جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التحكيم في العقود الإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي مسار: الحقوق: تخصص: قانون إداري.

إعداد الطالبتين:

- **أسماء عبد ربي.**
- **آسيا مولاي عبد الله.**

تحت إشراف الأستاذ:

د.مولاي براهيم عبد الحكيم

السنة الجامعية: 1441– 1442 هـ / 2019–2020م

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التحكيم في العقود الإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي مسار: الحقوق: تخصص: قانون إداري.

إعداد الطالبتين:

- **أسماء عبد ربي.**
- **آسيا مولاي عبد الله.**

تحت إشراف الأستاذ:

د.مولاي براهيم عبد الحكيم

السنة الجامعية: 1441– 1442 هـ / 2019–2020م

بسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً }

" سورة النساء– الآية 35"

صدق الله العظيم.

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

{ سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمَ بينهم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ }

"سورة المائدة – الآية 42"

صدق الله العظيم.

شكر وتقدير

نشكر المولى عز وجل على نعمه وتوفيقه لنا في إنجاز هذا العمل المتواضع

الشكر الجزيل والاعتراف بالفضل والتقدير للأستاذ الدكتور **مولاي براهيم عبد الحكيم** الذي تكرم بالاشراف على هذه المذكرة .

كما نشكر السادة أعضاء لجنة المناقشة على تشريفهم لنا بقبولهم مناقشة هذا البحث

نثني بجميل العرفان والشكر إلى عمال ومشرفي مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

كما لايفوتنا أن نتقدم بشكرنا إلى جميع من منحونا شرف نهل العلم على أيديهم وكل من أمدنا بالعون والنصيحة والتشجيع ألف شكر.

إهـــــداء

إلى من يشتهي اللسان نطقها وترف العين لوحشتها إلى من تخشع الاحاسيس لذكرها

إلى من يحن القلب لتقبيلها وتشتاق الاذن لسماع دعواتها أمي الغالية رحمة الله عليها

إلى روح أبي الزكية الطاهرة رحمة الله عليه..

إلى من كانو يضيؤون لي الطريق ويساندوني ويتنازلون عن حقوقهم لإرضائي إخوتي

حفضهم الله ورعاهم..

إلى الكتاكيت الصغار و كل العائلة الكريمة في ولاية أدرار

إلى من شاركتني في إنجاز هذا العمل "آسيا"..

إلى من أعتز برفقتهن رفيقات الدرب كل واحدة بإسمها..

إلى كل من حمل مشعل العدالة وساهم في إحقاق الحق والمعرفة وإرساء العدالة

إلى كل من سقط إسمه سهوا من قلمي أهدي هذا العمل..

أسماء عبد ربي

إهـــداء

إلى كل من نطق بشهادة أن لاإله إلا الله مُحَمَّد رسول الله صل الله عليه وسلم..

إلى أزكى وأعظم خلق الله قدوتنا ومرشد أمتنا وشفيعنا يوم الدين حبيبنا ونبينا خاتم الأنبياء والمرسلين مُحَمَّد صل الله عليه وسلم..

إلى التي كانت لي سندا في الشدائد والمحن وكانت لي ينبوع الرحمة والحب والامل في الحياة أمي الغالية..

إلى رمز الثبات وقدوتي في الحياة إلى رمز التضحية والعطاء أبي العزيز..

إلى سندي في السراء والضراء إخوتي جميعا وإلى الكتاكيت الصغار والعائلة كلها..

إلى كل من يحمل لقب مولاي عبد الله..

إلى من قاسمتني هذا العمل أسماء..

إلى صديقاتي وأصدقائي في الجامعة وغيرها..

إلى من وسعهم قلبي ولم تسعهم ورقتي إن لم يكونو في المذكرة كانوا في الذاكرة..

أسيا مولاي عبد الله

قائمة المختصرات

ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ص	صفحة
ج	جزء
ط	طبعة
د ط	دون طبعة
د ب ن	دون بلد النشر
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

الملخص:

عرف التحكيم لدى المجتمعات القديمة وقبل الإسلام عند العرب، ويلعب التحكيم دورا مهما في الفصل في النزاعات منها نزاعات العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، تبنى المشرع الجزائري فكرة التحكيم في العقود الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم08_09 غير أنه حصره في مجال الصفقات العمومية عملا بنص المادة 1006، عملية التحكيم عملية مركبة أولها اتفاق وأوسطها إجراءات وآخرها حكم تحكيمي قابل للتنفيذ الجبري حتى ولو كان ضد الإدارة.

الكلمات المفتاحية : التحكيم، اتفاق التحكيم ،هيئة التحكيم ، الخصومة التحكيمية ،الحكم التحكيمي تنفيذ الحكم.

Abstrac:

Arbitration has been know in ancient secicties and before Islam a mang Arabs. It plays an important rol in se hing dis putes including these inadminstrative contracts in which its one of its parties is the state or public the Algerian legislatorhas adopted the idea of arbitration in administrative contracts in the civil and commercial procedures Law No 08_09 except that it is limited to the field of public deals in accordance with the text of Article 1006, asbitration is a complex is process which started with agreement move to the procedures and end with a final judgment which is forcibly seady for the fulfillment even if it is againtd the administration**.**

Key words: Arbitration, Arbitration deal, Arbitration body, Arbitral litigation, Arbitration award, Execution of judgment.

مقدمة

إن القضاء الإداري هو الجهة المختصة في النظر في منازعات العقود الإدارية، ولكن مع تراكم القضايا أمام القضاء و بطء إجراءاته كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك النزاعات ،فالتحكيم وسيلة استثنائية لفض النزاع بين الأشخاص بصفة عامة لأنه ظهر قبل الدوله بمفهومها الحذيث ،فقد عرف عند الرومان وعند اليونان كما عرفه العرب قبل مجيء الإسلام، وكانت أبرز قضية قبل الإسلام حكم فيها الرسول ﷺ في رفع الصخرة المشرفة إلى مكانها عندما اختلفت قبائل قريش عليها ،وبعد الإسلام جاء التحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ،لقوله تعالى:{فَلاَ وَرَبِّكَ لاَيُومِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فَيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَيَجِدُواْ فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا}الآية 65 من سورة النساء.

لقد تطور التحكيم وأصبح في الآونة الأخيرة من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف المتخاصمون، وأصبح هو القضاء الأساسي للتجارة الدولية لكونه يتميز بالسرعة والسرية، كما اتسع مجاله وأصبح يشمل مجالات عديدة من بينها النزاعات المدنية والتجارية والدولية ونحن الان بصد دراسة النزاعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها.

فالتحكيم نظام قانوني وهو عبارة عن اتفاق بين أطراف علاقة قانونية على اللجوء لحل كل أو بعض المنازعات القائمة التي ستنشأ إلى أشخاص يسمون بالمحكمين ،كما أن اللجوء إليه يؤدي إلى اقتصار درجات التقاضي لأته يصدر حكم نهائي غير قابل لأي طعن وقابل للتنفيذ الفوري.

تتمحور أهمية هذا الموضوع في أن التحكيم بات كأحد وسائل فض المنازعات الإدارية سواء داخليا أو خارجيا،كما يسمح للأطراف في اختيار المحكمين الذين يثقون فيهم وكذا بيان النزاعات التي يجوز فيهها التحكيم في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة، ومعرفة كيفية تشكيل لجنة التحكيم في القانون الجزائري وشروطها.

ومن أسباب اختيارنا للموضوع يكمن في أسباب موضوعية وأخرى ذاتية:

_الأسباب الموضوعية: التعرف على وسيلة أخرى أو طريق بديل لفض القضايا والنزاعات نقص العمل بالتحكيم بالرغم من أنه يتميز بخصال عديدة وذلك في بساطته ومرونته وسرعة الفصل في النزاع فيه.

_الأسباب الذاتية: الدافع العلمي الذي يعتبر الهدف الأساسي في المذكرة، وكذا حداثة الموضوع محل البحث.

ويكمن الهدف من دراستنا في إعطاء إجابات للراغبين في اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لموضوع العقد الإداري، وكذا دور التحكيم في العقود الإدارية منذ صدور الحكم ثم الاعتراف به ثم تنفيذه مع بيان الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم من حيث هيئة التحكيم وأطراف النزاع مع التعرض للطرق البديلة لحل التحكيم التي تبناها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومحاولة الإجابة عن إشكالية البحث وذلك عن طريق الالمام بالمبادئ الإجرائية المتخذة والتي تنظم عملية التحكيم في العقود الإدارية.

ومن بين الدراسات السابقة التي تناولت ما يقارب موضوعنا محل الدراسة هي:

_حمادي نيسات، حرفوش فطيمة، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2014_2015، حيث قسمتا موضوع الدراسة إلى فصلين تناولتا في الفصل الأول اتفاق التحكيم في العقود الإدارية مبرزتين مفهوم اتفاق التحكيم وصوره وضوابط دوليته وشروط صحته بينما الفصل الثاني تعرضتا إلى دعوى التحكيم بما فيها سير الخصومة ثم صدور حكم التحكيم والطعن فيه وتمييز المشرع الجزائري لأحكام التحكيم الصادرة بالجزائر وخارجها.

_زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،فرع قانون المنازعات الإدارية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2015، حيث تناولت فصلين، الفصل الأول الطرق البديلة لحل النزاعات المتصلة بالدعوى القضائية (الصلح والوساطة) وفي الفصل الثاني التحكيم غير متصل بالدعوى القضائية حيث تناولت في المبحث الأول التنظيم الموضوعي للتحكيم والمبحث الثاني التنظيم الاجرائي.

_فريدة دحماني، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون العقود، جامعة العقيد آكلي مُحَّد أولحاج، البويرة 2018، تناولت فصلين، الفصل الأول المبادئ الأساسية لقيام حكم تحكيمي ملزم بما فيه مسألة سلطان إرادة الأطراف المتنازعة

كمصدر للحكم الصادر في النزاع مع ضمان إلزامية الحكم التحكيمي من خلال احترام القواعد الإجرائية لسير الخصومة التحكيمية ،أما الفصل الثاني تضمن الحماية القانونية لضمان الزامية حكم التحكيم ولم تتعرض لماهية التحكيم وإنما دخلت مباشرة في الموضوع.

أما الصعوبات التي واجهتنا في موضوعنا تتمثل في :

-تدهور الحالة النفسية بسبب فيروس كورونا المستجد عفانا الله وإياكم .

- صعوبة الحصول على التطبيقات القضائية في هذا المجال كما يعتبر من المواضيع الجديدة على المشرع الجزائري

- كثرة الثغرات القانونية التي تتعلق بالإجراءات التحكيمية .

- ندرة الدراسات الكتب التي تناولت موضوع التحكيم خاصة في التحكيم الداخلي لأن الفقه القانوني تناول التحكيم بصفة عامة.

وبناءا على ما سبق فإن الإشكالية المطروحة تتمثل في :

-ما هو التحكيم في العقود الإدارية، وما هي أهميته كوسيلة لتسوية النزاعات في العقود الإدارية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات فرعية:

-مالمقصود بالتحكيم ؟

- ماهي الطبيعة القانونية للتحكيم؟

-كيف يتم تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية؟

نعتمد في دراستنا لهذا الموضوع عل المنهج الوصفي لوصف التحكيم لكونه طريق بديل لحل النزاعات والمنهج المقارن من أجل ما أخذت به التشريعات الأخرى في مجال التحكيم في العقود الإدارية ومقارنة بين قواعد القانون الجزائري والقانون المصري والفرنسي، زيادة على ذلك وجود المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل مضمون النصوص القانونية والاحكام القضائية بهدف الوصول للأهداف المرجوة من طرف المشرع من خلال هذه النصوص.

موضوع دراستنا التحكيم في العقود الإدارية أين عالجنا الموضوع في فصلين رئيسيين تناولنا في الفصل الأول ماهية التحكيم في العقود الإدارية تم تقسيمه إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم التحكيم

في العقود الادارية وتم تقسيمه إلى مطلبين المطلب الأول تعريف التحكيم والمطلب الثاني مفهوم اتفاق التحكيم، أما المبحث الثاني تمثل في مشروعية الفقه من اللجوء إلى التحكيم أين تناول مطلبين المطلب الأول موقف الفقه من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية،والمطلب الثاني موقف الأنظمة القانونية منه.

وفي الفصل الثاني النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية، قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية، فيه مطلبين المطلب الأول تشكيل هيئة التحكيم والمطلب الثاني القانون الواجب التطبيق، أما المبحث الثاني أصول المحاكمة التحكيمية فيه مطلبان المطلب الأول سير الخصومة التحكيمية والمطلب الثاني صدور حكم التحكيم وتنفيذه.

الفصل الأول:

ماهية التحكيم في العقود الإدارية

في الآونة الأخيرة تزايد الاهتمام بالتحكيم في العقود الإدارية وأصبح ذات أهمية بالغة ومصدر هذه الأهمية يرجع إلى الانتشار الكبير للتحكيم بصفة عامة. كما يتم اللجوء إلى التحكيم باعتباره الطريقة الأنسب لحل الخلاف الذي قد يطرأ أثناء العقد أو تنفيذه أو في اتفاقية تستند إليه أو في وثيقة مستقلة عنه سواء كان شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم. كما اتجهت مختلف الأنظمة القانونية سواء أو في فرنسا أو الجزائر أو مصر إلى تبني فكرة التحكيم في العقود الإدارية.

ستناول في هذا الفصل مفهوم التحكيم في العقود الإدارية (مبحث أول)، مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية.

عرف العرب قبل الإسلام نظامين الفصل في الخصومات: نظام القضاء والتحكيم إذ يوجد نظام التحكيم في المجتمعات القبلية وكذلك في المجتمعات المدنية التي لا توجد بها سلطة مركزية قوية، وفي ظل نظام التحكيم لا يكون المحكم موظفا وإنما فردا عاديا يستمد سلطة الحكم من اختيار الخصمين له وحكمه لا ينفذ قهرا وإنما برضاء المحكوم عليه، والحقيقة التاريخية أن النظام التحكيم ظهر قبل ظهور القضاء لأن ظهور القضاء ارتبط بظهور المجتمعات المنظمة أو شبه المنظمة بشكلها الحديث أي شكل الدولة، وإن كان الجهاز القضائي قد ظهر مع ظهور الدولة فإن النظام التحكيم ظهر قبل ذلك[1].

وبناءا على ماتقدم فإن موضوع التحكيم يقتضي منا توضيح تعاريف متنوعة وكذا أهميته (مطلب أول) ومن ثم التعرف على اتفاق التحكيم وصحته وشروطه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

للتحكيم عدة تعاريف متنوعة ومختلفة وذلك حسب حالة وموضوع التحكيم سنتطرق لتعريف التحكيم من عدة زوايا، في (الفرع الأول)منها التعريف اللغوي والاصطلاحي والتحكيم في الإسلام

[1] حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الادارية، دار الكتب القانونية، دط، مصر، 2008، ص03.

وكذا في التشريع الجزائري وكذلك أهميته، أما (الفرع الثاني) نتطرق إلى الطبيعة القانونية للتحكيم و(الفرع الثالث)أنواع التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وأهميته.

أولا: التعريف اللغوي للتحكيم.

التحكيم لغة: ومصدر الكلمة –حكّم- بتشديد الكاف مع الفتح. التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حَكَمَ (وأَحْكَمَهُ) أي صار (مُحكماً) في الحالة وتحكيما إذا جعل اليد الحكم فيه (فإحَتَكَمَ) عليه في ذلك[1].

التحكيم مصدر (حَكّمَ)، بتشديد الكاف مع الفتح، (الحَكَمُ) بفتحتين من أسماء الله الحسنى[2]. فالتحكيم في اللغة هو التفويض أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه.[3]

ثانيا: التعريف الإصطلاحي.

اصطلاحا: احتكم الناس إلى فلان أي رافعوا خصومتهم إليه ليقضي بينهم وتحكم الطرفان إلى فلان أن التجأ إليه، رافعوا خصومتهم إليه ليقضي بينهم وتحكم الطرفان إلى فلان أن التجأ إليه، رفعا الأمر إليه ليقضي بينهما فالتحكيم هو ما يقوم به أطراف متنازعة من عرض مسألة النزاع ليتم الحكم فيها من الفرد محايد أو مجموعة من الأفراد، فهو تسوية نزاع بين فريقين على الفرد يكون حكما أو هيئة من محكمة[4].

فالتحكيم اصطلاحا هو اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للعمل فيه بدلا من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه[5].

---

[1] سفيان بكوش، حمو هيبة، التحكيم وسيلة بديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي في القانون الإداري، قسم الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية،2016_2017 ص9.

[2] عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، دار المعرفة.الجزائر، دط،2009،ص15.

[3] نوفل حسان،التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة، الجزائر،دط، 2016، ص60.

[4] نذير شرع، ياسين الهلي، المنازعات الإدارية لعقد الامتياز، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، في القانون الإداري، قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 1438هـ/ 1439هـ/ 2017 – 2018م، ص32.

[5] نوفل حسان، ، المرجع نفسه، ص61.

ثالثا: التحكيم في الشريعة الإسلامية.

وقد وردت آيات في القرآن الكريم تفيد مدلول التحكيم، مثلا في قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حَكماً من أهله وحَكماً من أهلها أن يريد اصلاحا يُوَفِّقِ الله بينهما إنَّ الله كان عليما خبيرا[1]. في هذا الإطار وردت الآية الكريمة في مدلول التحكيم في إطار ضيق (خاص) وهو النزاعات العائلية بين الزوجين[2].

وفي موضع آخر قال المولى عز وجل: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"، في هذا الموضع تحدث عن التحكيم بشكل عام (في جميع النزاعات)[3].

رابعا: تعريف التحكيم في التشريع الجزائري.

لقد وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية إطارا قانونياً مشتركا في القضايا ذات طابع إداري والقضايا غير الإدارية، كما وضع إطار قانونيا خاصا ميز به التحكيم في القضايا الإدارية حيث ورد ذكره في نص المادة 975، 976، 977، من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر 21 في 23 ماي 2008، كما تم ذكره كطريق بديل بالمادة 1006 إلى المادة 1031 من (ق، إ، م، إ) بحيث تطبق أحكام هذه المواد أمام الجهات القضائية الإدارية وهي تشمل الأحكام العامة، الخصومة التحكيمية والأحكام التحكيمية وفي المواد من 1032 إلى 1038 من نفس القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيمية وطرق الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في المواد الإدارية[4].

[1] الآية 35، سورة النساء.

[2] فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، ،عين مليلة،الجزائر،ط1، 2010 ص22.

[3] فراح مناني، المرجع نفسه، ص23.

[4] سعيد نوفل، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، دط،2015، ص264.

خامسا: أهمية التحكيم.

تكمن أهمية الإدارة في جانبين هما:

أ-أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة.

نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها متعاقدا أجنبيا والطرف الآخر هو الدولة أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية لدولة المعنية أو سياستها، ومن ثم نادوا يمنح مثل هذه المنازعات محايد هو قضاء التحكيم[1].

كما أن إدراج 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[2]

ب- أهمية التحكيم بالنسبة للدولة:

إن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية –إدارية أو عادية- في استمرار وهو ارتفاع لا يضاهيه ارتفاع في عدد الموارد البشرية المتخصصة، ولا في التجهيزات الضرورية مما استدعى وجوب إنفاق الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف من وتيرتها وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض النزاعات من بينها التحكيم[3].

[1] صبرينة جابلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجاسيتر في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012-2013، ص13.

[2] منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، 2000، ص102.

[3] صبرينة جابيلي ، المرجع نفسه، ص14.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

أولا: النظرية التعاقدية.

تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالهدف منه غالبا تلبية رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في التصالح، ويتم في صورته العادية، وفقا لقواعد العدالة واستثناء وفقا لقواعد القانون[1].

ومن جهة أخرى، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف اتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية وإذا كان في هذا التخلي بعض المخاطر فهي ولا شك مخاطر محسوبة، فمركز الثقل هو اتفاق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق بند من بنود العقد أو عقد التحكيم منفصل عن العقد الأساسي، فإرادة الأطراف هي المرتكز الأساسي لعملية التحكيم، وتبعا لهذا المفهوم يجب أن يؤخذ التحكيم على أنه مجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة[2].

وقد أجمع بعض الفقه أسانيد هذه النظرية فيما يلي:

1-حكم المحكمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف، قالت حكيم جوهرة إلتقاء إرادة المحتكمين بقرار الحكم[3].

2- يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء[4].

3- سلطة الحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم[5].

---

[1] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،دط، 2008، ص 550.

[2] صبرينةجبايلي، المرجع السابق، ص15.

[3] حسن محمد هند، مرجع سابق، ص46.

[4] فراح مناني، مرجع سابق، ص37.

[5] محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الزرايطة، دط، 1999 ص 24-25.

نقد النظرية :

هذه النظرية عاجزة عن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل عقدي بالرغم من أن الاستئناف لا يوجه إلا إلى عمل قضائي، قد يتم تعيين المحكم من طرف المحكمة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف إذ لا يعين دائما بواسطة الأطراف[1].

رغم أن التحكيم وليد الخصوم، إلا أنه لا يفرض على أطرافه متى أنصت هذه الإدارة في الشكل الذي يرسمه القانون، ويؤكد ذلك لأنه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق الخصوم، ولا يجوز رده عن الحكم إلا في الحالات التي يرسمها المشرع[2].

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم.

لا ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى اتفاق التحكيم، ولكنهم ينظرون إلى طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم، فهي مهمة قضائية ففكرة المنازعة وكيفية فضها، هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم، باعتباره "قاضيا" يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، فالمحكم يؤدي وظيفة قضائية وما يصدر عنه هو حكم بمعنى الكلمة. هذا الحكم يتمتع بكافة الخصائص التي يتمتع بها غيره من الأحكام، فهو يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقتضي به ويستفيد المحكم إصداره له ولا يته بشأنه فلا يملك أن يعدله أو أن يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه، ولا يغير من طبيعة التحكيم أن حكم المحكم لا ينفذ إلا بصدور أمر لأن القاضي الدولة، ليس من شأن ذلك أن يغير من طبيعته القضائية، فليس الهدف من اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ – لتنفيذ حكم التحكيم أن يراقب قضاة الدولة عدالة حكم المحكمين، وإنما الهدف من ذلك هو فقط التثبيت من وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين وأن هذا النزاع هو الذي فصل فيه بالفعل الحكم الصادر من المحكمتين[3].

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

[1] عبد الوهاب قمر، مرجع سابق، ص71.

[2] سفيان بكوش، حمو هيبة، مرجع سابق، ص15.

[3] رمزي زيد، التحكيم في العقود الإدارية، التحكيم في العقود الإدارية ،مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كليلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014- 2015، ص28.

1-إن التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون وإذا حدث ورفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص لأن المحكمة تنظر دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين، وإن حكم المحكم يحوز حجية الشرع المقضي به، وينفذه تنفيذا جبريا بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ، شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ونصت على ذلك معظم القوانين.ومما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم ما درجت عليه القوانين المختلفة من أخلاق اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين والأحكام القضائية وما ذهب إليه القانون الفرنسي الجديد من اطلاق لفظ محكمة التحكيم على المحكم أو المحكمين[1].

نقد النظرية:

إن وظيفة القاضي قانونية بحتة، تهدف إلى حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن أثر حكمه على مستقبل النزاع في حالة وجوده، في حين أن وظيفة المحكم وظيفة اجتماعية واقتصادية سلمية الطابع، تهدف إلى حل النزاع بالقانون أو بدونه، على النحو الذي يكفل استمرارية العلاقة بين الأطراف[2].

ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.

أصحاب هذه النظرية يرون أن التحكيم به طبيعة مختلطة فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف وهو قضاء بالنظر إلى كون المحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد[3].

ذهب هذا الاتجاه إلى رفض كل من الطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم، ويرى أن القانون يخول للأفراد اختيار الأشخاص لإعداد القرار القضائي ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة هل النظر، وليس هذا البحث عملا قضائيا، ولكنه يكون أحد عنصريه، أما العنصر الثاني

[1] فراح مناني، مرجع سابق، ص 41-42.
[2] عبد الوهاب قمر، المرجع السابق، ص76.
[3] فراح مناني، المرجع نفسه، ص44.

الذي لا يكتمل إلا به هو عنصر الأمر الذي به تطبيق إرادة القانون الذي يحث عنها وعينها قرار المحكم.[1]

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من الأسانيد منها:

1-أن التحكيم يعتبر نوعا من القضاء الخاص ذا أساس اتفاقي تتناوب عليه طبيعة التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معا، وأن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد الحكم القضائي[2].

_نقد النظرية :

إن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي إلى خلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي أمر آخر القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه.ورغم قيام الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لم يؤثر في التحكيم وهو أمر مهم جدا جدا فان التحليل القانوني يجب إلا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط متجانس [3]. 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[4].

رابعا: نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم.

إن التحكيم عند أنصار هذا الاتجاه لا ينبثق من القضاء ولا يختلط معه وإنما هو نظام يسير معه بصفة متوازنة بمعنى أنه يوجد قضاء إن يسيران بصفة متوازنة، قضاء الدولة وقضاء التحكيم[5].

ويستند أنصار هذه النظرية إلى مجموعة من الأسانيد:

1-التحكيم يختلف اختلافا تاما عن القضاء, فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة باشرها القاضي وتكون غايته حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات داخل الدولة، بينما التحكيم

[1] نبيل صقر، مرجع سابق، ص558.

[2] جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية، ط1، د ب ن،2009 ،ص74.

[3] فراح مناني، المرجع السابق، ص45_46.

[4] حسن محمد هند، مرجع سابق، ص53.

[5] رضوان أبو زيد ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،دط، د ب ن، 1981، ص28.

يرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية، فضلا عن العدل. كما أن المحكمين لا يعينون دائما باتفاق الأطواف وإنما يتم أحيانا تعينهم بواسطة المحكمة المختصة أو بواسطة مراكز التحكيم[1].

نقد النظرية:

لقد وجه نقد إلى الاتجاه الذي يرمي بأن الوظيفية الحكم هي وظيفية اقتصادية واجتماعية الهدف منها تحقيق الأمن و السلم بين الأفراد. مع عدم الالتزام المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي فقط. لأنه قد يصدر حكما لا يرضي الأطراف.

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.

أولا: التحكم والصلح.

تتمثل أوجه الشبه بين التحكيم والصلح فيما يلي:

1-التحكيم والصلح هما آليتان تقتصران على حل النزاعات التي لا يكون موضوعها متعلق بالنظام العام أو بحالة الأشخاص وأهليتهم[2].

2- يستندان إلى عقد التحكيم بصورتيه شرطا كان أو اتفاقا. وكذلك الصلح هو عقد بنص القانون[3].

3- يؤديان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين[4].

أوجه الاختلاف:

1-في الصلح يتنازل كل طرف عن جزء من حقه. أما في التحكيم فإن الأطراف المحتكمة لا يقدمون أي تنازل، وإنما يقومون بتكليف هيئة التحكيم بالفصل في النزاع، بإصدار حكم تحكيمي يكون ملزما

[1] وجدي راغب فهمي، مفهوم التحكيم وطبيعته، مقال منشور في الدورة التدريبية للتحكيم، كلية الحقوق ،جامعة الكويت، دع، 1993م، ص10.

[2] المادة، 1006من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 23 أفريل سنة 2008

[3] المادة 459 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13ماي 2007،ج ر،عدد31، تنص على:"عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل طرف منها عل وجه التبادل عن حقه".

[4] المادة 462 من نفس الأمر.

للأطراف، كما أنه في الصلح يعرف كل طرف ما سيتنازل عنه، على عكس التحكيم فالأطراف لا يعرفون ما سيكون عليه حل النزاع[1].

2- محل العقد في التحكيم هو الإلتزام بعدم طرح النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم 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].

ثانيا: التحكيم والوساطة.

إذا كان التحكيم هو وسيلة تقليدية ومعروفة في مختلف التشريعات كحل بديل لتسوية النزاعات فإن الوساطة مفهوم جديد دخل على تشريعنا الوطني وعلى خلاف العديد من التشريعات التي عرفته وأثبتت نجاته كحل بديل للتقاضي[3].

أ-أوجه الاختلاف بين التحكيم والوساطة:

لا يجوز للوسيط اتخاذ قرار في أساس النزاع، بل أن دوره يقتصر في محاولة طرح حلول بديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم، أما المحكم فإنه يملك سلطة البث في النزاع بحكم نهائي[4].

التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له آثار الأحكام القضائية وقابل للتنفيذ الجبري وملزم للخصوم.

أما الوساطة فلا تنتهي بحكم بل اقتراح لتقريب وجهات النظر والمحضر الذي يحرره الوسيط لا تكون له آثار أو حجية الأحكام القضائية[5]

[1] محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتاب العربي الحديث، الاسكندرية، د ط، 2009، ص 237.

[2] صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص25.

[3] عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية، الصلح والوساطة القضائية طبقا للقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، فرع العقود والمسؤولية، قسم الحقوق،كلية الحقوق ،جامعة بن عكنون، 2012، ص80.

[4] صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016-2017، ص39.

[5] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر،دط ، 2012، ص44.

ب– أوجه الشبه:

يشترك كل من التحكيم والوساطة على أنهما وسيلتان بديلتان عن القضاء لفض النزاعات وكلاهما عن طريق تدخل طرف ثالث خارج عن النزاع فمهمة الوسيط هي دفع أطراف النزاع إلى التحاور والتفاوض، وتقريب وجهات النظر بينهم، بينما المحكم يفرض رأيه على الخصوم في إطار القانون الواجب التطبيق[1].

ثالثا: التحكيم والخبرة.

الخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور، والخبير هو العالم في علم أو فن معين كالزراعة أو الصناعة أو الطب أو التجارة أو الضرائب أو القسمة[2].

أ–أوجه الاختلاف:

–يختلف التحكيم عن الخبرة القضائية بحيث أن الخبير يعطي رأيه الاستشاري بصدد مسألة فنية تقتضيها قضية مطروحة ويصعب على الحكمة الإلمام بها فنيا لكن الحاكم فهو يباشر مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة ودون حكم يندبه منها،لأنه مختار من الخصوم في شرط أو مشارطة التحكيم[3].

– مناط التفرقة بين عمل المحكم والخبير هو أن المحكم يفصل في نزاع قانوني ويقرر حقوق طرفي النزاع أما الخبير فهو لا يحدد قيمة شيء أو قدره أو يفحصه، ولكنه لا يفصل في نزاع بين الطرفين ولا يقرر حقوقهما[4].

ب– أوجه التشابه:

تماثلا لمحكم مع الخبير أن كلا منهما ليس عضوا في جهاز القضاء وكل منهما شخص فهو يصدر رأيا فنيا في قضية معينة، ويخضع كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد (خضوعهما لقواعد الرد) والموضوعية[5].

[1] سفيان بكوش، حمو وهيبة، ، مرجع سابق، ص24.

[2] فراح مناني، مرجع سابق، ص67.

[3] فراح مناني، المرجع نفسه،ص373.

[4] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية،ط1، 2007، ص27.

[1] فراح مناني،المرجع السابق، ص67.

الفرع الرابع: أنواع التحكيم.

للتحكيم أنواع متعددة تختلف بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها.

فمن حيث ارتباطه بدولة معينة ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي وتحكيم أجنبي. ومن حيث الجهة التي تتولى تسييره ينقسم إلى تحكيم مؤسسي وتحكيم خاص. ومن حيث مدى الالتزام باللجوء إليه ينقسم الى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري ومن حيث مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون ينقسم التحكيم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم مع التفويض بالصلح[1].

أولا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

أ-التحكيم الداخلي (وطني)

هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم، ويلاحظ قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصا تميز بين نوعين التحكيم الدولي والداخلي[2].

يعرفه الفقه على أنه: "مجموعة الطرق والأساليب المتاحة أمام المتنازعين في ظل العقود التجارية أو المدنية المبرمة فيما بينهم لحل نزاعاتهم القابلة للصلح والناشئة عن تنفيذها أو تفسيرها وفقا لقواعد التحكيم في القانون الداخلي للدولة بواسطة محكمين يتم اختيارهم أو تعيينهم بملء إرادتهم ويشترط في المحكم أن يكون شخصا طبيعيا متمتعا بالأصلية وكافة حقوقه المدنية وأن يقبل المهمة المستندة إليه[3].

ب- التحكيم الدولي:

والمقصود به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف آرائهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها. ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصيب خصوصا مع تنامي العلاقات

[1] فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2015_2016، ص87.

[2] فراح مناني، المرجع نفسه، ص55.

[3] جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص50.

التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار[1].

وفقا للمعيار الاقتصادي بعد التحكيم دوليا إذا كان موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية أو يعقد دولي بصفة أمة، بمعنى عملية انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود[2].

وفقا للمعيار القانوني بعد التحكيم دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، فإذا كانت كل هذه العناصر مكان إجراء التحكيم، جنسية الأطراف، أو جنسية المحكمين، القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان تحكيما وطنيا أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان تحكيما دوليا[3].

ثانيا: التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص.

1-التحكيم المؤسسي:

هو الذي يتولاه هيئات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا وتحددها الاتفاقيات الدولة أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات[4]. يعتبر التحكيم المؤسسي الصورة الحديثة للتحكيم وأصبح واسع الانتشار باعتباره أكثر ملاءمة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى المراكز التحكيمية لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم ولحسن سير الإجراءات حتى صدور حكم التحكيم في النزاع، ومن هنا وجدت المؤسسات التحكيمية المتخصصة في نظام التحكيم، منها ماهو على المستوى الوطني ومنها ما هو على المستوى الدولي[5].

[1] فراح مناني، المرجع السابق،ص53.

[2] علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، مصر 2012، ص184.

[3] حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،دط، دون ذكر تاريخ نشر، ص44.

[4] عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، منشأه المعارف، الاسكندرية،ط2، 2000، ص24.

[5] محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، مرجع سابق،ص148.

2- التحكيم الخاص:

أي تحكيم الحالات الخاصة، وفي هذا النوع من التحكيم تحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم ويعتبر التحكيم خاصا ولم تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطاراتك المنظمة او الهيئة[1].

ثالثا: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

1-التحكيم الاختياري:

يعتبر التحكيم الاختياري هو الغالب في مجال المعاملات التجارية وبالأخص في مجال التجارة الدولية، يستند في المقام الأول إلى إرادة الأطراف في الاتفاق عليه وتنظيم إجراءاته بحيث يكون للأطراف حرية الاختيار بين اللجوء إليه كوسيلة لحل النزاع القائم بينهم، أو اللجوء إلى القضاء، أو أية وسيلة من وسائل فض النزاعات الأخرى[2]. ويعتمد هذا النوع من التحكيم على دعامتين أساسيتين هما الإدارة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم وإقرار المشروع لهذه الإدارة[3].

يعرف التحكيم الاختياري على أنه " التجاء الأطراف المتعاقدين بسلطات إرادتهم الحرة المحتارة بموجب الاتفاق إلى التحكيم حيث يختارون المحكمين وكذلك القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم[4].

2- التحكيم الإجباري:

هذا النوع من التحكيم يمكن أن نجده على نوعين فقد يكتفي الشارع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي الشارع بهذا القدر من التدخل

[1] فراح منابي، مرجع سابق، ص50.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1، 2008، ص28.

[3] أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر،ط5، 2001، ص39.

[4] عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،دط، 2000، ص29.

فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم، فلا يكون لإدارة الخصوم أي دور في التحكيم[1].

ومن الأمثلة الواضحة للتحكيم الإجباري –المشرع المصري– التحكيم في المنازعات التي تثور بين الهيئات العامة وشركات القطاع العام، حيث أن هذه المنازعات خصومات حقيقية تتصارع فيها مصالح الأطراف المتسارعة لأن نتيجة هذه المنازعات تؤول في النهاية إلى ميزانية الدولة[2].

رابعا: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

1–التحكيم بالقانون:

يقصد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذي يتقيد فيه المحكم بأحكام القاون، وهنا يمارس المحكم سلطته مثل القاضي متقيدا في حكمه بقواعد القانون الموضوعي من خلال البحث في إدعاءات الأطراف المتنازعة وتقييمها، لينتهي بإصدار حكمه بناءا على النص القانوني بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها هذا الأخير، يطلق على هذا النوع من التحكيم "التحكيم العادي" أو "الطليق" أو "التحكيم بالقضاء"[3].

2– التحكيم بالصلح: (التحكيم بالتفويض بالصلح)

هناك من يطلق عليه (المطلق أو الطليق) (أو التفويض مع الصلح). فإذا كان التحكيم بالقانون هو الأصل. فإنه استثناء منه يجيء التحكيم مع التفويض بالصلح وبموجبه يخول طرفي المنازعة، هيئة التحكيم سلطة الفصل في الموضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما[4].

[1] عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص30.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص29.

[3] نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولة أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي.مصر،ط2.2002.ص58.

[4] رمزي زيد،مرجع سابق، ص44.

المطلب الثاني: مفهوم اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.

يقتضي التحكيم باعتباره طريق بديل لحل النزاعات تطابق إرادة الأطراف تعبيرا عن رغبتهم باللجوء إليه[1].فاتفاق التحكيم هو لب وجوهر عملية التحكيم فهو الذي ينشؤها ويرسم خطاها ويحدد نهايتها.إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم . وقد يرجع هدا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1958، أين وردت في الفقرة الأولى من المادة السابعة: بأنه اتفاق بين الطرفين على أن لا يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشا بينهما بشان علاقة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[2].

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف اتفاق التحكيم في العقود الإدارية وصوره (الفرع الأول) وشروط صحة اتفاق التحكيم وآثاره (الفرع التاني)

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم في العقود الإدارية وصوره.

أولا: تعريف اتفاق التحكيم.

عرف المشروع المغربي اتفاق التحكيم في قانون المسطرة المدنية في المادة 307 "بأنها التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ على قانونية معينة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"[3].

اتفاق التحكيم هو حجز الزاوية للتحكيم ذاته، لكونه الأساسي الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كما أنه يضفي عليه صفته الخاصة ويحدد مداه، فضلا عن كونه الأساس الأول الذي ترتكز عليه هيئة التحكيم في عملها فهو الذي يضفي عليه الشرعية[4].

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولي، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015، ص109.

[4] لزهر بن سعيد، مرجع سابق،ص49_50.

[3] سفيان بكوش، حمو هيبة، المرجع السابق، ص32.

[4] نارمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،دط، 1996، ص44.

ثانيا: صور اتفاق التحكيم.

1-شرط التحكيم في العقود الإدارية:

يقصد بشرط التحكيم ذاك الشرط الذي يرد ضمن العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها والمتعاقدة معها سواءا كان صفقة عمومية داخلية أو دولية[1]. وهو ذلك الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد الأصلي، ويتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهما على التحكيم حيث يأتي قبل حدوث أي نزاع كأنه شرط احترازي[2].

كما أشارت له المادة 1007 [3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين عرفت شرط التحكيم: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بفهوم المادة 1006[4]، لغرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

لا مانع في أن شرط التحكيم في اتفاق مستقل مع العقد الأصلي أو بعده ومثال ذلك أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرطا لتسوية المنازعات بينهم، ولكن في مرحلة لاحقة يعرض آخرهما على الآخر لتسوية أي منازعة مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى التحكيم، فيوافق الآخر على ذلك، وفي هذه الحالة نكون أمام عقدين: الأصلي من شرط التحكيم، وعقد خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم[5].

شرط التحكيم في التحكيم الداخلي والدولي، ويتطلب فيه تحت طائلة البطلان:

---

[1] الطيب قبايلي .االتحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص122.

[1] قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2006، ص259.

[3] المادة 1007 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 23 أفريل سنة 2008.

[4] المادة 1006: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

[5] سفيان سوالم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه حقوق، تخصص قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،قسم الحقوق، جامعة بسكرة، 2013، 2014، ص 146.145.

أ–الكتابة:

بالرجوع إلى نص المادة 1/1008 "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها. الفقرة الأولى من النص، تفيد بأن شرط التحكيم، يجب أن يرد كتابة في الاتفاقية الأصلية أو في وثيقة ذات صلة بالاتفاقية، والمقصود بذلك، أن يكون أطراف العقد قد سهو عن ذكرها أو لأنهم تجاهلوها، على اعتبار أن ذلك وارد ضمن وثيقة ما سبقت الاتفاق النهائي[1].

ب– تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعينهم:

وهو ما جاء في المادة 2/2008 منه: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم" ففي الفقرة الثانية منه، فأوجبت على أطراف العقد أنه وفضلا عن الاتفاق على التحكيم، يجب أن يتضمن العقد تعيين المحكم أو المحكمين حسب الأحوال، أو على الأقل تحديد كيفيات تعيين هؤلاء، كل ذلك تحت طائلة البطلان[2].

2– مشارطة التحكيم في العقود الادارية:

مشارطة التحكيم هي اتفاق دولتين أو أكثر على تسوية نزاع بينهم قد نشأ بالفعل وذلك عن طريق التحكيم ومشارطة التحكيم تعد معاهدة دولية تخضع في إبرامها للقواعد العلمة في إبرام المعاهدات الدولية وفقا لأحكام ومبادئ القانون الدولي العام والاتفاق الذي تبرمه دولتان أو أكثر بشأن نزاع وقع بينهم هو من قبيل المعاهدة الدولية التي يطلق عليها مشارطة التحكيم[3].

وهذه المعاهدة تحدد الوضع القانوني محل الخلاف وكافة الإجراءات الواجب إتباعها لفض هذا النزاع، فهي معاهدة دولية يلتزم الأطراف بضرورة تطبيقها وتنفيذها لمبدأ أحسن النية كما يلتزم الأطراف بالخضوع لما يصدر من أحكام فيها عملا بالمبدأ القانوني المستقر " العقد شريعة المتعاقدين[4].

[1] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج2، دار الهدى، عين مليلة الجزائر،دط، 2011، ص 1195-1196.
[2] سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص1196.
[3] فراح مناني، مرجع سابق، ص100.
[4] فراح مناني، نفس المرجع، ص101.

كما تناولها المشرع الجزائري في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " يلاحظ أن المشرع استعمل تسمية اتفاق التحكيم بدلا من تسمية (مشارطة التحكيم، أما المشرع المصري فقد نص في المادة 10 من قانون التحكيم: "كما يجوز أن أمام جهة قضائية"[1].

كما أشارت المادة: 1012 في الفقرة الأولى من ق إ م إ، للكتابة " يحصل على اتفاق التحكيم كتابيا "وفي الفقرة الثانية تطرقت إلى تحديد موضوع النزاع أي أن أطراف النزاع ينبغي أن يوضحوا النقاط الخلافية التي ستحال على التحكيم، لطالما أن الأمر واضح ليس كما في شرط التحكيم نزاعات محتملة أي قد تقع وقد لا تقع[2]. بمعنى يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المواد عرضه على التحكيم ويقصد بتحديد موضوع النزاع مجموع الإشكاليات القانونية والإدعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، كما يجب أن تحدد بشكل واضح، إلا أن مثل هذا التجديد يمكن تصوره بالنسبة لمشاركة التحكيم على اعتبار أن النزاع قد ثار بين الأطراف ويمكن تحديده بصفة دقيقة لأن المسائل (محل النزاع معروفة لدى الأطراف)، في حين نكتفي في شرط التحكيم بتحديد المحل الذي يدور حوله النزاع، ويمكن تحديده بصفة إجمالية[3].

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم وآثاره.

أولا :شروط صحة اتفاق التحكيم:

لسلامة وصحة التحكيم سواء كان مشارطة أو شرطا هناك شروط شكلية وأخرى موضوعية الشروط الشكلية تطرقنا لها، نحن بصدد دراسة الشروط الموضوعية وتكون إما شروط موضوعية عامة أو خاصة.

[1] فريدة دحماني ، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون، تخصص قانون العقود، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي و العلوم السياسية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي مُحَّد أو لحاج، البويرة، 2018، ص23.

[2] سفيان بكوش، حمو هيبة، مرجع سابق، ص37.

[3] نور الدين بكلي، فعالية اتفاق التحكيم التجاري في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، بن عكنون، 2007-2008، ص68-69.

1_الشروط الموضوعية العامة لاتفاق التحكيم:

وتتمثل في الرضا والمحل والسبب:

أ–الرضا:

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين، وذلك لكون اتفاق التحكيم عقد رضائي ويستلزم الرضا في اتفاق التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية لكونه استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات وإذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أن الطرفان سينتهيان لوضع اتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا اقتصر اتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة والبرقيات....الخ[1].

ب– المحل:

ومحل اتفاق التحكيم هو موضع النزاع ويشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف النظام العام والآداب العامة وإلا وقع اتفاق التحكيم باطلا، والحكمة من عدم جواز اتفاق التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعينه أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء إلى التحكيم بصدد هذه المسائل[2]، ويشترط في محل العقد ما يشترط في غيره من العقود أن يكون موجودا أو قابل للوجود، أن يكون معينا أو قابل للتعين وأن يكون ممكنا غير مستحيل، كالاتفاق على التحكيم في نزاع حول ملكية عقار سبق وأن تهدم[3].

[1] منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2013-2014، ص55.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،مرجع سابق،ص38.

[3] زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص98.

ج _السبب:

السبب في اتفاق التحكيم يتكون من عنصرين، العنصر الأول هو نية وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين وهذا العنصر مشترك بين الطرفين ويتلائم مع الطبيعة الخاصة للعقد، وهذا العنصر لا يتغير من عقد لآخر بل هو واحد لدى جميع الأطراف في كافة اتفاقيات التحكيم والعنصر الثاني وهو السبب الذي تقول به النظرية الحديثة في السبب وهو الباعث الدافع على التعاقد، وهذا الباعث يختلف في اتفاق التحكيم من شخص إلى آخر، كما يختلف من اتفاق لآخر، فهناك من يتعاقد عليه من أجل الإسراع في فض النزاع، لأن المحكمين متفرغون، للفصل في النزاع وتجنب اللجوء إلى القضاء لما فيه من عناء ومشقة، فذلك لحكم من أجل السرية وآخر يحتكم من أجل الثقة في المحكم وحسن عدالته إلى غير ذلك من الدوافع[1].

2- الشروط الموضوعية الخاصة لاتفاق التحكيم:

الشروط الموضوعية الخاصة لاتفاق لجنة التحكيم تتمثل في الأهلية وقابلية النزاع.

أ-الأهلية:

لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبير عن إرادة حرة لطرفيه، يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم، إكمالا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لم يطلق التصرف فيها، وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا كان قابلا للأبطال[2].

-كما نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية" ومن العودة إلى المادة 800 فإن الأشخاص المذكورة فيها هي: الدولة – الولاية – البلدية، إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيفية

[1] نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية (دراسة مقاربة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ،دط، 2006، ص206.

[2] رمزي زيد، مرجع سابق، ص21.

الإدارية[1] والبلديات، أن تبرم عقود التحكيم إذا كان موضوع العقد يتعلق بالصفقات العمومية في مجال التحكيم الداخلي، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم الأشخاص القانون العام (الدولة – البلدية– الولاية – المؤسسة العامة) هو أن تكون العقود داخلة في اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر[2].

ب– قابلية النزاع التحكيم:

نصت الفترة الثانية من المادة 1006 على ما يلي: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

1–المسائل المتعلقة بالنظام العام:

لا يجوز التحكيم في الدعوى المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، لاتصالها بالنظام العام، كما لا يجوز التحكيم لذات السبب فيما يتعلق بأعمال السيادة أوفي المنازعات المتعلقة بملكية الأموال العامة إذا آلت للدولة بطريق مشروع، ولما كان النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أم أدبية فلا يجوز التحكيم إذن في أية منازعة تتصل بما لا يجوز التعامل فيه. بمقتضى قوانين خاصة لأي سبب من الأسباب كالتعامل في الأسلحة والدخان والدخائر والحشيش[3].

2– المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص:

أي مدى جوازية التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية، هنا الفقه يقسمها إلى نوعين مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة، والتي لا يجوز في هذه المسائل، وعلى ذلك لا يسوغ إجراؤه في خصومة تشمل ينسب إنسان أو بصحة عقد زواج أو بطلانه أو اعتباره شخص ما وارثا أو غير وارث، أو بحضانة صغير أو بطلاق[4].

[1] فراح مناني، مرجع سابق، ص105.
[2] رمزي زيد، المرجع السابق، ص22.
[3] فراح مناني، المرجع السابق، ص110.
[4] زهية زيري، مرجع السابق، ص101.

3- المسائل المتعلقة بأهلية الأشخاص:

لا يجوز التحكيم في خصوصة تتمثل بأهلية شخص لاكتساب حق معين أو ممارسة كحق التملك أو الحق في الانتخاب أو أهليته إجراء تصرف معين[1]. إذا تم الاتفاق على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم نظرا لتعلقها بالنظام العام أو في منازعة لم يحددها الأطراف في اتفاق التحكيم فإن هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلق لنظر افتقاره لركن المحل، والذي يجب أن يكون موجود أو معينا أو مشروعا[2].

ثانيا: آثار اتفاق التحكيم.

1_ الأثر الإيجابي:

أ-نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأطراف:

إن التزام الأطراف بإحالة النزاعات موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكم أو المحكمين ووجوب تنفيذها هذا الالتزام عينا، تعتبر من المسائل التي وجدت لها تطبيقات ومستقرأ في القانون والقضاء مما يؤكد فعالية هذا الاتفاق بمجرد وجوده سواء ضمن بنود العقد أو منفصلا عنه[3].

هناك حالات عملية قد تدق أحيانا فضلا عن أن فكرة "الطرف" لا تعني فقط الشخص الموقع على الاتفاق وغنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص كالوارث الذي أكرم مورثه عقدا تضمن شرط تحكيم، فهل يمتد التحكيم للغير كإدخال الغير في الدعوى؟ لا شك أن الطابع العقدي للتحكيم يحول دون ذلك، ولكن لا يعتبر الغير شريك أو المدين المتضامن، فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون وأبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع إيجابا وسلبا[4].

[1] زهية زيري، المرجع السابق، ص101.

[2] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة مقارنة)، ط2، المكتب الجامعي، صنعاء، ط2، 2008، ص141.

[3] نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص103.

[4] صبرينة جبايلي،إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص47.

ب- ولاية الفصل في النزاع تؤول للمحكمة التحكيمية بدلا من القضاء:

إذا برم اتفاق التحكيم لتسوية نزاع ما فإن المحاكم يمنع عليها التطرف في هذا النزاع أصلا لأنه من اختصاص المحكمة التحكيمية وهذا ما ذهبت إليه المادة 1045 من القانون 08-09 بنصها: يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة. أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف[1].

إذا التجئ أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى القضاء يعني تخلية عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة إلى القضاء المختص أصلا، فإذا حضر الطرف الآخر وساير خصمه وبدأ في تقديم طلباته ومناقشة موضوع النزاع، فإن هذا ذلك تخليه هو أيضا عن اتفاق التحكيم، مما يؤدي وجوبا تصدي القاضي للنزاع[2].

فأول عمل إجرائي يقع على هيئة التحكيم هو التأكد من ثبوت اختصاصها بالفصل في النزاع فتنظر في الدفوع المتعلقة بعقد التحكيم والعقد الأصلي.فإذا قبلت الدفع ببطلان أحدهما أو كلاهما فإن قرارها يتضمن أيضا عدم اختصاصها بالنظر في موضوع النزاع وبالتالي إنهاء مهامها، وهناك يكون للأطراف العودة إلى القضاء صاحب الاختصاص الأصلي في حل النزاع[3].

2_الأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

تدور الآثار السلبية لاتفاقية التحكيم حول نقطة واحدة تتمثل في الحرمان من اللجوء إلى القضاء ومن التمتع بكل ضماناته، وهو ما يسمى بمبدأ عدم الاختصاص القضاء بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وهو مبدأ مكرس في إطار كل من التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي حيث تبنته الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم بكيفية صريحة وجد واضحة خاصة في اتفاقية نيويورك[4].

[1] صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص45.

[2] لزهرين سعيد، مرجع سابق. ص81-82.

[3] زهية زيري، المرجع السابق، ص105.

[4] حسان بقة، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص44.

وإن حدث ورفع أحد أطراف اتفاقية التحكيم النزاع أمام القضاء وجاز للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاقية التحكيم، لأنه هذه الاتفاقية تمتع أطرافها من اللجوء إلى القضاء مرتبة بذلك أثر عدم اختصاصه بالنظر في موضوع النزاع[1].

كما كرس المشرع الجزائر في هذا المبدأ في المادة؟ 104 ق إ م إ، وتنص على أنه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، وإذا تبين له وجود اتفاق تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف "وتقابلها المادة 458 مكرر 8 الفقرة 2 ق إ م القديم " يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة ونجد أن المبدأ مكرس في عديد من الاتفاقيات على غرار اتفاقيات نيويورك لسنة 1958، وجنيف لسنة 1961، وأغلب التشريعات العربية التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم[2].

المبحث الثاني: مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

باعتبار التحكيم حل لمنازعات العقود الإدارية اتجهت مختلف الأنظمة القانونية متل فرنسا ومصر والجزائر إلى تبني فكرة التحكيم في العقود الإدارية بعد أن دام جدل فقهي وقضائي لفترة طويلة ما بين معارض ومؤيد لفكرة التحكيم . ومنه سنتطرق في هدا المبحث إلى موقف الفقه من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية (مطلب أول).وموقف الأنظمة القانونية منه (مطلب تاني).

المطلب الأول: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية:

لقد تباينت اتجاهات الفقه ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقد كان مستندا لجملة من الأسانيد كما أن موقفه كان محل أخذ لدى بعض التشريعات وهناك من رفض هذا النظام وأخرجه من نطاق المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية مبررا موقفه كذلك بجملة من الحجج والأسانيد، كما أن عددا من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء

[1] زهية زيري، المرجع السابق، ص106.

[2] نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص344.

إلى التحكيم في مثل هذا النوع من العقود[1].وعلى ضوء ما تقدم سنتطرق إلى الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية (فرع أول). و الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية (فرع ثاني)

الفرع الأول: الإتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية.

اعتمد الفقه المعارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية على مجموعة من الحجج والأسانيد سنتطرق إلى أهمها:

أولا: مساس التحكيم بسيادة الدولة:

تمثل السيادة سلطة عليا مطلقة في الدولة، لا يمكن خضوعها لأحد أو أن تعلوها سلطة ما اللجوء إلى التحكيم في إطار العقود الإدارية اعتبره هذا الاتجاه مساس بسيادة الدولة لكونه ينطوي على سلب الاختصاص الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر تلك السيادة، وسماحة للمحكم باستبعاد القانون الوطني من التطبيق على النزاع محل التحكيم[2].

تفسير ذلك أن المحكمين الذين تختارهم الأطراف المعنية بحل نزاعاتهم من الأشخاص العاديين أو من الهيئات الخاصة، وتأتي سيادة الدولة و أجهزتها الإدارية الرسمية العامة أن تتلقى حلولا أو تفرض عليها قوانين من هؤلاء الأفراد أو هذه الهيئات[3].

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم يمس الدولة، وذلك أن الدولة لاتخضع الا لحكم القضاء الرسمي الذي يحكم بدوره من الدستور والقانون، ويتعارض التحكيم مع سيادة الدولة بسبب قيام التحكيم بسلب اختصاص القضاء العادي، ويظهر ذلك على نحو واضح في العقود الإدارية الدولية عندما تتعاقد الإدارة مع شخص أجنبي فإنه يتم اللجوء للتحكيم لحل النزاع في حال نشوبه. وهنا يتم استبعاد تظبيق القانون الوطني ويتم السماح للتحكيم بسلب القضاء الوطني اختصاصه في نظر النزاع

[1] صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري ،مرجع سابق، ص30.

[2] عبد العزيز عن المنعم خليفة، ،مرجع سابق ،ص71.

[3] عبد الهادي بشار جميل ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، ج2، دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2005، ص53.

وحله عن طريق تطبيق القانون، وخاصة اذا تم استعمال التحكيم بالصلح الدي يسمح للمحكم بحل النزاع وفقا لمبادئ العدالة والانصاف دون الرجوع لقواعد القانون [1].

ثانيا : اللجوء إلى التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء:

يرى أنصار هذا الاتجاه التحكيم يعد اعتداء على اختصاص القضاء الوطني حيث أن القضاء يعد أحد مظاهر السيادة في الدولة وان اللجوء الى التحكيم في النزاعات الإدارية فإنه تم خرق مبدأ الفصل بين السلطات .حيث يجب عل كل سلطة أن تقوم بالمهمة الموكلة اليها وأن السلطة القضائية المهمة الموكلة إليها هي النظر بالمنازعات .ولايجوز أن تكون الدولة طرفا في النزاع و لا تقوم باللجوء إلى قضائها[2].

إذا ما تم السماح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فإن هذا الاتفاق يكون له أثر سلبي بمعنى عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات وهذا يعد مخالفة صريحة بمبدأ توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية والذي يهدف لمنع القضاء العادي من النظر في المنازعات الإدارية أو التدخل فيها[3].

ثالثا: تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام:

يرى أنصار الفقه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ان العقود الإدارية تقوم على أساس النظام العام، حيث يهتم بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذا الشيء غير متوفر في العقود الخاصة لأنها قائمة على المساواة بين طرفي العقد، وكل طرف يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة دون الالتفات للمصلحة العامة، وعند عرض النزاعات الإدارية على محكم فإن هذا المحكم سيتبع القواعد القانونية دون أن يراعي وجوب تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذا الشيء يتعارض

[1] خالد عبد الكريم الميعان،التحكيم في منازعات العقود الإدارية ،رسالة ماجستير في القانون ،جامعة عمان العربية للدراسات العليا،عمان،الاردن 2008 ص143

[2] مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ،دار الثقافة ،عمان،ط2 ،2015،ص 69.

[3] علاء محي الدين أبو مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر،دط، 2012، ص280.

مع أساس العقود الإدارية، وعلى أساس دلك فانه يجب رفض التحكيم على منازعات العقود الإدارية لأنه عند عرض متل هذا النزاع على القضاء، فإنه يتم توزيعه وفقا لقواعد النظام العام[1].

رابعا: التحكيم في عقود الدولة يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري.

إن التحكيم نظام استثنائي يتم بناءا على إرادة طرفي العقد ، ويتم فيه تعيين المحكم ومكان إجراء التحكيم واجراءاته وعدد المحكمين، ويسهل تطبيق التحكيم على عقد تجاري أو مدني. أو على عقد إداري فإنه يصعب ذلك لأن الدولة تكون ظرفا فيه بوصفها صاحبة سيادة وسلطان، وتقوم بوضع شروط استثنائية من أجل المصلحة العامة [2].

كما أن المحكم عند قيامه بالنظر في النزاع فإنه لا يقوم في الأغلب بتطبيق القانون الوطني ولا يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، حيث أنه لا يعلم خصوصية العقد الإداري واختلافه عن العقد التجاري والعقد المدني، فنظام العقد الإداري من صنع القضاء، ونظام التحكيم لا يعرف طبيعة هذا العقد ومراكز الدولة فيه إلا اذا اشترطت الدولة أو الشخص المعنوي العام أنها ستلجا لشروطها الاستثنائية على الرغم من الموافقة على اللجوء إلى التحكيم .وهذا الأمر ينجح غالبا عندما يكون العقد داخليا أي داخل الدولة الواحدة.حيث أنه لا يكون هناك ما يمنع من تغليب المصلحة العامة، ويكون اللجوء من أجل السرعة.[3]

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية.

على عكس الاتجاه السابق ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى إمكانية لجوء الأشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها .كما ضم هذا الاتجاه عدة حجج وبراهين، أهمها :

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص75 ص76.

[1] مراد محمود المواجدة ،المرجع السابق،ص74.

[1] مراد محمود المواجدة ،المرجع انفسه، ص 76.

أولا : عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة وسيادتها.

يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي أن قضاة الدولة في بعض المسائل يستعينون بالخبراء وذلك لأن القاضي لن يكون متخصصا بجميع المسائل الفنية التي تتعلق بالنزاع، وعند لجوء القاضي للخبراء فإنه يوقف النظر بالدعوى إلى حين صدور تقرير الخبير، وبذلك سيكون من الأفضل اللجوء من الأصل على شخص أو اشخاص لديهم خبرة، وذلك لتوفير الوقت والجهد وتوفير نفقات اللجوء إلى الخبير[1].

على الرغم ضمن أن التحكيم يسلب اختصاص قضاء الدولة فإنه لا يمكن اللجوء إليه دون سماح القانون بذلك إذ يجب أن يتم بموافقة القانون على ذلك. حيث أن هناك بعض المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها مثل الطلاق والميراث والزواج حتى لو اتجهت إرادة طرفي النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم فإنه لا يجوز ذلك، لأن القانون يمنعه، كما أن القضاء يتدخل بالرقابة أو الإشراف على عملية التحكيم، ويحق أن تحتفظ الدولة أو الشخص المعنوي العام بشروط استثنائية حتى عند اللجوء إلى التحكيم بالاتفاق مع الطرف الآخر[2].

ثانيا: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة واختصاص القضاء الوطني.

لقد زاد في السنوات الأخيرة تدخل الدولة في الأنشطة التجارية ويعد التحكيم بواسطة الوسيلة المثلى لحل النزاعات في حال نشوبها,وذلك لأن التحكيم موجود قبل نشوء قضاء الدولة، وخاصة في التجارة الداخلية، ويكاد التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي أن يصبح نظاما قضائيا عالميا متكاملا يكمل قضاء الدول[3].

اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يمنع الأطراف المعنية من اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة، اذا لم يستطيع هذا التصرف القانوني أن يحل مشكلاتها حلا متوازنا وعادلا، واللجوء إلى التحكيم بدلاعن القضاء يدعم نظرية العقد في أمرين : أولهما حل مشكلات الجهة الإدارية

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق،ص72.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع ، ص72-73.

[3] مراد محمود المواجدة،المرجع السابق،ص85.

بسهولة وثانيا إزالة الحواجز النفسية والمادية التي تجعل كثيرا من الافراد والجهات تتردد في التعاقد مع الإدارة العامة[1]

ثالثا: عدم وجود نص قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم.

ذهب أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية إلى أن ليس هناك ثمة نص تشريعي يمنع هذا التحكيم إذ أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص يعمل على تقييدها ودام أن لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها الى التحكيم لا ينطوي على مخالفة دستورية فإنه يكون قد دخل في دائرة المشروعية وفقا للمبادئ الدستورية العامة، في حال وجود نص التشريع الوطني يحظر اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة وقامت هذه الدولة باللجوء اليه فان قيامه بذلك يعد صحيحا، وذلك لأنها هي من قامت بوضع هذا الحظر ولها الحق بالتخلي عنه في أي وقت تشاء[2].

المطلب الثاني: موقف الأنظمة المقارنة من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

حتى نتمكن من تحديد موقف الأنظمة القانونية المقارنة من التحكيم في العقود الإدارية، سوف تتعرض إلى موقف النظام القانوني الفرنسي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتعرض للنظام القانوني المصري أما الفرع الثالث سنتطرق إلى موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: موقف النظام الفرنسي.

أولا: موقف المشرع الفرنسي عن التحكيم في العقود الإدارية.

سنقوم بدراسة موقف المشرع الفرنسي بدراسة المبدأ العام الأساسي التشريعي لحظر التحكيم في العقود الإدارية وتبيان الاستثناءات الواردة عليه.

1-الأساس التشريعي لحظر التحكيم في العقود الإدارية:

يمكن القول مبدئيا أن هذا الحظر أساسه أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفا فيها المناسبة عقد إداري أبرمته هذه الأخيرة من شأنه أن

[1] بشار جميل عبد الهادي،مرجع سابق، ص54-55.

[2] مراد محمود المواجدة،المرجع نفسه،ص88-89.

يستعبد حضور النيابة العامة مما يؤدي إلى عدم استفادة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى من هذا الإجراء هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن النيابة العامة أدرى بحماية المال العام[1].

كما أقام المشرع الفرنسي قاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية بواسطة المادتين 83 و 1004 من القانون المدني الفرنسي القديم، حيث نصت المادة 1004 على عدم جواز إبرام اتفاقيات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة، أما المادة 83 من نفس القانون قد حددت المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها وهي التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدولتين أو البلديات أو المؤسسة العامة[2].

2-الاستثناءات الواردة عليه:

1-إجازة التحكيم في بعض العقود الإدارية بموجب قانون 17 أفريل 1906 حدد المشرع في هذا القانون وقت صدور صفة الشخص المعنوي الذي أجاز له اللجوء للتحكيم، حيث أجاز لكل من الدولة والمديريات والوحدات المحلية لهذا النظام، وبذلك يستعبد نطاق تطبيقه على عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها المرافق العامة، إلا أنه سرعان ما وسع نطاق تطبيقية بموجب المرسوم رقم 25 الصادر سنة 1960 ليشمل النقابات المختلطة والمناطق الحرة والمؤسسات العامة التابعة للمحافظات أو المقاطعات[3].

كما وضع مجموعة من القيود منه ما يتعلق بموافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وفيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريد الخاصة بالدولة، أما إذا تعلق الأمر بالمدريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص، وأن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة التحكيم أي بعد نشأة النزاع[4].

---

[1] محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،دط، 2003، ص375.

[2] نيسات حمادي، فطيمة حرفوش، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2014_2015، ص35.

[3] محمود عبد الله المؤيد، جواز التحكيم في العقود الإدارية عبر الحدود بين مفهوم العالمية والعولمة، مجلة حقوق حلوان الدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، عدد10، 2004، ص286.

[4] نيسات حمادي، فطيمة حرفوش، المرجع نفسه. ص36.

2- لجوء المؤسسات الصناعية والتجارية إلى التحكيم نصت عليه المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية على إثر التعديل الذي طرأ عليها بموجب القانون (1975- 596) " ومع ذلك يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب مرسوم باللجوء للتحكيم غير أن نطاق هذا النص لم يشمل جميع المؤسسات الصناعية والتجارية نتيجة لعدم صدور أي رخصة تجيز التحكيم لهذه المؤسسة باستثناء البعض منها[1]. حيث رخص لكل من الشركة الوطنية للسكك الحديدية لموجب المادة 28 من القانون الصادر في 20 ديسمبر 1982وهيئة التبريد والإتصالات بموجب القانو الصادر في 02 يوليو 1990[2].

3- إجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية بموجب قانون 19 أوت 1986 الأصل أن التحكيم محظور في مجال القانون العام الفرنسي مع بعض الاستثناءات اليسيرة التي تدخل على هذا الحظر وأجاز في المادة 9 من القانون 19 أوت عام 1986 تضمين شروط تحكيم، فنصت أنه يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود، ولم يجعل القانون الوضعي الفرنسي التجاء الأشخاص والجماعات إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم جائزا بصورة مطلقة بل قيد ذلك بضرورة وجود نص قانون يسمح بذلك[3].

ثانيا: موقف القضاء من جواز التحكيم في العقود الإدارية.

اختلفت التطبيقات القضائية في النظام القضائي الفرنسي حول جوازية لجوء الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى للتحكيم في العقود الإدارية ما بين مجيز لهذا الاختيار وما بين معارض له[4].

[1] ماجد راغب الحلو، العقد الإداري والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،دط، 2004، ص178،179.

[2] أحمد رشيد حميدي، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة الدراسات الإنسانية، جامعة كركوك للدراسات الإنسانية ،العراق، مجلة 4، عدد1، السنة الرابعة، 2009، ص101.

[3] نيسات حمادي ، فطيمة حرفوش، المرجع السابق، ص37.

[4] مُحَّد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مُحَّد بوضياف، المسيلة، 2015/2014، ص09.

1-القضاء العادي: لقد أقرت جهات القضاء الفرنسي العادي على مختلف درجاته هذا الموقف ومن الأمثلة على ذلك:

-ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 57/04/10 في قضية (Myrtoon Steamship) إلى القول بأن الحظر الوارد على التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية ينصرف مجال إعماله في العقود الداخلية دون العقود الدولية[1].

- كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ في قرارها الصادر في 1964/04/14 في قضية (SonaClo)، حيث أكدت على أن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة[2].

2- موقف القضاء الإداري:

تخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفا متشددا من التحكيم في العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية فالقاعدة العامة عنده هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة حيث اتقر قضاؤه منذ القرن التاسع عشر على بطلان لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في علاقاتهم التعاقدية ومن بين هذه الأحكام[3].

حكمه الصادر في 1881/12/23 والذي قرر فيه بطلات اتفاق التحكيم لكونه صدر عن شخص غير مؤهل لا يرام هذا الاتفاق، وحكم آخر لسنة 1883 قض بأن التحكيم يتعارض مع النظام العام الفرنسي وفي حكم حديث نسبيا 1989 قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء حكم هيئة التحكيم التي استخدمت في اختصاصها على شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة[4].

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر،دط، 2001، ص270.

[2] حسن محمد هند، مرجع سابق، ص97-98.

[3] محمد بن عمر، المرجع السابق، ص11.

[4] مازن فايز محمد مقابلة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة ماجيستر في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2005، ص40.

3_موقف مجلس الدولة:

استقر مجلس الدولة الفرنسي على فكرة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية[1]. حيث لا يجوز سلب اختصاص القضاء الإداري شأن تلك المنازعات استنادا إلى مبررات النظام العام من ناحية ومن ناحية أخرى طبقا للمواد 1004 و 83 من القانون المدني استثناء في حالة وجود نص صريح بحيز ذلك وأن يكون ذلك في حدود النص دون التوسع في تطبيقه أو تفسيره، وذلك لكون أن إدراج شرط التحكيم في مثل هذا العقود يعتبر من الأمور البالغة التعقيد[2].

الفرع الثاني: موقف النظام المصري.

سنتطرق في هذا الفرع إلى موقف كل من التشريع (أولا) والقضاء (ثانيا) في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

أولا: موقف التشريع المصري من التحكيم في العقود الإدارية.

نصت المادة 172 من الدستور المصري على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصه الأخرى)، كما نصت المادة 10 في فقرتها الحادي عشر من قانون مجلس الدولة رقم 47 سنة 1972 " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية " المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر،هذان المادتان اللتان منحتا الاختصاص لمجلس الدولة للنظر في منازعات العقود الإدارية، على خلاف ذلك يرى اتجاه آخر بامتداد تطبيق نفي هذه المادة على العقود الإدارية باعتبارها صور من العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والخاص[3].

[1] أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون ،السنةالسادسة، العدد الأول ، 1998، ص225.

[2] محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مقال مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد2، 2007، ص36.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص93.

ثانيا: موقف القضاء.

-مجلس الدولة: تضاربت أحكام القضاء الإداري (القسم الإفتائي والقسم القضائي) بشأن التحكيم في العقود الإدارية ما بين أجازت شرط التحكيم وبطلانه، حيث صدر القسم الإفتائي ممثلا بالجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة عدة فتاوى اختلفت باختلاف مدى إجازة هذا الخيار في نطاق العقود الإدارية[1].

-في الفتوى رقم 611 الصادر بجلسة 1989/05/17 بمناسبة عرض عقد مبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية وبين مجموعة العمارة والتخطيط، به نص يجيز التحكيم، حيث اقتنت الجمعية جواز التحكيم في العقود الإدارية واستعرضت في ذلك نص المادتين 167 و172 من الدستور المصري والمواد من 501 و509 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تتعلق بالتحكيم الاختياري وغيرها من النصوص القانونية[2].

وهذا بمناسبة إبداء رأيها في عقد مبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط الذي تضمن بندا يقضي باللجوء للتحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ بنوده أو تفسيره حيث قررت بتاريخ 1989/5/15 بجوازية البند الذي يقضي باللجوء للتحكيم معللة رأيها على النحو التالي[3]:

1_إن نص المادة 10 في فقرتها الحادي عشر من قانون مجلس الدولة لا يمكن قراءتها على أنه تمتنع لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، حيث أن نية المشرع من خلال هذا النص اتجهت إلى توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي[4].

2_انتهت في فتواها في 22 فبراير 1997 بشأن العقد المبرم بين الشركة الإنجليزية والمجلس الأعلى للآثار للقيام بأعمال تكميلية خاصة بإعداد الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة مع تضمين هذا العقد

[1] محمد بن عمر، مرجع سابق، ص32.

[2] نيسات حمادي، قطمية حرفوش، مرجع سابق، ص33.

[3] محمد بن عمر، المرجع نفسه، ص33.

[4] نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 2007 ص228.

شرط التحكيم إلى عدم جواز التحكيم استنادا على أن طبيعة هذه الطائفة من العقود تتنافى مع هذا الاتفاق[1].

الفرع الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية.

-سمحت النصوص التشريعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلا أن هناك اختلافات في طريقة معالجة المشرع الجزائري لهذا الموضوع على اختلاف التشريعات التي أصدرها.

أولا: مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

عرفت الجزائر غداة الإستقلال فراغا تشريعيا كبيرا لذلك استمرت على العمل بالتشريع الاستعماري لسد ضد الفراغ ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية1 بعد خروج المستعمر الفرنسي بقي العمل بقانون الإجراءات المدنية ساري المفعول إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 وفق الأمر (66-156) والذي تضمن 478 مادة بالرغم من كونه مستمد أمن القانون المتضمن. 1048 مادة والذي كان من بين اهتماماته تقليص المصاريف القضائية وتكاليف التقاضي وضمان توحيد وترشيد المنظومة القضائية وضبط قواعد الاختصاص والقواعد الإجرائية[2].

كما خصص قانون (08-09) للمنازعات الإدارية 188 مادة تضمنت أحكام إجرائية تكريما منه لمبدأ الازدواجية القضائية واستغلال القضاء الإداري عن القضاء العادي[3].

وإذا كان القانون الفرنسي يعترف أنذاك بالتحكيم التجاري الدولي فإن الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة وامتدت مرحلة إنكار نظام التحكيم بصفة عامة من الاستغلال إلى غاية مرحلة التأميمات وهي مرحلة مؤقتة بالنسبة إلى موقف الجزائر من التحكيم إذ يظهر في المجال الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناجمة عن العلاقات الاقتصادية بين فرنسا والجزائر كاتفاقية ايفيان والاتفاقيات التي تليها في إطار التعاون الجزائري الفرنسي خاصة اتفاق 1963 و 1965 الذين كان لهما تأثير سلبي في السيادة الوطنية حتى جاء اتفاق الجزائر جيشي لسنة 1968 الذي خفف قليلا من التأثير

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص112.

[2] القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية ج ر عدد20 المؤرخة في 11-01-1963، ص18.

[3] محمد بن عمر، المرجع السابق، ص68-69.

السلبي الذي مارسته فرنسا على السيادة الوطنية فكان على الجزائر استدراك ذلك بتقليص دور التحكيم عن طريق اللجوء إل عملية التأميم[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الأمر رقم 66-154[2]:

صدر قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر (66-154) كتكملة للإصلاحات التي انتهجها المشرع الجزائري بموجب الأمر (65-278)[3] ، وبهذا يكون النظام الجزائري فنخرج من نطاق التبعية للنظام القانوني والقضائي الفرنسي[4]، وبالرجوع لما تضمنه هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري فنخصص لنظام التحكيم الباب الخامس تحت عنوان "التحكيم"، إلا أن الملفت للنظر أن نظام التحكيم هذا اقتصر على التحكيم الداخلي هذا من جهة، ومن جهة أخرى منع المشرع الجزائري أشخاص القانون العام طلب التحكيم في علاقاتهم التعاقدية مع أطراف أجنبية، وبالتالي تعرض نزاعاتهم على القضاء الوطني[5].

كان قانون الإجراءات المدنية برفض نظام التحكيم، يمكن ملاحظة هذا من خلال المادة 442 منه التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتبار بين العموميين أن يطلبوا للتحكيم ، غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-09 المصدر والمتمم للأمر رقم 66-

[1] صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص53.

[2] الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1996 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 09-06-1966.

[3] الأمر 65-278 المؤرخ في 16-11-1965 المتضمن التنظيم القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 96 الصادرة بتاريخ 23-11-1965.

[4] مُحَمَّد بن عمر، مرجع سابق، ص52.

[5] عبيوط مُحَمَّد وعلي، التحكيم الدولي في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق (الكويت)، مج 37، ع3، 2013، ص226.

154 حيث أصبحت صياغتها أنه "لا يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها"[1].

يتبين من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري عدل وبشكل جدري عن الموقف المانع للتحكيم على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما نص صراحة على إمكانية لجوئهم إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقتها التجارية الدولية، وهو ما يفيد أن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في منازعات العقود التجارية، وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية وكذا وجوب أن يكون أحد الأطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا[2]**ثالثا: موقف قانون الصفقات العمومية لسنة 1982.**

بالرجوع لقانون الصفقات العمومية وخاصة المرسوم (145/82) المتعلق بصفقات المتعامل العمومي[3]. والذي أثار الجدل نجد أن هذا المرسوم نص في المادة الخامسة منه على: "يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا

المرسوم ما يأتي: جميع الإدارات العمومية- جميع المؤسسات والهيئات العمومية – جميع المؤسسات الاشتراكية – أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.." كما نص في المادة 55 منه على: (يجب أي ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم)[4].

في هذا الصدد تنص المادة 01/104 من مفس المرسوم بشأن تسوية النزاعات على أنه: تسوى النزاعات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها[5].

[1] سفيان بكوش، حمو هيبة،مرجع سابق، ص61.

[2] صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص56.

[3] مرسوم رقم (145/82) مؤرخ في 10-04-1982 يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 13-04-1991.

[4] محمد بن عمر، مرجع سابق، ص54.

[5] سفيان بكوش، حمو هيبة، المرجع السابق، ص61.

ومنه يتبين لنا أن المشرع الجزائري أجاز ضمنيا للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم وذلك من خلال عدة مؤشرات كعبارة "البحث عن حل وهي القانون الواجب التطبيق" ولكن وبالربط بين مقتضيات هذه المواد مع المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا العكس حيث أن المشرع أقرب بالنسبة لجهة المخولة بالفصل في المنازعات التي تثور بصدد الروابط التعاقدية التي تبرمها الأشخاص المنصوص عنهم في المادة 05 من المرسوم (145/82) وهي القضاء الوطني[1].

ومبرر ذلك يكمن في نص المادة 1/104 والتي أقرت بأن الخلافات تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها ومن بين هذه الأحكام نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية هذا من جهة ومن جهة أرى فإن حظر التحكيم في العقود الإدارية مقرر بموجب قانون بينما تنظم صفقات المتعامل العمومي ما هو إلا مرسوم[2].

رابعا: بعد صدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد صدور المستعمر الفرنسي بقي العمل بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي ساري المفعول إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 وفق الأمر (66-156) والذي تضمن 478 مادة بالرغم من كونه مستمدا من القانون الفرنسي المتضمن 1048 مادة والذي كان من بين اهتمامات واضعيه: تقريب العدالة من المتقاضي بإعادة توزيع الاختصاص ومراجعة التنظيم القضائي وتقليص المصاريف القضائية وتكاليف التقاضي[3].

كما أجازت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، وكذا عندما نصت الفقرة الثالثة من المادة 1006 " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات

[1] محمد بن عمر، المرجع السابق، ص54.

[2] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص123.

[3] محمد بن عمر، المرجع نفسه، ص 68.

العمومية[1]. وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد واكب الحياة الاقتصادية الحديثة ذلك أن مطالب الاستثمارات والتنمية تقتضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما لا يوجد ما يمس بهذه السيادة، كما أنه قد استفاد من بين مزايا التحكيم وأهمها السرعة في حل المنازعات العقود الإدارية بشكل لا يؤثر على انتظام سير المرفق العام[2].

[1] نيسات حمادي، فطيمة حرفوش، مرجع سابق، ص31.

[2] سفيان بكوش، حمو هيبة، المرجع السابق، ص69.

ملخص الفصل :

أصبح اللجوء الى التحكيم في الآونة الأخيرة وسيلة مهمة لحل النزاعات ،غير أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا واضحا للتحكيم ،بل ترك الأمر للفقه والقضاء،فعرف التحكيم على أنه نظام قانوني يفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو عدة أطراف بموجب اتفاق الأطراف المعنية عن طريق قضاة متخصصين هم الدين يختاروهم.

كما أثار جدال كبير حول تحديد طبيعة التحكيم حول ما إذا كان ذو طبيعة تعاقدية تلبية لرغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية وأساسه إرادة الأطراف في التصالح، وفريق آخر يرى أنه ذو طبيعة قضائية أي طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم وتحدد طبيعة العمل الذي يقوم به، أما النظرية المختلطة فهي مزيج بين النظريتين، بينما جاء فريق آخر يبين أن النظرية المستقلة التحكيم فيها يختلف اختلافا تاما عن القضاء.

كما وضحنا في ثنايا دراستنا أن للتحكيم أنواع كثيرة منها الإجباري والاختياري، الداخلي والدولي الحر والخاص،كما له أنظمة مشابهة وهي الصلح والوساطة والخبرة .

غير أن اللجوء لنظام التحكيم لا يتوقف على وجود نزاع فقط بل لابد من وجود اتفاق الذي يرد في صورة شرط في العقد أو مشارطة، صحة اتفاق التحكيم يتوقف على توفر مجموعة من الشروط منها ما هو شكلي مثل الكتابة وما هو موضوعي متل الرضى والمحل والسبب.

أما بخصوص فكرة مشروعية اللجوء للتحكيم انقسم الفقه إلى اتجاهين (مؤيد ومعارض) لفكرة جواز اللجوء للتحكيم، يرى الاتجاه الأول أن التحكيم لا يمس بسيادة الدولة وأنه لا وجود للتعارض بين التحكيم في عقود الدولة واختصاص القضاء، أما الاتجاه الثاني يرى بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بحجة المساس بسيادة الدولة وتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء، ولكن الاتجاهين لم يعطيا حلا وسطا في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لذلك جاءت التشريعات المقارنة لتحسم المسالة من بينها فرنسا ومصر على غرار المشرع الجزائري الذي حصر هذه الإمكانية في مجال الصفقات العمومية وذلك في المادتين 975و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني:

النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية

يتبين من دراسة القوانين العربية المنظمة للتحكيم أن إجراءات التحكيم تتم أمام هيئة التحكيم التي يتفق الأطراف على تشكيلها ضمن إجراءات معينة والتي تبدأ من لحظة تقديم طلب التحكيم إلى مركز التحكيم كما يتم تحديد مكان ولغة التحكيم,كما أن المشرع الجزائري ترك الحرية الكاملة لأطراف في وضع القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة وعلى مضمونها كما أن هناك إجراءات لإصدار حكم التحكيم، وعليه سنتطرق في الشق الثاني من الدراسة إلى النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية أين سنتعرض إلى تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية (مبحث أول) وأصول المحاكمة التحكيمية (مبحث ثاني).

المبحث الأول: تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية.

تنطلق الخصومة التحكيمية بتشكيل هيئة تحكيم تتولى تسيير الإجراءات وفق جملة من المبادئ الأساسية (مطلب أول) ثم معرفة القانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بموضوع النزاع (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم.

يقصد بتشكيل هيئة التحكيم هو اختيار الأطراف التي توكل لهم مهمة التحكيم، سنتطرق إلى شروط تشكيل هذه الهيئة (فرع أول) ,وطرق التحكيم (فرع ثاني).

الفرع الأول: شروط تشكيل هيئة التحكيم.

تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي طبقا لنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1].

أولا: الشروط القانونية.

لا تشترط القوانين العربية في المحكم أي شروط خاصة من حيث جنسه أو جنسيته أو كفاءته أو خبرته أو دينه وما إلى ذلك من شروط قد يتطلبها القانون في منصب القاضي وإنما اكتفت بوضع شروط عامة في المحكم غالبيتها مطلوبة في كل شخص ليكون أهلا لإجراء تصرف أو بعض التصرفات

[1] فراح مناني، مرجع سابق، ص373.

القانونية وهذه الشروط هي أن لا يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بكسب عقوبة جنائية أو مفلسا ما لم يرد إليه اعتباره[1].

ثانيا: الشروط الاتفاقية.

1_ تعيين المحكم مباشرة من قبل الأطراف:

يتم ذلك إما بطريق مباشر أو غير مباشر فبموجب الاختيار المباشر يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وذلك بتحديدهم شخصيا، صفة وعنوانا إذ غالبا ما يتم تضمين اتفاقية التحكيم عدد وأسماء محكمة التحكيم[2].وهذا طبقا لنص المادة 1/1014من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم.تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزاهم أو استبدالهم".

2_تعيين المحكم أو المحكمين من طرف القاضي:

طبقا للمادة 2/1014"في غياب التعيين.وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2_رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

كما نجد أن المشرع الجزائري تطرق في هذه النقطة بالقول بان في حالة وجود صعوبة في تشكيل المحكمة بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكمين، فيقع تعيينهم من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو تنفيذه، وإما تعيين المحكم أو المحكمين في اطار التحكيم الدولي ترك الأمر لإرادة أطراف النزاع إن ترك لهم مطلق الحرية في ذلك وفي حالة وجود صعوبة في تشكيل المحكمة تسند المهمة للقضاء عملا بنص المدة 1/1014 المذكورة سابقا أين

[1] حمزة احمد، الحداد.التحكيم في القوانين العربية،دار الثقافة للنشرو التوزيع، عمان،ط3، 2014،ص211.

[2] زهية زيري . مرجع سابق .ص 108

الطرف الذي يهمه التعجيل يرفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم و اذا كان التحكيم يجري في الجزائر او يرفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر. اذا كان يجري في الخارج و اختير العمل بالقانون الاجرائي[1]

الفرع الثاني :طرق التشكيل

أولا :قبول المحكم لمهمته

طبقا لنص المادة 1015 من ق إم "إلا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا اذا قبل المحكم او المحكمون بالمهمة المسندة إليهم، إذا علم المحكم انه قابل للرد.يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهم إلا بعد موافقتهم".

هنا الأطراف يتوجهون لرئيس المحكمة بأمر استبداله، وفيما يخص عزم المحكم(اقالته) لأسباب موضوعية كالتقاعد مثلا لأن بهذا العمل يفرغ التحكيم من محتواه، وأما فيما يخص رد المحكم لاعتبارات قد تمس استقلالية المحكم وحياده، أو أن المؤهلات التي طلبها الأطراف غير متوفرة فيه،كما ان المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ،ومسؤوليته كذلك، أما فيما يخص اتعابه فهو يتفق عليه مع الخصوم أما في حالة التحكيم المؤسسي فهو وارد في لوائحها،أما في فرنسا فإنه يجري تقاضي أتعابه من خلال ما تقضي به المحكمة.[2]

وبعد تعيين المحكم نهائيا يجب ان يصرح كتابة بقبول المهمة الموكلة إليه ، وهو ما تقضي به مختلف القوانين العربية وتؤخذ الكتابة هنا بالمعنى الواسع بحيث تشمل على سبيل المثال أي وسيلة اتصالات خطية حديثة، ويعتبر بمثابة القبول كتابة عقد جلسة محاكمة من قبل المحكم بحضور اطراف النزاع وتدوين ذلك في المحضر،أو تدوين المحكم لبعض المعلومات الخاصة بالقضية في سجل خاص مثل تعداد المستندات المحفوظة في ملف القضية ابلاغ ذلك للأطراف أو إرساله كتابا لهم يحدد لهم فيها موعد جلسة المحاكمة ،ومثل هذه الأمور تدل دلالة واحدة على قبول المحكم لمهمته كتبة.[3]

[1] زهية زيري .المرجع السابق.ص109.

[2] سفيان بكوش، حمو هيبة، مرجع سابق، ص64.

[3] حمزة احمد الحداد، المرجع السابق ، ص240.

ثانيا:انتهاء مهمة المحكم

تنتهي مهمة المحكم نهاية طبيعية بوجه عام بوفاته وبفقدانه احد الشروط اللازم توفرها.

1_**رد المحكم**:وهذا طبقا للمادة 1016 من ق إ م إ:"يجوز رد المحكم في الحالات التالية:

1_عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2_عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3_عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته،لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

_لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه او شارك في تعيينه،إلا لسبب علم به بعد التعيين.

-تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الاخر دون تأخير بسبب الرد.

2_**عزل المحكم**:

تنص القوانين على عدم جواز عزم المحكم بعد قبوله لمهمته وتعيينه إلا بتراضي الخصوم جميعا حتى دون حاجة لبيان الأسباب حيث انه يجب على المحكم أن يستجيب لإرادتهم سواء كانت تعيينه قد تم من قبل أحدهم أو باتفاقهم جميعا أو بحكم من المحكمة أو من سلطة التعيين، وعزل المحكم بإرادة الخصوم يجب أن يتم باتفاقهم جميعا ولا يكفي اتفاق بعضهم للقول بصحة العزل حتى ولو كان أغلبية بصرف النظر عن الجهة التي عينت المحكم ويعني ذلك أنه لا يجوز لأحد أطراف التحكيم عزل المحكم الذي قام بتعيينه بل لابد من موفقة الاخرين ونظرا لدقة وحساسية المسألة في التحكيم يجب أن يكون الاتفاق صريحا وواضحا بل خطيا واحد موقع بصورة مشتركة من طرفي النزاع وموجبه للمحك[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 3/1018 من ق إ م إ:".....لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

[1] عبد الحميد الاحدب،التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،ط3، 2008، ص276/275.

3_تنحي المحكم:

بمقدور المحكم الإعلان عن عدم استمراره في التحكيم ويكون في هذه الحالة قد أخل بالالتزام ولو طبقنا القواعد العامة في هذا الشأن، لقمنا بإجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا مع التعويض إذا كان لهم مقتضى ربما فرض الغرامة التهديدية عليه وفقا للأصول والشروط التي ينص القانون فيها على مثل هذه الغرامة.[1]

ولكن التزام المحكم بتنفيذ مهمته مرتبط كليا بشخصه بالذات وعقله وفكره وفنه وعمله وخبرته وما إلى ذلك من ظروف وبالتالي من غير الممكن اجباره على الاستمرار بعمله كما لا بعقل فرض غرامة تهديدية عليه في محاولة لإجباره[2]

الفرع الثالث: تحديد مكان ولغة التحكيم.

أولا:تحديد مكان التحكيم.

من الأمور البالغة الأهمية في العملية التحكيمية ،تحديد مكان ولغة التحكيم وصدور الحكم في النزاع،و كذا اللغة المستعملة أثناء اثناء سير الخصومة من قبل المحكمين و الخصوم، والمبدأ العام في تحديد مكان التحكيم ولغته ،هو الإرادة الحرة لأطراف النزاع ،استنادا على ما يروه مناسبا لظروف القضية وللتسهيلات التي قد تنجز عن هذا الاختيار لتمكين الهيئة التحكيمية من إنجاز مهامها[3]. قد يفرض قانون مكان التحكيم رقابته على الإجراءات، وقد يمنح هيئة التحكيم سلطات واسعة، أو يتدخل في اختيار المحكمين ،كما يؤثر في اختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق على النزاع[4].

ثانيا: تحديد لغة التحكيم.

يقصد بلغة التحكيم اللغة التي تستخدم في إجراءات التحكيم من لوائح ومذكرات وسماع الشهود وخبراء، وعادة ما تكون هذه اللغة هي العربية مادام أن التحكيم في دولة عربية وبافتراض أن

[1] صارة سعيداني، مرجع سابق، ص22.
[2] عبد الحميد الاحدب ،المرجع السابق،ص272/271.
[3] فوزي محمد سامي ،مرجع سابق،ص155.
[4] لزهر بن سعيد ، مرجع سابق،ص260.

أساس العلاقة عقد إداري، المراسلات بشأنها تتم باللغة العربية، وأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون دولة عربية التي يجري التحكيم على أراضيها[1].

وجوب إتباع اللغة العربية في إجراءات التقاضي ليس من النظام العام إذا تعلق الأمر بإجراءات التحكيم حتى لو كان التحكيم داخليا بحتا،إذ أصبحت بعض اللغات الأجنبية دارجة في الدولة العربية بالنسبة لكثير من العقود خاصة عقود النفط و الإنشاءات ..، وغالبا مات حيل هذه العقود في تسوية منازعاتها للتحكيم مع النص على أن لغة التحكيم هي اللغة الأجنبية المحرر بها العقد، ومتى جاز لأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم فإن من حقهم الاتفاق على لغة التحكيم، وقد تكون أكثر من لغة حسب طبيعة النزاع وظروفه ،وإذا لم يتفق الأطراف على لغة أو لغات التحكيم تتولى ذلك هيئة التحكيم ،وقد جرت العادة أن تكون اللغة في هذه الحالة هي لغة العقد المتضمن لاتفاق التحكيم[2].

تكون أغلب القضايا التي تعرض على التحكيم ذات طابع دولي، بمعنى وجود طرفين لكل منهما لغة خاصة به، بالإضافة للغة مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، وعليه، على أطراف النزاع لدى اتفاقهم على التحكيم ،أن يحددوا اللغة التي تستعمل في هده العملية ،بهدف توحيد اللغة والتمكن من الإلمام بجميع نواحي الخصومة التحكيمية، وقد كرست معظم قوانين التحكيم ،حرية إرادة أطراف النزاع في تحديد لغة التحكيم ،وقد تركت أمر اختيار اللغة احتياطيا للهيئة التحكيمية في حالة غياب إرادة الأطراف ، تكمن أهمية لغة التحكيم، في منح كل طرف من أطراف النزاع إمكانية إبداء دفوعه وفهم دفوع خصمه وإدعاءاته ما يجنبه الوقوع في التباس في الفهم وبالتالي ضياع للحقوق[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على مسألة تحديد لغة التحكيم،لكنه في الوقت نفسه ترك أمر الإجراءات لإرادة الأطراف، والتي يدخل ضمنها تحديد لغة التحكيم ،وهو الأمر الذي أخذه من المشرع الفرنسي، الذي لم يتعرض للغة التحكيم،ومن جهة أخرى نجد المشرع المصري قد نص على

[1] حمزة أحمد الحداد ،مرجع سابق، ص336.

[2] حمزة أحمد الحداد،نفس المرجع،ص337.

[3] كريم بوديسة ،التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،تخصص قانون التعاون الدولي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2012،ص100.

تحديد لغة التحكيم في المادة 29 فقرة 01 من قانون التحكيم ،والتي نصت :"يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى.... "،يتبين أن المشرع المصري قد جعل أمر تحديد لغة العقد تخضع لإرادة الأطراف ثم لهيئة التحكيم ،حيث في حالة غياب هاتان الطريقتان تم اعتماد اللغة العربية كلغة للعميلة التحكيمية.[1]

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق.

يستمد التحكيم سلطته من اتفاق الأطراف الذين اختاروا اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع القائم بينهم،كما تخول لهم سلطة الفصل في نزاعهم،اما بتحديدهم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الذي اخترناه (فرع أول)، وكذا تحديدهم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (فرع ثاني).

الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أولا:تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف المتنازعة.

بالرجوع إلى القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم نجد بأنها تقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق استنادا لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف رواجا كبيرا في القرن التاسع عشر، والذي بموجبه إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، وإن شاءت أخضعته لقانون تختاره، وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر التقاء الارادات كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للالتزام .[2]

وقد نوه الفقهاء بأن تحديد القانون الذي يحكم العقد واختياره صراحة بالغ الأهمية، فقد قال الأستاذ Noboyet أن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف.[3]

[1] فريدة دحماني ،مرجع سابق ،ص 55.

[2] سناء بولقواس، مرجع سابق ص103.

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد،مرجع سابق ،ص243.

كما جاء في المادة 1043 في فقرتها الأولى من ق إ م وإ:"يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة واستثناء على نظام التحكيم،كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.....".

وكذلك من خلال المادة 25 من قانون التحكيم المصري أين كرس المشرع المصري قانون الارادة كأصل لتحديد قانون إجراءات التحكيم والتي نصت على:"لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات إلى للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي في جمهورية مصر العربية أو خارجها.....".[1]

ثانيا: القانون واجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف.

على هيئة التحكيم مباشرة إجراءات العملية التحكيمية وفقا لقانون إجرائي معين ليتسم حكمها في النزاع بالإلزامية، فيكون ذات قيمة إلزامية، عليه عندما تجد نفسها أمام حالة إغفال الأطراف تحديد القواعد الإجرائية أو القانون الاجرائي واجب التطبيق، أمام فراغ لابد أن تملأه وذلك بالعودة إلى الطرق الاحتياطية لاستكمال إجراءات التحكيم كما عمدت مختلف الاتفاقيات على جعل على جعل قانون مكان التحكيم هو ضابط الأسند الاحتياطي في حالة غياب إرادة الأطراف باعتبار أن إرادة الأطراف قد تكون اتجهت ضمنيا إلى جعله القانون الواجب التطبيق، حيث نجد أن بروتوكول جينيف عام 1923 في مادته الثانية قد نص على جعل قانون مقر التحكيم واجب التطبيق على الإجراءات في حالة غياب الإرادة[2].

تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 1043 فقرة02 من ق إ م و إ:"إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

ما لم يتم تطبيق قانون إرادة الأطراف، تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق القواعد القانونية التي تراها مناسبة، سواء بالإحالة إلى قانون وطني داخلي حيث يراه المحكم أكثر ارتباطا بموضوع التحكيم

[1] المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994،صادر ب07 ذي القعدة سنة1414هـ الموافق ل18ابريل سنة 1994م المتضمن قانون التحكيم المصري.

[2] فريدة دحماني،المرجع السابق، ص34.

أو نظام تحكيم تراه مناسبا، بالتالي فإن إرادة هيئة التحكيم تحل محل إرادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية، وهو ما تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 1043 فقرة 02 من ق إ م و إ ،حيث أرست دور هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم في حالة غياب إرادة الأطراف وحدوث فراغ قانوني في القواعد الإجرائية للخصومة التحكيمية[1].وهو الأمر الذي ظهر في نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري المذكورة سابقا.

الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

بما أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يضمن السير الحسن للخصومة إلى غاية إصدار الحكم، فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يحسم النزاع القائم بين الأطراف ويضمن حقوقهم.

أولا:تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بإرادة الأطراف

نصت المادة 1050 من ق إ م وإ:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو حرية إرادة الأطراف، وعلى هيئة التحكيم احترام هذه الإرادة والامتثال لها، مع العلمان القانون المتفق عليه من قبل الأطراف قد لا يتصل بالعقد الأصلي، إذ أن الأطراف حين تحديدهم للقانون يكون هدفهم الأساسي هو اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه[2] ،وقد يلجأ الأطراف الى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من القواعد المستخلصة من عدد التشريعات الوطنية أو الأجنبية، أو اعتمادهم على العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد أو المبادئ العامة للقانون أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي يتضمنها عقد نموذجي[3].

[1] فريدة دحماني ، المرجع السابق،ص35.

[2] فوزي محمد سامي ،مرجع سابق ،ص 180.

[3] لزهر بن سعيد مرجع سابق ص316.

ثانيا:تحديد الهيئة التحكيمية للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

عند غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نجد هيئة التحكيم نفسها أمام إلزامية تحديدها لهذا القانون، حيث خولت لها هذه السلطة من خلال تكريسها في مختلف القوانين ،وكذلك باعتبار الهيئة التحكيمية تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم بأي طريقة غير مباشرة من إرادة الأطراف[1].

كما نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري على ما يلي:"

1_تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

2_وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

3_يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

4_يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح _أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

نجد المشرع الجزائري يكرس دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على غرار القانون المصري بمنح سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب إرادة الأطراف إلى الهيئة التحكيمية[2].

ومنه نجد أنه لتمكين هيئة التحكيم من إصدار حكم ملزم ، لابد أن تلتزم ببعض الإجراءات التي تضمن صحة وفعالية ما قامت به، وكذا من خلال فصلها في موضوع النزاع ، ولا يأتي هذا الأمر إلا بتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات والذي رأينا أنه يخضع لإرادة أطراف النزاع، ثم

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص179.

[2] فريدة دحماني، المرجع السابق، ص40.

احتياطا يخضع لسلطة الهيئة التحكيمية بصفتها هيئة ناشئة عن إرادة الأطراف وهو الأمر عينه بالنسبة للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ،الذي بفضله يكون لهيئة التحكيم تحقيق العدالة[1].

المبحث الثاني:أصول المحاكمة التحكيمية.

لضمان السير الجيد للعملية التحكيمية أو ما تسمى بالخصومة التحكيمية وإعطائها فعالية في مواجهة الأطراف المتنازعة ، يجب إتباع إجراءات تحكيم متتالية يعني من بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم من طلب التحكيم (مطلب أول) إلى غاية اصدار الحكم وتنفيذه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: سير اجراءات الخصومة التحكيمية.

بعد اختيار هيئة التحكيم ونشأة النزاع من اللازم ضرورة سير هذه الإجراءات من البداية حتى النهاية مع التركيز على الخصوصيات التي تتميز بها خصومة التحكيم لهذا سنتطرق في (الفرع الأول) إلى سير إجراءات الخصومة وفي (الفرع الثاني) سنتطرق إلى نهاية الدعوى أمام المحكمة التحكيمية.

الفرع الأول إجراءات الخصومة التحكيمية.

أولا :طلب التحكيم.

تلتزم هيئة التحكيم باحترام المبادئ الأساسية، ومراعاة حقوق الدفاع الأساسية للطرفين، وتتمثل هذه المبادئ أساسا في مبدأ المساواة بين الخصوم،و حق الأطراف في الدفاع، ومبدأ الوجاهية، وكذا احترام قواعد النظام العام ثم إلزامية نظر النزاع من قبل جميع أعضاء هيئة التحكيم[2].

من أولى إجراءات الدعوى التحكيمية نجد طلب التحكيم.حيث تقتضي المادة 1010 من ق ا م ا أن النزاع يعرض على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل إلا أن هذا القانون لم يتطرق إلى إجراء طلب التحكيم تاركا الأمر لحرية الأطراف بموجب المادتين 1019و 1043 منه، لكن إن تولت التحكيم منظمة دائمة فان لائحتها عادة ما تشتمل على قواعد مفصلة تتعلق بكيفية تقديم طلب التحكيم[3].

[1] فريدة دحماني، المرجع السابق، ص41.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص60.

[3] زهية زيري ،مرجع سابق.ص 113.

ثانيا :جلسات المرافعة .

إن هيئة التحكيم تعقد جلساتها في مكان وزمان وباستعمال لغة معينة، فجلسات المرافعة تعقد بحضور طرفي النزاع، وإن تخلف أحدهما عن الحضور او عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات والفصل في النزاع استنادا إلى ما توفر لديها من عناصر إثبات.كما نصت المادة 1022 من ق ا م ا:"يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما (15) على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه من خلال هذا الأجل".

وكذلك المادة 1018:"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أحد لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم".

لم يرد بين نصوص قانون التحكيم إشارة إلى علنية أو سرية محاضرة الجلسات فالأمر إذن متروك لاتفاق الأطراف، فلهم طلب عقد جلسات غير علنية إذا تعتبر خصوصية إحدى المزايا التي يحققها الالتجاء للتحكيم خاصة إذا تعلق النزاع بعقود نقل التقنية وما تقتضيه من المحافظة على أسرار المشروعات لأطراف النزاع ،كما خلى القانون أيضا من النص على سرية المداولة وذلك بعكس القانون الفرنسي المنظمة للتحكيم الداخلي، وتبدو أهمية هذا القرار في أنه يغلق باب المرافعة أمام الطرفين فلا يجوز بعد تاريخ بدء المداولة تقديم طلبات أو إبداء أوجه دفاع إلا إذا طلبت الهيئة نفسها ذلك [1].

كما تواصل الهيئة عقد جلساتها لحين استكمال ما تراه لازما في النزاع ولا يعوقها عن ذلك تخلف أحد الطرفين عن الحضور طالما تم إخطاره،كما لا يعوقها الوصول بالتحكيم إلى غاية تقاعس أو رفض أحد الأطراف تقديم المستندات التي طلبت الهيئة تقديمها فللهيئة المضي في طريقها وإصدار الحكم استنادا على عناصر الاثبات الموجودة أمامها[2].

[1] صارة سعيداني ، مرجع سابق، ص26_27.

[2] صارة سعيداني، المرجع نفسه، ص 27.

ثالثا: إجراءات الاثبات في التحكيم.

تنص المادة 30 فقرة 03 من قانون التحكيم المصري على:"يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع ،على حسب الأحوال صورا من الوثائق التي يستند إليها و أن يشير إلى كل أو بعض الوثائق و أدلة الاثبات التي يعتزم تقديمها ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى".

كما ألزمت هذه المادة المحتكمين بتقديم المستندات والإطلاع عليها ،حيث يمكن لأحد الخصوم أن يطلب من هيئة التحكيم أن تأمر خصمه بتقديم الوثائق التي تحت يده، إذا ما أثبت وجودها فعلا تحت يده، و إثباته لأهمية هذه الوثائق في موضوع النزاع، قد يحدث أن يمتنع الطرف الخصم عن تقديم هذه المستندات، في هذه الحالة تجد هيئة التحكيم نفسها أمام إمكانية اعتمادها على أقوال وإدعاءات الطرف الآخر فيما يخص وجود هذا المستند وأهميته في الفصل في النزاع[1].

الأمر الذي نجده أيضا في نص المادة 25 من قانون اليونسترال، والتي تقضي على الاستمرار في إجراءات التحكيم عند امتناع أحد الأطراف من تقديم المستندات بأن تكتفي بما هو متوفر لديها من أدلة وإثباتات و أن تصدر حكما بناء على ذلك[2].

ولهدف الوصول إلى حل للنزاع تقوم هيئة التحكيم بإجراءات تحقيق ،فلها سماع الشهود والاستعانة بالخبراء دون أداء اليمين[3]،وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الرابعة :".....ويكون سماع الشهود والخبراء بدون آداء يمين"،وهذا يعني أنه لهيئ التحكيم سماع الشهود دون تحليفهم ،كما أن بوسعها تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في النزاع

[1] دحماني فريدة ، مرجع سابق،ص65.

[2] لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ،ص288_289.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق،ص355.

حيث تقوم بدورها بإخطار طرق النزاع بما حواه التقرير،مع إتاحة الفرصة لهما لإبداء ما لديهما من ملاحظات حول ما ورد في التقرير[1].

رابعا: اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.

من بين القواعد التي تحكم سير الإجراءات التحكيمية نجد أيضا تلك المتعلقة بالتدابير المؤقتة والتحفظية، إذ لم تتعرض الاحكام المنظمة للتحكيم الداخلي لهذه التدابير مما يجعلها من اختصاص القضاء، أما الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي أجازت لمحكمة التحكيم الأمر بها بناء على طلب أحد الأطراف إلا إن نصت اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك.[2]

وهذا ما نصت عليه المادة 1046من ق إ م إ:"يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".أي أن محكمة التحكيم التي تطبق قانون التحكيم الجزائري في تحكيم يجري خارج الجزائر يحق لها أن تتخذ قرارات تحفظية ومؤقتة، وأن تستعين بقاضي البلد الذي يجري فيه التحكيم لتنفيذه وفقا لقانون هذا القاضي وزيادة على ذلك يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي إخضاع هذه التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم ضمانات ملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.[3]

الفرع الثاني:نهاية الدعوى أمام محكمة التحكيم .

أولا: نهاية طبيعية للخصومة التحكيمية.

تقتضي الخصومة التحكيمية نهاية طبيعية بعد دخول القضية مرحلة المداولات أين يعلم تاريخها للأطراف وبذلك لا يمكن للخصوم تقديم طلبات جديدة أو دفوع إلا إذا طلبت المحكمة ذلك، ففي

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق،ص40.

[2] زهية زيري ،مرجع سابق ،ص 115.

[3] عبد الحميد الاحدب ،مرجع سابق ،ص121_122.

التحكيم الدولي يفصل في النزاع كما تم الإشارة اليه إلى القانون الذي اختاره الافراد أو إلى قواعد العدالة والإنصاف، هنا المحكم يخضع لما يملي عليه ضميره مع مراعاة مبادئ التقاضي، الحياد والاستقلالية والمساواة وحق الأطراف في الدفوع ،في حين التحكيم الداخلي يخضع لقواعد القانون لاغير[1]، وهذا مانصت عليه المادة 1023من ق إ م إ:"يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون."

والمادة 1050:"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

ثانيا:نهاية غير طبيعية للخصومة التحكيمية

نصت عليها المادة 1024من ق أ م أ:"ينتهي التحكيم :

1_بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيه أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009.

2_بانتهاء المدة المقررة للتحكيم ،فإذا لم تشترط المدة بانتهاء مدة أربعة (04)أشهر.

3_بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

4_بوفاة أحد أطراف العقد."

وهي تلك العوارض التي تعتري إجراءات التحكيم فتجعلها تتوقف أو تنقطع لفترة ما وبعد انتهاء السبب الذي أدى إلى حصول الحالة التي سنتناولها في التالي، تستأنف إجراءات التحكيم لحين إصدار الحكم[2].

المطلب الثاني: إصدار حكم التحكيم

سنتطرق في هذا المطلب لدراسة صدور الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه (فرع أول) وصولا إلى تنفيذه وآثاره (فرع ثاني).

[1] سفيان بكوش ،حمو هيبة ، مرجع سابق ،ص68.

[2] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق،ص366.

الفرع الأول:صدور التحكيمي وطرق الطعن فيه

أولا:صدور حكم التحكيم

1_ تعريف حكم التحكيم.

تقوم الهيئة التحكيمية بتحرير الحكم التحكيمي سواء كانت مشكلة من محكم واحد أو ثلاثة محكمين بعد المداوات التي تقوم بها،حيث ينص المشرع الجزائري على سريتها حسب ما جاء في المادة 1025 من ق إ م إ:"تكون مداولات المحكمين سرية "، هذا ويتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لإصداره ،وقد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بطريقة غير مباشرة كالإحالة إلى لائحة مركز التحكيم، وهذا من أجل أن يتحقق ما دفع بالأطراف المتعاقدة للجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العقد وهي السرعة لكون هذا النوع من المنازعات يتعلق بمبالغ كبيرة جدا وطول إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة من شأنه أن يلحق بكلا الطرفين خسائر كبيرة.[1]

كما نص المشرع الجزائري صراحة على ميعاد إصدار حكم التحكيم في المادة 1018:"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أحد لإنهائه ،وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهنتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم.غير أنه يمكن تمديد هذا الاجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفق نظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة ،ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الاجل إلا باتفاق جميع الأطراف."

نلاحظ في هذا الصدد الفرق في المدة التي أوجب فيها الفصل في النزاع والتي يبدو فيها أن المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل مدة التحكيم أربعة أشهر بعكس المشرع الفرنسي والمصري، غير أن هذا النص قد لا يضمن السرعة في الفصل في حالة اتفاق الأطراف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والتي

[1] سناء بولقواس، مرجع سابق ، ص 136.

قد تزيد على أربعة أشهر، ويرجع عدم تحديد هذه المدة ابتداء وتحديدها في حالة عدم اتفاق الأطراف تكريسا لمبدأ حرية الأطراف وكذلك لندرة وجود اتفاق تحكيم يحوي على ميعاد لإصدار حكم التحكيم.[1]

تنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:"يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل، يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم ،يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر(15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي."

والمادة 1049:" يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزيئة ،ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

2_أنواع حكم التحكيم :

لاشك أن صدور حكم التحكيم هو الغاية المبتغاة من اللجوء لنظام التحكيم ،وهو النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية برمتها [2].

1_الحكم التحكيمي النهائي: هو من الاحكام القطعية التي تصدرها الهيئة التحكيمية، ويكون حاسما للنزاع، أو هو القرار الرئيسي أو للقرار النهائي الذي يعالج النزاع المعروض عل المحكم بجميع عناصره ويجد له حلا نهائيا ويكون ملزما للأطراف المتنازعة وفي حالة عدم تنفيذه من قبلهم بشكل ودي تتبع في تنفيذه الإجراءات التي تتبع في تنفيذ الاحكام القضائية وذلك بإسباغ الصفة التنفيذية في ذلك القرار[3].

2_الحكم التحكيمي الجزئي: وهو ذلك الحكم الذي تصدره الهيئة في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، أي أن يصدر في المسائل الجزئية للنزاع ولا ينهي ولاية الهيئة

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ،مرجع سابق ،ص386.

[2] لزهر بن سعيد ،مرجع سابق ،ص326.

[3] فوزي محمد سامي،مرجع سابق ،ص312.

التحكيمية، وإنما تستمر في الفصل في باقي جوانب الأخرى للمنازعة ،وهو حكم موضوعي وليس وقتي،و ليس بالضرورة أن يتم اللجوء لهذا النوع من الاحكام بذكره في أتفاق التحكيم، إلا وإن حدث و أن أطراف النزاع منعوا الهيئة إصدار مثل هكذا نوع من الأحكام [1]

3_الحكم التحكيمي الحضوري: في هذه الحالة يصدر الحكم بوجود الوثائق المستندات المطروحة والمقدمة من قبل المدعي والمدعى عليه مع الحضور الاجباري للطرفين وتقديم دفوعهما وطلباتهما.

4_الحكم التحكيمي الاتفاقي: يصدر حكم التحكيم في شكل حكم اتفاق استنادا إلى إرادة أطرافه مادام أنهم رغبوا في التسوية وأرادوا إعطاءها الطابع الالزامي عن طريق إفراغها في شكل حكم تحكيمي اتفاقي وذلك لا يتعارض مع التحكيم الذي يهدف إلى حل النزاع بكيفية سريعة وسرية ومرضية للأطراف وبأقل تكلفة ، لهذا لا يمنع القانون لجوءهم إلى اتفاق تسوية بينهم يفرغه المحكم في شكل حكم تحكيمي يصدره، ويكون له أثر استنفاذ ولاية النظر في النزاع[2].

5_الحكم التحكيمي الغيابي :يسمى بالغيابي في حالة غياب أحد أطراف النزاع لجلسات التحكيم مع ابلاغ الطرف بمواعيد الجلسات وهذا الغياب لا يؤثر على إجراءات التحكيم مع اصدار حكم نهائي.

3_شروط إصدار حكم التحكيم :

3 _1 الكتابة: تضمنت هذا الشرط مختلف القواعد الدولية فهو شرط جوهري حتى يتسنى إيداعه لدى المحكمة المختصة لإضفاء الصيغة التنفيذية عليه، ومثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 34 من قواعد اليونسترال التي ورد فيها ما يلي: "يصدر قرار التحكيم كتابة ....."، أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على شرط الكتابة في ظل القانون رقم 08_09 إنما يفهم من نص المادة 1035 المذكورة سابقا والتي اشترطت لتنفيذ حكم التحكيم إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة، وبالتالي يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوب تحت طائلة البطلان[3].

[1] فتحي والي ، مرجع سابق ،ص 397.

[2] زهية زيري ، مرجع سابق،ص 122_123.

[3] نيسات حمادي ،فاطمة حرفوش، مرجع سابق،ص54.

3_2 التسبيب: نصت عليه المادة 1027 من ق إ م إ:"يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، يعني أنه على المحكم أن يذكر الأسباب التي جعلته يصدر حكمه وذلك ببيان الحجج والأدلة القانونية و الواقعية كما يقوم بفحص إدعاءات الأطراف ويعطيهم إجابات على تساؤلاتهم.

3_3 التوقيع: نصت عليه المادة 1029 من ق إ م إ :"توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين ".

لصدور حكم تحكيمي ناجح يشترط توقيع جميع المحكمين المذكورين به لأن التوقيع يعطي التحكيم مصداقية وجدية.

3_4 شروط شكلية للتحكيم متواجدة في المادة 1028 من ق إ م إ: "يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:

1_اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2_تاريخ صدور الحكم.

3_مكان إصداره.

4_أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5_أسماء وألقاب المحامين من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء."

ثانيا: طرق الطعن في الحكم التحكيمي.

الطعن بصفة عامة هو وسيلة قانونية أقرها القانون لمن صدر ضده الحكم سواء التحكيمي أو القضائي لإعادة النظر فيه سواء كليا أو جزئيا أو إلغاؤه و استصدار حكم جديد.[1]

1_**طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي:** نصت عليها المواد (1032 إلى غاية 1034) من ق إ م إ:

[1] نادية تومي ، مرجع سابق ،ص 72.

أ_ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: نصت الفقرة الثانية من المادة 1032[1] على جواز الطعن في أحكام التحكيم، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم وهنا نرجع للقواعد العامة فيما يتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة[2]، نستنبط من نص المادة إمكانية الطعن ضد حكم التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ،وذلك أمام المحكمة الإدارية ،و لكي يتم قبول هده الدعوى لابد أن تتوفر في الشخص المعني المصلحة حيث تنص المادة من ق إ م إ:" يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه تقديم اعتراض الغير عن الخصومة."[3]

ب_الاستئناف: يقبل حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية، ما لم يتفق الأطراف على استبعاده وهو ما نصت عليه المادة 1033 من ق إ م إ :"يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1)من تاريخ النطق به أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم"، وقد أسند المشرع الجزائري الاختصاص إلى المجلس القضائي، غير أن نص المادة السالف الذكر يتعلق باستئناف الحكم الصادر في المواد المدنية والتجارية، أما بخصوص تلك الفاصلة في المنازعات الإدارية وبالتحديد في منازعات الصفقات العمومية فيرجع الاختصاص إلى مجلس الدولة استنادا للمادة 902 من ق إ م إ التي تنص على:"يختص مجلس الدولة في استئناف الاحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"، كما يمكن الاستئناف في أجل شهر من تاريخ النطق بالحكم وخمسة عشرة يوما بالنسبة لاستئناف أمر رفض التنفيذ ابتداء من يوم الرفض[4].

[1] المادة 1032/ 02من ق إ م إ:" ..... يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع عن التحكيم".

[2] رمزي زيد ،مرجع سابق ،ص 56.

[3] نيسات حمادي ، فاطمة حرفوش ،المرجع السابق،ص61.

[4] نيسات حمادي ،فاطمة حرفوش، مرجع نفسه ، ص61.

وعلى ذلك تبقى أحكام التحكيم في المواد الإدارية غير قابلة للاستئناف في الوضعية الحالية للإجراءات ما لم يتدخل المشرع بنص خاص يسند فيه استئناف تلك الأحكام لاختصاص مجلس الدولة[1].

ج) الطعن بالنقض: وهو ما نصت عليه المادة 1034:"تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، لا يمكن تطبيق هذه المادة في المواد الإدارية، خاصة في اختصاص مجلس الدولة للنظر في استئناف أحكام التحكيم، بمعنى لا يجوز الطعن بالنقض ضد قرارات مجلس الدولة لعدم وجود جهة قضائية أعلى منه.

2_**طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي**: تطرق لها المشرع الجزائري في المواد من 1055 إلى 1061 أين ميز بين الاحكام الصادرة في الجزائر وخارجها.

2_1 أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر:

أ) الطعن بالبطلان: نصت عليه المادة 1056 من ق إ م إ:"لايجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1_إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .

2_إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3_إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4_إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5_إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6_إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام الأعم الدولي".

والمادة 1058:" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

[1] رمزي زيد،نفس المرجع ،ص 57.

ب) الطعن بالنقض: تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه (أي القرارات محل الطعن بالاستئناف) قابلة للطعن بالنقض[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 1061:"تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 1056 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

2_2 أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر:

حصرها المشرع في كل من الاستئناف والطعن بالنقض

أ)الطعن بالاستئناف: عملا بنص المادة 1055المذكورة سابقا يسمى هذا الاستئناف بالاستئناف العام لان المشرع الجزائري لم يحصره في حالات معينة ،لان اللجوء إليه مسموح في كل الحالات، أما الاستئناف الخاص يتعلق بالأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ وهو ما نصت عليه المادة 1056 أعلاه في حالاتها الستة (06).

ب) الطعن بالنقض: نص المشرع الجزائري على الطعن بالنقض في التحكيم الدولي في كل من أحكام الاستئناف الفاصلة في أوامر القاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ حكم التحكيم أو بعد الاستئناف الأمر القاض بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم وتلك الناتجة عن الطعن بالبطلان في حكم محكمة التحكيم عملا بنص المادة 1061 سالفة الذكر، يختص بالنظر في الطعن بالنقض مجلس الدولة.[2]

الفرع الثاني:آثار حكم التحكيم وتنفيذه

أولا:آثار حكم التحكيم

بعد نهاية مهمة المحكمة التحكيمية فإنها تصدر القرار التحكيمي في المعروض أمامها بحكم فاصل في النزاع كليا ونهائيا، وعليه فإنه يترتب آثار بالنسبة للهيئة[3]، وهي حجية الشيء المقضي فيه وكذا استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم.

[1] رمزي زيد ،المرجع السابق ،ص 58.

[2] نسيات حمادي ،فاطمة حرفوش،مرجع سابق ،ص66.

[3] سفيان بكوش،حمو هيبة، مرجع سابق،ص 76.

أ)حجية الشيء المقتضي فيه:

المقصود بالحجية نصت عليه المادة 55 من قانون التحكيم المصري أن التحكيمية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، ومعناه ان الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى على أنه لا يجوز إثارة نفس النزاع المفصول من ذات السبب والحكم الذي صدر في مواجهتهم، هو فاصل فيما نشب بينهم ولا يكتسب حجية فقط وإنما أيضا حائزا لقوة الأمر المقضي فيه، ولا يجوز إثارة أي دفوع أو تقديم أية حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية ولو كان ميعاد الطعن فيه قائمة ، والطرف الذي حكم لصالحه يجوز التمسك بحجية الحكم في حالة ما إذا لجأ الطرف الآخر إلى القضاء ،والهدف من هذا هو حماية حكم التحكيم والحفاظ على المصالح الخاصة للأطراف، على أنه يجوز لأطراف الدعوى معا رفض ما قضت به المحكمة التحكيمية وعرض النزاع أمام هيئة جديدة أخرى أو أن يعرض على القضاء لأن في نهاية الأمر التحكيم نظام تعاقدي، أي مبني على الإرادة المطلقة للأطراف.[1]

يرى الفقه الحديث أن حجية الشيء المقضي فيه هي مركز ثانوي إجرائي ينشئ العمل القضائي يؤدي إلى تقيد أطراف الخصومة بمنطوق الحكم لم يلتزم القاضي بهذه الحجية، بأن يحترم هذا الرأي وأن يمتنع عن الفصل فيه من جديد، لقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن حجية الشيء المقضي فيه بموجب المادة1031 منه:"تجوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فما يخص النزاع المفصول فيه"[2].

ب) استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم:

المعنى اللغوي للاستنفاذ، أي استفرغ جهده في الخصومة بمعنى نفذ أي فنى وذهب، أما المعنى الاصطلاحي فهو زوال سلطة القاضي أو المحكم في مسألة معينة بحيث لا يجوز الرجوع ثانية إلى مباشرة سلطة استنفاذها، ويعتبر استنفاذ المحكمين لصلاحيتهم قاعدة عامة، ولكن هناك استثناءات

[1] لزهر بن سعيد ،مرجع سابق ،ص362.

[2] عبد القادر العربي عيسى،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية دارسة مقارنة ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص إدارة عامة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ،2018/2017،ص115.

لهذه القاعدة ،ولقد نصت عليها المادة2/1030 من ق إ م إ وتتمثل الحكم أو تصحيح الأخطار المادية والاغفالات التي تشبه ذلك طبقا للإحكام الواردة في ق إ م إ[1].

ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي:

ونقصد به أحكام التحكيم الصادرة بخصوص الصفقات العمومية، كما نصت المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة سابقا على أن أحكام التحكيم النهائية أو الجزئية أو التحضيرية تكون قابلة للتنفيذ أمام ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل يصل رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف، نجد أن الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية التي ترفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم قابلة لمخاصمتها بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة،بالرغم من عدم ذكر المادة 1035 لذلك (بحكم كونها خاصة بأحكام الصادرة في غير المواد الإدارية)[2]، هنا حكم التنفيذ بتحول إلى سند تنفيذي من بين السندات التي عددتهم المادة 600 من نفس القانون وفي حالة صدور حكم التحكيم الداخلي مشمولا بالنفاذ المعجل سواء كان نهائيا بموجب اتفاق الأطراف أو كان قابلا للاستئناف تطبق بشأنه القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام القضائية وفق المادة 1037:"تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل"[3].

ثالثا: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

المشرع ميز بين الحكم التحكيمي الداخلي والدولي على اعتبار أن الأخير سار وفق نظام قانوني أجنبي وعليه ليتم تنفيذه لابد من الاعتراف به أولا، فالاعتراف يعني أن القرار صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي، وفي حالة الامتناع فإنه يتم إجباره وفق قوانين بلد التنفيذ[4]. وقد نظم المشرع هذه المسألة في المواد 1051 و1052 و1053 من إ م إ وقال بأن حتى يتم الاعتراف بها لابد أن لا تخالف

[1] عبد القادر العربي، المرجع السابق، ص 116.

[2] رمزي زيد، مرجع سابق، ص60.

[3] زهية زيري ، مرجع سابق، ص 123.

[4] فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص359.

النظام العام الدولي، وأن على الطرف الذي يهمه الأمر بالتعجيل عليه أن يرفق بالوثائق: أصل الحكم التحكيمي ويرفق الحكم باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما مستوفية للشروط، أن يودعها لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، إما الجهة التي أصدرت حكم التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الإقليم الوطني (المادة 1053)[1].

رابعا: أوامر التنفيذ.

1_شروط إصدار الأمر بالتنفيذ:

1_1 الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ: حسب الفقرة الأولى من المادة 1035 من ق إ م إ المذكورة سابقا فإن رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هو من يختص بإصدار أمر التنفيذ سواء كان التحكيم داخلي أو خارجي بعد التحقق من توافر الشروط التالية:

أ_ أن طالب التنفيذ قام بإيداع أصل أو نسخة من حكم التحكيم.

ب_ أن يقدم طالبا مرفقا بالمستندات اللازمة.

ج_ انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

د_ شرط ترجمة الحكم إلى اللغة العربية من طرف مترجم رسمي بالنسبة لحكم التحكيم الصادر بلغة أجنبية

هـ_عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي[2].

1_2 رفض تنفيذ أحكام التحكيم: بالرجوع لنص المادة 1035في فقرتها الثالثة، عند إصدار رئيس المحكمة أمر برفض التنفيذ يمكن للخصوم استئناف الأمر برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

أ)رفض التنفيذ بناءا على طلب الأطراف: بعد صدور حكم التحكيم يتوجه من صدر الحكم لصالحه إلى السلطة المختصة بذلك في الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها ولكن بشرط اثبات بعض الحالات منها :

[1] سفيان بكوش، حمو هيبة، مرجع سابق، ص 80.

[2] صابرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق،ص137_138.

_انعدام أهلية أحد الطرفين

_عدم صحة اتفاق التحكيم

_مخالفة الإجراءات ووجود عيب في تشكيل الهيئة التحكيمية[1].

ب) رفض المحكمة التنفيذ من تلقاء نفسها: وذلك في حالتين:

_تعارض تنفيذ التحكيم مع النظام العام في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها.

_عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم.

3_1 تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن الإدارة:

إذا كان الأمر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم أن يلجأ إلى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من أجل إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم[2].

من خلال ما سبق قلنا بأن الاحكام التحكيمية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بمساعدة جهة رسمية ألا وهي قضاء الدولة ، فإمهار الحكم التحكيمي وإكسابه صفة سند رسمي قابلا للتنفيذ أنه في نفس مرتبة السندات الأخرى القابلة للتنفيذ في الدولة ،بمعنى أن إمهار الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية بناء على أمر التنفيذ الصادر من المحكمة هو الذي يكسب الحكم القوة التنفيذية ويستمد قوته من القضاء، وبذلك يتحول إلى سند تنفيذي يحوز القوة التنفيذية[3].

تتمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ في الحكم الدولي انطلاقا من فكرة أن الدولة مستقلة، دولة متساوية في السيادة، أي لا يجوز لدولة أن تفرض قراراتها وأحكامها القضائية في دولة أخرى وإلا أعتبر هذا اعتداء صارخ ومساسا بسيادتها،إذ أنه قد تلجأ الدولة أو الأشخاص المعنوية إلى عرقلة التنفيذ والتحجج بالحصانة تجاه الأحكام الدولية [4].

[1] صابرينة جبايلي، المرجع السابق،ص 142_143.

[2] صابرينة جبايلي، نفس المرجع،ص145.

[3] نادية تومي ،مرجع سابق،ص 69.

[4] نادية تومي ، المرجع السابق،ص70.

ويرى الأستاذ فوشار Fouchardإلى أن الحصانة القضائية للدولة لا تطرح في مجال التحكيم لسبب أن هذه الحصانة جاءت لتحمي الدولة من المثول أمام الجهات القضائية الأجنبية، هذا جانب مما ذكرها لفقه في هذه المسألة ،ومن الاجتهادات القضائية حكم محكمة استئناف Rouen في 13 نوفمبر 1984 الذي قالت يكفي وجود اتفاق تحكيم في العقد لاستبعاد الحصانة القضائية للدولة[1].

بعد صدور قانون 08_09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية تناول فيه المشرع الجزائري مسألة الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الاحكام القضائية وأجاز للقاضي الإداري بأن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة المكلفة بإرادة مرفق عام ،وذلك في حالات عدم تنفيذ الاحكام القضائية أو التأخير في تنفيذها، ووفقا للمادتين 978[2]و979[3] منه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها[4].

وبالتالي فقد أقر المشرع الحق للقاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، وهو ما يمكن تطبيقه على كافة الاحكام ومنها أحكام التحكيم الإداري، بالإضافة إلى ذلك فإن المحكوم له يستطيع أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم فأفصحت الإدارة عن إرادتها بعدم تنفيذ حكم التحكيم ،وتمثل هذا الامتناع بشكل ضمني، فإن من وسع المحكوم له أن يطمع بالإلغاء في قرار الإدارة الإيجابي أو السلبي بعدم تنفيذ حكم التحكيم ويستفيد بالتالي من سلطة القاضي في توجيه أوامر الإدارة لتنفيذ حكم التحكيم.

[1] نور الدين بكلي ، مرجع سابق ،ص 328_329.

[2] المادة 978من ق إ م إ: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ التدابير تنفيذ معينة، تامر الجهة القضائية المطلوب منها ذلك ،في نفس الحكم القضائي ،بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ ،عند الاقتضاء".

[3] المادة979:"عندمايتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، الزام احد الأشخاص المعنوية العامة او هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة لم يسبق ان امرت بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد".

[4] وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010، ص 611

ملخص الفصل:

تناولنا في هذا الفصل الجوانب الإجرائية في تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية من تشكيل الهيئة التحكيمية التي يكون تشكيلها انطلاقا من شروط قانونية و أخرى اتفاقية تتمثل في تعيين المحكم من قبل الأطراف أو القاضي ،ومن طرق تشكيلها قبول المحكم لمهنته وانتهاء مهنته بتنحيه أو عزله.

مرورا بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع وصولا إلى إجراءات سير الخصومة المتمثلة في طلب الحكم وجلسات المرافعة وإجراءات الاثبات مع اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية إلى غاية نهاية الخصومة وتكون إما طبيعية ما نصت عليه المواد 1023و1050 من ق إ م إ ونهاية غير طبيعية ما نصت عليه المادة 1024.

تنهي محكمة التحكيم مهمتها بإصدار حكم التحكيم وفقا لشروط معينة من ضرورة الكتابة و التسبيب والتوقيع وكيفية الطعن أو الاستئناف فيه وذلك في المواد من 1032إلى غاية 1034 داخليا وخارجيا.

ويترتب عن صدور الحكم آثار متمثلة حجية الشيء المقتضي فيه واستنفاذ المحكمين لصلاحيتهم كما أن المحكمين ملزمين بتنفيذ الاحكام بعد استنفاذ جميع طرق الطعن، حيث يتجه الطرف الذي يهمه التعجيل إلى القضاء لمساعدته عن طريق إمهار الحكم التحكيمي من أجل أن يكون لهذا الحكم قيمة قانونية ويصبح سندا تنفيذيا وذلك في المواد 1052و1051و1053.

خاتمة

يمثل التحكيم عدالة خاصة بموجبه تسلب المنازعة عن القضاء ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية.

فالمشرع الجزائري لم يضع تعريفا جامعا للتحكيم وإنما ترك الأمر للفقه، وذلك بموجب نصوص خاصة نظمها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وذلك تماشيا مع ما تفرضه حركة المجتمع وتطوره بهدف بساطة الإجراءات وسرعة الفصل في النزاعات المطروحة والتي يتم حلها عن طريق النزاع.

ومن خلال معالجة الموضوع توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات:

-التحكيم هو اختصار إجراءات التقاضي والتخلص من مراجعة المحاكم والحصول على حل أسرع.

- يتنوع التحكيم إلى داخلي وخارجي كما يتنوع إلى خاص ومؤسسي وإجباري و اختياري.

- المشرع المصري كان أكثر طلاقة في مجال التحكيم بالمقارنة مع نظيره الجزائري والفرنسي.

- لم يضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 في شقها المتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية خاصة في مجال الصفقات العمومية.

- يختلف التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية النزاعات في العقود الإدارية كالصلح حيث أن الصلح أداة قانونية للتسوية الودية تقوم بحل النزاع بين الأطراف بحل رضائي أين يتنازل كل طرف عن جزء من حقه، أما في التحكيم فإن الأطراف المحتكمة لا يقدمون أي تنازل، ويختلف عن الخبرة في أن الخبير يعطي رأيه الاستشاري بصدد مسألة فنية تقتضيها قضية مطروحة بعكس المحكم فهو ملزم لأطراف النزاع، ويختلف عن الوساطة لا يجوز للوسيط اتخاذ قرار في أساس النزاع عكس التحكيم.

- اتفاق التحكيم هو العقد الذي يلتزم به أطراف النزاع ويتم الاتفاق عليه لحل النزاع القائم بينهم.

- صور اتفاق التحكيم صورتين هما شرط التحكيم هو جزء من أجزاء عقد من العقود الإدارية أو غيرها يتفق فيه الأطراف على أن يتم الفصل بطريق التحكيم في أي نزاع خاص بالعقد وهو ما نصت عليه المادة 1007من ق إ م إ، كما يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة وتعيين المحكم وهو ما نصت عليه المادة 1008من ق إ م إ، أما الصورة الثانية مشارطة التحكيم أي لا يتم الاتفاق

على مشارطة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع مع احترام شروطها وهي الكتابة وتحديد موضوع النزاع وتحديد أسماء المحكمين هذا ما نصت عليه المواد 1011و1012.

– صحة اتفاق التحكيم يتوقف على توفر مجموعة من الشروط منها ما هو شكلي مثل الكتابة وما هو موضوعي مثل الرضى والمحل والسبب.

– أما بخصوص فكرة مشروعية اللجوء للتحكيم انقسم الفقه الى اتجاهين(مؤيد ومعارض) لفكرة جواز اللجوء للتحكيم،يرى الاتجاه الأول ان التحكيم لا يمس بسيادة الدولة وأنه لا وجود للتعارض بين التحكيم في عقود الدولة واختصاص القضاء، أما الاتجاه الثاني يرى بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بحجة المساس بسيادة الدولة وتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء.ولكن الاتجاهين لم يعطيا حلا وسطا في اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية ،لذلك جاءت التشريعات المقارنة لتحسم المسألة من بينها فرنسا ومصر على غرار المشرع الجزائري الذي حصر هذه الإمكانية في مجال الصفقات العمومية وذلك في المادتين 975و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي طبقا لنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما نصت المادة 1041 على جواز اختيار المحكمين وتحديد شروط تعيينهم من قبل الأطراف واستبدالهم أو عزلهم.

– يستمد التحكيم سلطته من اتفاق الأطراف الذين اختاروا اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع القائم بينهم،كما تخول لهم سلطة الفصل في نزاعهم، إما بتحديدهم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وتحديدهم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

– السير في الخصومة التحكيمية يتمثل في طلب الحكم وجلسات المرافعة وإجراءات الاثبات مع اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية وصولا إلى نهاية الخصومة وتكون إما طبيعية ما نصت عليه المواد 1023و1050 من ق إ م إ ونهاية غير طبيعية ما نصت عليه المادة 1024.

– تنهي محكمة التحكيم مهمتها بإصدار حكم التحكيم وفقا لشروط معينة من ضرورة الكتابة والتسبيب والتوقيع،كما أجاز المشرع الطعن في الأحكام التحكيمية ففي التحكيم الداخلي عن طريق

اعتراض الغير خارج عن الخصومة والاستئناف والطعن بالنقض،كما أجاز استئناف الأمر للقاضي برفض التنفيذ، أما احكام التحكيم الدولية ميز المشرع بين الأحكام التحكيمية الدولية في الجزائر وخارجها المواد (1032_1033_1035_1037_1055_1058_1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– ويترتب عن صدور الحكم آثار متمثلة حجية الشيء المقتضي فيه واستنفاذ المحكمين لصلاحيتهم كما أن المحكمين ملزمين بتنفيذ الأحكام بعد استنفاذ جميع طرق الطعن،حيث يتجه الطرف الذي يهمه التعجيل إلى القضاء لمساعدته عن طريق إمهار الحكم التحكيمي من أجل أن يكون لهذا الحكم قيمة قانونية ويصبح سندا تنفيذيا وذلك في المواد 1052و1051و1053.

ومنه فإن أهم موضوعات التحكيم هو تنفيذه وهو محور نظام التحكيم.

التوصيات المقترحة:

-إنشاء مؤسسات ومراكز التحكيم في الجزائر.

– عقد ملتقيات وندوات لدراسة هذا الموضوع بهدف التوسيع في مجال التحكيم في العقود الإدارية.

– إدراج التحكيم في العقود الإدارية كمقياس يدرس في الجامعات.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصادر

أ- القرآن الكريم

ب-النصوص القانونية

1-القوانين

1- القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية،ج ر، عدد 20 المؤرخة في 11-01-1963

2- القانون رقم 27 لسنة 1994،الصادرة ب07 ذي القعدة سنة 1414هـ الموافق ل 18 أفريل سنة 1994، المتضمن قانون التحكيم المصري.

3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر،عدد21 في 23 أفريل سنة 2008.

2- الأوامر:

1-الأمر 278/65 المؤرخ في 16-11-1965 المتضمن التنظيم القضائي والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 96 الصادرة بتاريخ 23-11-1965.

2- الأمر 154/66 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 47 الصادرة بتاريخ 09-06-1966.

3- الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني ،ج ر عدد31.

ج- النصوص التنظيمية

-مرسوم رقم (145/82) مؤرخ في 10-04-1982يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 13-04-1991.

ثانيا:المراجع

أ-الكتب

1-أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر،2001.

2- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار الفكر العربي،1981.

3 -أبو مصطفى أبو أحمد علاء محي الدين، التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة مصر،2012.

4- أحمد الحداد حمزة، التحكيم في القوانين العربية الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان،2014.

5-الاحدب عبد الحميد، التحكيم في البلدان العربية،الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008.

6- التحيوي محمود السيد،التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية،دون طبعة،دار الجامعة الجديدة للنشر، الزرابطة، 1999.

7- التحيوي محمود السيد، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، دون طبعة، الكتاب العربي الحديث الإسكندرية،2009.

8- الحلو راغب ماجد، العقد الإداري والتحكيم،دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004.

9- الرفاعي أشرف عبد العليم،اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية،دون طبعة، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر 2001.

10- السيد الحداد حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون ذكر تاريخ النشر.

11- الشواربي عبد الحميد،التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.

12- الضراسي عبد الباسط مُحَمَّد عبد الواسع،النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي صنعاء، 2008.

13- المواجدة مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، لطبعة الثانية، دار الثقافة عمان،2015.

14- بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.

15- بشير نصر الدين، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام دراسة مقارنة دون طبعة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007.

16- بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012.

17- ثابت الجبلي نجيب أحمد عبدالله ،التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة،دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،2006 .

18- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى،دار منشأة المعارف،الإسكندرية ،مصر ،2008.

19- سامي فوزي مُحَمَّد،التحكيم التجاري الدولي،الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن 2015.

20- سنقوقة سائح،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزءالثاني، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة،الجزائر،2011.

21- عباس وليد مُحَمَّد، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دون طبعة،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

22- عبد القادر نارمان، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة مصر ،1996.

23- عبد الله الشيخ عصمت، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية مصر، 2000.

24- عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي،دون طبعة، منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر ،2000.

25- صقر نبيل،الوسيط في شرح قانون الإجراءات الدنية والإدارية(الخصومة-التنفيذ-التحكيم)،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2008.

26- قادري عبد العزيز،الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات،الطبعة الثانية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2006.

27- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)،دار المعرفة،الجزائر،2009.

28-م حمد إبراهيم نادر، مركز القواعد عبر الدولة أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.

29- مشيمش جعفر، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية،الطبعة الأولى،2009.

30- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، الطبعة الأولى،دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2010.

31- نوفل حسان،التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة،الجزائر 2016.

32- نوفل سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري،دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015.

33- هند حسن مُحَّد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

34- والي فتحي،قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،منشأة المعارف،الإسكندرية،2007.

ب–المقالات:

1–المؤيد محمود عبد الله، جواز الحكيم في العقود الإدارية عبر الحدود بين مفهوم العلمية والعولمة،مجلة الحقوق حلوان الدراسات القانونية والاقتصادية ،مصر ،عدد العاشر ،2004.

2– أحمد رسلان أنور،التحكيم في منازعات العقود الإدارية،مجلة الامن والقانون ،العدد الأول ،السنة السادسة،1998.

3– العيادي مُحَمَّد وليد،أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مقال مجلة علوم الشريعة والقانون ،المجلد34، العدد الثاني،2007.

4– حميدي أحمد رشيد،التحكيم في العقود الإدارية،مجلة الدراسات الإنسانية، جامعة كركوك للدراسات الإنسانية،العراق، مجلة الرابعة، العددالاول، السنة الرابعة ،2009.

5– عبيوط مُحَمَّد وعلي، التحكيم الدولي في مجال المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق، الكويت، مجلد37، العدد الثالث، 2013.

6– فهمي وجدي راغب، مفهموم التحكيم وطبيعته، مقال منشور في الدورة التدريبية للتحكيم، جامعةالكويت،كلية الحقوق، 1993.

ج–أبحات التخرج:

1–أطروحات الدكتوراه:

1–الطماوي على سليمان، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم، رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة ،مصر،2012.

2– بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية،أطروحة لنيل شهادة الذكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجيلالي اليابس ،سيدي بلعباس،2015.

3– بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، بن عكنون، 2007–2008.

4- جبايلي صبرينة، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام ،قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي،أم البواقي، 2017/2016.

5- قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

6- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه حقوق، تخصص قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بسكرة، 2013، 2014.

2-رسائل الماجستير:

1-الميعان خالد عبد الكريم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ،رسالة ماجستير في القانون ،جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن 2008.

2- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 .

3- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

4- بن عمر مُحَّد، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مُحَّد بوضياف، المسيلة، 2015/2014.

بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015.

جبايلي صبرينة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة،قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2013/2012.

عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية الصلح والوساطة القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية،كلية الحقوق، جامعة بن عكنون،2012.

مقابلة مازن فايز مُحَمَّد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستر في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2005

– دحماني فريدة، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانونتخصص قانون العقود، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي مُحَمَّد أو لحاج، البويرة، 2018.

3–مذكرات الماستر:

1–زيد رمزي، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

2– شرع نذير، الهلي ياسين، منازعات الإدارية لعقد الامتياز، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي في القانون الإداري، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية،2018/2017.

3– عباسي منير، التحكيم في العقود الإدارية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2013–2014.

4- العربي عيسى عبد القادر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية دارسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص إدارة عامة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ،2018/2017.

5- بكوش سفيان، هيبة حمو، التحكيم وسيلة بديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي في القانون الإداري، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية ،2016،2017.

6- حمادي نيسات، حرفوش فطيمة، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2014-2015.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفـــهرس	الصفحـة
الشكر	
الاهداء	
الملخص	
مقدمة	أ- د
الفصل الأول:ماهية التحكيم في العقود الإدارية.	5-46
المبحث الأول: مفهوم التحكيم في العقود الإدارية.	6
المطلب الأول: تعريف التحكيم .	6
الفرع الأول:تعريف التحكيم وأهميته.	7
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.	10
الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.	14
الفرع الرابع: أنواع التحكيم.	17
المطلب الثاني: مفهوم اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.	21
الفرع الأول:تعريف اتفاق التحكيم في العقود الإدارية وصوره.	21
الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم.	24
المبحث الثاني: مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية	30
المطلب الأول: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.	30
الفرع الأول: الاتجاه المعارض.	31
الفرع الثاني:الاتجاه المؤيد .	33
المطلب الثاني: موقف الأنظمة المقارنة من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.	35
الفرع الأول: موقف النظام الفرنسي.	35
الفرع الثاني: موقف النظام المصري.	39
الفرع الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري .	41
ملخص الفصل الأول.	46

فهرس المحتويات

الفصل الثاني:النظام القانوني للتحكيم في العقود الإدارية.	75-47
المبحث الأول: تنظيم إجراءات التحكيم في العقود الإدارية.	48
المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم.	48
الفرع الأول: شروط تشكيل هيئة التحكيم.	48
الفرع الثاني: طرق التشكيل.	50
الفرع الثالث: تحديد مكان ولغة التحكيم.	54
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق.	54
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.	54
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.	56
المبحث الثاني: أصول المحاكمة التحكيمية.	58
المطلب الأول: سير إجراءات الخصومة التحكيمية.	58
الفرع الأول: إجراءات الخصومة التحكيمية.	58
الفرع الثاني: نهاية الدعوى أمام محكمة التحكيم.	61
المطلب الثاني: إصدار حكم التحكيم وتنفيذه.	62
الفرع الأول:صدور التحكيمي وطرق الطعن فيه.	63
الفرع الثاني:آثار حكم التحكيم وتنفيذه.	69
ملخص الفصل الثاني.	75
خـــاتمة.	76
مصـادر ومـراجع.	80
فهرس المحتويات.	89