وزارة التعليـــــم العالـــي والبحـــث العلمـــي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

المرجع: سجل رقم 08

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

التحكيم كاجراء بديل في ظل المنازعات الإدارية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق
التخصص: .قانون اداري

من إعداد الطالب(ة):
بن جمعة حنان

تحت إشراف الأستاذ(ة)
محمد كريم

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) ..... عباسي عبد القادر ..... رئيسا
الأستاذ(ة).....محمد كريم نور الدين ..... مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)..... بوسحبة جيلالي ..... مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: **2019/07/.01**

الاهداء

الحمد لله الذي قدركل شيء فاحسن قدره و ابتلى الانسان بما يسيره و ما يسوؤه سبحانه و تعالى واهب النعم و مقدر النقم .

اما بعد

اهدي هذا العمل المتواضع الى نور عيني و روحي و رفيقة دربي امي الغالية حفظها الله الى الرو الطاهرة التي ترافقني و تسكن جوارحي لا تفارقني لا تفارقني ابي رحمه الله و اسكنه فسيح جناته ..امين .

الى ورود حياتي اخوتي و ازواجهن حفظهم الله الى ملاكي الصغيرتين مريم و ايناس .

الى كل من ساعدني ووقف الى جانبي و شجعني .

الشكر و التقدير

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيد الخلق و المرسلين سيدنا محمد و على اله و صحبه اجمعين .

الحمد لله الذي اعانني ووفقني لاتمام هذه الرسالة .

الى استاذي الفاضل ومنارة دربي ..الى من امدني بالعلم الصادق و زودني بزاد المعرفة ولم يبخل علي بشئ الأستاذ –محمد كريم -.

الى كل اساتذتي الموقرين الذين درسوني طوال مشواري الجامعي ..

كما أتقدم بالشكر و التقدير لكل الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة جزاهم الله خيرا على ما قدموه لنا .وادامهم الله للعلوم و للأجيال القادمة .

كما أتقدم بالشكر الى من ساعدني و مدا لي يد العون محمد و منصور جزاهما الله خيرا .

المقدمة :

ان المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها تتسم بالخصوصية ،فمعظمها يتعلق بالعقود الإدارية و قد جعل المشرع الفصل في المنازعات التي توجد فيها جهة الادارة كسلطة عامة من اختصاص القضاء الإداري سواء كان موضوع النزاع منصب على عمل منفرد او عقد لهذا جعل الفصل في منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري.

و اللجوء الى جهات القضاء العادية لم يعد الوسيلة الفعالة لاقتضاء الحقوق للعديد من الأسباب من بينها ان هذا الطريق له قواعده و اجراءاته و التي يشوبها في العديد من الأحيان البطء و التعقيد و هذا لتراكم القضايا اما المحاكم ،تعدد درجات التقاضي مشاكل تنفيذ الاحكام القضائية و سوء استخدام الخصوم لوسائل التقاضي[1].

لذلك اصبح الجميع يبحث عن الوسائل لحل تلك المنازعات بعيدا عن القيود التي تضعها الأنظمة القانونية و استبدالها بوسائل جديدة تمنح لهم سلطات واسعة في اختيار بدائل لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ تلك العقود و الصفقات .

و ذلك كله هروبا من التعقيد و البطء في الإجراءات التي تفرضها النظم القانونية .

بالرغم من ان القضاء الإداري هو المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية لكن مع تراكم القضايا امام القضاء و بطء اجراءاته كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك المنازعات التي يتعين الفصل فيها في اقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين ، و بأقل قدر ممكن من العلانية و النشر و بإجراءات مبسطة تتيح في مجملها احتواء النزاع في اضيق نطاق .

و من هذا المنطلق ظهر نظام التحكيم[2]الذي يعتبر ظاهرة قديمة فنشأته مرتبطة بالخلافات التي كانت بين بني البشر منذ القدم ، و التي كان مالها الطبيعي حدوث نزاعات .

---

[1]الدكتور محسن شفيق .التحكيم التجاري الدولي .دار النهضة العربية .بند1 .ص4.

عرف على انه قيام الاطراف المتنازعة في مسالة معينة بالاتفاق على اخضاع نزاعهم الى طرف ثالث يختارونه ليحسم [2]فيه عن طريق قرار ملزم لكلا الطرفين .

فقد كان سابقا لظهور الإسلام بحيث ذكره القران في غير موضعه ، فمارسه المسلمون الاولون ثم ادرك العالم المعاصر ما لهذا النظام من أهمية خاصة بالنسبة لبعض الأنواع من النزاعات التي تطبع هذا العصر .

فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع و بين إرادة الافراد و الشركات في اختيار محكم متخصص له خبرة فنية دقيقة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع ،و بذلك يفتح هذا النظام الأبواب من اجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار و جذب رؤوس الأموال المستثمرة ، و إعادة الثقة الى رجال الاعمال و المستثمرين ، فيقوم التحكيم على إرادة اطراف النزاع و إجازة المشرع له ، ووضع التنظيم القانوني الذي يحكمه.

التحكيم كنظام قانوني عبارة عن اتفاق بين اطراف علاقة قانونية على اللجوء لحل كل او بعض المنازعات القائمة و التي ستنسب الى شخص او اشخاص يسمون المحكمين ، ومنه نجد ان التحكيم يقوم على أساس مبدا الإرادة سواء في اختيار اللجوء او اختيار المحكم ، و كذلك تحديد مرجعيات الفصل فيه[3]

يمتاز التحكيم كذلك ببساطة الإجراءات بالمقارنة مع القضاء ،فاللجوء للتحكيم يؤدي الى اقتصار درجات التقاضي و مراحله ،حيث يصدر حكم نهائي غير قابل لاي طعن موضوعي و قابل للتنفيذ الفوري ،ومما لا شك فيه ان السرعة التي يحققها التحكيم في فض المنازعات يعد امرا لا يستهان به و دافع لاختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع .

كما يتمتع التحكيم بالطابع السري[4]، ومن المعلوم ان السرية في نطاق التجارة الدولية تعتبر بالغة الأهمية لان الامر يتعلق بأسرار مهنية و اقتصادية قد يترتب على علانيتها الاضرار بمراكز اطراف الخصومة .

بصفة عامة فالهدف من اللجوء الى التحكيم هو السعي لضمان أسباب الحماية و تحقيق الأرباح و بحثا عن النزاهة و الشفافية و الحياد في محكمة التحكيم و ما يمكن ان

[3]محمد فؤاد عبد الباسط .مدى امكانية التحكيم في منازعات القرارات الادارية .دار الجامعة الجديدة .مصر .2001 .ص3

[4]عكس القضاء الذي تكون فيه العلنية قاعدة اساسية في جلساته ما لم تمس العلنية بالنظام العام و الاداب العامة و حرمة الاسرة .

يطرأ من متغيرات تقتضيها السياسة الاقتصادية للدولة ،وخاصة التشريعات ذات العلاقة بالتنمية الاقتصادية ،إلا ان خصوصية التحكيم في عقود الدولة ليست نابعة من تلك المزايا التي يحظى بها التحكيم بل في تلك الخصوصية النابعة من كون ان الدولة طرف متعاقد في مثل هذه العقود ، وذلك من خلال الوقوف عند حملة من الضوابط التي يفرزها التحكيم و التي يمكن ان تسلب الدولة حريتها في بعض التصرفات من جهة ، و مخالفتها لسيادة الدولة وذلك لان القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف .

و لا يجوز للدولة ان تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من اشخاص القانون الخاص .

و ان قيام هيئة تحكيم الدولة بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا و الدولة المضيفة للاستثمار يستدعي بالضرورة مناقشة و تقييم اعمال هذه الدولة ، و في ذلك اعتداء جسيم.

و بالرغم من كل المزايا التي يتميز بها نظام التحكيم الا انه لا يخلو من المخاطرالتي يمكن ان تحيط به ، و التي منها التخلي عن بعض الضمانات الشكلية المحددة التي وفرها المشرع للخصوم[5].

ويفتح اللجوء الى الى الطرق البديلة و من بينها التحكيم امام كل من اشخاص القانون العام و القانون الخاص على سواء و ان مان الامر بالنسبة للأشخاص العاديين لا يطرح أي اشكال من هذا المجال .فان الصعوبة تنشا عندما يتعلق الامر بالشخاص المعنوية العامة نظرا للطابع الاستثنائي الذي يشكله كل من النظام القانوني و القضائي الذي يحكمها[6].

فمن جهة ان التحكيم في مجال العقود الإدارية لا يكفل لها طابعها المميز و خصائصها الذاتية التي تميزها عن العقد المدني ذلك ان احد طرفي الرابطة العقدية في مجال العقد الإداري يستهدف المصلحة العامة .وهو ما يبرر ما تتميز به الإدارة من سلطات

[5]اسعد فاضل منديل .احكام عقد التحكيم و اجراءاته .دراسة مقارنة .دار يتدور .2005.ص5

[6]زيري زهية .الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية .مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق .جامعة مولود معمري .تيزي وزو.2015.ص5.

في مجال تنفيذ العقد الإداري هذا في حين ان التحكيم على خلاف القضاء الإداري لا يعتد بأوجه التمييز الجوهرية بين العقود المدنية و العقود الإدارية .

و من جهة أخرى ان التحكيم هو تجسيد لمبدا سلطان الإرادة في مجال تصفية المنازعات الناشئة عن الروابط العقدية ،و التعبير عن الإرادة عند ابرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى ،فأشخاص القانون العام لا تتمتع بالحرية الكاملة في ابرام تعاقداتها حيث ان قانون الصفقات العمومية هو من يحدد الوسيلة للتعاقد وقد جسد القانون الوضعي و خاصة القانون الفرنسي هذه العلاقة ،حيث احتل التحكيم فيه مكانا ثانويا و يتضح ذلك من خلال النصوص القانونية التي حظرت على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم بصدد حل نزاعاتهم المتعلقة بالعقود الإدارية ،كما ان القضاء و خاصة القضاء الإداري قد وقف موقفا صلبا إزاء لجوء هؤلاء الى التحكيم.

لهذه الأسباب ثار جدل فقهي و اسع بين مؤيد و معارض فيما يخص اللجوء الى التحكيم في اطار العقود الإدارية،وذلك في اطار غياب نص تشريعي بشكل حاسم ،سعيا من الدولة لمواكبة التطورات الاقتصادية و تجاوز المشاكل القانونية المتعلقة بمدى جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة الى التحكيم لحل نزاعاتها،عملت مختلف المتعلقة التشريعات على على إيجاد وعاء قانوني ينظم المسالة و هو ما سار عليه المشرع الجزائري،و ذلك من خلال إصداره لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي حدد من خلاله المجال الذي يمكن للأشخاص الاعتبارية اللجوء الى التحكيم .

طبقا للمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية[7] يجوز لكل من الدولة و الولاية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية اللجوء الى التحكيم في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر،وفي مادة الصفقات العمومية و هو ما يتفق مع نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص في الفقرة الثالثة منها على ما يلي " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم .ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية ".

[7] قانون 08-09 مؤرخ في 25 -04-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية .الجريدة الرسمية .عدد21 الصادرة في 22-04-2008.

و بالتالي قد حصر المشرع الجزائري إمكانية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية في الصفقات العمومية على المستوى الداخلي و الدولي .

لقد جاءت هذه الدراسة لإلقاء الضوء على الموضوع و ذلك بالاجابة على الاشكال التالي :

- ماهي إجراءات خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟
- للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا الى فصلين :

نتناول في الفصل الأول مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ذلك بالتطرق الى مفهوم التحكيم في التشريع و الفقه مبرزين أهميته و كذلك الطبيعة القانونية للتحكيم ،و كذلك تمييزه عن الأنظمة المشابهة له ، كما نبرز كذلك موقف التشريعات من اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

اما الفصل الثاني فخصصناه لإجراءات التحكيم في الخصومة الإدارية حيث نستعرض فيه كيفية تشكيل هيئة التحكيم ،الشروط اللازمة لاختيار المحكم و كذلك طرق تعيين المحكم .

كما نتطرق كذلك لإجراءات سير الخصومة التحكيمية و كيفية انقضائها في العقود الإدارية و أخيرا نبرز كيفية صدور حكم التحكيم و كيفية الطعن فيه و كيفية تنفيذ احكام التحكيم .

من الدوافع التي دعتنا لاختيار موضوع البحث هو كون التحكيم من الموضوعات المستجدة و المهمة كطريق بديل لحل المنازعات بدليل اتساعه و تطوره المستمر .و خاصة في اطار العقود الإدارية .

نعتمد في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الوصفي و التحليلي المقارن .

الفصل الأول

مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية التحكيم كطريق يتم اللجوء إليه لفض أو تسوية المنازعات غير أن هذا الأسلوب عرف في المجتمعات القديمة[1] قبل ظهور قضاء الدولة الذي يعد مظهر من مظاهر السيادة ولا يمارس إلا من طرف السلطة العامة فيها، ويرجع ازدهار استخدامه لجملة من الاسباب لا سيما ما تعلق منها بما طرء على العلاقات الاقتصادية الدولية من تطوارت وتشعبها، وهو ما أدى إلى البحث عن طريقة لحل ما يمكن أن يكتنفها من منازعات وكان التحكيم هو الوسيلة الأنجع بالنظر إلى ما يتسم به من سرعة وبساطة في الإجراءات .

وبعد إجازة تشريعات اللجوء إلى التحكيم أصبحت الدول لا تحتكر وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن روابطها العقدية مع الغير، وذلك بنصها صرا حة على إمكانية أن يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أخرى لفض ما نشأ أو ينشأ من منازعات بإيراد ذلك في العقد أو في اتفاقية تستند إليه أو في وثيقة مستقلة عنه سواء كان شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، إعمالا لمبدء سلطان الإاردة دون اللجوء إلى قضاء الدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات.

سوف نتناول مفهوم التحكيم ونبرز طبيعته القانونية، ونتطرق إلى القواعد التي تنظمه وذلك على النحو التالي :

- **المبحث الأول : مفهوم التحكيم في منازعات العقود الادارية**
- **المبحث الثاني : تمييز التحكيم في منازعات العقود الإدارية**

[1] عرف نظام التحكيم عند قدماء المصريين حيث كان للافراد حق اللجوء الى التحكيم لفض ما ينشا من منازعات بينهم و عرف عند الاغريق حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية اما العرب فقد عرفوه قبل الاسلام بقرون حيث كان اختياريا و غير ملزما للخصوم لعدم وجود سلطة عامة تلزم الافراد به

المبحث الأول : مفهوم التحكيم في منازعات العقود الادارية

يعـــرف التحكيم لدى معظـــم المهتمين بالشـــؤون القانونيـــة بأنـــه طريـــق خـــاص لحـــل المنازعات قوامه الخروج عن طـرق التقاضي العادية، إذ يعتمـد أساسـا علـى أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي، وهكـذا ينشـأ التحكيم بمـا في ذلك التحكيم الإداري من إرادة طرفي الخصومة.

وقـد اتجهـت النظم القانونيـة الى هذا النظـام وتطـويره نظـرا لما يحتويـه هـذا الأخيـر مـن سـهولة وسـرعة فـي الإجـراءات، وهـو الأمـر الذي أخـذ بـه المشرع الجزائـري عنـد إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإداريـة، حيـث نـص علـى إمكانيـة اللجوء إلى التحكيم فـي منازعات العقود الإدارية. سوف نضـع معـالم نظـام التحكيم للوقـوف علـى تعريفـه وا بـراز الطبيعـة القانونيـة له، ثـم نبرز موقف الفقه والمشرع من اللجوء إلى التحكيم.

المطلـــــب الأول : تعريف التحكيم واهميته في منازعات العقود الإدارية

نتناول تعريف التحكيم من الناحية التشريعية ومـن ناحيـة تعريـف الفقهاء له، ومـن خـلال هـذه التعاريف نصـل إلى طبيعتـه القانونيـة،

ونميـزه عـن بعـض الأنظمـة المشابهة له وهـذا بعـد أن
: نبرز أهميته وذلك على النحو التالي

الفـــرع الأول : تعريف التحكيم في التشريع

لم يعـرف المشرع الجزائـري نظـام التحكيم، حيـث اكتفـى بـإبراز عناصـره وخصائصـه الذاتيـة التي تميـزه عـن أيـة وسـيلة أخـرى مـن وسـائل فـض المنازعـات بـين الأطـراف كالصلح والوساطة تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء في هذا الشان.

إذ تنص **المادة422** من قانون الإجراءات المدنية[2] علـى أنـه "يجـوز لكل شـخص أن يطلـب التحكيم فـي حقـوق له مطلـق التصرف فيهـا، ولا يجـوز التحكيم فـي الالتزام بالنفقة ولا فـي حقـوق الإرث والحقوق المتعلقـة بالمسـكن والملـبس ولا فـي المسـائل المتعلقـة بالنظـام العـام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم."

[2] الامر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل و المتمم .

وبعد تعديل نص **المادة422** من خلال المرسوم التشريعي رقم **93/ 09**[3] أصبحت تنص على أنه " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعقلة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للاشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية."

ونصت **المادة 1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم **08-09** على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للاشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

يتبين أن تبني القانون الوضعي الجزائري لنظام التحكيم جاء في مرحلة متأخرة، إذ أن قانون الإجراءات المدنية الأمر رقم **66-154** كان إلى وقت قريب يرفض هذا النظام ويحرمه على الأشخاص العمومية.

وبعد تعديل الفقرة الأخيرة من المادة **442** بموجب المرسوم التشريعي **93-09**[4] عدل المشرع الجزائري عن موقفه، حيث اعترف صراحة للاشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم لكن حصره في علاقتهم التجارية.وبعد صدور القانون **08-09** اعترف للاشخاص المعنوية التابعة للقانون العام بالإضافة إلى جواز لجوئهم للتحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية أيضا، أجاز التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

[3] المرسوم التشريعي رقم 93-09 (ملغى)المعدل و المتمم للامر رقم 66-154 .

[4] -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية .الجريدة الرسمية عدد 21 ص90.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي

اختلف الفقه في تعريف التحكيم فعرفه البعض بانه نظام للقضاء الخاص تفض فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون عن طريق القضاء العام[5].

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "الالتجاء إلى طرف ثالث يعرض عليه الطرفان المتخاصمان خلافهما، فيقوم في النهاية بفرض حل ملزم لكليهما"[6].

ويعرف ايضاعلى أنه "مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عملية قانونية عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي صدرعن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي به ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها."[7]

وعرف التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء الى التقاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم لفصل في المنازعات التي تطأر أو قد تطأر بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود..."[8]

وهناك من يعرفه على أنه "طريقا خاصا للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه"

ونظام التحكيم هو بناء قانوني يكون مركبا من ثلاثة إرادات إرادة النظام القانوني الوضعي أطراف الاتفاق على التحكيم إرادة الأطراف المحتكمين إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

حسن محمد هند .التحكيم في المنازعات الادارية .دار الكتب القانونية .مصر.2008 .ص36

[6] Zaki badaoui dictionary of management sciences .Dar El Kitab Almasri .cairo 1 edition p48

[7] يسري محمد العطار .التحكيم في المنازعات الادارية العقدية و غير العقدية .دار النهضة العربية .مصر .2001 .ص 14.

تراري ثاني مصطفى استقلالية اتفاق التحكيم كمبدا من مبادىء التحكيم التجاري الدولي المعاصر .مجلة دراسات قانونية .مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية .دار القبة للنشر و التوزيع .الوادي .الجزائر .العدد التاسع .افريل 2003.ص9[8]

وإذا افتقر نظام التحكيم إلى أي من هذه الإرادات فأننا لا نكون عندئذ بصدد نظام التحكيم[9].

وتبرز تعاريف أخرى الصفة النظامية للتحكيم حين يعرف التحكيمعلى أنه:

"إنشاء محكمة خاصة بفضلها يتم حل المنازعات التي تطرح على محاكم القانون العام والتي اتفق أطرافها على طرح الحالة للفصل فيها."[10]

وعرف التحكيم استنادا إلى خصائصه بالقول: "نكون بصدد التحكيم متى توافر ما يلي :

- ❖ اختيار الأطراف لشخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات .
- ❖ الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.
- ❖ يصدر المحكم قرارات أو أحكاما إلزامية ونهائية على غرار الأحكام القضائية الداخلية.
- ❖ نطاق مراجعة قرارت المحكم محدود[11].

ومن ثم فالتحكيم هو عدالة خاصة وتعاقدية، فهي خاصة لممارستها من طرف أشخاص خواص، وهي تعاقدية لأن أطراف النزاع هم الذين يعينون المحكم بموجب الاتفاق الذي يجمعهم.

الفرع الثالث : أهمية التحكيم

تتمثل أهمية التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه والتي تأتي في مقدمتها الحجة الممثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعاتهم على القضاء، مع ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، علاوة على احتمال استطالة مد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي أمكانية الطعن في الأحكام وتقديم اشكالات التنفيذ، التي قد تحكمها اعتبارات المماطلة في الخصومة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة فرع من الظلم.[12]

وعموما يمكن النظر إلى أهمية التحكيم من جانبين: الأول يخص المتعاقد مع الإدارة، والثاني يهم الدولة بمعناها الواسع أو الشخص المعنوي العام.

---

[9] محمود السيد عمر التحيوي .اساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوكالة الاتفاقية .منشاة المعارف .الاسكندرية .مصر .2001 .ص32-34

[10] -Jean Robert .L'arbitrage-droit international prive 2 ed.1993.p03.

[11] -Jan R.McNeil .American Arbitration law .Oxford Univercity press .New York .1992.p7 .

[12] -معوض عبد التواب .المستحدث في التحكيم التجاري الدولي .دار الفكر الجامعي .الاسكندرية .مصر .1991 ص31

ا-أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة

نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد أطارفها متعاقدا أجنبيا والطرف الآخر هو الدولة أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة التيلا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية أو سياستها، ومن ثم نادوا بمنح مثل هذه المنازعات لقضاء محايد هو قضاءالتحكيم.

فضلا عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي فإنها ولا شك والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية التي بموجبها يحظر على قضاء دولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفا فيها[13].

كما أن إدارج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر، يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدما عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم[14].

ب-أهمية التحكيم بالنسبة للدولة

إن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية ادارية او عادية في استمرار، وهو ارتفاع لا يضاهيه ارتفاع في عدد الموارد البشرية المتخصصة، ولا في التجهيزات الضرورية مما استدعى وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أوعلى الأقل التخفيف من وتيرتها، وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض النزاعات من بينها التحكيم.

فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة، ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة وخاصة الاستثمار الأجنبي، وذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها

---

[13] -حفيظة السيد الحداد .الاتفاق على التحكيم فيي عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية و اثارها على القانون الواجب التطبيق .دار المطبوعات الجامعية .الاسكندرية .2001 .ص6-7-8 .

[14] منير عبد المجيد .الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي .منشاة المعارف .الاسكندرية .مصر .2000.ص102 .

التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات التي أصبح ينظر لها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنازع بدلا من أن تكون وسائل قصرية[15].

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم

إن معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم تساعد في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه، ومثال ذلك تحديد إجراءات البطلان الذي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم وحكم المحكم، إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يؤدي إلى اعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القوانين المدنية، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم توحي باعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قوانين المرافعات[16].

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية انطلاقا من طبيعة عمل المحكم، بينما ذهب البعض إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استنادا إلى اتفاق الأفراد، بينما ذهب الراي الثالث إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم

الفرع الاول : النظرية التعاقدية

تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالهدف منه غالبا تلبية رغبة الأفراد في نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في التصالح، ويتم في صورته العادية لقواعد العدالة واستثناءا وفقا لقواعد القانون[17].

ومن جهة أخرى، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف إتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية واذا كان في هذا التخلي بعض المخاطرفهي لا شك مخاطر محسوبة، فمركز الثقل هو اتفاق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق بند من بنود العقد أو عقد تحكيم منفصل عن العقد الأساسي فارادة الاطراف هي المرتكز الاساسي لعملية التحكيم، وتبعا لهذا المفهوم يجب أن يؤخذ التحكيم على أنه مجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة.

وقد أجمع بعض الفقه أسانيد هذه النظرية فيما يلي

محمد محبوبي .دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الادارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن .مجلة المحكمة العليا
[15].عدد خاص .الجزء 2 .الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح .الوساطة .التحكيم)قسم الوثائق .2009 .ص395 .
[16]مناني فراح .التحكيم طريق بديل لحل النزاعات .دار الهدى .عين مليلة .الجزائر .2010.ص35
نبيل صقر .الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية .التنفيذ .التحكيم .دار الهدى .عين مليلة .الجزائر .2008
[17]ص550

• حكم المحكومين لا يمكن أن ينفصل عن إرا ة الأطراف، فالتحكيم جوهره هو التقاء إرادة المحتكمين بقرار المحكم.[18]

• سلطة الحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم[19].

• المحكمون مستعدون لحسم النزاع موضوعيا كما ان العديد من المحاكم قبل الصناعة ترقي أو تروج قواعد القانون العام في دعم التحكيم[20].

• حكم التحكيم يتمتع بحجية نسبية بصورة عامة حيث تقتصر أثار الحكم على أطراف النزاع، بينما الحجية النسبية التي يتمتع بها الحكم القضائي كأصل عام يرد عليها استثناء يتمثل في الحكم الصادر في دعوى الإلغاء فهو يتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع إذا قضى سواء بالإلغاء الكلي أو الجزئي، أما إذا قضى برفض هذه الدعوى فإنه يتمتع بحجية نسبية في نطاق وحدة الخصوم والموضوع

• المحكم عند الفصل في النزاع يمتلك سلطات أوسع من سلطات القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون باستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة بينمـ القاضي يفصل في النزاع مقيدا بقواعد القانون[21].

إضافة إلى أن القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة حيث أنه :

• عمل المحكم ليس عملا قضائيا، فقد أجاز أن يكون المحكم أجنبيا وأجاز رفع دعوى ببطلان القرار الذي يصدره.

• إن المحكم يكون وطنيا أو أجنبيا، في حين أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى الوطني

• إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة.

• إذا أخطأ المحكم فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة.

• يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء[22].

---

[18] حسن محمد هند.مرجع سابق .ص46

محمود السيد التحيوي التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الادارية .دار الجامعة الجديدة للنشر

[19] .الازاريطة .1999.ص24-25

[20] Georgios I .Zekos.international commercial and Marine arbitration .Rouledje.Cavendis Abingdon .2008.p13 .

[21] محمد سامي الشوا ."التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ".

[22] مناني فراح .مرجع سابق .ص37

تقدير الاتجاه :

وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات أهمها :

• أخذ على هذه النظرية مغالاتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف مع أن هؤلاء في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وانما الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعنية، حتى أن المحكم وهو بصدد الفصل في النزاع على هدى إرادة القانون لا يلتفت الى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه[23].

• لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية، كما أن الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثار إجرائية، كتلك التي تترتب على المحكم[24].

• الشخص الذي يوافق على التحكيم لا يتنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء، وهو ما قضت به المحاكم العليا في نيويورك[25]

• إرادة الأطراف غير كافية للاتفاق للجوء على التحكيم وحدها، لأنه يتعين أن يقر القانون • بإمكانية هذا اللجوء من خلال نصه صراحة على ذلك وأن الإرادة ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.

• المحكم ليس وكيلا عن الأطراف فاتفاق التحكيم يختلف عن الوكالة في أن الحكم الفاصل في النزاع والصادر عن المحكم يفرض على أطراف هذا النزاع، بينما الوكالة تفرض إرادة الموكل على الوكيل

•النظرية العقدية لا تتفق مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الذي دار حولها النزاع، وأسهمت إسهاما فعالا في تأخر الأخذ بفكرة استقلال هذا الاتفاق.

• اتفاق التحكيم يختلف اختلافا جوهريا عن كل الاتفاقات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطلا ن اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم[26].

[23] نبيل سقر .مرجع سابق .ص554
[24] حسن محمد هند .مرجع سابق .ص49
[25] Georgios I.Zeko.Op.cit.p14.
[26] محمد سامي شوا .مرجع سابق .ص25

الفرع الثاني : النظرية القضائية

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي للتحكيم الدولي واقع تاريخي ومكرس في القانون الدولي فكما القاضي يستمد سلطته من السيادة فان المحكم يستمد سلطته كذلك منها بالإضافة إلى أن التحكيم قضاء إجباري ملزم غير أن ترشحه يتوقف على اتفاق الطرفين[27]. للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وأن عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة[28]

نورد جملة من أسانيد هذا الاتجاه على النحو التالي :

• التعرف على طبيعة التحكيم يكمن في تغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة التي توكل إلى المحكم، والغرض من هذا النظام ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية مثبتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون القضاء، وعلى ذلك فإن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الأطراف لقول الحق أو يحكم القانون بينهم[29].

• على الرغم من أن التحكيم يبدأ بعمل إرادي إلا أن هذا العمل بداية لوضع نظام التحكيم بطبيعته القضائية موضع الحركة الذاتية، فإرادة الأطراف موجودة أيضا عند اللجوء إلى قضاء الدولة[30].

• التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم عند اتفاق الطرفين عليه، وأن التخلص منه لا يجدي ويحل محل قضاء الدولة الإجباري

• العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، ويتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فكل منها يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنها يعد حكما قضائيا وذلك خلافا لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثرا من آثار الاتفاق[31].

---

[27] Georgios I .Zekos.Op.cit.p3

[28] جعفر مشيمش .التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية (دراسة مقارنة).منشورات زين الحقوقية .الطبعة الأولى 2009.ص69.

[29] حسن محمد هند .مرجع سابق .ص50

[30] محمد سامي شوا .مرجع سابق .ص23

[31] جعفر مشيمش .مرجع سابق .ص70

تقدير الاتجاه

رغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية للتحكيم، إلا أنها لم تسلم من النقد، فيعاب عليها ما يلي:

• أن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر فلا يلزم شاهدا بالحضور، أو خصما على تقديم مستندا تحت يده[32].

• أنه يصعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء لان هناك اختلاف بين المحكم و القاضي، لأن هذا الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة فيما يقوم به من أعمال، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، ويعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن الفصل في النزاع، ولا دخل للخصوم في اختياره بعكس المحكم[33].

• إن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء، رغم ما قد يبدو فيه من تقويه لمركز التحكيم إلا لأن التحكيم أسبق من القضاء في الوجود.

• الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تنكره، وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضا بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم[34].

الفرع الثالث : نظرية الطبيعة المختلطة

ذهب هذا الاتجاه إلى رفض كل من الطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم، ويرى أن القانون يخول للافراد اختيار أشخاص لإعداد القرار القضائي ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة محل النظر، وليس هذا البحث عملا قضائيا، ولكنه يكون أحد عنصريه، أما العنصر الثاني الذي لا يكتمل إلا به هو عنصر الأمر الذي به تطبق إرادة القانون الذي يحث عنها وعينها قرار المحكم[35].

و اذا كان التحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطان الإرادة ومقتضيات الانصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع، فإنه يبدو وكأنه نوع من الحلول التي تقيم

[32] نبيل صقر .مرجع سابق .ص556
[33] كريم الطويجي ."الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم "
[34] كريم الطويجي .المرجع نفسه .ص1
[35] نبيل صقر .مرجع سابق .ص74

التوازن بين هذين التناقضين، ذلك أنه في هذا النظام يتمثل من ناحية في فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدا سلطان الإرادة، ومن ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء؛ أي يكون اقتضاء الحقعن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من الأسانيد منها :

• أن التحكيم يعتبر نوعا من القضاء الخاص ذا اساس اتفاقي تتناوب عليه طبيعة التاثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معا، وأن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد الحكم القضائي.

• العنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الاولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف، ثم يبدأ هذا العنصر في الزوال تدريجيا تاركا الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي.

• التحكيم ليس اتفاقا محضاً ولا قضاءا محضا وانما هو نظام يمر بمراحل متعددة يتخذ في كل منها طابعا مختلفا فهو من أوله اتفاق وفى وسطه إجراء وفي أخره حكم[36].

تقدير الاتجاه

رغم ما يتضمنه هذا الراي من وجاهة ومحاولته الجمع بين الرايين، إلا أنه لم يسلم من النقد فيما يلي:

أخذ بالفكرة التحويلية للتحكيم من عقد إلى قضاء وأن هذا يعد هروبا من المشكلة، والقول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة[37].

الفرع الرابع : نظرية الطبيعة المستقلة

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم، لأن أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أم ينظم الموضوع، حتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد فتارة يقولون عقد عمل، وتارة يقولون عقد وكالة، كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض منهم يرى أنه مجرد بطانة

[36]-اشرف روية ."الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم ".
[37]-حسن محمد هند .مرجع سابق .ص53

للقضاء الوطني، والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة للحكم لإقامة العدالة بين الخصوم، أما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فيكفي القول بأن موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم[38].

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وباللنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب الابتعاد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وان سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت أم قضائية ربما كان ذلك ذا فائدة في الماضي، ولكن تلك الفكرة قد تقف الآن عائقا أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية[39]. ومنه نذهب بالقول الى أن التحكيم نظام قضائي استثنائي، فهو وسيلة لفض النزاعات ولكنه مختلف عن القضاء وموازيا له، ومن المسلم أن التحكيم مصدره العقد، ولكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات.

وتقترب أغلب التشريعات من هذا الاتجاه، فهي تنظم اتفاق التحكيم باعتباره وسيلة للفصل في النزاع دون أن تخلط بين طبيعته العقدية التي تنتهي بإبرام العقد وقبول المحكم للمهمة الإجرائية تظهر بوضوح من خلال الدفع بالاعتداد بالتحكيم[40].

[38] اشرف روية .مرجع سابق .ص1
[39] مناني فراح .مرجع سابق .ص48
[40] نبيل صقر .مرجع سابق.559

المبحث الثاني : تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له وموقف التشريعات منه

المطلب الاول : تمييز التحكيم

إذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلا دون اللجوء إلى قضاء الدولة، بموجب اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض نزاعاتهم للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم يختارونها، فإنه يعد نظاما خاصا ومتميزا بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية النزاعات، فالتحكيم ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير، مختار بمعرفة الخصوم فالغير قد يتدخل في علاقة الخصوم على أكثر من وجه كخبير أو وكيل، أو كوسيط أو كمحكم، فما هو المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين التحكيم كطريق لفض النزاعات وبين كل من الصلح والتوفيق والوكالة والقضاء؟[41]

الفرع الاول : التحكيم والصلح

عرف المشرع الجزائري الصلح في **المادة459** من القانون المدني[42] بانه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه.

بالرغم من أن الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه، إلا أن تصدي المشرع لموضوعه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية يأخذ طابعا إجرائيا، في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفيات مباشرته[43].

أوجه الشبه بين التحكيم والصلح

- كلاهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية.
- كلاهما يرتكز على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح .
- تطابق النطاق الموضوعي لكل من التحكيم والصلح، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوزفيها الصلح كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للاشخاص.

---

[41]-محمد سامي شوا .مرجع سابق .ص32

-الامر رقم 75.58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .المعدل و المتمم بالقانون رقم 05.07 المؤرخ في 13 ماي 2007.[42]

[43]عبد الرحمان بربارة .شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية .منشورات بغدادي .الجزائر . 2009

- كلاهما يستندان إلى عقد، فالتحكيم بصورتيه شرطا كان أو اتفاقا، وكذلك الصلح هو عقد بنص القانون[44].

أوجه الاختلاف بين التحكيم

1 - محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع على الذي يوجد بشانه اتفاق التحكيم على القضاء، حيث يترك أمر الفصل فيه للمحكم المختار، أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طريق تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه مقابل الإبقاء على البعض
الآخر.

2 - تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الاطراف المتنازعة عن كل او بعض ما يتمسكون به ، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون ان يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع[45].

الفرع الثاني : التحكيم والتوفيق

التوفيق هو تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، ويظهر مجاله في القانون الدولي إذ يتم بواسطة لجان تسمى لجان التوفيق، وللموفق حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وقد يتم اختيار الموفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو بواسطة أي جهة قضائية أو تحكيمية طلب منها الأطراف ذلك، لكن القرار الذي يصدر من الموفق غير نهائي أو ملزم إلا برضا الطرفين بعكس التحكيم حيث لا يوجد دوركبير للمحكم لإيصال الإطراف إلى اتفاق، كما أن القرار الصادر من المحكمين نهائي وملزم إلا عن طريق الطعن بالبطلان حسب ما ذهبت عليه معظم التشريعات والاتفاقيات[46].

ومن أوجه الخلاف بين التحكيم والتوفيق ما يلي :

* يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني،أما التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبارمهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق.

* حكم التحكيم حجية الشيء المقضي به، بينما ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية.

---

[44] المادة 1011.1007 من القانون 09.08 و المادة 459 من الامر رقم 58.75

[45] سيد احمد محمود .مفهوم التحكيم .دار النهضة العربية .الطبعة الاولى .2003 .ص34

[46] كمال ابراهيم .التحكيم التجاري الدولي .دار الفكر العربي .القاهرة .1991 .ص72 و ما يليها .

* مجال التوفيق هو أحكام القانون الدولي، في حين أن القانون الواجب التطبيق في التحكيم يختار من قبل الأطراف[47].

الفرع الثالث التحكيم والقضاء

هناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كل منهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة التحكيم والآثار المترتبة على كل منها، يتضح من تعريف التحكيم انه يستجمع عناصر العمل القضائي والتي تتمثل في الإدعاء والمنازعة والمحكم[48].

* غير أن هذا االتقارب بين التحكيم والقضاء لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما

* إن المحكم ليس كالقاضي، حيث يشترط لصحة حكمه رضا المحكمين، أما حكم القاضي فيصلح دون رضا المدعى عليهم[49].

* لا يجوزالتحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة الشخصية، أما هذه المسائل فيجوز فيها القضاء.

* الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه، وعلى العكس من ذلك فإن أحكام المحكمين لابد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية[50].

الفرع الرابع : التحكيم والوكالة

عرف القانون المدني الجزائري الوكالة في المادة**571** "الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وعرفت الإنابة كذلك من قبل الفقه على أنها: "نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني عقد كان أو تصرفا انفراديا بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب، نيابة عن صاحب الشان الأصيل[51]

[47]وليد محمد عباس .مرجع سابق .ص 74-75
[48]محمود السيد عمر التحيوي .انواع التحكيم و تمييزه عن غيره .المكتب العربي الحديث .الاسكندرية .2009 .ص249
[49]كمال ابراهيم .مرجع سابق .ص75
[50]حسن محمد هند .مرجع سابق .ص10 .
[51]محمود السيد عمر التحيوي .انواع التحكيم و تمييزه عن غيره .مرجع سابق .ص250

لما كان وجه الشبه الوحيد بين التحكيم والوكالة هو أن كل منهما يعتمد في وجوده على عقد، نقوم ببيان أوجه الاختلاف بينه وبين الوكالة وذلك على النحو التالي :

1 - عقد التحكيم طرفاه هما طرفا النزاع وموضوعه هو اختيار شخص أجنبي هو المحكم للفصل في النزاع، أما في عقد الوكالة فإن الطرفان هما الموكل والوكيل وموضوعها تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.

2 - المحكم الذي يختاره كل من الأطراف المتنازعة لا يعبر عن وجهة نظر هذا الطرف، لأن المحكم المختار من قبل أي طرف من الأطراف المتنازعة ليس صاحب قرار منفرد، لأنه وليد الإرادة المشتركة، في حين أن النائب يمثل إرادة واحدة وهي إرادة الأصيل[52].

3 [53] - القاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويملك التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، كما أن الوكيل لا يقوم إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما هيئة التحكيم وبعد اختيارها من قبل الأطراف المحتكمين تكون مستقلة في أداء عملها تماما عنهم، فهم لا يملكون حق التدخل في عملها بأن يصدروا إليها تعليمات تتقيد بها، ويكون الحكم الصادر عن هذه الأخيرة ملزما لهم[54].

[52] سيد احمد محمود .مرجع سابق .35

[53]

[54] كمال ابراهيم .مرجع سابق .ص80

المطلب الثاني : موقف التشريعات من االجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

الفرع الأول : موقف القانون المصري من لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات العقود الادارية

أجاز القانون المصري[55] وبعد تردد طويل و نقاش فقهي و قضائي كبير التحكيم في المنازعات الإدارية بعد صدور القانون رقم 9/1997 و الذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 27/1994 و التي اشترطت موافقة الوزير المختص لينتج اتفاق التحكيم اثاره وذلك حين نصت على انه "و بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك "

وعلى هذا الأساس اقر القضاء المصري قاعدة مفدها ان اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية مشروط بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وانه لا يجوز التفويض في ذلك و الا ترتب عليه بطلان شرط التحكيم وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المحكمة الإدارية العليا بمصر جاء فيه "من حيث ان المادة الأولى من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 و المعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص على انه مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية المصرية العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين تحكيم الأطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر او كان تحكيما دوليا يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لاحكام هذا القانون و بالنسبة الى منازعات العقود الإدارية يكون التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك ومن حيث ان أوراق الطعن قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان و المرافق و التجمعات العمرانية الجديدة على اللجوء الى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة و المطعون ضده الثاني بشان تنفيد العقد رقم....المبرم بينهما في .../... ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير القائم على سند من القانون

[55] عبد الكبير العلوي الهوصي .كيف يتم اللجوء الى التحكيم في المنازعات الادارية .مقال منشور في استشارات قانونية مجانية .محاماة .نت .18 ديسمبر 2016

الفرع الثاني : موقف القانون الجزائري

القانون الجزائري كان اكثر وضوحا في تعامله مع لجوء اشخاص القانون العام للتحكيم فهو لم يجيز التحكيم بالنسبة لهذه الأشخاص الا في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية او في اطار العلاقات الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية حيث نصت المادة 1006 من القانون 08.09[56] المؤرخ في 25 فبراير 2008 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 21 بتاريخ 23 ابريل 2008 على انه "يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او في حالة الأشخاص و اهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية.

الفرع الثالث : موقف القانون المغربي

كان قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 يمنع اشخاص القانون العام من اللجوء للتحكيم[57] و كان القضاء المغربي بدوره لم يتعرض لمسالة أهلية الدولة في اللجوء للتحكيم الا في قضية واحدة صدر فيها قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 26 يوليو 1923 جاء فيها " وحيث ان قرار عاما او خاصا صادرا عن السلطة الرئيسية هو وحده الذي يمكن من توسيع سلطات الممثلين القانونيين للدولة بما في ذلك الترخيص باللجوء الى التحكيم و تخفيض قيود الرقابة المفرطة من النيابة العامة وحيث يستنتج من ذلك ان اتفاق التحكيم الذي ابرمه المدير العام للأشخاص العمومية مع كل حارسي ففي دون ان يرخص له بصورة قانونية يعد باطلا ولا يمكن ان يعتبر بمثابة أساس لقرار تحكيمي صريح وبالتالي كانت رقابة رئيس المحكمة مطلقة في عدم الامر بتنفيذ حكم المحكمين كلما كان موضوعه يهم نزاع بشان عقد اداري احد اشخاص القانون العام طرفا فيه اما بعد صدور القانون رقم 08.05 فالمنع قد زال وبالتالي اصبح بإمكان الدولة و مؤسساتها ان تلجا الى التحكيم .

لكن ومع سماح المشرع المغربي في القانون 08.05 بالتحكيم في عدة مجالات كان ممنوعا فيها التحكيم كتلك المرتبطة باشخاص القانون العام فان هامش هذه الرقابة القضائية قد قلص مقارنة مع ماكان سائدا في ظل الفصل 306 من ق م م لسنة 1974 الا انه على الرغم من هذه التعديلات الجديدة الا ان ذلك لا يمنعنا من ابداء الملاحظات التالية[58]

---

[56] قانون الاجراءات المدنية و الادارية

عبد الكبير العلي الهوصي .كيف يتم اللجوء الى التحكيم في المنازعات الادارية .مقال منشور في استشارات قانونية مجانية .محاماة نت .18 ديسمبر 2016.[57]

[58] عبد الكبير العلوي الهوصي .المرجع نفسه

ان المشرع المغربي حينما نص في الفقرة الأولى من الفصل 310 من القانون 08.05 على انه لا يجوز ان تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة او الجماعات المحلية او غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية غير ان النزاعات المالية الناتجة عنها يمكن ان تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق القانون الجنائي يمكن بذلك جعل المبدا الأساسي هو منع الدولة و الجماعات المحلية من اللجوء الى التحكيم في المجالات التي تنفرد بالتصرف فيها هاتين الجهتين و الاستثناء هو انه يمكن ان يدرج شرط التحكيم في عقد معين تكون الدولة او الجماعة المحلية منفردة بالتصرف فيه لكن في المجالات التي تعتبر من التصرفات الأحادية للدولة او الجماعات المحلية و في هذا يندرج صنف العقود الإدارية الصفقات العمومية فان المشرع المغربي نص في الفقرة الثانية من الفصل 310 على انه بالرغم من احكام االفقرة الثانية من الفصل 317 يمكن ان تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة او الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم في دائرة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة او الوصاية المنصوص عليها في النصوص التشريعية او التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المدنية او سواء كان ذلك قبل نشوء النزاع او بعده و بالتالي يرجع للقضاء الإداري اختصاص مراقبة مدى تقيد اطراف التحكيم بهذه المقتضيات القانونية الامرة في حين يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل الى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها او الى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

الفصل الثاني

إجراءات خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يقصد بالمحاكمة التحكيمية او خصومة التحكيم مجموعة الاعمال الاجرائية التي تبدا بطرح النزاع على المحكم و تستهدف التحقيق فيه و تنتهي باصدار القرار التحكيمي الفاصل فيه .

و اذا كانت خصومة التحكيم بهذا المعنى لا تختلف في جوهرها عن الخصومة القضائية الا ان ثمة فارق اساسيا بينهما ويرجع الى مصدر القواعد التي تنظم الخصومة.

بينما تجد القواعد التي تنظم الخصومة القضائية مصدرها في النظام الذي يرسمه القانون الإجرائي نفسه فان القواعد التي تنظم الخصومة التحكيمية يجب ان تجد مصدرها كاصل عام في النظام الذي يرسمه اتفاق التحكيم صراحة او ضمنيا .الا انه توجد مبادىء اساسية تشكل قواعد امرة لا يجوز الخروج عليها لاتصالها الوثيق بالنظام العام القضائي .حيث لا يتصور تحقيق العدالة دون الالتزام بها من طرف الهيئة التحكيمية .

وبعد سير هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية تصل اجراءات التحكيم في النهاية للغاية المرجوة و التي تكون الاطراف المتنازعة بانتظارها و هي صدور الحكم التحكيمي خلال الفترة المحددة مستوفيا لكافة الشروط القانونية المتطلبة لصدوره .و لا يبقى هذا الاخير في منأى عن رقابة قضاء الدولة .فبالنظر للطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم و المستند في اساسه لارادة الاطراف يضفي على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتية خاصة .

سنقوم منخلال هذا الفصل ببيان اجراءات سير الدعوى التحكيمية .و كذا كيفية اصدار حكم التحكيم و كيفية الطعن فيه و ذلك على النحو التالي

المبحث الاول اجراءات سير خصومة التحكيم في منازعات العقود الادارية .

المبحث الثاني حكم التحكيم .

المبحث الأول : إجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية

لسير المنازعة التحكيمية في العقود الإدارية لابد من اتباع مجموعة من الإجراءات من قبل اطراف النزاع بداية من تشكيل الهيئة التحكيمية و معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه الخصومة التحكيمية مرورا بطرق تعيين المحكم و سير الإجراءات من لغة و اجال التحكيم وهذا ما سيتم التطرق اليه في المطالب التالية .

المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم

تعد مرحلة تشكيل هيئة التحكيم من اهم مراحل عملية التحكيم ذلك ان سير إجراءات التحكيم و صحتها صدور حكم التحكيم و اختيار المحكم فبمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم و قد أعطت كافة التشريعات للأطراف الحرية في اختيار و تشكيل هيئة التحكيم مع مراعاة سلسلة من القواعد الامرة في ذلك و لما كان التحكيم كالقضاء يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم فان اتفاق هؤلاء الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم قد يكون امرا صعبا في الكثير من الأحيان[1] . بالإضافة الى اختيار المحكم و الشروط اللازمة فيه لكي يتمكن من إدارة و حسم النزاع

الفرع الأول : الشروط اللازمة لاختيار المحكم

يكون المحكم شخصا او أشخاصا او هيئة تحكيمية يتمتع بثقة الخصوم اولاه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم و يقصد بهيئة التحكيم الجهة التي تتولى إدارة طرفي العملية التحكيمية للفصل في النزاع القائم بشانه اتفاق التحكيم و في هذا المجال يبرز الطابع القيادي لاتفاق التحكيم معطيا لاطراف التحكيم كامل الحرية في تحديد عدد المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم

وتعد حرية اختيار المحكمين من اهم الضمانات التي تدفع الأطراف الى اللجوء الى التحكيم لحسم ما يثور بينهم من نزاع كما ان كل النظم تجمع على مبدا المساواة بين الخصوم بشان اختيار المحكمين مع الاخذ بالشروط القانونية الواجب توفرها في الهيئة التنفيذية فقد اشترط القانون في الحكم عدة شروط لمباشرة الحسم في النزاع و ذلك لضمان السير الحسن للإجراءات من حياد و استقلالية المحكم الى حين حكم التحكيم و تمتع هذا الحكم بالتنفيذ و حيازة الحجية و مدى قابلية الطعن و الدعوى بالبطلان كما هو معمول به في الدعوى القضائية لذلك يجب توضيح هذه الشروط الواجب توافرها في المحكم الاهلية المدنية ووترية العدد بالنسبة للمحكم*

[1] الفقرة الاولى من المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

يجب ان يكون المحكم كامل الاهلية في هذا الشرط النتيجة المنطقية لرغبة المشرع في ان عملية التحكيم صحيحة و ناجحة و اقرب ما تكون الى فض النزاع لتطبيق العدالة و بدون مخالفة القانون ومما لا شك فيه ان يكون المحكم قادرا على التمييز بين الخطا و الصواب و حسم النزاع باقرب فرصة ممكنة و هذه الغاية الأساسية للنظام القانوني للتحكيم[2]

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري على ان المحكم يتمتع بحقوقه المدنية و ذلك في نص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي الا اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية "[3] اما بالنسبة للمشرعين الفرنسي و تكون المصري فقد اشترطا ان يكون المحكم متمتعا بكامل حقوقه المدنية حيث تنص المادة 1/1451 من مرافعات الفرنسي الجديد على انه " لا يجوز تحويل مهمة التحكيم الا لشخص يتمتع بكافة حقوقه المدنية"[4]

و المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري نصت على انه" لا يكون المحكم قاصرا او محجوزا عليه او محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية او جنحة مخلة بالشرف او بسبب شهر افلاسه ما لم يرد اليه اعتباره"[5]

كما نجد ان معظم التشريعات نصت على وترية او فردية عدد المحكمين في حالة التعدد فقد نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على اشتراط ان يكون عدد المحكمين فرديا[6] .طبقا لنص المادة 1017 من نفس القانون " تتشكل محكمة التحكيم من محكم او عدة محكمين بعدد فردي"[7] و قد عالج المشرع الفرنسي ذلك صراحة فنصت المادة 1453 مرافعات على انه في حالة تحديد عدد زوجي فعلى محكمة التحكيم ان تختار محكما سواء اتفق الأطراف على ذلك او يتولى الامر المحكمون الذين تم اختيارهم و اذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية .

و نصت المادة 15 من قانون التحكيم المصري على انه " تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد او اكثر فاذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عندهم وترا و الا كان التحكيم باطلا

فالمشرع المصري صرح اذا كان العدد اكثر من ثلاثة فانه اوجب وترية العدد والا كان التحكيم باطلا و بطبيعة الحال يستطيع الأطراف تصحيح الامر و تعديل التشكيلة على نحو يتلاءم و نصوص القانون[8] .

---

[2] اسعد فاضل منديل .احكام عقد التحكيم و اجراءاته .دراسة مقارنة .منشورات زين الحقوقية .دار ثيبور .بدون ذكر السنة .

[3] المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .مرجع سابق .

[4] حسني المصري ..التحكيم التجاري .دار الكتب القانونية .مصر 2006

[5] المادة 16-1 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994

[6] مناني فراح .التحكيم طريق بديل لحل النزاعات .دار الهدى .عين مليلة .الجزائر .2016.ص125

[7] المادة 1017 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري .

[8] حسن محمد هند .التحكيم في النزاعات الادارية .دار الكتب القانونية .مصر 2008 .ص125

*الاستقلالية و الحياد الحياد مسالة شخصية تعني عدم التحيز لاي من الخصوم او التعاطف مع وجهة نظر احدهم ويفهم هذا ضمن المبادئ القانونية العامة و لضمان عدالة مرجوة بواسطة التحكيم ينبغي على الشخص القائم عليها ان تتوفر فيه صفات تجعل الأطراف المتنازعة تطمئن اليه و الى عدالته و بالتخص استقلالية المحكم و حياده في عمله اثناء مباشرة التحكيم .فالمحكم الذي يتولى النظر في المنازعة الخاصة بالعقد الإداري قد يكون متأثرا بعدة عوامل قد تؤثر في استقلاليته و حياده و ترجع هذه العوامل كما يقرر بعض الفقهاء الى البيئة الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية التي ينتمي اليها المحكم و اما الى هوية الخصوم و موضوع النزاع لذا فقد احسنت التشريعات صنعا حيث نصت على الزامية توافر صفتي الحياد و الاستقلال وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزاما مهما الا وهو اخطار الأطراف على كل الظروف التي من شانها ان تثير الشكوك حول حياده و استقلاليته من تلقاء نفسه بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه الا بعد ابلاغهم بهذه الظروف و قبول الأطراف صراحة قيامه بالمهمة وهذا ما نصت عليه المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري "اذا علم المحكم انه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهم"

*جنسية المحكم و خبرته لم يشترط المشرع الجزائري ان يكون المحكم من جنس او جنسية معينة فيما ان لأطراف الخصومة الاتفاق على ان يكون المحكم من ذكر او انثى او من جنسية محددة فهو متروك لحرية الأطراف كما ذهب اغلب الفقهاء الى انه ليس هناك ما يحول تولي المراة لمهمة التحكيم ولو لم ينص القانون على جواز ذلك ففلسفة التحكيم تقوم على ثقة الخصوم في شخصية المحكم فاغلب قوانين التحكيم المختلفة لم تتناول جنسية المحكم وتركت ذلك لاتفاق الأطراف الا اذا اتفقا على تعيين المحكمين ممن ينتمون الى جنسية معينة فانه في هذه الحالة يجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه .

غير انه من المستحسن ان يكون المحكم من نفس جنسية الأطراف باعتباره اقدر من غيره على العلم بلغة الخصوم و احكام القانون المختار على الإجراءات و موضوع النزاع بالإضافة الى وفرة التكاليف .

كما نجد اغلب القوانين سكتت عن شرط الخبرة و الكفاءة الوجب توافرها في المحكم وتركت الامر الى تقدير طرفي النزاع عند الاتفاق على التحكيم وقد يكون من الاحسن ان يختار الطرفان محكما ذو خبرة و كفاءة في مجال النزاع حيث ان خبرة المحكم تعتبر مبعث ثقة .

الفرع الثاني : طرق تعيين المحكم

ان الأصل في اختيار هيئة التحكيم هو اعمال سلطان الإرادة لطرفي النزاع بمعنى يراعي في طريقة تشكيل الهيئة الرضائية فالطرفان بارادتهما يختاران محكميهما ولا يوجد ما يحد من هذه الإرادة أي قيد ما دام الاتفاق يقضي بذلك في حالة ما اذا وجد عائق حال دون تشكيل هيئة التحكيم بالطريقة الرضائية يدخل القضاء بالمساعد من اجل تحقيق ذلك و علبه سنحاول شرح ذلك فيما يلي

*الطريقة الرضائية في تعيين هيئة التحكيم هذه الطريقة هي المبدا العام ذلك ان للأطراف الحرية في اختيار محكميهم و ذلك لان مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم وحسن عدالته و حرية الاختيار هذه من الحقوق الأساسية للطرفين وهي مكفولة لهما قانونا سواء قبل بداية خصومة التحكيم اذا ما حدث ما يسوجب انتهاء مهمة التحكيم برده او عزله او تنحيته او باي سبب اخر فسلطان الإرادة هو المرجع في تعيين المحكمين سواء تعلق الامر بالتحكيم الداخلي او التحكيم الدولي[9]و تجدر الإشارة الى وجوب ان يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم او المحكمين او تحديد كيفية تعيينهم و بالتالي فان تحديد كيفية التعيين تعتبر شرطا لصحة التحكيم .اما الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي فانه كرس مبدا الرضائية في تعيين هيئة التحكيم حيث تنص المادة 1444 من قانون التحكيم الجديد على انه " يعين اتفاق التحكيم المحكم او المحكمين او يبين طريقة تعيينهم و يمكن ان يكون ذلك بالحالة على نظام تحكيمي اذا خلا اتفاق التحكيم من الإشارة الى هذا الامر يتم تعيين المحكم او المحكمين وفقا لاحكام المواد 1451 و 1454[10]

اما قانون التحكيم المصري فهو الاخر كرس الرضائية في تشكيل هيئة التحكيم بنصه " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد او اكثر ..." و اختيار المحكم قد يتم في اتفاق التحكيم مباشرة سواء في الشرط الو المشاطرة و على ذلك لم يجعل المشرع المصري في القانون الجديد من تعيين اشخاص المحكمين شرطا لصحة اتفاق التحكيم .

*الطريقة القضائية في اختيار هيئة التحكيم قد يحدث اشكال في تعيين المحكمين او عادة ما يتم وجود صعوبة في تحديد المحكمين بالطريقة السالفة الذكر و هي اختيار الخصوم لمحكميهم سواء كشخص واحد او أشخاصا بالعدد الفردي او الهيئة التحكيمية هذا ناتج عن عدة اعتبارات تمسك كل طرف بمحكم معين و يحدث ان يكون هناك صعوبة وفي هذا المجال اعطى المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث تنص على " اذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل احد الأطراف او بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين

[9] المادة 1041من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري

[10] ART 1444 de la convenction d'arbitraze desigre de la echeant par reference a un reglenert d'rbitraze,le on les arbitres ou prevoit les modalikes et lan desizmeatio, a defant …att 1451 a 1454.

المحكم او المحكمين يعين المحكم او المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها ..."[11] فالقضاء يقدم مساعدة للتحكيم الداخلي لتشكيل المحكمة التحكيمية [12]

لما كان طريق تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر مسلكا استثنائيا او احتياطيا فانه يشترط لوجود هذا المسلك شرطان اساسيان هما و جود نزاع ووجود صعوبات في تشكيل هيئة التحكيم .

على عكس المشرع المصري و الجزائري فان المشرع الفرنسي أشار صراحة من خلال نص المادة 1444 من الفقرة الأولى من قانون المرافعات المدنية السابق انه " اذا حصلت بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل احد الافراد او في تنفيذ طرف تعيينهم عين رئيس المحكمة المحكم او المحكمين " ومن جهة أخرى تقابلها المادة 1453 من مرسوم 13 يناير 2011 التي تنص على انه " اذا كان النزاع قائما بين اكثرمن طرفين ولم تتمكن هذه الأطراف من الاتفاق على طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية يعين عندها المحكم او المحكمين اما الشخص المنوط به تنظيم التحكيم و اما القاضي المساعد ان لم يكن تنظيم التحكيم منوطا بشخص معين واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 9 يوليو 1981 ان الطلب المقدم من احد الأطراف و الذي يلتمس فيه بتعيين محكم قبل وجود النزاع يعد طلبا خاليا من كل مصلحة و سكوت المشرعين المصري و الجزائري على شرط النزاع لا يعني فتح الباب امام الأطراف للذهاب الى القضاء لتعيين المحكم قبل نشوب النزاع فمن جهة تشكيل هيئة التحكيم لا يتم غالبا الا بعد نشوب نزاع بالفعل لان اتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[13] يجب ان يتضمن طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين او كيفية تعيينهم[14] .

يستنتج من ذلك انه من غير المعقول ان يكلف الأطراف انفسهم اللجوء الى القضاء لتشكيل هيئة التحكيم من دون وجود نزاع أصلا ومن جهة ثانية فان الدعوى لا تقبل اذا انتفى شرط المصلحة و بالنتيجة اذا لجا احد الأطراف الى القضاء من اجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع هو عدم قبول دعواه لانتفاء شرط المصلحة فيها[15] .

ومن جهة ثالثة قد اشترطت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يلزم المحكمون باتمام مهمتهم في ظرف أربعة اشهر تبدا من تاريخ تعيينهم او من تاريخ اخطار محكمة

[1111] المادة 1009 من قاون الإجراءات المدنية و الإدارية 09.08

[12] عبد الحميد الاحدب .التحكيم في البلدان العربية .منشورات الحلبي الحقوقية ط3 .لبنان 2009.ص92

[13] المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

[14] المادة 1012 من نفس القانون

[15] المادة 12 فقرة الأولى من القانون الدولي المصري رقم 97

التحكيم و هذه العبارة تدل على ان هناك نزاعا قائما بين الأطراف يراد حسمه عن طريق التحكيم و الصعوبة الوحيدة في ذلك هي عدم اكتمال تشكيل هيئة التحكيم.

كما يشترط أيضا لتدخل القضاء للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم وجود صعوبة في تشكيل الهيئة و عليه فقد نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على "اذا اعترضت صعوبة تشكيل التحكيم بفعل احد الأطراف او بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم او المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد او محل تنفيذه" .

و كما سلفنا الذكر فان وجود صعوبات هي استثناء للذهاب الى القضاء و ليس الأصل اما اذا لم يعترض الأطراف صعوبة في هذا الشأن فلا يجوز للقضاء التدخل احتراما لسلطان الإرادة و أيضا القضاء لا يعود له دور في مساعدة المحكمة لسماع الشهود اذا امتنع شاهد عن الحضور او في الزام اشخاص بتقديم وثائق و مستندات تساعد التحكيم على كشف الحقيقة الا في تحديد المهلة اذا تعذر وصول الطرفين الى اتفاق على التمديد.

المطلب الثاني : إجراءات سير خصومة التحكيم و كيفية انقضاءها في العقود الادارية

بعد قبول المحكم المهمة المسندة اليه و تشكيل الهيئة التحكيمية يمكن القول ان إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية قد بدات الا اذا اعترضت هذه الإجراءات عوارض قبل صدور التحكيم كما ترتكز هذه الإجراءات على إرادة الأطراف ولا يحد من هذه الحرية الا القواعد الامرة حيث ان 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 في الفرع الثاني .

الفرع الأول : بدء سير إجراءات التحكيم

كما اسلفنا الذكر فان إجراءات المنازعة التحكيمية في العقود الإدارية تخضع كاصل عام لادارة الأطراف الا اذاهناك كانت عوارض في القواعد الامرة و تبدا هذه الإجراءات من تاريخ تبليغ المدعي عليه بالخصومة و هو في حد ذاته تاريخ انعقاد الخصومة .

طلب التحكيم و هو ذلك الطلب الذي يوجهه احد طرفي التحكيم الى مركز التحكيم المتفق عليه يخطر فيه عن رغبته في رفع دعوى الى المحكم و اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريكه واستكماله[16] حيث تقضي المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ان النزاع يعرض على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا او من الطرف الذي يهمه التعجيل.

[16] زيري زهية .الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري . مذكرة لنيل شهادة ماستير جامعة الحقوق مولود معمري تيزي وزو.2015.ص113

الا ان هذا القانون لم يتطرق الى اجراء طلب التحكيم تاركا الامر لحرية الأطراف بموجب المادتين 1019 و 1043 منه لكن اذا تولت هيئة التحكيم مهمتها فان لائحتها عادة ما تشمل قواعد مفصلة تتعلق بكيفية تقديم طلب التحكيم .

فطلب التحكيم يوجهه احد الطرفين الى الاخر او الى مركز التحكيم المتفق عليه ليخطره برغبته في حل النزاع بواسطة التحكيم و ليس لتبليغ هذا الطلب شكل معين مالمهم ان يكون كافيا و مستجمعا للبيانات اللازمة كاسم و عنوان كل من طالب التحكيم و الخصم و موجز عن وقائع الدعوى و الطلبات و يرفق هذا الطلب بالوثائق المثبتة لصحة الوثائق و هو ما يشكل ملف موضوع دعوى التحكيم و الذي يكون على نسخ بعدد اطراف النزاع[17]

1 - لغة التحكيم

نجد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مواده المتعلقة بالتحكيم ان المشرع الجزائري لم ينص و لم يحصر الأطراف في تحديد اللغة المستعملة في التحكيم بل فرض هذا الامر للأطراف حيث له حرية اختيار اللغة عملا بمبدا سلطان الإرادة .

و ذهب المشرع الفرنسي الى نفس ما اتجه اليه المشرع الجزائري اذ لم ينص على اللغة و قد عالجت المادة 29 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري بالنص التالي " يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان او تحدد هيئة التحكيم لغة او لغات أخرى و يسري حكم الاتفاق او القرار على لغة البيانات و المذكرات المكتوبة و على المرافعات الشفهية و كذلك كل قرار تتخذه هذه الهيئة او رسالة توجهها او حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين او قرار هيئة التحكيم على غير ذلك"[18]

2 - مكان التحكيم

لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم [19] وهو قيام الأطراف المتخاصمة بالاتفاق على تحديد المكان المناسب لنظر الخصومة التحكيمية لكن اذا يمنح خلا اتفاقهم من تحديد مكان التحكيم يكون لهيئة التحكيم ذلك .واختيار مكان التحكيم يترتب عليه اثار إجرائية عديدة فالقضاء في الدولة التي التحكيم فيها له سلطات واسعة في دعم سير التحكيم او افساد فاعليته فقانون مكان التحكيم يفرض رقابة على الإجراءات وقد يمنح هيئات التحكيم سلطات واسعة او يضع قيودا على اختيار المحكمين و بصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلات المحكمين و شروط تعيينهم و تشكل الإجراءات فضلا عن الدور الذي يلعبه اختيار مكان التحكيم كمؤشر لتحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق

---

[17] خنوسة سهام .خروبي يسمينة .التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية .دراسة مقارنة .شهادة ماستير .كلية الحقوق جامعة حسيبة بن بوعلي .الشلف .2016.ص69

[18] حسن محمد هند .التحكيم في النازعات الإدارية .دار الكتب القانونية .مصر .2008.ص 133

[19] حسني المصري .التحكيم التجاري .دار الكتب القانونية .مصر 2006.ص294

و توجد بعض الضوابط التي يمكن على ضوءها للهيئة اختيار مكان التحكيم تتعلق بالطرفين و ظروف القضية وفقا لطبيعة و ظروف النزاع

3 - اجال التحكيم

اذا كان تحديد مكان التحكيم يبدو مهما حيث تنطلق منه إجراءات عملية التحكيم فان تحديد زمان بدا تلك الإجراءات قد يفوقه من حيث الأهمية حيث ان تحديد وقت بدء الإجراءات يعني تحديد الوقت الذي تعتبر قد رفعت فيه الدعوى امام هيئة التحكيم وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم الى تلك الهيئة وقد يتعين على هذا الأخير اخطار المطلوب للتحكيم ضده في غضون مدة زمنية محددة من ذلك الوقت[20] تخضع مهلة التحكيم الى مبدا أساسي هو اتفاق الأطراف لان العقد يبقى صحيحا و ان لم يتفقا على المهلة و هي أربعة اشهر تبدا من تاريخ تعيين المحكمين او اخطار محكمة التحكيم و هذا استنادا الى نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

يمكن تمديد هذا الاجل اتفاقا بموجب موافقة الأطراف و اذا لم يكن هناك اتفاق يكون التمديد وفقا لنظام التحكيم و في غياب ذلك يكون التمديد قضائيا من طرف رئيس المحكمة المختصة[21]

اذا كانت الاتفاقية التحكيمية لا تحدد المهلة فان قانون التحكيم فان قانون التحكيم الداخلي الفرنسي يعتبر ان مهلة التحكيم هي ستة اشهر اعتبارا من يوم قبول اخر المحكمين المعنيين لمهمته و يمكن تمديد المهلة القانونية او الاتفاقية اما باتفاق الفرقاء او بطلب مقدم من احدهم او من المحكمة التحكيمية الى رئيس المحكمة العليا او الى رئيس المحكمة التجارية .

وليس للمحكمة التحكيمية صلاحية التمديد الا اذا كان الفرقاء قد فرضوا على المحكمين بذلك بصورة واضحة ويقتضي ان يكون التفويض بالتمديد محددا وواضحا اذ ان مهمة المحكمين لا تتضمن بحد ذاتها صلاحية التمديد[22]

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة الخامسة و الأربعين من قانون التحكيم المصري على كيفية احتساب ميعاد التحكيم حيث حددت المادة السالفة الذكر المدة التي يجب انهاء إجراءات التحكيم خلالها منذ الاتفاق عليه و حتى صدور حكم بشانه من هيئة التحكيم على النحو التالي :

1 - اذا اتفق طرفي التحكيم على مدة معينة يتم خلالها انهاء إجراءات التحكيم و صدور حكم فيها فانه يجب على هيئة التحكيم الالتزام بهذه المدة و اصدار حكمها خلالها .

[20] لزهر بن سعيد .التحكيم التجاري الدولي .دار هومة .الجزائر .2012.ص 268

[21] فرطاس الزهرة .الطرق الودية لحل النزاعات الإدارية التحكيم الإداري .مذكرة ماجستير .كلية الحقوق .جامعة الجزائر .2014.ص58

[22] عبد الحميد الاحدب .موسوعة التحكيم .الجزء الثاني.طبعة1998.التحكيم الدولي.دار المعارف.القاهرة.ص72

2 - اذا لم يتفق الطرفان على مدة محددة فانه يجب على هيئة التحكيم ان تصدر حكمها بصدد التحكيم المعروض عليها خلال مدة اثني عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءاته

3 - في جميع الأحوال سواء اتفق الطرفين على مدة معينة على اصدار حكم التحكيم او لم يتفقا يجوز لهيئة التحكيم تمديد الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدتها لمدة ازيد من ذلك[23] وقد احسن المشرع الجزائري عندما ربط بدء الإجراءات بصدور موافقة اخر محكم اذا كانت الهيئة المشكلة من اكثر من محكم و قبول المحكم الفرد لمهمته و هذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي الذي يعتبر اكثر دقة و ملاءمة مما نص عليه المشرع المصري حيث يبدا ميعاد التحكيم من تاريخ اخر قبول من المحكمين لمهمتهم اذ تكون الهيئة قد تشكلت قانونا.

و الجدير بالذكر ان قانون التحكيم في الجزائر لم يتضمن نصا صريحا حول بدء إجراءات التحكيم و انما يستنتج ذلك ضمنيا من المواد 1019/1009 من قانون التحكيم الجزائري فالمادة 1018 مصت على مهلة التحكيم الداخلي التي ترك فيها الامر الى سلطان الإرادة لتحديد مدة التحكيم و اعتبر العقد صحيحا حتى و لو لم يحدد مهلة التحكيم و لكنه في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة اشهر تبدا من تاريخ تعيين المحكمين او اخر واحد منهم مما يفهم ان بدء خصومة التحكيم تبدا من تاريخ تعيين المحكمين او اخر اذا عينوا من الأطراف.

اما المادة 1009 نصت على تدخل القضاء بالمساعدة لتشكيل المحكمة التحكيمية مما يدل على ان بدء خصومة التحكيم تبدا من صدور قرار قضائي يقضي بتعيين محكم اخر واحد من المحكمين و يتفق تحديد بدء الإجراءات بيوم اعلان المدعي عليه بطلب التحكيم مع ما نصت عليه المادة 21 من القانون النموذجي و نص المادة 2 و 3 من قواعد البونسترال التي صادقت عليها الجزائر.

اما القانون الفرنسي فهو الاخر لم يقرر بنص صريح بدء الإجراءات التحكيمية حيث نصت المادة 1456 من قانون مرافعات الفرنسي الواردة بخصوص التحكيم الداخلي على ان مهمة المحكمين تنتهي بمضي ستة اشهر من اليوم الذي اعلن فيه اخر المحكمين قبوله لمهمته و يبدو هنا بوضوح تاثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي بخصوص بدء الإجراءات التحكيمية و يعني ان المدة تحسب عملا من اول اجراء تتخذه الهيئة و هذا ما جعل البعض يرى ان اثبات قبول المحكمين قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية[24] و هذا ما جاء في المادتين 1456 و 1/1463 من مرسوم 3 جانفي 2011 اما اذا حضر الخصوم او من يمثلهم لحساب المحاكمة التحكيمية بانتظام و اعلنوا عن التزاماتهم باجراءات المحاكمة من تقديم للطلبات و أوجه الدفاع الى ان يتم قفل باب المرافعة فتكون الخصومة قد سارت سيرا عاديا اما اذا اعترضها عارض كالوقف

[23] محمد علي سكسكر .تشريعات التحكيم في مصر و الدول العربية.دار الجامعة الجديدة .2007.ص143

[24] الدكتور محمود مختار احمد بربري .التحكيم التجاري .ص109

او الانقطاع فتكون امام سير غير عادي للخصومة حيث يمكن ان تكون هناك عوارض تعترض الإجراءات الخاصة بالتحكيم فيؤدي ذلك الى وقفها و انقطاعها و لم يعالج المشرع الجزائري في قانون التحكيم امر انقطاع إجراءات الخصومة بنصوص خاصة و أحال ذلك الى الاجال و الأوضاع المطبقة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و السؤال الذي يطرح هنا هو هل يمكن للأطراف الاتفاق على وقف إجراءات التحكيم .

فقانون التحكيم الجزائري لم يتطرق لامكانية اتفاق الأطراف على وقف إجراءات التحكيم ولا يترتب على الوقف الاتفاقي وقف سريان ميعاد اصدار الحكم الا اذا اتفق الأطراف على تعديل هذا الميعاد تسري على انقطاع إجراءات التحكيم و اثاره نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنص المادة 832.

الفرع الثاني : انقضاء خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

تنتهي إجراءات التحكيم في المنازعة التحكيمية للعقود الإدارية نهاية طبيعية بصدور حكم التحكيم و تكون هذه الإجراءات بلغت نهايتها و أحيانا تعترض هذه الإجراءات حالة الوقف او الانقطاع قبل صدور حكم التحكيم فقد تنقضي هذه الخصومة التحكيمية انقضاء مختصرا او مبسترا قبل الفصل في الموضوع

❖ **الانقضاء المختصر لخصومة التحكيم**

تنقضي خصومة التحكيم انقضاءا مختصرا او مبسترا بسبب موضوعي قد يرجع الى إرادة الخصوم و قد يرجع الى سبب لا يستند الى إرادة الخصوم.

1 - الأسباب الموضوعية الارادية التي تؤدي الى انقضاء الخصومة انقضاء مبسترا تلعب الإدارة دورا هاما في مجال التحكيم و بالتالي فطالم نستطيع انشاء نظام التحكيم فهي بدورها تستطيع انهاءه و ذلك بسبب الصلح بين طرفي التحكيم في غير مجلس التحكيم او امامه.
2 - او اذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع فلهما ان يطلبا اثبات شروط التسوية امام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة ان تصدر قرار يتضمن شروط التسوية و بالتالي تنقضي خصومة التحكيم و تنتهي الإجراءات .
3 - كما قد يتفق طرفا التحكيم على وضع حد لخصومة التحكيم فعلى هيئة التحكيم التقيد بذلك طالم توافرت الاهلية اللازمة لهذا الاتفاق و لم يكن مخالفا للنظام العام او للآداب العامة و بالتالي فقد يتراءا لاطراف التحكيم ان مصلحتهم جميعا في الالتجاء الى قضاء الدولة بدلا من السير في إجراءات التحكيم فعندئذ يجب احترام رغبتهم في ذلك.

3 - الأسباب الموضوعية غير الارادية للانقضاء المبستر للخصومة قد تنقضي خصومة التحكيم بسبب موضوعي غير ارادي مثل وفاة احد طرفي العقد[25] فتنقضي خصومة التحكيم قبل الفصل في موضوعها و كذلك في حالة اتخاذ الذمة بين كل من المدعي و المدعى عليه بان يصبح المدعي وارثا للمدعي عليه او العكس فهنا ينقضي موضوع التحكيم و بالتالي تنتهي خصومة التحكيم بسبب موضوع لا ارادي.

4 - الاسباب الإجرائية للانقضاء المختصر للخصومة تعددت الأسباب الإجرائية التي تؤدي الى انقضاء مختصر منها ما يرجع للإدارة و منها ما يرجع الى إرادة احد طرفي التحكيم على النحو التالي :

*ترك الخصومة لم يتضمن قانون التحكيم الجزائري نصا صريحا ينظم حالات ترك الخصومة و بذلك يعمل بالاجال و الأوضاع المقررة امام الجهات القضائية[26] مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فالتنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لانهاء الخصومة[27] اذا فخصومة التحكيم تنتهي بصدور قرار من الهيئة التحكيمية بانهاء الإجراءات اذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم بناءا على طلب المدعي عليه بشرط ان يؤسس طلب المدعي عليه على أساس مشروعه[28] وبالتالي يستطيع المدعي التنازل عن دعواه صراحة و بوضوح طالما اخطر المدعي عليه به باي وسيلة و لم يعترض معارضة جدية و تقدر هيئة التحكيم مصلحة المدعي عليه الجدية في استمرار الإجراءات من عدمها .

*ان الترك يعتبر تصرفا قانونيا اجرائيا بإرادة منفردة لذلك يجوز الرجوع عنه صراحة او ضمنا كان يعلن الترك خصمه الخبير المقدم في الدعوى و ان يوجه اليه طلباته الختامية وذلك شريطة ان يتم قبل قبول الطرف الاخر للترك الحكم به من قبل هيئة التحكيم فاذا كان الطرف الاخر قد قبل الترك تعين القضاء باثباته دون الاعتدال برجوع التارك عنه .

*ويترتب على قبول طلب الترك الغاء جميع إجراءات التحكيم بما فيها طلب التحكيم و بالتالي انقضاء الخصومة التحكيمية و اعتبارها كان لم تكن و من ثم عودة الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء الخصومة و لكن يبقى الحق الموضوعي و الحق في الدعوى قائما رغم انتهاء الخصومة و بهذا فان طلب الترك يستطيع ان يحرك إجراءات التحكيم من جديد[29] بطلب جديد طالما من حقه في الدعوى لم ينقض بالتقادم او بسبب اخر كانقضاء امد التحكيم .

[25] المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[26] المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[27] المادة 231 من قاونون الإجراءات المدنية و الإدارية
[28] المادة 233 من نفس القانون
[29] المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

*انقضاء ميعاد التحكيم الاتفاقي دون الفصل في النزاع اذا انقضى ميعاد التحكيم المحدد اتفاقا دون الفصل في موضوع النزاع فان التحكيم ينقضي و يعتبر كان لم يكن[30] و بالتالي يكون للخصوم طرح نزاعهم من جديد امام القضاء ما لم يتفقوا على احالته على التحكيم مرة أخرى باجراءات جديدة .

*و اذا لم يتفق طرفا التحكيم على اجل محدد لاصدار الحكم او وقع اتفاقهم بشانه باطلا فان مهلة التحكيم هي أربعة اشهر تبدا من تاريخ تعيين المحكمين أي وحد اخر .

*و التمديد جائز و هو سلطان الإرادة فان تعذر فيعود الامر للنظام التحكيمي المطلق[31] فاذا انقضت و لم يتوصل الطرفان الى اتفاق على التمديد يعود الامر الى القضاء المختص هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي.

*تزول سلطة هيئة التحكيم اذا انقضى الاجل دون الفصل في موضوع النزاع مما يعطي الحق للخصوم فب رفع دعواهم و متابعتها امام القضاء و لكن لا تسقط الاحكام او الإجراءات التي اتخذت اثناء الاجل طالما ان موضوع التحكيم يقبل التجزئة اما اذا كان لا يقبل التجزئة فان الاحكام التيي صدرت او الإجراءات التي اتخذت تسقط بدورها .

انهاء إجراءات التحكيم بسبب التقصير او الإهمال

اذا ما تبين لهيئة التحكيم بان المدعي قد ثبت اهماله او تقصيره كان لم يقدم دون عذر مقبول بيانا مكتوبا بدعواه فهنا للهيئة ان تامر بانهاء الإجراءات ومن ثم انقضاء الخصومة و اعتبارها كان لم تكن و بالتالي عودة الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء الخصومة و لكن دون تاثير على الحق الموضوعي و لا على الحق في الدعوى و بالتالي لاي طرف الحق في تحريك إجراءات التحكيم من جديد .

النقضاء الطبيعي لخصومة التحكيم

ذكرنا سابقا بان إجراءات الخصومة التحكيمية اذا ما عرض لها ما يجعلها تتوقف او تتقطع فانها تنتهي انتهاءا مبسترا اما اذا مرت تلك الإجراءات سليمة فان الخصومة التحكيمية تكون قد انتهت نهاية طبيعية و يصدر بشانها حكم منه للنزاع القائم بين الطرفين.

[30] المادة 1024 من نفس القاون
[31] الفقرة الأولى من المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

المبحث الثاني : حكم التحكيم

بعد الانتهاء من كل الإجراءات التحكيمية تاتي المرحلة الأخيرة و هي مرحلة اعداد الحكم التحكيمي تمهيدا لاصداره محققين بذلك الغاية من العملية التحكيمية و هي الفصل في موضوع النزاع الا ان هذا الاجراء يكون باتباع مراحل معينة و بشروط خاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم و المستند فيي أساسه لارادة الأطراف يضفي على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتيته الخاصة .

و اذا كان المحكم يملك إقرار الحق و تحقيقه الا انه شخص عادي لا يملك سلطة الامر او الجبر التي يملكها القاضي لكي يصبغها على حكم التحكيم ففاعلية التحكيم كوسيلة لحل نزاعات العقود الإدارية تستلزم إعطاء حكم التحكيم القوة التنفيذية التي يحافظ معها على شرعية حقوق و مصالح من صدر الحكم التحكيمي لصالحه و نظرا لأهمية هذه المرحلة التي تتعكس لا محالة عل مصداقية التحكيم .

سنتطرق الى الجوانب الأساسية للحكم التحكيمي و كيفية الطعن فيه و تنفيذه و ذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : صدور حكم التحكيم و إمكانية الطعن فيه

حكم التحكيم هو الخاتمة الطبيعية و النهائية للخصومة التحكيمية و الغاية الأساسية التي يسعى اطراف النزاع للوصول اليها من خلال لجوءهم الى نظام التحكيم فالهدف الرئيسي للحكم هو جعل هذا الأخير نهائيا و ملزما بشان القضية محل النزاع[32] و قد الزمت معظم التشريعات هيئة التحكيم ان تصدر حكمها وفقا لشروط معينة و الأصل ان حكم التحكيم يخضع لرقابة من جانب القضاء الوطني فهذه الرقابة هي التي تقلل بلا شك من درجةالخوف الكائن بسبب لجوء الإدارة الى التحكيم .

سنتناول كيفية صدور حكم التحكيم و شروطه مبرزين مختلف المراحل التي يمر بها هذا الأخير و مدى إمكانية الطعن في احكام التحكيم.

[32] فرتاس الزهرة .مرجع سابق ص60

الفرع الأول : صدور حكم التحكيم

يعرف حكم التحكيم على انه الحكم الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي او جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها او بالاختصاص او بمسالة تتعلق باجراءات أدت بالحكم الى انهاء الخصومة[33]

وحكم التحكيم على غرار الحكم القضائي يجب ان يكون واضحا و حاسما خاصة في منطوقه بحيث يبين بصورة لا تدع مجالا للشك الواجبات المفروضة على كل من الطرفين و الحقوق المعطاة له و ان يرد الحكم على كافة طلباتهما الموضوعية سلبا او إيجابا و الا كان عرضه للطعن.

أ - شكل حكم التحكيم و محتواه

تقوم الهيئة التحكيمية بتحرير الحكم التحكيمي سواء كانت مشكلة من حكم واحد او ثلاثة محكمين بعد المداولات التي تقوم بها حيث ينص المشرع الجزائري حسب ما جاء في المادة 1025[34]تكون مداولات المحكمين سرية هذا و يتعين على هيئة التحكيم اصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لاصداره و قد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في اتفاق التحكيم او بطريقة غير مباشرة كالاحالة الى لائحة مركز التحكيم و هذا من اجل ان يتحقق ما دفع بالاطراف المتعاقدة للجوء الى التحكيم لفض النزاعات التي قد تنشا عن العقد و هي السرعة لكون هذا النوع من المنازعات يتعلق بمبالغ كبيرة جدا و طول إجراءات التقاضي امام الجهات القضائية المختصة من شانه ان يلحق بكلا الطرفين خسائر كبيرة .

قد نص المشرع الجزائري صراحة عن ميعاد اصدار حكم التحكيم في المادة 1018 من القانون 09.08 حيث تلزم المادة المحكمين بانهاء مهمتهم خلال أربعة اشهر مع إمكانية مده باتفاق الأطراف و يبدا سريان الميعاد من تاريخ تعيين المحكمين او من تاريخ اخطار محكمة التحكيم غير انه لم ينص على تحديد اجل معين للتمديد .

بخلاف المشرع المصري الذي حدد هذه المدة في نص المادة 45 فقرة 1 بسنة ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك[35]

[33] حفيظة السيد الحداد .الطعن بالبطلان على احكام التحكم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية .دار الفكر العربي ص24 و25

[34] المادة 1025 من ق ا م ا

[35] اسرة التحرير .نصوص و اتفاقيات التحكيم وطنيا و اقليما و دوليا ص146

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جعل ميعاد اصدار التحكيم اذا لم يحدده الأطراف ستة اشهر على الأكثر من قبول اخر محكم لمهمته في حين جعله المشرع المصري محددا باثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم[36].

نلاحظ في هذا الصدد الفرق في المدة التي اوجب فيها الفصل في النزاع و التي يبدو فيها ان المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في احكام التحكيم من خلال جعل مدة التحكيم أربعة اشهر بعكس المشرع الفرنسي و المصري غير ان هذا النص قد يضمن السرعة في الفصل في حالة اتفاق الأطراف فسواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة على اجل لاتمام المحكمين للمهمة التحكيمية و التي قد تزيد على اربع اشهر و يرجع عدم تحديد هذه المدة ابتداءا و تحديدها في حالة عدم اتفاق الأطراف تكريسا لمبدا حرية الأطراف و كذلك لنذرة وجود اتفاق تحكيمي يحوي على ميعاد لاصدارحكم التحكيم[37]

وقد أصاب المشرع في جعله تقرير مد اجل التحكيم مرتبطا بموافقة الأطراف بعد ان اقر ابتداء إمكانية قيام الأطراف بتحديد هذا الاجل و هو ما يستنتج بمفهوم المخالفة لاحكام المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية غير ان قانون التحكيم المصري جعل تمديد اجل التحكيم يتم من هيئة التحكيم .

ب -تسليم حكم التحكيم

يكون اصدار حكم التحكيم انطلاقا من حكم الأغلبية كما جاء في المادة 1026 أي اغلبية الأصوات بعد المداولة و منه لا يعد حكم التحكيم حكما بالمعنى الفني الا من التاريخ الذي يخرج فيه عن ولاية الهيئة التحكيمية و قبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف او التعديل او الإضافة .

و يجب ان يشمل حكم التحكيم على مجموعة من البيانات أتت على ذكرها مختلف التشريعات[38] و التي تنقسم بدورها الى نوعين بيانات شكلية و أخرى موضوعية.

ففيما يتعلق بالبيانات الشكلية يجب ان يحتوي حكم التحكيم على الديباجة و تاريخ صدور حكم التحكيم و مكانه و ذكر أسماء الخصوم و المحكمين و عنوانهم و يضيف المشرع الجزائري و الفرنسي وجوب ذكر أسماء المحامين او من مثل او ساعد الأطراف اذا اقتضى الامر ذلك اما فيما يخص البيانات الموضوعية فانه يجب ان يشمل حكم التحكيم على ملخص لاقوال الخصوم و مستنداتهم وذكر أسباب الحكم و منطوقه .

---

[36] المادة 1456 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المادة 45 من قانون التحكيم المصري

[37] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد.التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية .الدار الجامعية الجديدة .الاسكندرية .مصر 2008. .ص386

[38] المواد من 1471 الى 1473 من ق ا م الفرنسي و المادة 43 من قانون التحكيم المصري و المادة 1028 من ق ا م الجزائري

ج- شروط حكم التحكيم

اذا كانت القاعدة العامة هي عدم التزام هيئة التحكيم باتباع القواعد المقررة بالنسبة للمحاكم فانه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها عدم التزام هيئة التحكيم بإصدار حكمها في الشكل المقرر للاحكام القضائية و لكن لا يعني ان تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقا للشكل الذي تحدده بل الزم عليها المشرع التقيد ببعض الشروط الشكلية .

د -شرط الكتابة

يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب شانه شان الاحكام الصادرة عن قضاء الدولة حتى يتمكن الخصوم من الاطلاع عليه و يتمكن القاضي الوطني من التأكد من صحته قبل ان يصدر امرا بتنفيذه[39] وكتابة الحكم شرط جوهري لقامه بحيث يؤدي تخلفها الى التاثير في مضمون الحكم فحسب بل الى عدم معرفة هذا المضمون لدرجة انعدام الحكم .

وقد نصت المادة الثانية من اللائحة البونسترال لسنة 1976 على وجوب ان يتم اصدار حكم التحكيم كتابة[40] كما ان اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 على وجوب ان يكون حكم التحكيم مكتوبا[41]

ونفس الامر ذهب اليه المشرع المصري من خلال المادة 1/143 من قانون التحكيم المصري .

اما المشرع الجزائري فانه لم يتطرق لهذا الشرط بصورة صريحة و لكن من استقرائنا لمواده[42]

نستنتج وجوبا افراغ حكم التحكيم في شكلية مكتوبة حيث ان شرط الكتابة بديهي لتنفيذ الحكم ما دام التنفيذ يحتاج الى عدة إجراءات فلا يتصور اتخاذ هذه الإجراءات في حكم غير مكتوب و بالتالي غير موجود[43]

و القاعدة العامة هي ان يحرر حكم التحكيم باللغة العربية الا اذا اتفق الأطراف على كتابته بلغة أخرى و يتعين في هذه الحالة على من صدر الحكم لصالحه إيداع ترجمة رسمية له بقلم كتابة المحكمة المختصة و ذلك حتى تتمكن هذه الأخيرة من مراقبة الحكم قبل اصدار امر بتنفيذه[44]

---

[39] حمزة احمد حداد .حكم التحكيم و شروط صحته .ص6

[40] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد .ص387

[41] اسرة التحرير .نصوص و قوانين و اتفاقيات التحكيم وطنيا و إقليميا و دوليا .مرجع سابق ص192

[42] المواد 1027.1028.1029.1035 من ق ا رقم 09.08

[43] محمد كولا .تطوير التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري .منشورات بغدادي .الجزائر .2008

[44] وليد محمد عباس .التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية .الدار الجامعية الجديدة .الاسكندرية .2010.ص526

هـ - شرط التسبيب

ان الالتزام بالتسبيب يعد خاصية أساسية من خصائص العمل القضائي و يلتزم به كل من يمارس تلك الوظيفة و بالتالي ينبغي على المحكم ان يذكر الأسباب التي دفعته الى اصدار حكمه حتى يكون مقنعا و يثبت من خلاله انه قام بفحص ادعاءات الأطراف و يعطيهم الإجابة على تساؤلات لماذا كسبوا او خسروا دعواهم .ونظرا للاهمية الخاصة لتسبيب الاحكام فقد اشترط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ان يكون الحكم التحكيمي مسببا و هذا في مادته 2/1027 .

اما المشرع الفرنسي فقد اكد في مادته 1047 من قانون الإجراءات المدنية على وجوب ان يصدر المحكم حكما وفقا لاشكال معينة و من بين هذه الشكليات ضرورة تسبيب حكم التحكيم و رتبت المادة 1480 من ذات القانون البطلان على عدم تسبيب حكم التحكيم اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد جاء مخالفا للتشريع الجزائري و الفرنسي حيث انتهجت نيته الى عدم اعتبار مسالة تسبيب الاحكام من النظام العام اذ انه أجاز لطرفي التحكيم يكما اعطى لهيئة التحكيم إمكانية اصدار احكام غير مسببة[45]

وقد ذهب بعض الفقهاء [46] الى القول بان القول بان التسبيب هو ضمانة لحقوق الأطراف و نا دام المشرع الجزائري اشترط التسبيب في الاحكام التحكيمية يعني انه بيان جوهري غيابه قد يؤدي الى بطلان حكم التحكيم و عدم تنفيذه يفتح المجال للطعن فيه بالاستئناف و هذا ما أكده من خلال المادة 1034 قانون 09.08 حيث جاء فيها "لا يجوز استئناف الامر القاضي بالاعتراف او بالتنفيذ الا في الحالات التالية ....اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها او اذا وجد تناقض في الأسباب .."

و لأهمية تسبيب الاحكام في ضمان حقوق الاطراف فانه يجب ان يكون متطلبا بقوة في اطار التحكيم الإداري و يسري على كل أنواع التحكيم سواء كانت منهية للخصومة كلها او بعضها لما يشكل ذلك من ضمانة هامة بالنسبة للإدارة في مواجهة كل تعسف او استبداد قد يصدر عن المحكمين ضدها ضف الى ذلك ان تسبيب حكم التحكيم يتيح الفرصة الكاملة للقضاء الإداري بان يمارس رقابة فعالة عليه بالاضافة الى انه يقلل من الخطر و التخوف من لجوء الإدارة الى التحكيم و على الأخص في مجال التحكيم الدولي[47]

---

[45] المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري

[46] حمزة احمد حداد .حكم التحكيم و شروط صحته .بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية و الانشائية و اعداد المحكمين .عمان .الاردن .2008.ص13

[47] وليد محمد عباس .التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبيعة العقدية .دار الجامعة الجديدة .الاسكندرية .2010

ي - شرط التوقيع على الحكم التحكيمي

حتى يتسنى التأكد من ان الحكم صدر عن المحكمين المذكورين به فانه يشترط توقيعهم جميعا على القرار فالتوقيع من شانه إعطاء الحكم مصداقية و جدية فلا يتصور صدور حكم التحكيمي غير موقع عليه اذا لم يتم توقيع الحكم من جميع الأعضاء فيجب التوقيع بالأغلبية

اما المحكم الذي يعارض موقف الهيئة فيمكن ان لا يوقع و يشارك في الحكم الى ذلك او يدرج رايه الخاص بصدد النزاع[48] قد اكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 1029 من قانون 09.08 حيث نص على انه "توقع احكام التحكيم من قبل جميع المحكمين و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين الى ذلك و يرتب الحكم اثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين "

وقد اخذ المشرع المصري و الفرنسي بنفس الاتجاه في المواد 1473 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و كذا المادة 1/43 من القانون المصري.

الفرع الثاني : الطعن في حكم التحكيم

يعبر اتفاق الأطراف على التحكيم عن اتجاه ارادتهم الى استبعاد كل اشكال تدخل القضاء الوطني بصدد النزاع المثار بينهم و المتفق على حله بطريقة التحكيم غير ان ذلك لا يعني التخلي عن حقهم في الرجوع الى قضاء الدولة من اجل اصلاح ما شاب حكم التحكيم من أخطاء فحسن سير العدالة في المجتمع يتطلب دائما ان تتاح الفرصة كاملة امام المحكوم عليه في اللجوء الى قضاء الدولة لتدارك ما وقع في حكم التحكيم من أخطاء لذا فقد اهتم المشرعون كافة و المشرع الجزائري خاصة بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم امام القضاء الوطني[49]

ولما كان موضوع الدراسة منصب على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية فانه من الأهمية التعرض لطرق الطعن التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم لبيان مدى توافقها مع طبيعة تلك المنازعات من جهة و مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم و المستندة في أساسها لادارة الأطراف من جهة أخرى.

ان الطعن بصفة عامة هو وسيلة قانونية لحماية المحكوم عليه من خطا القاضي تسمح لمن صدر الحكم ضده بان يطالب بإعادة النظر فيها قضى به عليه بغرض استصدار حكم جديد

في صالحه سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده او الغاءه كليا او جزئيا[50]

---

[48] ابن النصيب عبد الرحمان .الدعوى التحكيمية .رسالة ماجستير .جامعة الحاج لخضر .باتنة .الجزائر .2005 .ص93 و ص164

[49] بن عمران سهيلة .الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية .رسالة ماجستير .جامعة باجي المختار .عنابة .2010.ص164.

[50] احمد السيد صاوي .بطلان حكم التحكيم

بما ان حكم التحكيم كغيره من الاحكام القضائية بسبب ذاتية هذا النظام لذا فانه من المتعين التعرض لمختلف طرق الطعن التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم في الجزائر حتى تتمكن من تحديد الطرق المثلى للطعن في احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

أ - الطعن بالستئناف

ان المشرع الجزائري استثنى صراحة احكام التحكيم من الطعن بالمعارضة و لم يتطرق الى إمكانية الطعن فيها كذلك بطريق التماس إعادة النظر في حين أجاز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخرج عن الخصومة امام نفس المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

بينما اخذ المشرع الجزائري اسوة بالمشرع الفرنسي بنظام الاستئناف في التحكيم الداخلي كما في التحكيم الدولي اما بالنسبة للتحكيم الداخلي اشترط المشرع عدم تناول طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم و يختص بنظره المجلس القضائي الذي صدرفي دائرة اختصاصه حكم التحكيم على ان يقدم خلال مدة شهر واحد من تاريخ النطق به و هذا ما جاء في المادة 1033 من القانون 09.08 "يرفع الاستئناف في احكام التحكيم من اجل شهر واحد من تاريخ النطق بها امام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم" مايمكن ملاحظته بشان الاتجاه الذي اخذت به المادة بشان جواز اتفاق الأطراف على استبعاد الطعن بالاستئناف في احكام التحكيم فقد رفضه البعض[51] فالقاعدة العامة في القضاء الإداري قوامها ان الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم امام القاضي الوطني يعتبر امرا متاحا دائما حتى و لو لم يجد نص قانوني يقر ذلك اوجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن[52] .

يستفاد من هذا الراي ان مبدا التقاضي على درجتين يعد من احد المبادئ الهامة في الإجراءات و لا يمكن اغفاله و يشكل بهذه المثابة ضمانة أساسية لمصلحة المتقاضين و مصلحة سير العدالة طالما لا يوجد نص تشريعي صريح ينص على استبعاده في احكام التحكيم الإداري فان هذا الطريق من طرق الطعن يعد دائما متاحا للأطراف حتى و لو اتفقوا على خلاف ذلك و ان المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نص قانوني صريح و اذا كان الامر كذلك فان هذا يقودنا الى التساؤل عن مدى إمكانية اسبعاد تطبيق نظام الطعن بالاستئناف في احكام التحكيم الإداري .

[51] احمد السيد صاوي .بطلان حكم التحكيم .مرجع سابق .ص767

[52] بن عمران سهيلة .مرجع سابق .ص169

في الواقع انه بالرغم من ان الطعن بالاستئناف يمثل ضمانة هامة للمتقاضين و يتيح للقضاء اجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم الا انه ينبغي استبعاده على الرغم من ذلك كقاعدة عامة من طرق الطعن المقررة لاحكام التحكيم الإداري سواء تعلق الامر بتحكيم وطني او دولي و ذلك لعدة أسباب نورد منها ما يلي[53]

ان الدور الذي يلعبه الطعن بالاستئناف في المنازعات الإدارية و منها ذات الطبيعة العقدية يبدو ضئيلا و يحتل مكانة متواضعة فليس هناك مبدا او قاعدة عامة في القانون الإداري تكرس مبدا التقاضي على درجتين و تعطيه عناية خاصة فالاستئناف لا يشكل سوى وسيلة فنية للطعن في الاحكام القضائية .

ان مبدا التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية و ليست دستورية و بالتالي لا توجد عقبات تحول بين سلطة المشرع العادي في استبعاده من بعض المنازعات و الاعتراف لبعض الاشكال من القضاء الخاص بسلطة الفصل في النزاع القائم امامه كمحكمة اول و اخر درجة .

ان استئناف احكام التحكيم الإداري تنطوي على سلبيات تنعكس بشكل مباشر على الهدف الرئيسي الذي يسعى التحكيم الى تحقيقه و هو سرعة الفصل في المنازعات كما ان من شان تطبيق هذا الطريق من طرق الطعن على الاحكام الصادرة في ظل التحكيم الإداري ان يؤدي بال شك الى نقل الإجراءات مرة أخرى الى درجات المحاكم المختلفة و هذا ما يتعارض مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعات المثارة بينهم[54]

و قد عددت المادة 1056 من قانون 09.08 حالات رفع الاستئناف في الامر الخاص بالاعتراف او بالتنفيذ و هو ما يثير التساؤل بداية هل يحكم القاضي عند عدم توافر هذه الحالة بعدم القبول او الرفض موضوعا اذ ان النص صريح "لا يجزو" و هذه الحالات هي :

- ❖ اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية.
- ❖ اذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .
- ❖ اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليه .
- ❖ اذا لم يراع مبدا الوجاهية .
- ❖ اذا لم تثبت محكمة التحكيم حكمها او اذا وجد تناقض في الأسباب .
- ❖ اذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي[55].

---

[53] وليد عباس .مرجع سابق. ص555

[54] بن عمران سهيلة .مرجع سابق .ص170

[55] محمد كولا .تطوير التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري .منشورات بغدادي .الجزائر .2008.ص264

اما عن الجهة المختصة بنظر الطعن بالاستئناف فقد نصت المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه "يرفع الاستئناف امام المجلس القضائي ..." اما في فرنسا فان الاستئناف يرفع امام محكمة الاستئناف التي يمتد اختصاصها الى المحكمة التي أصدرت الامر و هذا طبقا للمادة 1503 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هذا و قد أحال المشرع الفرنسي الى الطعن بالاستئناف وحده في حالة النص عليه بين الأطراف في الاتفاق حيث ينظر قاضي محكمة الاستئناف كمفوض بالصلح اذا كانت هذه المهمة مخولة للمحكمين وفقا لنص المادة 1483 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و هذا موقف انفرد به المشرع الفرنسي دون غيره مما يجعل التحكيم اكثر فعالية .

و بالنسبة لميعاد رفع الطعن فقد جعله المشرع الجزائري بحسب المادة 1057 من قانون 09.08 محدد بشهر واحد ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لامر رئيس المحكمة و عند رفع الطعن بالستئناف فان من اثاره وقف تنفيذ الحكم التحكيمي طبقا لنص المادة 1060 من قانون 09.08 و التي جاء فيها " يوقف تقديم الطعون و اجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055.1056.1058 تنفيذ احكام التحكيم".

مما سبق نرى ان المشرع الجزائري عندما أجاز الاستئناف في التحكيم فانه كان مقتصرا على الاحكام الداخلية لا غير اما الاحكام الدولية فقد خصص لها نظام خاص فهي غير قابلة للاستئناف لانه لا يجوز للقضاء الوطني مناقشة هذه الاحكام و ترك الامر الى مرحلة التنفيذ و الاعتراف و في تقديرنا انه كان بإمكان ادماج المادة 1055 مع المادة 1056 بصدد الاستئناف .

ب دعوى البطلان

ان دعوى البطلان ليست في الحقيقة طريقة من طرق الطعن لا العادية و لا غير العادية و لكن هي طريقة خاصة تتمثل في رفع دعوى جديدة امام القضاء لابطال الحكم التحكيمي الإداري و هي الطريق الوحيد الذي قرره المشرع الجزائري للطعن في احكام التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و قد انقسمت الأنظمة القانونية في شان نطاق البطلان الى اتجاهين الاتجاه الأول و هو الاتجاه الموسع لنطاق البطلان و بعد كل من القانونين الجزائري و المصري من قبيل هذه الأنظمة فقد منح المشرع المصري لقضائه الاختصاص بنظر دعاوى البطلان اذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية او كان قد جرى في الخارج و كان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناء على اتفاق التحكيم[56]

[56] حفيظة السيد الحداد .الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و اثارها على القانون الواجب التطبيق .دار المطبوعات الجامعية .الاسكندرية .2001

و هوما اخذ به المشرع الجزائري من خلال استقراء المادة 1058 حيث نصت المادة على إمكانية ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في نفس الحالات التي تكون فيها الأوامر القاضية بالاعتراف او بتنفيذ احكام التحكيم الدولية قابلة للاستئناف وهو نفسه الوضع المقرر في التشريع الفرنسي حيث اذا تنازل الأطراف صراحة عن حق الطعن بالاستئناف و اذا لم يتفقوا في حالة التحكيم الطليق على الاحتفاظ بهذا الحق في اتفاق التحكيم ينغلق امامهم طريق الاستئناف و يبقى لهم فقط طريق الطعن بالبطلان[57].

غير ان هناك اتجاه ضيق في نطاق البطلان على سبيل المثال القانون البلجيكي الذي ينص على عدم اختصاص المحاكم البلجيكية بنظر دعاوى البطلان الا اذا كان احد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التحكيمي شخص طبيعي يتمتع بالجنسية البلجيكية او له موطن في بلجيكا او شخص اعتباري تم تكوينه في بلجيكا او له فرع او مقر اعمال فيها مهما كانت طبيعته[58]

ترفع دعاوى البطلان امام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه[59]

ومن هنا يتبين ان المشرع الجزائري منح الاختصاص الى هيئة اعلى من محكمة التحكيم و لم يعط الاختصاص الى المحكمة الابتدائية أي بمعنى انه جعل محكمة التحكيم في نفس المستوى للمحكمة الابتدائية القضائية فاعطى ضمانات اكثر للأطراف امام القضاء هذا من جهة و من جهة أخرى نظرا لكون التحكيم تم اللجوء اليه بغرض السرعة فان دعوى البطلان امام المجلس القضائي تكون قد اختصرت مرحلة هامة من القضاء ووفرت وقتا معتبرا للطرف المحكوم له فالمدة التي تستغرقها الدعوى امام المحكمة تقضيها بدلا من ذلك امام المجلس و بهذا تتوفر السرعة اللازمة لحل النزاع و إعطاء الفعالية اللازمة للتحكيم حتى لا يفقد التحكيم مغزاه .

و يبقى السؤال المطروح هنا حول الإجراءات التي تتخذ بشان دعوى البطلان هل هناك إجراءات خاصة او تتبع الإجراءات العادية للاستئناف.

امام سكوت المشرع الجزائري فاننا نرى ان القواعد الإجرائية التي تحكم دعوى الاستئناف امام المجلس القضائية هي ذاتها المقررة للطعن البطلان .

اما من حيث المواعيد المقررة لذلك فقد حددتها المادة 2/1059 من قانون 09.08 بشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للامر القاضي بالتنفيذ و يظهر ان هذه المدة جاءت على غرارالشهر المخصص للاستئناف و من ثم فان دعوى البطلان التي تاتي خارج الشهر هي دعوى مرفوضة

[57]المادة 1474 و 1475 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي
[58]حفيظة السيد الحداد .مرجع سابق ص107
[59]المادة 1059 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

شكلا لان المادة جاءت بصفة النهي "لا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للامر القاضي بالتنفيذ"[60].

وقد حدد المشرع المصري هذه المدة بتسعين يوما التالية لتاريخ اعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. اما المشرع الفرنسي فقد حددها على غرار مشرعنا بالشهر[61] و لان دعوى البطلان ليست طريقا من طرق الطعن المقررة في الاحكام القضائية لذلك فانها لا تشكل جزءا من هيكل خصومة التحكيم او مرحلة من مراحلها و من ثم فهي طريق استثنائي يجب قصره على أسباب و شروط محددة لذا فقد حصر المشرع احوالها في المادة 1056 من القانون 09.08 ومن الحالات المحددة في هذه المادة يستدعي الامر شرحها .

اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدةالاتفاقية يعد اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع المعروض عليه و متى لم يتوافر هذا الأخير فان اتفاق التحكيم يكون باطلا لانعدام مصدر الالتزام[62] وتكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل التيي لا يجوز التحكيم فيها و قد حددها المشرع الجزائري و هي المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الأشخاص و اهليتهم كما نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم الا في حالتين هما بصدد علاقتهما الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية[63]

وتكون اتفاقية التحكيم كذلك باطلة في حال عدم وجوب رضا فصحة التحكيم مرتبطة بإرادة الأطراف التي يتعين ان تكون سليمة من كل أنواع عيوب الرضا[64] و المقصود بانقضاء مدة الاتفاقية انتهاء الاجل المحدد لاصدار حكم التحكيم و التي تنتهي بانتهاء خصومة التحكيم فلو صدر الحكم خارج الاجل كان للطرف المتضرر ان يطعن فيه بالبطلان و قد حدد المشرع الجزائري مدة التحكيم بأربعة اشهر اذا لم يتفق الأطراف على اجل انهائها .

اذا كان تشكيل محكمة التحكيم تتكون من محكم واحد او عدد من المحكمين بعدد فردي [65]

و متى خولفت قاعدة الوترية فان التشكيلة تكون باطلة بطلانا مطلقا و يكون تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون اذا أسندت مهمة التحكيم لشخص طبيعي لا يتمتع بحقوقه المدنية كما ان تشكيل

---

[60] المادة 1059 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

[61] المادة 54 من قانون التحكيم المصري و المادة 1504 من قانون الاجراءات الفرنسي

[62] بولقواس سناء .الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي .رسالة ماجستير .جامعة الحاج لخضر .باتنة .الجزائر .2010.ص142.

[63] المادة 2/1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

[64] احمد السيد صاوي .بطلان حكم التحكيم .مرجع سابق .ص771

[65] المادة 1017 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

محكمة التحكيم لا يكون صحيحا اذا لم يقبل المحكم او المحكمون المهمة المسندة اليهم او ان المحكم علم انه قابل للرد و لم يخبر الأطراف لكي يوافقوا على بقاءه.

مع الملاحظة انه يجب على المعني بالامر اذا راى ان تشكيلة هيئة التحكيم خلافا لما اتفق عليه الأطراف ان يثير معارضة ذلك عند تشكيل الهيئة و عليه التمسك بهذه المخالفة امام المحكمين و ان انتظاره الى غاية صدورالحكم التحكيمي فهذا دليل على قبوله التشكيلة و في هذه الحالة يرفض طلبه .

اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة لها .

لما كان المحكم يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من إدارة الأطراف فانه من المنطقي ان يكون هذا الأخير مقيدا عند الفصل في المنازعة بحدود المهمة المخولة له من قبل اطراف اتفاق التحكيم و من ثم فان تجاوزه لهذه الحدود يكون الحكم محلا للطعن بالبطلان .

و على هذا الأساس توسع المشرع الجزائري بقدر كبير في هذا السبب حيث يعالج كل المسائل الخاصة بمخالفة المبادئ الموجهة للدعوى و احترام حقوق الدفاع فالزم المحكم الفصل في اطار الاختصاص الخاص به مع وجوب اثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع و أن يكون الفصل بحكم اولي الا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع[66] بالإضافة الى وجوب ان تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون الذيي اختاره الأطراف[67]

و ضمانا لتحديد اختصاص محكمة التحكيم فقد نصت المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ضرورة تحديد موضوع الخلاف و ظروفه مع ادق تفاصيله فان ثبت ان محكمة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحا عليها او تجاوزت حدود اتفاق التحكيم يحق للطرف صاحب المصلحة رفع دعوى بطلان تاسيسا على تجاوز محكمة التحكيمي لحدودها .

ج - اذا لم يراع مبدا الوجاهية

يمارس القضاء رقابته على المحكمة التحكيمية الداخلية و الدولية بتامين المساواة للطرفين و ذلك في حقهم في الدفاع عن قضيتهم في المحاكمة التحكيمية باحترام مبدا الوجاهية فهو مبدا جوهري يلزم في أي قضاء سواء كان خاصا او رسميا و ان عدم تحقيق المساواة بين الأطراف في المحاكمة يجب ان يؤدي الى سقوطها .

حيث ان التزام القاضي او المحكم باحاطة الخصوم علما بما يتوصل اليه من عناصر يعد ضمانة للخصوم من المفاجاة و ذلك لان الخصم الذي يكون دفاعه او اسانيده على أساس واقع معين ثم يفاجا بحيث المحكم للنزاع من زوايا مختلفة تماما سوف يفقد القدرة من الاستفادة من حقه

[66] المادة 1044 من ق ا م ا
[67]

في الدفاع لان مبدا الوجاهية هو إقامة المساواة بين الخصوم عندما يتعلق الامر بفرض التزامات متبادلة عليهم و احاطتهم علما بكل ما يدخله المحكم في الخصومة عن غير طريقهم من عناصر ووقائع

اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها او اذا وجد تناقض في الأسباب

من خلال استقرائنا للمادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد ان المشرع نص على وجوب تسبيب حكم التحكيم و بالتالي اذا لم تكن الاحكام مسببة تعرض الحكم الصادر الى البطلان و لم يقصر المشرع البطلان على حالة عدم تسبيب محكمة التحكيم حكمها و انما رتبه كذلك في حالة وجوب تناقض في الأسباب التي أدت الى قيام النزاع .

اذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

ان النظام العام هو فكرة مرنة و صعبة التحديد و هي واسعة المجال و تلعب دورا هاما سواء كان ذلك في مجال تطبيق القانون الأجنبي او في مجال تنفيذ الاحكام و يقصد بها حماية النظام الداخلي من أي تهديد يمسه او يزعزع اركانه[68]

و بالرغم مما تتسم به فكرة النظام العام من تشعب و مرونة فانها تتسم كذلك بالخطورة لان التوسع فيها يقضي على فاعلية نظام التحكيم و يعرقل تنفيذ عدد كبير من الاحكام التحكيمية الدولية .

و قد أو[69]لى المشرع الجزائري أهمية كبيرة للاحكام التحكيمية الدولية و مفهوم النظام العام الدولي و جعل من النظام العام الداخلي لا تربطه علاقة بالنظام العام الدولي فان كان مثلا الحكم الدولي مخالفا للنظام العام الداخلي و يتماشى مع النظام العام الدولي فان القاضي المختص عليه ان يقضي بالاعتراف و التنفيذ و العكس صحيح[70] .

و بالنسبة لاثار الطعن بالبطلان فقد نصت المادة 1060 من قانون 09.08 على انه "يوقف تقديم الطعون و اجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و1058 تنفيذ احكام التحكيم " من خلال هذا النص نستنتج الاثار التالية للبطلان .

* لا تنفذ الاحكام التحكيمية الا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي او الطعن بالاستئناف ضد امر التنفيذ او امر رفض التنفيذ و بانقضاء هذه المهلة دون تحريك الطعن يصبح الحكم التحكيمي جائز القوة الشيء المقضي به .

* اذا رفع الطعن بالاستئناف و رفض يصبح حكم التحكيم حائزا للقوة التنفيذية .

[68]سامية عبد اللاوي .تنفيذ الاحكام الاجنبية .رسالة ماجستير .معهد البحوث و الدراسات العربية .القاهرة .2010.ص70

[70]حسن محمد هند .مرجع سابق.ص69

* عند رفع دعوى البطلان فان هذا الطعن بوقف تنفيذ الحكم التحكيمي الى حين صدور قرار المجلس لتاييد الطعن او رفضه .

د- الطعن بالنقض

ان جميع الاعمال القضائية في أي بلد كان تخضع للرقابة القضائية العليا في الدولة و الجزائر كبقية الدول لها جهاز قضائي اعلى يقوم بهذا الدور خاصة من الجانب القانوني البحت و المسمى في النظام القضائي بالمحكمة العليا و قد استبعد المشرع الجزائري هذا الطريق من الطعن في الاحكام التحكيمية الداخلية و الدولية وقصره فقط على الطعن على القرارات الفاصلة في الاستئناف و القرارات القضائية التي فصلت في الأوامر القاضية بالاعتراف او التنفيذ او الأوامر القاضية برفض الاعتراف او التنفيذ و كذلك القرارات الفاصلة في دعاوى بطلان القرارات التحكيمية الدولية وهذا بدليل نص المادة 1034 من قانون 09.08 تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للاحكام المنصوص عليها في هذا القانون و المادة 1061 من نفس القانون " تكون القرارات الصادرة للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض " .

و من المتعارف عليه ان البث في القرارات القضائية لجهة المحكمة العليا يتطلب وقتا معتبرا و بالنظر الى الهدف الأساسي الذي من اجله اختير التحكيم و هو السرعة في حل النزاع فان الطعن بالنقض سيحول دون الوصول الى هذا الهدف[71].

و على هذا الأساس يمكن القول ان المشرع الجزائري اتجه نحو مسلك شاذ في باب الطعن بالنقض و انفرد بهذا الاتجاه علما ان لا الشرع الفرنسي و لا المصري تطرقا اليه و لا نجد مبررا في ادراجه لانه لا يخدم نظام التحكيم كما يبقى التساؤل قائما حول الإجراءات التي يخضع لها الطعن .

المطلب الثاني : تنفيذ احكام التحكيم

يجوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به و لكن هذه الحجية ليست كافية بمفردها لكي يمكن تنفيذ حكم التحكيم اذ ان الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم تتطلب ضرورة تدخل القاضي الوطني لاعطاء القوة التنفيذية للاحكام الصادرة عنه فالحكم و ان كان يملك إقرار الحق و تقريره الا انه شخص عادي لا يملك سلطة لالمر او الجبر التي يملكها القاضي الوطني لكي يصبغها على حكم التحكيم فصدور الامر بالتنفيذ هو الذي يعطي لحكم التحكيم القوة التنفيذية و يسمح بتنفيذه جبرا في حال عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذه طوعا و اختيارا .

[71] محمد كولا .مرجع سابق .ص269

و اذا كانت إشكالية عدم امتثال الحكوم ضده لتنفيذ حكم التحكيم قد تبدو محدودة الابعاد اذا ما ظلت في اطار النظام القانوني الداخلي فان جوانبها قد تتعاظم اذا ما تعلق الامر بتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية و مرجع ذلك ان هذه الاحكام تصدر عن اشخاص تابعين لدول أخرى و طبقت بشانها قواعد قد تغاير ذلك و التي يطبقها القاضي الوطني .

الفرع الأول : حجية احكام التحكيم

من المعروف و المتفق عله ان عمل المحكم هو نفس العمل الذي يقوم به القاضي الا و هو الفصل في النزاعات و ان الحكم الصادر من المحكم يعد من الاعمال القضائية مثله مثل الحكم القضائي .

و عليه فان اهم الاثار الناتجة عن القرار التحكيمي هي نفسسها المترتبة عن الحكم القضائي سواء من حيث الحجية او قوة الاثبات[72].

حيث يتمتع حكم التحكيم بحجية الامر المقضي به بمجرد صدور الامر بتنفيذه حتى لو كان قابلا للطعن فيه و تبقى هذه الحجية ببقاء الحكم و تزول بزواله . و يترتب على هذه الحجية منع الخصوم من عرض ذلك النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم على القضاء او التحكيم و منعهم من مناقشة ما قضت به هذه الهيئة الا بالطرق التي حددها القانون[73]

و من اهم الاعتبارات التي تقوم عليها الحجية و التي تعد من اهم خصائص الحكم القطعي وضع حد للنازعات بمنع تجددها و هذه الاعتبارات تتطلبها المصلحة الخاصة و العامة لان استمرار المنازعات يؤدي الى عدم استقرارالحقوق و المراكز القانونية و تعطيل المعاملات بين الناس و يؤدي الى تناقض الاحكام في الخصومة الواحدة .

و هذه الاعتبارات لا تتحقق الا اذا تعلقت حجية حكم التحكيم بالنظام العام لكن لم ينص أي من قوانين التحكيم الجزائري و الفرنسي و المصري على مدى تعلقها بالنظام العام بالرغم من ان اعتبارها من النظام العام من شانه منع اتفاق الخصوم على مخالفتها و تخويل المحكمة او هيئة التحكيم المعروض عليها نزاع سبق الفصل فيه ان يقضيا من تلقاء نفسيهما بعدم جواز النظر في دعوى سبق الفصل فيها اما عدم اعتبارها من النظام العام يجيز للخصوم اللجوء الى القضاء او الاتفاق على اللجوء الى هيئة التحكيم بهدف إعادة النظر في النزاع الذي سبق الفصل فيه و لايجوز للقاضي او لهذه الهيئة ان يقضيا من تلقاء نفسيهما برد الدعوى استنادا الى حجية حكم التحكيم انما يجب ان يتمسك المحكوم لصالحه بحجية حكم التحكيمو السبب في ذلك يرجع الى ان قانون التحكيم

---

[72] اشجان فيصل شكرى داود .الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و اثاره و طرق الطعن به .رسالة ماجستير .جامعة النجاح الوطنية .نابلس .فلسطين .2008. ص81.

[73] محمود السيد عمر التحيوي .اساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوكالة الاتفاقية .منشاة المعارف .الاسكندرية .مصر 2001.

يمنح حكم التحكيم الحجية حماية للمصالح الخاصة للخصوم و ليس حماية للمصلحة العامة المرتبطة بحجية الاحكام القضائية الصادرة عن احدى سلطات الدولة بينما حجية احكام التحكيم لا علاقة لها بالدولة نظرا لعدم صدورها عن احدى هذه السلطات[74] .

نرى ان النص على حجية احكام التحكيم تتعلق بالنظام العام امر بالغ الأهمية لان هذه الاحكام لا تختلف عن احكام القضاء من حيث الاعتبارات التي تقوم عليها الحجية فعدم احترام حجية احكام التحكيم يؤدي الى استمرار المنازعات و عدم استقرار الحقوق و المراكز القانونية لاصحابها و يؤدي الى احتمال تناقض الاحكام و هذا يتنافى و الهدف من اللجوء الى نظام التحكيم بوصفه وسيلة للفصل في النزاع بما يحققه من مزايا و يتنافى مع الهدف من إقرار القانون لهذا النظام ظالما انه لا يحقق الهدف المرجو منه .

و يستفاد من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ان حجية احكام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام لان الحكم بعدم قبول نظر الدعوى بشان نزاع متفق على احالته الى التحكيم امر مقرر لمصلحة الخصوم لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و هذا بدليل نص المادة 1045 حيث تنص على انه " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع اذا كانتالخصومة التحكيمية قائمة او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان تثار من احد الأطراف .

و للحجية معاني كثيرة لدى الفقهاء فقد عرفها البعض على انها قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس تشهد على ان الحكم صدر صحيحا شكلا و موضوعا و لايجوز اهدار هذه الحجية الا عن طريق الطعن المقرر في مثل هذا الحكم[75].

و عرفها اتجاه اخر انها وصف يلحق مضمون الحكم و يدل على تنفيذ الخصوم القضاء بهذا المضمون خارج إجراءات الخصومة التي صدر فيه الحكم . وتعرف على انها عنوان للحقيقة فلا يجوز إعادة الفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم من جديد امام جهة قضائية أخرى لان هذا الحكم القطعي في حد ذاته يحمل قريينة الحقيقة القانونية و في الوقت ذاته يحمل قريينة الصحة[76]

يتضح من هذه التعريفات ان لحجية التحكيم اثرين متكاملين الأول إيجابي و يتمثل في إمكانية تمسك المحكوم له بالحق الذي يقضي به الحكم الى اثبات و جود هذا الحق من جديد و الثاني سلبي و يتمثل في منع المحكوم عليه من إقامة دعوى جدييدة بهدف إعادة الفصل في النزاع

و قد اضفى المشرع الجزائري في المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحجية على حكم التحكيم لحظة صدوره اذ تنص على انه " تحوز احكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه

---

[74] اشجان فيصل شكري

نبيل اسماعيل عمر .التحكيم في المواد المدنية و الوطنية و الدولية .دار الجامعة الجديدة للنشر .الاسكندرية .مصر .الطعة الاولى 2004. ص27.[75]

[76] منير عبد الحميد .مرجع سابق .ص368

بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه و ينطبق ذلك على قوانين التحكيم الفرنسي و المصري من خلال المادة 1486 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المادة 55 من قانون التحكيم المصري .

هذا و تختلف حجية الامر المقضي عن قوة الامر المنهي في ان الحجية تمثل صفة للامر المقضي به في الحكم و تبدو فاعليتها خارج نطاق الخصومة و تثبت له بمجرد صدوره حتى و لو كان قابلا للطعن بينما قوة الامر النقضي تبدو فاعليتها داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم للدلالة على مدى ما يتمتع به هذا الحكم من إمكانية او عدم إمكانية الطعن فيه باي طريق من طرق الطعن المقررة قانونا بمعنى لا يمكن تنفيذها جبرا الا بعد صدور امر بتنفيذه من السلطة القضائية المختصة[77]

و حكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة و عليه فان نطاق حجية حكم التحكيم قاصر على موضوع النزاع الذي فصل فيه المحكم و على اطراف النزاع .

أ - النطاق الموضوعي لحجية التحكيم

يرتبط تحديد النطاق الموضوعي لحجيية التحكيم بتحديد نطاق اتفاق التحكيم الذي يتضمن النزاع المتفق على احالته الى التحكيم[78].

حيث نص كل من المشرع الجزائري و المصري على وجوب تحديد هذا الموضوع سواء تم الاتفاق على التحكيم قبل حدوث النزاع او بعده[79]

و ذلك حتى يكون اختصاص هيئة التحكيم في نطاق موضوع النزاع الذي تم تحديده من قبل اطراف هذا النزاع فاذا أصدرت حكما فاصلا في موضوع النزاع فان هذا الحكم يتمتع بالحجية في حدود ما فصل فيه اما الطلبات التي عرضت على هذه الهيئة و اغفلت الفصل فيها فان الحكم لا يحوز الحجية لها لان العبرة في تحديد النطاق الموضوعي للحجية يكون بالنزاع المتفق على الفصل فيه بالتحكيم و بالطلبات التي تم مناقشتها و بحثها فعلا بين الخصوم حيث يسمح لهم تقديم طلبات لاصدار احكام إضافية تتناول ما اغفلته هيئة التحكيم .اي تصحيح الاغفالات التي كانت تشوبه ليصدر الحكم الإضافي فيصبح هذا الحكم جزء من الحكم الأصلي و بالتالي تمتد الحجية لكليهما[80]

ولا حجية للحكم الصادر في مسائل لم يطلبها الخصوم لان الحكم يكون باطلا اذا فصل في مسالة لا يشملها اتفاق التحكيم او تجاوز حدود الاتفاق فيما يعرضه عليه الخصوم .

---

[77] محمد السيد عمر التحيوي .مرجع سابق .ص430

[78] محمد مختار احمد بريري.التحكيم التجاري الدولي .دار النهضة العربية .2007 .ص260

[79] المادة 1012 من قانون الاجراءات الندنية و الادارية و المادة 2/10 من قانون التحكيم المصري

[80] المادة 1030 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

ب -النطاق االشخصي لحجية حكم التحكيم

ان حجية حكم التحكيم تقتصر على اطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم و الذين اعلنوا بها و تمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم فهذا الحكم لا يستفيد منه الا من صدر لصالحه و لا يحتج به الا من صدر عليه و بناءا عليه لا حجية لاحكام التحكيم في مواجهة الغير انما التمسك بها يكون بين اطراف الحكم و هم محكوم له و محكوم عليه و الذين هم اطراف في اتفاق التحكيم و هؤلاء الأطراف تتصرف اليهم الحجية سواء شاركوا في إجراءات التحكيم بأنفسهم او بواسطة ممثلين عنهم[81].

وقد اكد المشرع الجزائري هذا من خلال نص المادة 1088 من قانون 09.08 "لا يحتج باحكام التحكيم تجاه الغير..." هذه المادة تثير التساؤل عن الغير الذين ليسوا اطراف فيي اتفاق التحكيم و لم يتمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم و يؤثر حكم التحكيم في مركزهم القانوني نظرا لصلتهم القانونية بأحد اطراف هذا الاتفاق كالورثة او الكفلاء او غيرها من العلاقات القانونيية التي يرتبط بها الافراد .

ان حجية حكم التحكيم تمتد الى الغير اذا كان مركزه يعتمد الى المركز القانوني الذي يقرره الحكم لكن هذا الراي منتقد لان القول بذلك يعني ان للغير الحق في الطعن في حكم التحكيم وهذا غير متصور لانه بالنظر الى أسباب الطعن بالاستئناف و البطلان التي حددها المشرع في المادة 1056 من قانون 09.08 يتبين ان بعضها متعلق باتفاق التحكيم و البعض الاخر بحكم التحكيم و إجراءات صدوره و هذه الأسباب تتطلب ان يكون مقدم الطعن طرفا في اتفاق التحكيم و في خصومة التحكيم .

و عليه فان امتداد اثر الحكم للغير سواء كان خلفا عاما او خاصا ليس أساسه حجية حكم التحكيم القاصرة على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم دون غيرهم و انما القواعد التي تحكم كل حالة على حدا مثلا الكفيل لا يلتزم بموضوع حكم التحكيم و لا يمكن عد هذا التحكيم سندا تنفيذيا في مواجهته و لا يستطيع الدائن ان يطلب امرا بتنفيذه في مواجهة هذا الكفيل و انما يتوجب عليه اللجوء الى القضاء للحصول على دينه بموجب عقد الكفالة بمعنى ان اثر حكم التحكيم ينصرف الى الغير حسب طبيعة العلاقة القانونية التي تربطه بأحد اطراف التحكيم و ليس نتيجة لحجية حكم التحكيم .

[81] مختار بريري.مرجع سابق.ص264

الفرع الثاني : تنفيذ حكم التحكيم

ان اللجوء الى التحكيم امر مقرر في تشريعات التحكيم و ينبني على مشروعية التحكيم كل عمل او اجراء يؤدي الى تحقيق ما يضمنه حكم التحكيم بما في ذلك الوصول بذلك الحكم الى درجة من القوة و الالزام لاحكام القضاء التي تكفل عدم التاثير على قوته التنفيذية و نفاذه خصوصا عند الاختلاف فحكم المحكمين يحوز حجية الامر المقضي به بمجرد صدوره و يكون واجب النفاذ و ليس في حد ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين الا بصدور امر خاص من قضاء الدولة وفق شروط معينة[82].

و الأصل ان يتم تنفيذ حكم التحكيم تنفيذا اختياريا وديا نظرا للطابع الاختياري في اللجوء الى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع و يتطلب هذا التنفيذ قبول المحكوم عليه للحكم و هذا القبول قد يكون صريحا كارسال خطاب من المحكوم عليه الى المحكوم له يعلمه بالقول و الاستعداد للتنفيذ و قد يكون ضمنيا كان يقوم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم[83]اما اذا تعذر هذا التنفيذ بامتناع المحكوم عليه او مماطلته او رفضه القيام بذلك و يقتضي لجوء المحكوم له الى طلب التنفيذ الجبري و الامتناع قد يأخذ شكل امتناع عن التنفيذ دون الطعن في الحكم او قد يأخذ شكل الطعن في هذا الحكم وفقا للطرق القانونية و هذا التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يتطلب صدور امر من قبل قضاء الدولة المختص كشرط أساسي للتنفيذ فالحكم لا يكون نافذا الا بعد صدور الامر بالتنفيذ و هذا يبرر سلطته الرقابية للقضاء على حكم التحكيم و التي تؤدي في نتيجتها الى اصدار امر بتنفيذ حكم التحكيم او الحكم ببطلانه حتى لو لم يطلب القضاء المختص ذلك الابطال اذا كان الحكم قد صدر في مسالة لا تقبل التحكيم او اذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام و هو ما اخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة 1035 من قانون 09.08 "يكون حكم التحكيم النهائي او الجزئي او التحضيري قابلا للتنفيذ بامر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ..."

و المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1477 من قانون الإجراءات المدنية " لا يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري الا بموجب صيغة تنفيذية تصدرها المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم ".

و بطبيعة الحال هذا التنفيذ ينطبق على التحكيم الداخلي او التحكيم الدولي الذي اتفق على اخضاعه للقانون الجزائري و يمكن ان نعرف الامر بالتنفيذ على انه " الاجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا و يامر بمقتضاه بتمتع حكم المحكم بالقوة التنفيذية فهو نقطة الالتقاء بين

[82]اشرف محمد خليل حماد .التحكيم في المنازعات الادارية و اثاره القانونية .دار الفكر الجامعي .الاسكندرية .2010 .ص257
[83]اشجان فيصل شكري داود .مرجع سابق .ص91

قضاء الدولة و التحكيم مع ملاحظة ان المحكمة التي تصدر قرار التصديق و الامر بالتنفيذ الحكم تنفيذا جبريا بناء على هذا التصديق[84].

و التنفيذ الجبري قد يكون تنفيذا عاديا او معجلا و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 1037 بإحالة احكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل الى القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل.

أ - الاختصاص بإصدار الامر بالتنفيذ

يعقد المشرع الجزائري الاختصاص بإصدار امر تنفيذ احكام التحكيم سواء التحكيم الداخلي او الدولي لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم[85]

و يشار هنا الى ان مسالتي الاختصاص النوعي و المحلي لرئيس المحكمة المختصة بإصدار الامر بالتنفيذ تعد من النظام العام و بالتالي لا يجوز مخالفتها فقد تم توزيع الاختصاص النوعي و المحلي كالتالي :

- ❖ الاختصاص النوعي طلبات تنفيذ احكام التحكيم الداخلية و الدولية و الاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة .
- ❖ الاختصاص المحلي فبالنسبة للتحكيم الداخلي يؤول الاختصاص الى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها .اما بالنسبة للتحكيم الدولي فانه يفرق بين حالتين الحالة الأولى اذا كان مقرر هيئة التحكيم متواجدا بالجزائر .هنا الاختصاص يؤول الى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها .اما الحالة الثانية اذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا خارج الجزائر و هنا الاختصاص هو لمحكمة محل التنفيذ[86].
- ❖ ومنه فان الجهة القضائية المختصة بإصدار امر التنفيذ بالنسبة لاحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية هي رئيس المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم .

[84] بن عمران سهيلة .مرجع سابق .ص188

[85] المادة 1035 من ق. ا. م . ا

جمال بن عصمان .الاعتراف باحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد .دراسات قانونية

[86] دورية فصيلة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعليمية .الجزائر .العدد 08 .اوت .2010 .ص65

ب شروط اصدار الامر بالتنفيذ

يختص رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها او رئيس محكمة التنفيذ اذا كان مقر التحكيم وقع خارج الإقليم الوطني بإصدار الامر بالتنفيذ بعد التحقق من توافر الشروط التالية :

- ان يقدم طلبا مرفقا بالمستندات اللازمة .
- ان طالب التنفيذ قام بايداع اصل او نسخة من حكم التحكيم .

1- حدود سلطات القاضي في اصدار امر التنفيذ

يمارس القضاء الرقابة القضائية من خلال إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم و يثار في هذا الصدد تساؤل حول اعتبار هذه الرقابة شكلية او موضوعية .

ان رقابة القضاء تقتصر على الرقابة الشكلية من حيث التأكد من المشروعية الظاهرة لحكم التحكيم و خلوه من العيوب الإجرائية الظاهرة و التصدي للدفوع التي يثيرها الخصوم فيما يتعلق باتفاق التحكيم وصحة تمثيل الخصوم و مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه و احترام حقوق الدفاع .فلا تمتد سلطة الى سلامة و صحة قضاء المحكمين في موضوع النزاع .لان هذا القضاء لا يعد هيئة استئنافية حيث يمارس القضاء عند إصداره امر التنفيذ عملا ولائيا و ليس قضائيا .

اذن فان سلطات القاضي تنحصر بإصدار الامر بالتنفيذ او الرفض دون ان يتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم او ان يقوم بتعديله غير انه يجوز له ان يصدر الامر بتنفيذ شق من حكم التحكيم دون الشق الاخر و ترتيبا على ذلك فانه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الا بموجب الامر بالتنفيذ[87]

2- رفض تنفيذ احكام التحكيم

لم يتطرق قانون 09.08 الى الأسباب التي تحول دون تنفيذ الاحكام التحكيمية في حين حددتها اتفاقية نيويورك التي تجيز للقضاء الوطني رفض الاعتراف بحكم التحكيم او طلب تنفيذه و قبل التطرق لهذه الأسباب نود ان نشير الى حالة وقف التنفيذ التي تحدثت عنها المادة 6 من اتفاقية نيويورك التي تنص على انه "اذا طلب ابطال الحكم او إيقاف تنفيذه من السلطة المطلوب منها تنفيذه فيمكنها إيقاف تنفيذ الحكم اذا وجدت ذلك ملائما كما يمكنها بناء على طلب طالب التنفيذ ان تكلف الطرف الاخر بتقديم ضمانات مناسبة .يتضح من خلال هذه المادة ان المحكمة التي يطلب منها تنفيذ الحكم ان تقرر وفق هذا التنفيذ بناء على طلب الطرف الاخر .

---

[87] عمر زودة .اجراءات تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية .مجلة المحكمة العليا .عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة الصلح التحكيم .الجزء الاول .2009 .ص225

و الاتفاقية لا تفرق بين ابطال الحكم و إيقاف تنفيذه ووقف التنفيذ لا يعني رفض هذا التنفيذ و انما قد تامر به المحكمة اذا وجدت مبررات معقولة تؤيد احتمال وجود احد أسباب رفض تنفيذ الحكم .ويفيد وقف التنفيذ في هذه الحالة إعطاء من صدر الحكم ضده مهلة لاثبات وجود احدى حالات رفض تنفيذ الحكم متى كان شان الامر بتنفيذ الحكم إضافة فرصة في اثبات احدى هذه الحالات .

ولقد احتاطت الاتفاقية لاحتمال ان يؤدي وقف التنفيذ الى إضاعة حقوق طالب التنفيذ لذا قررت الاتفاقية في نهاية المادة السادسة للمحكمة ان تكلف الطرف الذي صدر الحكم ضده بتقديم ضمانات مناسبة لضمان حقوق طالب التنفيذ وذلك متى تمسك طالب التنفيذ بذلك[88]

قد حددت المادة 5 من اتفاقية نيويورك أسباب رفض الاعتراف او التنفيذ للحكم التحكيمي من قبل القاضي المختص و فرقت بين الأسباب التي يتمسك بها الأطراف و بين الأسباب التي يملك قضاء الدولة المختص من تلقاء نفسه لرفض التنفيذ بناءا عليها[89].

3- تنفيذ احكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة

اذا كان الامر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم ان يلجا الى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من اجل اجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم فان التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هل يجوز اللجوء الى تلك الوسائل من اجل اجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الذي رفضت او تراخت في تنفيذه .

ان تطبيق وسائل الاجبار المنصوص عليها في القانون الخاص على الإدارة بهدف تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها هو امر لا يمكن تصوره .ذلك ان استخدام تلك الوسائل ضد الإدارة من شانها الاصطدام بالمبادىء الأساسية التي يقوم عليها القانون العام و بالخاصة حصانة الدول ضد التنفيذ[90]

و من الجدير بالذكر ان إشكالية تنفييذ احكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة تدخل في اطار مشكلة أخرى اكثر عمومية وهي تنفيذ الاحكام الإدارية هذه المشكلة التي استحوذت على اهتمام فقه القانون العام و عقدت بشانها الكثير من الدراسات التي هدفت الى إيجاد حل لها .

ان عدم تنفيذ الاحكام الإدارية امر لا يتعلق فقط بالمجال الدولي و لكن نلمس اثره كذلك في المجال الداخلي فالاشخاص المعنوية العامة تستطيع ان ترفض تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها و

[88] احمد ضاعن السمدان .تنفيذ احكام المحكمين وفقا للقانون الكويتي .مجلة الحقوق .الكويت 1998 .ص38
[89] اشرف محمد خليل حماد .التحكيم في المنازعات الادارية و اثاره القانونية .دار الفكر الجامعي .الاسكندرية . 2010
[90] وليد محمد عباس .مرجع سابق .ص606

الحائزة على حجية الشيء المقضي به دون ان يستطيع المحكوم له باستخدام طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص كالحجوز بكافة أنواعها التحفظية و التنفيذية سواء كانت على المنقول او على العقار[91] هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بانه غير عادي قد تواترت عليه جهة الإدارة بشكل ملفت للنظر و اقرتها في ذلك الاحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي[92].

بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تناولت فيه المشرع الجزائري مسالة الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الإدارة على تنفيذ الاحكام القضائية و أجاز للقاضي الإداري بان يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة او الأشخاص الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام و ذلك في حالة تنفيذ الاحكام القضائية .

او التاخير في تنفيذها و ذلك بنص المادة 480 منه التي تقضي انه يجوز للجهة القضائية المطلوب منها اتخاذ امر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و 979 أعلاه ان تامر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها و بالتالي فقد اقر المشرع الحق للقضاء الإداري بتوجيه أوامر للإدارة لتنفيذ الاحكام الصادرة ضدها و هو ما يمكن تطبيقه على كافة الاحكام و منها احكام التحكيم الإداري بالإضافة الى ذلك فان المحكوم له يستطيع ان يلجا الى قاضي الإلغاء من اجل اجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم فاذا افصحت الإدارة عن ارادتها الصريحة بعدم تنفيذ حكم التحكيم.

ويمثل هذا الامتناع بشكل ضمني فان من وسع المحكوم له ان يطعن بالالغاء في قرار الإدارة الإيجابي او السلبي بعدم تنفيذ حكم التحكيم و يستفيد بالتالي من سلطة القاضي في توجيه أوامر الإدارة لتنفيذ حكم التحكيم و تبدو مشروعية تدخل القاضي الإداري في هذه الحالة كامتداد طبيعي لمهمته في إرساء العدالة في المجتمع و ان ذلك لا يتسنى الا اذا اوكل للقاضي الإداري مهمة الرقابة على كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم الإداري سواء كان تحكيما وطنيا او دوليا[93].

[91] المادة 689 من قانون المدني الجزائري نصت على "لا يجوز التصرف في اموال الدولة او حجزها او تملكها بالتقادم"
[92] وليد محمد عباس .مرجع سابق .ص607
[93] وليد محمد عباس .مرجع سابق .ص612

الخاتمة :

تعرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث قسمنا هذه الدراسة الى فصلين .عالجنا في الفصل الأول مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية .اما الفصل الثاني تطرقنا فيه الى إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

و بناءا على هذه الدراسة سجلنا النتائج و الاقتراحات التي من شانها ان تجعل التحكيم اكثر فعالية و عدالة في تسوية المنازعات التي قد تنشا بين الأطراف المتعاقدة .

نعرضها على النحو التالي :

أ - النتائج :

- التحكيم لا يمارس الا من طرف السلطة العامة في الدولة .و المشرع الجزائري لم يجز التحكيم لأشخاص القانون العام الا في اطار العلاقات الاقتصادية او في اطار الصفقات العمومية .

- خصومة التحكيم ليست في منأى عن ولاية القضاء و نلاحظ ذلك من خلال الطعن و التنفيذ .

- ليس هناك أي مانع قانوني او دستوري يحول دون لجوء جهة الإدارة الى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية لا سيما حين اقره المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد واكب التطورات الاقتصادية الحديثة .

- ان التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية يفتقد الى التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الاجرائي و الموضوعي له .مما أدى الى سيطرة قواعد القانون الخاص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم .

- يعتبر التحكيم عقد في أساسه و قضاء في وظيفته .اي نظام مركب من عناصر عقدية و عناصر قضائية .حيث تتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم .اما العناصر القضائية فهي الطبيعة القضائية لمهمة التحكيم و ما يصدر عنه من احكام .

ب - الاقتراحات :

من خلال ما لاحظناه في هذه الدراسة يمكن ان نقدم الاقتراحات التالية :

- عل المشرع ان ينظم التحكيم في مجال العقود الإدارية تنظيما دقيقا و مدروسا و مستقلا .

- نرى ضرورة اصدار تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية على ان يراعى فيها إضافة بعض المواد التي تخص الإجراءات خاصة إجراءات رد المحكمين و الإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية لحل النزاع .

- الاستغناء عن طعن بالنقذ الذي انفرد به المشرع الجزائري على غيره من القانون الفرنسي و المصري .

- ضرورة إيجاد مواد قانونية تسمح بالرقابة و خاصة قبل صدور حكم التحكيم .

- ان القضاء الإداري هو الأمين على تعاقدات جهة الإدارة .لذلك يجب تكوين قضاة متخصصين في نظام التحكيم من اجل الاطلاع على الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم في العقود الإدارية .

قائمة المراجع

أولا النصوص الرسمية

ا-القوانين

-القانون رقم 09.08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .الجريدة الرسمية .عدد21.ص90.

ب-الأوامر

-الامر رقم 145.66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي رقم 09.39 المعدل و المتمم للامر رقم 145.66.

-الامر رقم 75.58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .المعدل و التمم بالقانون رقم 05.07 المؤرخ في 13 ماي 2007 .الجريدة الرسمية .عدد 13 .

ج-المراسيم

المرسوم التشريعي رقم 09.93 المعدل و المتمم للامر رقم 145.66.

ثانيا المراجع

ا-المراجع باللغة العربية

-احمد السيد صاوي .بطلان حكم التحكيم .

-اشرف روية . الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم .

-اشرف محمد خليل حماد .التحكيم في المنازعات الإدارية و اثاره القانونية .دار الفكر الجامعي .الاسكندرية.2010.ص257.

-حسني المصري .التحكيم التجاري .دار الكتب القانونية .مصر .2006 .

-حفيظة السيد الحداد .الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية .دار الفكر العربي .ص25.24.

-حمزة احمد حداد .حكم التحكيم و شروط صحته .ص6.

-حسن محمد هند .التحكيم في المنازعات الإدارية .دار الكتب القانونية .مصر .2008.ص36.

-حفيظة السيد الحداد .الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية و اثارها على القانون الواجب التطبيق .دار المطبوعات الجامعية .الاسكندرية .2001 .ص8.7.6.

-سيد احمد محمود .مفهوم التحكيم .دار النهضة العربية .الطبعة الأولى .2003.ص34.

-عبد الحميد الاحدب .موسوعة التحكيم الجزء الثاني .طبعة 1998.التحكيم الدولي .دار المعارف .القاهرة .ص72.

-علاء محي الدين .مصطفى أبو احمد .التحكيم في منازعات العقود الإدارية .دار الجامعة الجديدة .الاسكندرية .2008.ص386.

-كريم الطوجي .الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم .

-كمال إبراهيم التحكيم التجاري الدولي .دار الفكر العربي .القاهرة .1991 .ص72 و ما يليها .

-لزهر بن سعيد.التحكيم التجاري الدولي .دار الهومة .الجزائر .2012.ص268.

-محمود السيد عمر التحيوي .اساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوكالة الاتفاقية .منشاة المعارف .الاسكندرية .مصر .2001.ص34.32.

-معوض عبد التواب .المستحدث في التحكيم التجاري الدولي .دار الفكر الجامعي .الاسكندرية .مصر.1991.ص31.

-منير عبد المجيد الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي .منشاة المعارف .الاسكندرية .مصر .2000.ص102.

-مناني فراح .التحكيم طريق بديل لحل النزاعات .دار الهدى .عين مليلة .الجزائر .2010.ص35.

-محمود سامي الشوا .التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية .

-محمود السيد عمر التحيوي .انواع التحكيم و تمييزه عن غيره .المكتب العربي الحديث.الاسكندرية .2009.ص249.

-محمد علي سكسكر .تشريعات التحكيم في مصر و الدول العربية .دار الجامعة الجديدة .2007.ص143.

-محمود مختار احمد بربري .التحكيم التجاري.ص109.

-نبيل صقر .الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.تنفيذ الحكيم .عين مليلة.الجزائر .2008.ص56.

-نبيل إسماعيل عمر.التحكيم في المواد المدنية و الوطنية و الدولية .دار الجامعة الجديدة للنشر.الاسكندرية.مصر.الطبعة الأولى .2004.ص27.

-وليد محمد عباس.التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية .دار الجامعة الجديدة .الاسكندرية .2010.ص526.

-يسري محمد العطار.التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية .دار النهضة العربية .مصر .2001.ص14.

-ب-المراجع باللغة الأجنبية

-Geogios I.Zekos .international commercial and marine arbitration.Roulrdje Abingdom.2008.p13.

-Jan R.McNeil .American Arbitration low .oxford university press.New York .1992.p07.

-Jan Robert .l'arbitrage.droit international prive 2 ed .1993.p03.

-Zaki badaoui .dictionary of management sciences .dar el kitab almasri.cairo.1edition .p48.

ثالثا الرسائل و المذكرات الجامعية

ا-مذكرات الماجستير

-اشجان فيصل شكري داود .الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و اثاره و طرق الطعن به.رسالة ماجستير .جامعة النجاح الوطنية .نابلس.فلسطين.2008.ص81.

-ابن النصيب عبد الرحمان .الدعوى التحكيمية .رسالة ماجستير.جامعة الحاج لخضر.باتنة.الجزائر.2005.ص164.93.

-بن عمران سهيلة .الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية .رسالة ماجستير .جامعة باجي المختار .عنابة .2010.ص164.

-بولقواس سناء الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .رسالة ماجستير .جامعة الحاج لخضر .باتنة .الجزائر .2010.ص142.

-سامية عبد اللاوي .تنفيذ الاحكام الأجنبية .رسالة ماجستير.معهد البحوث والدراسات العربية .القاهرة.2010.ص70.

-فرطاس الزهرة .الطرق الودية لحل النزاعات الإدارية .التحكيم الإداري.مذكرة ماجستير.كلية الحقوق .جامعة الجزائر.2014.ص58.

-ب-مذكرات الماستير

-خنوسة سهام. خروبي يسمينة .التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية .دراسة مقارنة.شهادة ماستير.كلية الحقوق .جامعة حسيبة بن بو علي .الشلف.2016.ص69.

-زيري زهية .الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.مذكرة ماستير.جامعة الحقوق. مولود معمري.الشلف.الشلف.2016.ص69.

رابعا المقالات و المجلات

-احمد ضاعن السمدان .تنفيذ احكام المحكمين وفقا للقانون الكويتي .مجلة الحقوق.الكويت.1998.ص38.

-اسعد فاضل منديل .احكام عقد التحكيم و اجراءاته (دراسة مقارنة).منشورات زين الحقوقية.دار ثيبور.بدون ذكر السنة.

-تراري ثاني مصطفى .استقلالية اتفاق التحكيم كمبدا من مبادئ التحكيم المعاصر.مجلة دراسات قانونية .مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية .دارالقبة للنشر و التوزيع.الوادي.الجزائر.العدد التاسع.افريل.2003.ص9.

-جمال بن عصمان .الاعتراف باحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.دراسات قانونية دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعليمية .الجزائر.العدد08.اوت 2010.ص65.

-جعفر مشيمش .التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية.(دراسة مقارنة).منشورات زين الحقوقية.الطبعة الاوى.2009.ص69.

-عبد الرحمان بريارة شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .منشورات بغدادي.الجزائر.2009.

-عمر زودة .اجراءات تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية.مجلة المحكمة العليا.عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة.الصلح.التحكيم.الجزء الأول.2009.ص225.

-عبد الكبير العلوي الهوصي.كيف يتم اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية.مقال منشور في استشارات قانونية .محاماة نت.18.ديسمبر.2016.

-محمد محبوبي.دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربيو المقارن.مجلة المحكمة العليا.عدد خاص.الجزء2.الطرق البديلة لحل النزاعات(الصلح.الوساطة.التحكيم).قسم الوثائق.2009.ص395.

الفهرس

الاهداء

الشكر

المقدمة 1-5

الفصل الأول مفهوم التحكيم في ظل المنازعات الإدارية 06

المبحث الأول مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية 07

المطلب الأول تعريف التحكيم و أهميته في منازعات العقود الإدارية 07

الفرع الأول تعريف التحكيم في التشريع.....07

الفرع الثاني تعريف التحكيم في الفقه 09

الفرع الثالث أهمية التحكيم.....10

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم 12

الفرع الأول النظرية التعاقدية 12

الفرع الثاني النظرية القضائية 15

الفرع الثالث النظرية المختلطة 16

الفرع الرابع النظرية المستقلة 17

المبحث الثاني تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة و موقف التشريعات منه.....19

المطلب الأول تمييز التحكيم 19

الفرع الأول التحكيم و الصلح 19

الفرع الثاني التحكيم و التوفيق 20

الفرع الثالث التحكيم و القضاء 21

الفرع الرابع التحكيم و الوكالة 21

المطلب الثاني موقف التشريعات من اللجوء الى التحكيم 23

الفرع الأول موقف القانون المصري 23

الفرع الثاني موقف القانون الجزائري 24

الفرع الثالث موقف القانون المغربي 24
الفصل الثاني إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية 26
المبحث الأول إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية 27
المطلب الأول تشكيل هيئة التحكيم 27
الفرع الأول الشروط اللازمة لاختيار المحكم 27
الفرع الثاني طرق تعيين المحكم 30
المطلب الثاني إجراءات سير خصومة التحكيم و كيفية انقضاءها في منازعات العقود الإدارية 32
الفرع الأول بدء سير إجراءات التحكيم 32
الفرع الثاني انقضاء خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية 36
المبحث الثاني حكم التحكيم 39
المطلب الأول صدور حكم التحكيم و إمكانية الطعن فيه 39
الفرع الأول صدور حكم التحكيم 40
الفرع الثاني الطعن في حكم التحكيم 44
المطلب الثاني تنفيذ احكام التحكيم 52
الفرع الأول حجية احكام التحكيم 53
الفرع الثاني تنفيذ حكم التحكيم 57
الخاتمة 62

قائمة المراجع 64