراجعة إعادة النظر: يقتضي تقديم هذه المراجعة لدى محكمة الاستئناف ضمن الشروط المحددة بالنسبة للأحكام القضائية.

- إذا تبين بعد صدور القرار التحكيمي أن هذا القرار قد بني على غش قام به الفريق الذي صدر بحقه أو لمصلحته القرار.

- إذا تبين بعد صدور القرار أن هناك مستندات مؤثرة، لم يتمكن أحد الفرقاء من تقديمات للمحكمة التحكيمية بفعل الفريق الأخر.

- إذا صدر القرار استنادا إلى مستندات تبين لاحقا بالاعتراف أو بالوسائل القضائية أنها مستندات مزورة.

– إذا صدر القرار استنادا إلى إفادات أو شهادات أو إلى يمين تبين لاحقا أنها كاذبة[1].

2– الطعن في القرار التحكيمي في التشريع المصري:

أما الوضع في مصر فيما يتعلق بمراجعة أحكام التحكيم متوافق مع كل ما رأيناه في الجزائر وفرنسا.

فالمبدأ الذي أخذ به المشرع المصري هو أن أحكام التحكيم لا تقبل أي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية[2].

وبهذا النص يكون المشرع المصري قد أغلق الباب وأقام حصانة متميزة لأحكام التحكيم فهي تسمو حتى على أحكام القضاء التي تخضع للمراجعة، وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقا لأحكام قانون التحكيم لمصري حتى الحالات التي تسمح بالطعن بالتماس إعادة النظر والمتمثلة في:

– وقوع غش في الخصم كان من شأنه التأثير في المحكم.

– إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضى بتزويرها.

– إذا كان الحكم قد بني على شهادة قضى بعد صدوره أنها مزورة.

– إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.

– إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعض لبعض.

– إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى وذلك فيمنا عدا حالة النيابة الاتفاقية.

[1] – عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق ص 147.

[2] – الفقرة الأولى من المادة 52 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

– لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش على من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم[1].

فان هذه الحالات وفقا لنص المادة 1/52 السالفة الذكر لم يعد ممكنا رغم توفر حالة من هذه الحالات الطعن في الحكم، الذي لم يعد متاحا إلا طلب بطلانه، وهنا ينتقد الأستاذ الدكتور اكثم الخولي[2]، المشرع المصري وذلك على أساس أن الحالات آنفة الذكر " لا تدخل ضمن حالات بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة 53 من القانون الجديد وأن لها نطاقا مختلفا عن نطاق دعوى البطلان هذا فضلا عن الميعاد الضيق لدعوى البطلان (90 يوما) ويضيف الدكتور اكثم الخولي متسائلا: فهل هناك أي سبب يبرر تحصين أحكام التحكيم من هذه الحالات؟ وعلى أي أساس يكون حكم التحكيم هنا في مركز أفضل من حكم القضاء[3].

ولما كان المشرع قد أرسى مبدأ عدم جواز الطعن في حكم التحكيم فمن الطبيعي أن يفتح أمام المحكوم ضده لرفع دعوى يطلب فيها بطلان حكم التحكيم، وقد سمحت بذلك الفقرة الثانية من المادة 52 فأرست مبدأ جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا توافرت الحالات المنصوص عليها في المادة 53 على أن يتم رفع الدعوى وفقا للقواعد التي تضمنتها المادة 54.

إن الفقرة الأولى من المادة 53[4] حددت حصريا قبول دعوى بطلان حكم التحكيم التي تتمثل فيما يلي:

– عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو قابليته للإبطال أو سقوطه بانتهاء مدته.

– تعذر إبداء دفاع أحد الخصوم.

---

[1] – المادة 511 من قانون المرافعات المصري.

[2] – اكثم الخولي، بحث بعنوان الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد ص 21.

[3] – اكثم الخولي، نفس المرجع ص 21

[4] – القانون رقم 27 لسنة 1994.

– استبعاد تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع.

– مخالفة القانون أو اتفاق الأطراف بشان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين.

– فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزه لحدود هذا الاتفاق.

– وقوع بطلان في حكم التحكيم أو في إجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم.

– مخالفة حكم التحكيم للنظام العام المصري .

إذا يتضح بعد عرض حالات قبول دعوى البطلان، فإنها جاءت على سبيل الحصر " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأوجه التالية:" وهذه الصياغة قاطعة في طابعها الحصري[1] ويكون لدى صاحب المصلحة الذي كان طرفا في خصومة التحكيم رفع دعوى البطلان إذا توافر احد الأسباب أنفة الذكر.

ويجب رفع الدعوى خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم ضده ويؤول الاختصاص بنظر الدعوى لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

المطلب الثالث: شروط تنفيذ أحكام المحكمين

بمجرد النطق بالحكم فإننا في المرحلة الأخيرة من عملية التحكيم فيعتبر حكم التحكيم الثمرة الحقيقية للتحكيم، هذا الحكم لن يكون له قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحدد به مدى فاعليته لفض وتسوية النزاعات فإن التحكيم يعد عملا

[1] – استئناف القاهرة في 2003/01/29 حكم رقم 119/37 ق، حيث قضي بعدم اعتبار الخطأ في تطبيق القانون سببا للبطلان نظرا للطابع الحصري الوارد في المادة 53.

قضائيا من حيث الآثار المترتبة عليه، وعملا اتفاقيا من حيث مصدره لذلك فهو يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه[1].

ونص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " تجوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"[2]، في حين يقصد بقوة الأمر المقضي به تلك الدرجة من القوة التي يصل إليها الحكم القضائي وتجعله قابلا للتنفيذ الجبري.

للإشارة أيضا فإن المشرع الجزائري عامل التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي بنفس القواعد.

الفرع الأول: صنفي الحكم التحكيمي

1- التنفيذ الاختياري:

الأولى أن تنفيذ الأطراف للحكم التحكيمي يكون طواعية فقد نصت المادة 458 مكرر 2/16 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 على ذلك بعد صدور القانون رقم 08-09 تخلي المشرع الجزائري عن فكرة التنفيذ الطعي، واكتفى فقط بالتنفيذ الإجباري الذي نفهم من عبارة " بأمر" التيس تفيد الأمر والجبر في التنفيذ وهذا ما جسدته المادة 1035.

2- التنفيذ الجبري:

حكم التحكيم لا يعتبر صالحا للتنفيذ الجبري إلا إذا زوده القضاء بأمر التنفيذ، وذلك أن المحكمين هم الذين يصدرون حكم التحكيم ولكن كانوا يفصلون في خصومة حقيقية بما لهم من ولاية قضائية يستصدرونها من اتفاق التحكيم الذي يضعه الخصوم إلا أن هؤلاء المحكمين لا يتمتعون بسلطة الأمر إذ لا يجوز للخصوم كأشخاص خاصة تزويدهم بهذه السلطة التي يملكها القضاء، ومن ثم يختص القضاء وحده بإصدار الأمر بتنفيذ

[1] – المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الحكم التحكيمي، وهو الأمر الذي يمنح هذا الحكم قوته التنفيذية ويمثل نقطة التقاء على حد تعبير البعض بين التحكيم كقضاء خاص والقضاء العام للدولة[1].

ثانيا: الجهة المختصة بإصدار بالتنفيذ وإصدار الأمر بالتنفيذ.

1- الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

يختص بإصدار بتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم والعبرة بالمكان الموضح في حكم التحكيم حيث يستلزم المشرع الجزائري ان يتضمن الحكم تحديد مكان التحكيم والمقصود بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هي المحكمة الابتدائية ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم لكن يجب على طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم.

أ- إيداع حكم التحكيم:

بغير إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ وذلك أن القاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم والتحقق من توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ إلا إذا تم إيداعه ويعود ذلك إلى خضوع حكم التحكيم إلى رقابة الدولة ولا يمكن لها فعل الرقابة إلا إذا تم إيداعه لدى المحكمة أو الجهة القضائية المختصة، ويقوم بالإيداع الطرف المعني بالتعجيل.

ويتم إيداع أصل حكم التحكيم أو نسخة منه بالغة التي صدر بها مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منها، وإذا صدر حكم التحكيم واتفاقية التحكيم بغير اللغة العربية فيجب أن تكون الوثيقتين مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية فالمادة الثامنة[2]، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على ذلك، كما يجب على أمين الضبط أن يقوم بتحرير

[1] - حسني المصري، مرجع سابق ص 521.

[2] - المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، 08-09.

محضر عن هذا الإيداع وهي المسألة التي أشارت لها المادة 1053[1] من نفس القانون على أن يتحمل الأمراض نفقات العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.

ب- تقديم طلب التنفيذ:

فلا يكتفي أن يصبح حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري، بمجرد إيداع أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيم أمانة ضبط المحكمة المختصة، بل يجب إلى جانب ذلك أن يتبع إجراء آخر وهو تقديم طلب التنفيذ على اعتبار أن الإيداع ليس إلا عملا ماديا يتمثل في تسليم أصل حكم التحكيم في حين أن طلب تنفيذ حكم التحكيم المقدم إلى المحكمة فهو يعتبر عملا قانونيا يتم بواسطته تحريك نشاط القاضي يلزمنه أن يقوم بإصدار الأمر بالتنفيذ ويجب على المحكوم له أن يرفق بطلب التنفيذ الوثائق التالية:

- أصل حكم التحكيم أو نسخة منها.
- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منها.
- يجب أن تكون الوثيقتان المذكورتان مصحوبتين بالترجمة إلى العربية أن لم تكونا بالعربية.
- نسخة من إيداع الوثائق المذكورة سالفا.

2- حدود سلطة القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ:

يجب على القاضي الأمر بإصدار الأمر بالتنفيذ التأكد من المسائل التالية:

- إن طالب التنفيذ قام بإيداع أصل أو نسخة من حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم.
- أن يقدم طلب مرفقا بالمستندات المشار إليها سابقا.
- التحقق من توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيذ.

[1] – المادة 1053 من نفس القانون.

وتقضي تلك الشروط إلا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام.

والجدير بالذكر أن سلطات القاضي الأمر تنحصر في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية في حين ليس من حقه أن يبحث في موضوع النزاع إذ تنحصر سلطاته بإصدار الأمر التنفيذ أو الرفض.

3- طبيعة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

انه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بدون أمر التنفيذ فهذا الأخير هو الذي يرفع من مقامه إلى مرتبة الأحكام القضائية، فحكم التحكيم لا يعد سندا تنفيذيا في ذاته بل هو جزء من السند التنفيذي الذي يتكون من جزأين، وبناءا على الطلب الذي يقدمه المحكوم له إلى رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وهو يصدره وفق أحكام القواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية، فيقوم طالب التنفيذ بتقديم الطلب بالتنفيذ في شكل عريضة طبقا لأحكام المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مشتملة على وقائع وأسانيد الطلب، مع تحديد مواطن للطالب في دائرة اختصاص المحكمة المقدم اليها الطلب، ويفصل رئيس المحكمة في الطلب المقدم إليه وفقا لاختصاصه الولائي، لما كان عمل القاضي الأمر عملا ولائيا فهو في الأصل يصدر أمره على ذيل العريضة[1]، من دون إعلان الأطراف بالحضور وتخضع الأوامر الولائية إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية ومن ذلك فالأوامر الولائية لا تحوز على الحجية ويتظلم فيها بواسطة دعوى البطلان المبتدأة أمام نفس القاضي الذي اصدر الأمر، وذلك ما تقضي به المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويجب أن ينفذ أمر التنفيذ في خلال ثلاثة أشهر وإذا لم ينفذ تعرض للسقوط حسب المادة 311 من

[1] – قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يقضي أن يصدر الأمر بالتنفيذ عن رئيس المحكمة المختصة دون تبيان شكل هذا الأمر ما إذا كان يصدر في ذيل العريضة أو بوضع على ورقة حكم التحكيم أو على هامشه على عكس المشرع الفرنسي في المادة 1417 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

ذات القانون وعند فحص القاضي للطلب والتحقق منه وتوافرت الشروط فعليه أن يعترف بحكم التحكيم ويصدر أمره بالتنفيذ.

إصدار الأمر بالتنفيذ:

بعد تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ على عريضة وإيداع صورة حكم التحكيم وإيداع نسخة من اتفاق التحكيم، يمكن للقاضي أن يصدر أمر بالتنفيذ أو الرفض وبعد مراقبة كل الشروط كما رأينا سابقا فالشروط نص عليها المشرع الجزائري في المواد (1026- 1027- 1029) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير أن القاضي ملزم بتسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ حيث أن المشرع الجزائري أجاز استئناف هذا الأمر وفي حالة إصدار الأمر بالتنفيذ يمكن لأي طرف من أطراف التحكيم أن يطلب نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط[1].

ثالثا: التظلم من الأمر بالتنفيذ والنفاذ المعجل للأحكام التحكيمية

1- التظلم من الأمر بالتنفيذ:

أجاز المشرع الجزائري حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 للطرف الذي طلب الأمر بالتنفيذ في حالة صدور الأمر من القاضي برفض التنفيذ استئناف هذا الأمر أمام المجلس القضائي الذي يعتبر الدرجة الثانية من درجات التقاضي خلال أجل 15 يوما من تاريخ صدور الأمر المتضمن الرفض وهذا ما نص عليه في المادة 3/1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي"[2]، ومن هنا يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد أعطى للطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم في حالة رفض رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ أن يستأنف هذا الأمر بالرفض خلال 15 يوما.

[1] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 373.

[2] – المادة (1035) من ق. إ. م.إ، مرجع سابق

2- النفاذ المعجل للأحكام التحكيمية:

بصدور الأمر بالتنفيذ الخاص بالحكم التحكيمي يمكن للطرف الذي صدر لصالحه أن يطلب نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط للمحكمة المختصة ويمكن للقاضي أن يأمر بالنفاذ المعجل لحكم التحكيم إذا اقتضت الضرورة ذلك وفي حالة تطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل حيث نصت المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن" تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل"[1].

الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم في التشريعات المقارنة

كما سيق الذكر عن كيفية صدور حكم التحكيم في التشريعات المقارنة ولنهاية الخصومة التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الداخلية لابد من تنفيذ هذا الحكم إذا استوفى شروطه فسوف نتطرق إلى تنفيذ حكم التحكيم في فرنسا ثم في مصر.

أولا: تنفيذ أحكام التحكيم في التشريع الفرنسي

من أجل تنفيذ القرار التحكيمي ومن أجل أن تكون له صيغة تنفيذية يجب على السلطات القضائية التابعة للدولة أن تمنحه هذه الصيغة، ولهذا الغرض يقتضي إيداع أصل القرار التحكيمي لدى قلم المحكمة الابتدائية، التي صدر القرار في نطاقها ويجب الإيداع من قبل احد المحكمين أو من قبل الفريق الأكثر عجلة، ويقتضي أن يرفق به نسخة عن الاتفاقية التحكيمية[2].

إن المشرع الفرنسي قد هدف من إيداع القرار وفقا لما ذكر دون أن يحدد لذلك مهلة معينة إلى تحقيق غايتين هما:

- إعطاء تاريخ صحيح للقرار التحكيمي.

[1] - المادة 1037 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2] - المادة 1477 من مرسوم 13 يناير 2011.

– رفع يد المحكمين عن القضية التحكيمية.

حيث فرض المشرع الفرنسي إيداع القرار التحكيمي في قلم المحكمة وعند هذا الإيداع فقط يصبح مشروع القرار التحكيمي قرار فان الإجراءات المذكورة هي رجائية ويكون القاضي الذي قدم إليه طلب التنفيذ أمام احتمالين:

– أما منح الصيغة التنفيذية.

– أو رفضها.

1– الوضعية الأولى: منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم القرار الذي يمنح للقرار التحكيمي صيغة التنفيذية، لا يكون معللا، وتكون الصيغة التنفيذية ناتجة عن الختم والتوقيع الحاصل وثيقة القرار[1]، وهو غير قابل لأية وسيلة من وسائل المراجعة[2].

وهكذا فان القانون قد تضمن جديدا متمثلا في أنه يميز بين قرار القاضي بمنح الصيغة التنفيذية الذي لا تكون خاضعا لأية وسيلة من وسائل المراجعة وبين القرار التحكيمي الذي تمكن المراجعة القضائية بشأنه عن طريق طلب الإبطال أو عن طريق الاستئناف في الحالات التي يتفق فيها الفرقاء على أن القرار التحكيمي يمكن استئنافه وبعد أن قرر المشرع الفرنسي أن القرار الذي تعطي الصيغة التنفيذية بموجبه هو غير قابل لأية طريقة من طرق المراجعة أضاف " على كل فان الاستئناف أو طلب الإبطال يحتوي حكما وفي حدود تسلم المحكمة للقضية على مراجعة قرار قاضي التنفيذ أو طلب برفع يده عن القضية".

وفي كل الأحوال، فإن القرار الذي يمنح التنفيذ لا يكون ساريا إلا بعد شهر من تاريخ إبلاغه، وهي المهلة التي يتمكن فيها الفريق الآخر من الطعن بالقرار من خلال

[1] – المادة 1478 من المرسوم 13 يناير 2011.

[2] – المادة 1488 من نفس المرسوم.

طلب إبطاله أو من خلال تقديم استئناف في الحالة التي يكون فيها الفرقاء قد اتفقوا على القرار التحكيمي يمكن استئنافه وبالطبع فإن المراجعة توقف تنفيذ لهذا القرار[1].

2- الوضعية الثانية: نص منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي لا يمكن للقاضي رفض الصيغة التنفيذية إلا إذا كان القرار التحكيمي مخالفا للنظام العام بصورة واضحة وظاهرة دون أن يكون لهذا القاضي الحق بمراجعة القضية مجددا، والتصدي لأساس النزاع، الأمر الذي يتطلب في حال حصوله محاكمة وجاهية.

وفي حالة الرفض أي رفض القاضي منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي يقتضي أن يكون قراره بالرفض معللا، ومثل هذا القرار الرافض هو قابل لطرق المراجعة عكس القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية.

إن المهلة الممنوحة لاستئناف قرار الرفض هي شهر واحد اعتبارا من تاريخ ابلاغه وتتم الإجراءات الاستئنافية لدى محكمة الاستئناف بشكل وجاهي[2].

إن رد الاستئناف أو رد طلب الإبطال، يمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي[3].

3- التنفيذ المؤقت للقرار التحكيمي:

في الحالات الطارئة أو في أية حالة تتطلب السرعة يمكن للحكم إعطاء القرار صيغة التنفيذ المؤقت وغالبا مقابل كفالة " أن القواعد المتعلقة الأحكام المؤقتة تسري على القرارات التحكيمية"، " في حالة الاستئناف أو طلب الإبطال يمكن للرئيس الأول أو للقاضي الموجه إليه الأمر التنفيذي منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي متلازمة مع التنفيذ المؤقت، ويمكن كذلك الآمر بالتنفيذ المؤقت ضمن الشروط المحددة في المادتين 525 – 526 وأن قراره بهذا الصدد يساوي الصيغة التنفيذية".

[1] – المادة 1486 من المرسوم 13 يناير 2011.

[2] – المادة 1489 من المرسوم 13 يناير 2011.

[3] – المادة 1490 من المرسوم 13 يناير 2011..

ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم في التشريع المصري

كما رأينا فيما سبق إلى تنفيذ أحكام التحكيم في كل من التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي وكيفية التنفيذ سنحاول التطرق إلى التنفيذ الخاص بأحكام التحكيم وفق القانون المصري وسنستعرضه كما يلي:

1- الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

في ظل قانون التحكيم المصري يتوقف تحديد السلطة القضائية المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية فوفقا لنص المادة 56 من قانون التحكيم المصري يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 مكن نفس القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ومن خلال ما سبق نجد أن الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم ينعقد لرئيس المحكمة المختصة أصلا ينظر النزاع أو من يندبه من قضاتها[1].

2- طلب إصدار الأمر بالتنفيذ وإصدار الأمر بالتنفيذ

أ- طلب إصدار الأمر بالتنفيذ:

لكي يمكن للطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم يجب عليه تقديم طلب إلى رئيس المحكمة بصدد استصدار أمر التنفيذ طوعا فبصدور أمر التنفيذ هذا يمكنه تنفيذ الحكم جبرا و يستوي أن يكون هذا المحكوم له طرفا في خصومة التحكيم أولا، ولهذا فإنه إذا احتوى العقد على شرط لمصلحة الغير وطلب أحد طرفي اتفاق التحكيم الحكم يحق لهذا الغير تنفيذا للشرط فيصدر الحكم بإلزام هذا الطرف بأداء لصالح الغير، فإن لهذا الغير أن يوضع الحكم وأن يطلب استصدار أمر بتنفيذه[2]، ويقدم الطلب وفقا للقواعد العامة في الأوامر على العرائض، أي بعريضة من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع

[1] - حسيني المصري، مرجع سابق ص 624.

[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق ص 368.

الطلب، وأسانده، وموطن الطالب ويجب أن ترفق العريضة بالمستندات اللازمة لذلك وفقا للمادة (56) من قانون التحكيم المصري يجب أن يرفق بالعريضة ما يلي:

– أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

– صورة من اتفاق التحكيم.

– ترجمة باللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن الحكم الصادر باللغة العربية ويجب أن تكون هذه الترجمة رسمية أو مصادق عليها من جهة معتمدة.

– صورة من محضر إيداع حكم التحكيم.

– صورة ورقة إعلان الحكم إلى المحكوم ضده، وكما هو معروف يتم إيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة المختص رئيسا بإصدار أمر التنفيذ، والمقصود بالصورة هنا هو الصورة الرسمية لمحضر الإيداع حيث تنص المادة 41 على حق كل من الطرفين في الحصول عليه.

ثالثا: إصدار الأمر بالتنفيذ

يصدر الأمر بالتنفيذ كما تصدر الأوامر على عرائض والقرار الصادر في طلب الأمر بالتنفيذ هو عمل ولائي ليس له حجية الأمر المقضي فيه، ولهذا فإن رفض إصدار الأمر بالتنفيذ لا يحول دون رفض دعوى البطلان الخاص بالحكم التحكيمي كما أن إصدار الأمر بالتنفيذ لا يحول دون القضاء ببطلان حكم المحكمين المأمور بتنفيذه على أنه إذا صدر قرار ببطلان حكم التحكيم، فإن هذا القرار يحول دون إصدار أمر بالتنفيذ ولا يجوز للقاضي أن يصدر آمر تنفيذ معلقا على شرط، فهو أما أن يصدر الأمر أو يرفض إصداره، ووفقا للمادة (1/95) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يجب أن يصدر القرار في اليوم التالي لتقديم العريضة على الأكثر غير أن الواقع العملي يثبت عدمك احترام هذا الميعاد بالنسبة لإصدار الأمر بالتنفيذ وذلك حتى تتاح الفرصة الكاملة لقاضي الدعوى التأكد من توافر شروط إصدار الأمر بالتنفيذ، وذلك طبقا لأحكام

المادة 58 من قانون التحكيم المصري التي ألزمت القاضي المطلوب منه إصدار أمر تنفيذ حكم المحكمين للتحقيق من توافر الشروط التالية:

1- أن يكون ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم قد حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع الدعوى ببطلان الحكم قد انقضى.

2- ألا يكون حكم التحكيم متعارض مع أي حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

رابعا: التظلم من الأمر بالتنفيذ

يجوز التظلم من الأمر الصادر من القاضي سواء صدر بالموافقة على التنفيذ أو برفض الطلب، ويرفع التظلم من صاحب الصفة والمصلحة ويتم التظلم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، حيث لم ترد إجراءات خاصة بالتظلم من هذه الأوامر في قانون التحكيم المصري، ويرفع التظلم بالإجراءات المعتاد عليها في رفع الدعوى القضائية، ورغم أن قانون التحكيم المصري أورد نصا خاصا هو نص الفقرة الثالثة من المادة 58 التي قررت أنه لا يجوز التظلم من الأمر الصادر لتنفيذ حكم المحكمين أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لنص المادة 09 من هذا القانون في مدة لا تتجاوز 30 يوما من صدوره.

الفرع الثالث: تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة

أن الأمر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم أن يلجأ إلى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من أجل إجبار الطرف الممتنع عند التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم، ولكن السؤال المطروح هل يجوز اللجوء إلى تلك الوسائل من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الذي رفضت أو تراضت في تنفيذه؟.

في الواقع أن تطبيق وسائل الإجبار المنصوص عليها في القانون الخاص على الإدارة بهدف تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها هو أمر لا يمكن تصوره ذلك أنه يمكن الاصطدام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام وبخاصة حصانة الدولة ضد التنفيذ سنحاول في هذا الفرع أن نتطرق إلى الإدارة بشكل عام سواء في الجزائر أو فرنسا أو في مصر.

نلمس تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة والحائزة على حجية الشيء المقضي به دون أن يستطيع المحكوم له استخدام طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص كالحجوز بكافة أنواعها التحفظية والتنفيذية سواء كانت على المنقول أم على العقار هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه غير عادي ومؤلم، وهذا ما أفصح عنه أيضا مجلس الدولة الفرنسي وأيضا محكمة النقض الفرنسية إذ قضت الأخيرة في حكمها الصادر بتاريخ 1987/12/21 بان أموال الأشخاص المعنوية العامة غير قابلة للحجز عليها، ويستبعد بشأنها تطبيق طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:

1- الأموال العامة المملوكة للدولة أو الجماعات الإقليمية أو للمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وفي نفس الاتجاه نجد المشرع المصري حيث نصت المادة 78 من القانون المدني على انه:

1- " تعتبر أموالا عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص.

2- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم".

ويترتب على ذلك أن تنفيذ الأحكام الإدارية يعتمد في الأساس على إرادة جهة الإداري بحيث إذا رفضت تنفيذ الحكم الصادر ضدها فان المحكوم له لا يستطيع أن يتخذ ضدها إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص.

ومع التطور الذي عرفه القضاء الإداري والتقارير التي كان يرفعها مجلس الدولة الفرنسي إلى صعوبة تنفيذ القرارات الصادرة ضد الإدارة نجد المشرع الفرنسي اصدر القانون رقم 125-94 بتاريخ 8 فبراير 1995 والذي يعتبر مكملا لأحكام قانون 16 يوليو 1980 وأعطى للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

ويبدو أن المشرع الجزائري شديد التأثر بالمشرع الفرنسي في هذا الاتجاه، ففي قانون الإجراءات المدنية السابق الصادر بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل والمتمم لا نكاد نجد نصا صريحا ينظم الحجز على الأموال العامة في حالة رفض الإدارة الاستجابة للوفاء بالديون الملقاة على عاتقها.

ثم صدور القانون رقم 91-02 المؤرخ في 1991/01/08 ليحدد القواعد الخاصة المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية متضمنا آليات تحصيل الديون دون الحاجة إلى اللجوء للحجز وهو ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا " من المقرر قانونا انه يمكن للمتقاضين المستفيدين من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات ذات الطابع الإداري أن يحصلوا على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية التي يقع فيها مواطنهم، على أن يقدم المعنيون لامين الخزينة عريضة مرفقة بالوثائق التي تثبت الإجراءات المذكورة"[1].

وإذا كان المشرع لا يشترط صفة محددة لدى الدائن فانه بالمقابل يقيد بتطبيق أحكام القانون رقم 91-02 بضرورة أن يكون المدين احد الأشخاص المعنوية العامة وللحصول

[1] – قرار رقم 118-92 مؤرخ في 1993/04/11 المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1994 ص 191.

على الديون المستحقة اشترط القانون 91-02 في المادة 02 والمادة 07 شروطا لكافة الدائنين وان اختلفت صفتهم سواء كانوا ينتمون للقانون الخاص أو القانون العام استثناء مهلة المساعي المتخذة للتنفيذ بالطرق الودية ويتضمن الملف المقدم إلى أمين الخزينة العمومية على:

- عريضة مكتوبة موجهة إلى أمين الخزينة العمومية يشرح من خلالها الدائن المحكوم له أسباب مطالبته بتطبيق أحكام القانون رقم 91-02.

- النسخة التنفيذية الأصلية من السند القضائي الصادرة من المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة.

- الوثائق والسندات الدالة على فشل الطرق الودية كالتكليف بالوفاء.

- مهلة المحاولات الودية وهنا نميز بين أمرين:

أ- إذا تعلق الأمر بين أشخاص القانون العام كطرفي نزاع فالمهلة هيب أربعة أشهر وتسري من تاريخ إيداع الملف لدى الضابط العمومي.

ب- إذا تعلق الأمر بطالب التنفيذ وكان شخصا يخضع للقانون الخاص فالمهلة هيب شهران تسري من تاريخ إيداع الملف لدى الضابط العمومي.

وبعد استفاء هذه الشروط يقوم أمين الخزينة العمومية بالولاية بموافاة كل من النائب العام والجهة المدنية بنسخة من الملف المقدم من طرف الدائن ولكن ما مدى ألزام الشخص المعنوي العام في حالة امتناعه عن التنفيذ ؟.

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 91-02 المؤرخ في 1991/01/08 المتعلق بتنفيذ بعض أحكام القضاء[1]، نجده قد تطرق إلى الأشكال المتعلق بعدم استجابة الأشخاص المعنوية العامة لدفع المستحقات المالية، حيث تنص المادة الخاصة من نفس القانون

[1] - قانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، الجريدة الرسمية عدد 02 سنة 1991.

على انه " يمكن أن يحصل على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية وبالشروط المحددة في المواد "06" وما يتبعها المتقاضون المستفيدون من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فعبارة " يمكن" مكنت الطرف المنفذ عليه " الإدارة" الاستطالة على تنفيذ أحكام القضاء والتملص من مسؤولياتها اتجاه الطرف المنفذ له بحيث لا نجد أي نص صريح يجيز للقضاء حمل الأشخاص المعنوية العامة على اتخاذ تدابير معينة أو إجبارها على التنفيذ بطريق التهديد المالي، هذا الفراغ القانوني ساهم في اتساع دائرة عدم الاستجابة التلقائية للحكم المقضي به وارتفاع نسبة السندات التنفيذية العالقة.

ومنه كان الحق للدائن في رفع دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها لها الامتناع عن التنفيذ، والاكتفاء بحق المطالبة بالتعويض والوضع هذا كان محل انتقاد العديد من الأستاذة[1]، استنادا للملاحظات التالية:

– لا يحصل المحكوم له في هذه الحالة إلا على تعويض مالي من جراء دعواه الجديدة.

– يتحمل المحكوم له أعباء الدعوى الثانية من دون سبب جدي.

– السماح للإدارة بالتنصل من مسؤولية عدم التنفيذ.

– التعويض المحكوم به عن مسؤولية الامتناع تتحمله خزينة الشخص المعنوي وليس ممثله الذي رفض التنفيذ ثم نجد المشرع الجزائري تدارك هذا الفراغ القانوني ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2]، 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 نص على ما يلي:

أ- ألزام احد الأشخاص المعنوية العامة باتخاذ تدابير تنفيذية معينة.

[1] – بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري منشورات بعداوي طبعة أولى 2009 ص 300.

[2] – الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.

ب- الغرامة التهديدية ضد احد الأشخاص المعنوية العامة.

والملاحظ ما جاءت به المادة 981 يشكل امتداد لمضمون المادة 980 حيث يجوز للجهة القضائية المطلوب منها تحديد تدابير التنفيذ التي لم يسبق تحديدها بموجب الأمر أو الحكم أو القرار القضائي محل عدم التنفيذ أن تأمر بغرامة تهديدية والتصفية الغرامة التهديدية[1] يقوم صاحب المصلحة بموجب دعوى قضائية يرفعها أمام نفس الجهة القضائية.

والجدير بالذكر أن المادتين 987 و 988[2] مأخوذتان من المادة 921-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي وشروط تقديم طلب من اجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية للتنفيذ حسب نص المادتين 987 و 988 هي:

أ- أن يتعلق الأمر بتنفيذ حكم نهائي صادر عن محكمة إدارية.

ب- رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه.

ج- انقضاء اجل ثلاثة أشهر يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم وليس من تاريخ التكليف بالوفاء.

وعلى الرغم من وجود هذا النص في القانون الجزائري إلا انه لا يساهم في مشكلة عدم تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة ومرجع ذلك نص المادة 138 من قانون العقوبات التي تخص فقط الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني دون الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم الذي لا يدخل في مفهوم محاكم الدولة وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتحريك المسؤولية الجنائية ضد الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضد الإدارة من اجل إرغامه على تنفيذ هذا الحكم وذلك إعمالا لمبدأ " لا جريمة ولا عقوبة بدون نص".

[1] – يقصد بتصفية الغرامات التهديدية وضع حد لسريانها مع تحديد المبلغ الإجمالي عن طريق عملية ضرب المبلغ المحدد في عدد الأيام التي لم يستحب المنفذ عليه مع مراعاة تناسب المبلغ الإجمالي مع الضرر.

[2] –المادة 987 و 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ملخص الفصل الثاني:

النتائج المتحصل أو المتوصل إليها في الفصل الثاني:

تطرقنا في الفصل الثاني إلى الإجراءات الخاصة بالخصومة التحكيمية والكيفية والشروط الواجب إتباعها لسير الخصومة فكان كما يلي:

1- لابد إتباع أهم القواعد الإجرائية لسير الخصومة اللتحكيمية في منازعات العقود الإدارية الداخلية وتتمثل هذه الإجراءات في تشكيل هيئة التحكيم وهذه الأخيرة تشكيلها يكون من طرف الأطراف المتنازعة بمحض الإرادة وان كان هناك عسر في تشكيلها تدخل القضاء الوطني أو قضاء الدولة لتشكيلها وهذا في كل التشريعات ابتداء من التشريع الجزائري فالفرنسي ثم المصري.

2- بالإضافة إلى هيئة التحكيم لسير الخصومة التحكيمية في العقود الإدارية الداخلية لابد من طلب التحكيم وتحديد المكان والمدة والجلسات.

3- أيضا الطرفان أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية يخص الإجراءات وموضوع النزاع على أن لا يمس النظام العام.

4- صدور حكم التحكيم الذي يفصل في موضوع النزاع ويترتب عن صدوره أثار ومن اجل أن يكون لهذا الحكم قيمة قانونية لابد له من امهاره بالصيغة التنفيذية.

5- الإدارة وهي الأساس في منازعات العقود الإدارية الداخلية فلابد لها من التنفيذ لذا نرى أن المشرع هدد الإدارة بغرامة تهديدية تقتطع لها من الميزانية العامة وهذا ما سيدفع بالإدارة إلى الرضوخ والتنفيذ الطوعي أو الجبري لأحكام التحكيم.

الخاتمة

تناولت في هذه الدراسة موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والمصري فقسمت خلالها أي هذه الدراسة إلى فصلين: ففي الفصل الأول تطرقت فيه إلى النظام القانوني لاتفاق التحكيم حيث ناقشت العقود الإدارية المشمولة باتفاق التحكيم بالإضافة إلى موقف التشريعات المقارنة منها، ثم تناولت جوازية التحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال مفهوم التحكيم إلى أنواعه وكذا تمييزه عن الصلح والتوفيق فالطبيعة القانونية لهذا التحكيم، ثم ناقشت التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن والقانون الجزائري هذا في المبحث الثاني.

وفي الفصل الثاني تناولت الجوانب الإجرائية في خصومة التحكيم الخاص بالعقود الإدارية من تشكيل الهيئة التحكيمية إلى إجراءات سير الخصومة فتحديد القانون الذي يجب تطبيقه على العقود الإدارية خلال المبحث الأول ثم تطرقت في المبحث الثاني إلى صدور حكم التحكيم، وكيفية تنفيذه في منازعات العقود الإدارية الداخلية من حيث استصدار حكم التحكيم وكيفية الطعن أو الاستئناف فيه إلى شروط تنفيذ هذه الأحكام التحكيمية وخاصة على الإدارة لما لها من سلطة عامة .

فمن الملاحظ خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري ضيق من نطاق التحكيم الإداري وحصرها فقط في منازعات العقود الإدارية أو ما يسمى الصفقات العمومية وفي الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وأيضا في العلاقات الاقتصادية لاسيما التجارية منها واقصد بالتجارة أو الاقتصاد العالمي فالهدف من التحكيم أو إجازة التحكيم أساسا كان من اجل جلب الاستثمار الأجنبي.

فهناك خلاف قائم حول إجازة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية فقها، تشريعا وقضاءا، فالموقف الفرنسي والمصري كذا على عدم جوازية الأشخاص المعنوية العامة وبالتالي فالمشرع الجزائري كان متأثرا بالقانون الفرنسي الذي لم يجز التحكيم وكان يحظر على الدولة والمصالح الحكومية اللجوء للتحكيم.

ومع التطور والإلحاح الحاصل في التشريعات المقارنة بدأت فكرة الحظر تتقلص وأصبح جواز اللجوء إلى التحكيم أمر ضروري وبالتالي سار المشرع الجزائري مع هذا التطور الحاصل في هذا المجال حيث نظم التحكيم في المادة الإدارية واشترط إمكانية اللجوء إليه على أن تكون المبادرة من الجهة الإدارية المختصة، أما في التشريع لمصري فقد أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية على أن تكون هناك موافقة مسبقة من الوزير المختص سواء كان تحكيما داخليا أو دوليا. والمشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية فانه نظم التحكيم ولم يحدد شروط صارمة للاعتراف وإصدار الأمر بالتنفيذ فالقاضي يلعب دور المراقبة السطحية وذلك باكتفائه بحكم التحكيم والوثائق المطلوبة فقط، ورأيت أن المشرع الجزائري فتح الباب للطعن في الأحكام التحكيمية سواء كانت صادرة في داخل الوطن أو خارجه وان لا مناص من قضاء الدولة لأنه الحاضنة الأساسية في تحقيق العدل فتوصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية والى أيضا بعض الاقتراحات.

النتائج:

1- يعتبر التحكيم قضاء خاص ووسيلة بديلة يتم بموجبه سلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص يتميزون بالخبرة والكفاءة المهنية.

2- يجمع التحكيم بين العناصر العقدية والعناصر القضائية فاتفاق التحكيم يجسد سلطات الإرادة بين الأطراف أما مهمة التحكيم فهي قضائية بامتياز من حيث إجراءاته وما يترتب عنه.

3- خصومة التحكيم ليست في منأى عن ولاية القضاء ونلاحظ ذلك من خلال الطعن والتنفيذ.

4- التحكيم في منازعات العقود الإدارية يفتقد إلى التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي لذلك أصبحت منازعات العقود الإدارية تسيطر عليها قواعد القانون الخاص.

5- مرسوم 13 يناير 2011 على الرغم من ليبراليته وتقدمه في هذا المجال إلا أن بعض التعديلات يمكن من تعزيز جاذبيته في مجال التحكيم.

6- يعتمد توسيع التحكيم الداخلي على الإرادة الصريحة للمشرع.

7- المشرع المصري كان أكثر تحررا في مجال جوازية التحكيم بالمقارنة مع نظيره الجزائري والفرنسي.

الاقتراحات:

1- ضرورة أفراد التحكيم بتشريع مستقل في منازعات العقود الإدارية.

2- من المستحسن الإكثار من عدد المحكمين وجعله وترا.

3- إيجاد مواد قانونية تسمح بالرقابة وخاصة قبل صدور حكم التحكيم.

4- محاولة إيجاد مواد أكثر ليونة وذلك قصد جذب الاستثمار الأجنبي.

5- من الواجب على الإدارة أن تنفذ الأحكام الصادرة من المحكمين وعدم الخوض في دعاوى جديدة فنحن نعلم أن الإدارة ومالها من امتيازات والهدف المرجو منها ولكن على المشرع أن يجد حلا حتى تمثل الإدارة لأحكام التحكيم.

6- كما أن التحكيم قديم ولكن أصبحت الحاجة إليه ملحة مع التطور فلابد من تناوله في ندوات ومؤتمرات ولقاءات للإعلام به.

المصادر والمراجع

أولا : المراجع.

الكتب العامة والمتخصصة :

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة 1981، دار الفكر العربي، القاهرة.

2. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيار والإجباري، طبعة 1987، منشأة المعارف الإسكندرية.

3. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية، دار ثيبور، بدون ذكر السنة.

4. إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكتروني، منشورات الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

5. بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري، الطبعة الأولى، 2009.

6. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، طبعة 1999، دار النهضة العربية.

7. حسن محمد علي حسن، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير دراسة مقارنة، طبعة الأولى، سنة 2014.

8. حسن محمد هند التحكيم في المنازعات الإدارية دار الكتب القانونية مصر، 2008.

9. حسني مصري التحكيم التجاري دار الكتب القانونية مصر، 2006.

10. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، طبعة 1998، التحكيم الدولي، دار المعارف، القاهرة.

11. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، طبعة سنة 1996، منشأة المعارف الإسكندرية.

12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، طبعة 1956، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة الأسس العامة للعقود الإدارية طبعة 2004 منشاة المعارف الإسكندرية.

14. عصمت بد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي طبعة 2000 دار النهضة العربية القاهرة

15. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية وقضائية وفقهية ط2 جسور للنشر والتوزيع.

16. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ط2 دار النشر والتوزيع 2009.

17. عمار عوابدي القانون الإداري الطبعة الخامسة المطبوعات الجامعية 2008.

18. عمار عوابدي القانون الإداري النشاط الإداري الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة.

19. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني و قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له، طبعة 1986، دار النهضة العربية.

20. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق طبعة 2007 منشاة المعارف الإسكندرية

21. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012.

22. مازن ليلو راضي العقود الإدارية منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر 2003.

23. محمد سعيد حسين أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية دار النهضة العربية القاهرة، 2007.

24. محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية القاهرة 2011

25. محمد صغير بعلي العقود الإدارية دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر.

26. محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية دار الجامعة الجديدة 2007

27. محمود أبو السعود حبيب القضاء الإداري طبعة 2004 دون دار النشر.

28. محمود عاطف البنا العقود الإدارية ط1 دار الفكر العربي مصر 2007.

29. محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي الطبعة الثالثة 2004، دار النهضة العربية.

30. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة دار الثقافة

31. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات دار الهدى عين مليلة ط 2010

32. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ط4 دار المجدد الجزائر 2010.

33. نواف كنعان القانون الإداري الكتاب الثاني دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009

34. الوجيز في القانون الإداري ط2 دار المجدد الجزائر

35. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.

36. يسري محمد العصار التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية طبعة 2001 دار النهضة العربية

المذكرات والرسائل :

1. خليل بو صنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفق القانون الجزائري أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة2008.

2. مهند أحمد الصانوري، رسالة دكتوراه دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص 2005.

3. زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماجيستير كلية الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو 2015

4. فرطاس الزهرة، الطرق الودية لحل النزاعات الإدارية في التحكيم الإداري مذكرة ماجيستير كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2014.

1. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون العام بجامعة تلمسان، كلية الحقوق 2008.

2. منير عباسي، التحكيم في العقود التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال بجامعة خميس مليانة، كلية الحقوق، 2014.

3. نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة الأعمال بجامعة خميس مليانة، 2014.

4. محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2015.

5. رمزي زيد، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

6. سميحة بو زوايد، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

7. خنوسة سهام، خروبي يسمينة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة، شهادة الماستر، كلية الحقوق جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2016.

8. أكثم الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 12-13 سبتمبر 1994.

9. أحمد بوقادوم، محاضرة بعنوان، حرية الأطراف في اختبار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، قسم الوثائق، الجزائر، 2009.

10. سيد أحمد محمود، تشكل هيئات التحكيم، عنوان محاضرة تقدم بها في الدورتين التمهيدية والمتعمقة لإعداد المحكمين العرب الدوليين بمركز حقوق عين شمس.

11. فنيش كمال، محاضرة بعنوان الوساطة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، قسم الوثائق، الجزائر، 2009.

12. نور الدين باكلي، محاضرة بعنوان دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائر والقوانين العربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، قسم الوثائق، الجزائر 2009.

13. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة 2010.

النصوص القانونية :

1. قانون رقم 27 لسنة 1994 المصري المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر في 18 أفريل 1994 الجريدة الرسمية المصرية العدد16 بتاريخ 21 أفريل 1994.

2. القانون رقم 09 لسنة 1997 المتضمن قانون التحكيم.

3. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 67- 13 لسنة 1998.

4. القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 21 في 23 أفريل 2008.

5. المرسوم التشريعي 93- 09 الصادر في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

6. المرسوم رقم 48- 2011 الصادر بتاريخ 11 جانفي 2011 المتضمن قانون التحكيم الفرنسي الجديد.

7. المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 50.

المقالات والمجلات :

1. الأمر 66- 154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2. ومان يمينة، مقال بعنوان سلطة الإدارة في إنهاء العقد في 24 ماي 2014، جامعة بسكرة.

3. مصطفى عفيفي، التحكيم في منازعات العقود البوت، مجلة صادرة عن مذكرة الحقوق، عين شمس، القاهرة، الدورة التحكيمية من 2008/06/14 – 2008/06/19.

4. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد10.

5. لؤي كريم، مجلة ديالي، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميته في أداء السلطة العامة لواجباتها.

6. محمد سعيد أمين، التحكيم في العقود الإدارية، مركز حقوق عين الشمس للتحكيم ومركز التحكيم الدولي، 2008.

7. محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مقال مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلة 34، العدد 2، 2007.

8. مصطفى عفيفي، التحكيم في منازعات عقود البوت، مجلة صادرة عن مركز الحقوق، عين الشمس، القاهرة الدورة التحكيمية من 2008/06/14 – 2008/06/19.

المواقع الإلكترونية :

1. بتاريخ 2009/04/27 على الساعة 08:38 www.startimes.com.

المؤتمرات :

1. دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T.
2. شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة.

المراجع باللغة الفرنسية :

1. **PATRIKIOS (A)**
   - L'Arbitrage en matiére Administrative, L.G.D.J, 1997.
   FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B).
   - Traité de L'Arbitrage commercial international, Litec, 1996.
2. **ROBERT (Jean)**
   - L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, DALLOZ, Paris, 6eme éd, 1993.
3. **ZAHI (A)**
   L'etat et l'Arbitrage, préface de J-L de Grandcourt-Alger, office des publications universitaires, 1979.
4. **Gilles (BRETOM)**

-droit adminstratif général ;le contrôle de l'action adminstrative armand coline .1996

5. **articles-chroniques, notes, conférences , cours , conclusions, observations**

- loi N° 93-42 du 26 avril 1993 , port promulgation du code de l' arbitrage ,revue de l'arbitrage ,1993-4 Décembre, décret Ne 2011-48 du 13-01-2011 portant de l'Arbitrage.

6. **Fenaux (H),**

- élément de Droit judiciair privé, mis a jour au les 1973, revue Algerienne des sciences juridiques et politiques volume Ne 2 juin 1973.

مقدمة	أ
الفصل الاول :النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الادارية	7
المبحث الاول :العقود المعنية باتفاق التحكيم	8
المطلب الاول :تعريف العقود الادارية وطرق ابرامها حسب التشريع الجزائري	8
الفرع الأول تعريف العقد الإداري و خصائصه	8
الفرع الثاني طرق ابرام العقود الادارية	13
المطلب الثاني انواع العقود الادارية	21
الفرع الاول عقد انجاز الاشغال و عقد اقتناء اللوازم	22
الفرع الثاني عقد تقديم الخدمات و عقد انجاز الدراسات	23
المطلب الثالث العقود الادارية المعنية باتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة	24
الفرع الاول العقود الادارية المعنية باتفاق التحكيم في التشريع الفرنسي	25
الفرع الثاني العقود الادارية المعنية باتفاق التحكيم في التشريع المصري	27
المبحث الثاني جوازية التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية	30
المطلب الاول مفهوم التحكيم و انواعه و تمييزه عن الانظمة المشابهة له	31
الفرع الاول تعريف التحكيم	31
الفرع الثاني انواع التحكيم	38
الفرع الثالث تمييز التحكيم عن الصلح و التوفيق	47
المطلب الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم	49
الفرع الاول موقف الفقه و التشريع من الطبيعة القانونية للتحكيم	49
الفرع الثاني معيار المنازعة الادارية القابلة للتحكيم	53
المطلب الثالث التحكيم في منازعات العقود الادارية في القوانين المقارنة و في القانون الجزائري	59
الفرع الاول التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الفرنسي	60

الفرع الثاني القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع	64
الفرع الثالث التحكيم في القانون الجزائري	71
الفصل الثاني النظام القانوني الجوانب الاجرائية في خصومة التحكيم الخاصة بالعقود الادارية	79
المبحث الأول اجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية	80
المطلب الأول تشكيل هيئة التحكيم	80
الفرع الأول الشروط اللازمة لاختيار المحكم	80
الفرع الثاني طرق تعيين المحكم	84
المطلب الثاني إجراءات سير خصومة التحكيم وكيفية انقضائها في العقود الادارية الداخلية	89
الفرع الأول بدأ وسير اجراءات التحكيم	89
الفرع الثاني انقضاء اجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية	97
المطلب الثالث تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على منازعات العقود الادارية الداخلية	102
الفرع الأول القانون الذي يجب تطبيقه على المسائل الاجرائية	102
الفرع الثاني القانون الذي يجب تطبقيه على موضوع النزاع	103
المبحث الثاني صدور حكم التحكيم وكيفية تنفيذه في منازعات العقود الادارية الداخلية	108
المطلب الأول صدور حكم التحكيم	108
الفرع الأول صدور حكم التحكيم في التشريع الجزائري	109
الفرع الثاني صدور حكم التحكيم في التشريعات المقارنة	116
المطلب الثاني كيفية الطعن في القرار التحكيمي	122
الفرع الأول الطعن في القرار التحكيمي في التشريع الجزائري	123
الفرع الثاني الطعن في القرار التحكيمي في التشريعات المقارنة	126
المطلب الثالث شروط تنفيذ احكام المحكمين	133
الفرع الأول صنفي الحكم التحكيمي	133
الفرع الثاني تنفيذ احكام الحكيم في التشريعات المقارنة	138
الفرع الثالث تنفيذ احكام التحكيم الصادرة ضد الادارة	144
الخاتمة	151
قائمة المصادر والمراجع	155