

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية



قسم: الحقوق

التحكيم الداخلي في العقود الإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون
تخصص: القانون العام للأعمال

إشراف الدكتور:
كاملي مراد

إعداد الطالبة:
قشي سليمة

لجنة المناقشة

الأستاذ: سمار نصر الدين، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل.....رئيسا
الأستاذ: كاملي مراد، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل.....مشرفا ومقررا
الأستاذ: آيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.....مناقشا
الأستاذ: بلحيرش حسين، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل.....مدعوا

تاريخ المناقشة: 14 جويلية 2015

الإهداء

إلى روح أبيي و أختي مليكة الطاهرة رحمهما الله
إلى أمي العزيزة أطال الله بقاءها
إلى إخوتي و أخواتي الأعزاء
إلى زوجي وولداي " أحمد جلال" و " حفصة"
حفظهم الله
إلى جميع الأقارب

أهدي عملي هذا

سليمة

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين على جميع النعم
التي أنعمها علي وأشكر فضله بأن وفقني في
إتمام هذا العمل.

كما أشكر الدكتور " كامل مراد " على
جميع التوجيهات القيمة التي أنارني بها، دون
أن أنسى تواضعه الكبير مع جميع الطلبة،
فأدأه الله في خدمة العلم و المعرفة و جعلها
في ميزان حسناته.

من المسلم به أن القضاء هو الذي يتولى الفصل في كافة المنازعات، و هو صاحب الولاية العامة في إصدار الأحكام من خلال المحاكم باختلاف أنواعها بوصفها رموز للسيادة الوطنية، حيث أصبحت إقامة العدالة و تحقيقها إحدى الوظائف الرئيسية للدولة الحديثة، لذا وضعت القوانين و النظم طرق الالتجاء إلى القضاء الرسمي و الطريقة التي تعالج بها القضايا، من خلال كيفية الفصل فيها و طرق الطعن فيما تصدره من أحكام ووسائل تنفيذها، كما تضمنت هذه النظم و القوانين الضمانات التي تكفل استقلال القضاء و حيده و نزاهته و حمايته من تدخل السلطة العامة.

و إذا كان الأصل أن القضاء لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المخصصة لذلك، إلا أنه يمكن أن تعترف الدولة لبعض الأشخاص (أفراد أو هيئات) بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلا ضمن الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة، وهذا يعني السماح باللجوء إلى وسائل أخرى بديلة لتسوية المنازعات.

يعد التحكيم من أبرز الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، نظرا لما يحظى به من مكانة قوية و مهمة خاصة في ظل تنامي العلاقات الاقتصادية و حاجة الدولة و رغبتها في الاستفادة من التطور التقني الحاصل، والذي يفرض عليها الدخول في تعاملات مع مختلف المؤسسات الخاصة في سبيل تفعيل خطط التنمية لديها، بحيث غالبا ما يحرص المتعاقد مع الدولة على التحرر بقدر الإمكان من القيود القانونية و الإجراءات المطولة في حل النزاعات، و لتلبية هذه الرغبة يحرص المتعاقد مع أشخاص القانون العام على أنه حال نشأة أي نزاع حول نص أو بند معين في العقد فإن هذا النزاع يتم حله عن طريق التحكيم.

و لقد كان التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة عسير الهضم، و ذلك لتأثير فكرة السيادة التي تعلق بها الدولة على أشخاص القانون الخاص، و بها تتأى أن تقف معهم على قدم المساواة أمام أي جهة باستثناء قضاء الدولة الرسمي - و هو بذاته من مظاهر سيادتها-، إلا أن هذا المفهوم السياسي الجامد لم يصمد كثيرا، لذا تم تطويع فكرة السيادة في هذا المجال و أصبح التحكيم في العقود الإدارية ممكنا بالرغم من أنّ درجة الأخذ به تدور بين الإطلاق و التقييد من دولة إلى أخرى .

ولقد ظلت المنازعات الإدارية بصفة عامة - ولوقت ليس بالبعيد- في منأى عن التحكيم، ولكن نظرا لتشعب العلاقات الاقتصادية المختلفة أصبح اللجوء إليه أمرا شبه حتمي نظرا لما يتميز به من سرعة و بساطة الإجراءات، بالإضافة إلى توفير الطمأنينة للمتعاملين الاقتصاديين في مواجهة أشخاص القانون العام.

و لما كانت الجزائر إحدى الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القانون و القضاء الذي كرسه دستورها و قوانينها، جعل الفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفا فيها من اختصاص القضاء الإداري، بحيث يحظر عليها طلب التحكيم ما عدا في علاقاتها التجارية الدولية، و هذا ما نص عليه صراحة المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى).

و لكن مع زيادة الاهتمام بالطرق البديلة لتسوية المنازعات وعلى رأسها التحكيم، أدى هذا بالمشرع الجزائري إلى محاولة إيجاد إطار ملائم لتقنين هذه الآلية حتى يمكن تطبيقها بشكل يجعلها أداة فعالة في تكريس العدالة و حماية الحقوق، وهذا من خلال السماح ولأول مرة للأشخاص المعنوية العامة بطلب التحكيم بصور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي دخل حيز النفاذ بعد سنة مباشرة من إصداره.

و تقتصر دراستنا على التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، الذي نقصد به التحكيم في المنازعات التي تكون بين أحد أشخاص القانون العام الوطنية و أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية، والتي تربطهم علاقة قانونية إدارية عقدية ، وهذا خاصة في ظل زيادة التعاقدات الراهنة التي تبرمها الإدارة مع المؤسسات الخاصة الوطنية، كون هذه الأخيرة لا يمكن التصرف في أموالها و لا في خبراتها إلا من خلال التعاقد معها.

الإشكالية:

نظرا لكون العديد من الدول تعرف فكرة العقد الإداري و تأخذ بازواجية القانون و القضاء، فلقد تخلت معظمها عن الحظر الوارد على قبول الدولة و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية سواء بشكل كلي أو جزئي و على رأسها الجزائر.

ولئن كان الأخذ بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية مسألة أمثلتها الحاجة إلى تحقيق قدر أوفى من العدالة والأمان للمتعاقدين من أشخاص القانون الخاص الوطنية، فإن السؤال الذي يستحق أن يطرح هنا هو: هل استطاعت قواعد التحكيم الداخلي في العقود الإدارية التي تضمنها القانون لحل المنازعات القائمة أو المحتملة أن تشكل ضمانا قويا للمتعاقد مع الإدارة مع إلزامية المحافظة على المصلحة العامة محل العقد؟ و يتفرع عن السؤال الرئيسي الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو التحكيم الداخلي في العقود الإدارية؟
- هل جميع العقود الإدارية الداخلية يمكن إدراج اتفاقية تحكيم فيها؟

- ما هي الآثار المترتبة عن إدراج اتفاقية تحكيم داخلي في هذه العقود؟
- ما هي الإجراءات المتبعة لإعمال اتفاقية التحكيم الداخلي والوصول إلى إصدار حكم التحكيم؟
- كيف ينفذ حكم التحكيم الداخلي؟ و هل مَكَّنَّ المشرع الأطراف من الطعن فيه؟

للإجابة عن هذه التساؤلات لابد من تحليل قواعد قانون التحكيم الداخلي المطبقة على العقود الإدارية، لإبراز الآثار الإيجابية و السلبية فيها، من خلال تتبع كل مراحل العملية التحكيمية بدءا من إبرام اتفاقية التحكيم الداخلي وصولا إلى إصدار حكم التحكيم و ما يليه من إجراءات.

أهمية البحث:

- أهمية التحكيم الداخلي كوسيلة مشجعة للاستثمار داخل الدولة، وفعاليتها في تحقيق التواصل والتفاهم وزيادة الثقة بين أطراف النزاع.
- معرفة مدى احتفاظ أشخاص القانون العام بسلطاتهم اتجاه المتعاقد معهم، بعد إدراجهم لاتفاقية التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، نظرا لما تتضمنه هذه الأخيرة من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
- معرفة الحالات التي ممكن للقضاء الإداري أن يتدخل فيها، رغم وجود اتفاقية تحكيم داخلي في العقود الإدارية والتي تهدف إلى حل النزاعات الحالة أو المستقبلية بعيدا عن القضاء.

أهداف البحث:

- إبراز إحدى الضمانات الأساسية للمتعاقد الوطني مع أشخاص القانون العام الوطنية والمتمثلة في التحكيم الداخلي المدرج في العقود الإدارية ، لتبيان ايجابياته وسلبياته.
- الخروج بنتائج واقتراح توصيات بشأن إقرار قواعد قانونية واضحة في حال عدم وجود مثل هذه القواعد، حتى لا يصبح التحكيم الذي أقره المشرع وسيلة لحل النزاع نزاعا بحد ذاته.

المنهج المتبع:

بالنسبة للمنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الاستقرائي، الذي نقوم من خلاله بتتبع النصوص القانونية ذات الصلة، و كذا آراء الفقهاء المختلفة، من أجل وضع صورة واضحة للموضوع محل الدراسة. وبعتمادنا للمنهج التحليلي و نحن بصدد تحليل النصوص القانونية و الآراء الفقهية في التشريع الجزائري و أحيانا في بعض التشريعات أخرى، نستعين أيضا بالمنهج المقارن في أجزاء مختلفة من هذه

الدراسة لإبراز أوجه التوافق و أوجه الاختلاف إن وجدت، و التي من خلالها تبرز مزايا و عيوب القانون الوطني.

الدراسات السابقة:

تم الاستناد إلى العديد من المصادر و المراجع ذات الصلة بموضوع البحث و المتمثلة في القوانين و الكتب و الأطروحات الجامعية و مقالات المؤتمرات و الأبحاث المنشورة على المواقع الإلكترونية، و ذلك وفق المبين في قائمة المراجع، لكن هذه المراجع لم تتناول موضوع البحث بشكل مباشر و إنما كانت عامة لا تتعلق بالقانون الجزائري.

وأهم هذه الدراسات التي تمت الاستعانة بها:

1. رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون تحت عنوان " فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر " للأستاذ عيساوي محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تحت إشراف الدكتور: كاشر عبد القادر، بحيث أفادنتي في مختلف جوانب البحث خاصة من حيث تحليل النصوص القانونية، لكن بالرغم من هذا تبقى هذه الرسالة تتناول بتعمق التحكيم التجاري الدولي و ليس التحكيم محل الدراسة.
2. بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر ، بمركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية، للدكتور شريف يوسف خاطر تحت عنوان "التحكيم في مجال العقود الإدارية"، في الفترة ما بين 28-30 أبريل 2008، حيث أفادني كثيرا في مقارنة قانون التحكيم الداخلي الجزائري في العقود الإدارية و بعض قوانين الدول الأخرى، لمعرفة نطاق التحكيم في كل نظام واستخراج الايجابيات والسلبيات إن وجدت.
3. إضافة إلى مجموعة من الكتب التي ساعدت في تحديد مفهوم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية و كذا التوسع في موضوع البحث منها: كتاب بعنوان " التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية"، للدكتور محمود السيد التحيوي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية سنة 1999، و أيضا كتاب بعنوان " التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية"، للدكتور نبيل إسماعيل عمر، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2005 و لكن هذه الدراسات تبقى للقانون المصري و ليست للقانون الجزائري.

خطة الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية السابقة ارتأيت تقسيم البحث إلى فصلين، أتناول في الفصل الأول اتفاقيات التحكيم الداخلي في العقود الإدارية مبرزة فيه مفهوم التحكيم محل الدراسة وأيضاً اتفاقيات التحكيم الداخلي من حيث أنواعها وشروطها والآثار المترتبة عنها بالإضافة الى نطاقها، أما الفصل الثاني فتناولت فيه الخصومة التحكيمية وصدور حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، مبرزة فيه إجراءات سير العملية التحكيمية وعوارض استمرارها، بالإضافة إلى صدور حكم التحكيم الداخلي وما يليه من إجراءات طلب تنفيذه وطرق الطعن فيه، وذلك للإحاطة بالموضوع وإبراز جوانب الفعالية فيه إن وجدت، بالإضافة إلى استخراج إيجابيات وسلبيات القواعد القانونية المطبقة عليه.

لا تختلف فكرة التحكيم في المجتمعات المعاصرة كثيرا عنها في المجتمعات القديمة، فهو في كل منها يعني تحقيق مدى شرعية ادعاءات طرفين حول حق أو مركز قانوني معين، عن طريق طرف ثالث يختارانه و يثقان في خبرته و حسن تقديره، لذا يعتبر التحكيم نظام قديم حديث، قديم في نشأته و وجوده، و حديث في أحكامه و مادته و دراسته¹.

و نظرا لتزايد الدور الذي يلعبه التحكيم الداخلي في الوقت الحاضر في حسم المنازعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها، خاصة بعد زيادة تدخلهم في الحياة الاقتصادية بهدف تحقيق التنمية وإشباع الحاجات العامة، أدى هذا إلى ظهور علاقات بينهم و بين أشخاص القانون الخاص الوطنية ترتب عنها قبول فكرة التحكيم و لو في مجالات محددة لحل ما قد ينشأ من منازعات تترتب عن تلك التعاقدات (المبحث الأول).

و يستند التحكيم أيا كانت صورته إلى اتفاق بين أطرافه و الذي يعتبر مفترضا ضروريا للعملية التحكيمية بكافة مراحلها²، بحيث قد يتخذ صورة اتفاق تحكيم متضمن في العقد الأصلي³، أو اتفاق تحكيم مستقل عنه، يتطلب شروطا شكلية و موضوعية لازمة لصحته حتى يرتب آثاره القانونية. و على الرغم من أن التحكيم الداخلي أصبح من الوسائل الأساسية لحل المنازعات إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة في المجال الإداري حيث اختلفت التشريعات الوطنية حول مشروعية هذه الآلية في حسم منازعات العقود الإدارية، و لكن بالرغم من هذا فإن المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية أدت إلى فرض تعديلات على الكثير من التشريعات، و التي تدور بين مؤيد و معارض لفكرة التحكيم محل الدراسة (المبحث الثاني).

¹ عبد القادر ناريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 02.

² الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 14.

³ إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إبرام اتفاق تحكيم مستقل لاحق على إبرام العقد الأصلي.

المبحث الأول:

مفهوم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية و تمييزه عما يشابهه.

تثير العقود الإدارية العديد من الصعوبات نظرا للتفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، كونها تبرم بين شخص من أشخاص القانون العام الذي يتمتع بامتيازات استثنائية وسيادية، و أحد أشخاص القانون الخاص والذي لا يتمتع بمثل هذه الامتيازات. و التفاوت في المراكز القانونية بين الطرفين المتعاقدين، و وجود هذا النوع من العقود في حدود القانون العام دفع بالفقه إلى القول بضرورة إخضاع هذه العقود إلى نظام مختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المبرمة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، لذا لم يكن يتصور إمكانية إدراج اتفاقية تحكيم في هذه العقود نظرا لطابعها الخاص، و هذا ما دفعنا إلى تناول مفهومها و تمييزها عما يشابهها مع تحديد عناصرها و الآثار المترتبة عنها (المطلب الأول).

ويرتبط التحكيم بوجود نزاع يراد حسمه عن غير طريق قضاء الدولة، بناء على اتفاق بين أطرافه، فإذا انتفى النزاع انتفى وجود التحكيم معه، لذا يعود السبب في اللجوء إلى هذا الأسلوب للمزايا التي يوفرها، خاصة عندما تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، لأنهم يرون أن هذه الأخيرة لما تكون طرفا في أي علاقة لا يدرج فيها اتفاق تحكيم تكون خصما و حكما في ذات الوقت¹. إن دراسة موضوع التحكيم الداخلي في العقود الإدارية يستلزم تناول مفهوم التحكيم من خلال تعريفه و تحديد طبيعته القانونية التي اختلف الفقه حولها، و كذا المزايا التي يتمتع بها مع إظهار بعض السلبيات التي لا يخلو منها أي نظام حديث، كما لا بد من تمييزه عما يشابهه من أنظمة نظرا لذاتيته الخاصة (المطلب الثاني).

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسات شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 08.

المطلب الأول:

مفهوم العقود الإدارية وبيان عناصرها والآثار المترتبة عنها.

تعتبر نظرية العقد الإداري قضائية المنشأ، إذ أنشأها وأرسى مبادئها - كبقية نظريات ومبادئ القانون الإداري الأساسية - مجلس الدولة الفرنسي-، فلم يتدخل المشرع إلا لاحقاً في هذا المجال وغالبا ما يكون تدخله تقنياً لما سبق أن قرره القضاء من حلول¹.

وتثير العقود الإدارية العديد من الإشكالات نظراً للتفاوت الموجود في المراكز القانونية بين أطراف العلاقة، مما يجعلها تخضع لنظام خاص يختلف عن النظام الذي تخضع له العقود الأخرى.

و في هذا الجزء من الدراسة سيتم تحديد مفهوم العقود الإدارية، وذلك من خلال تبيان المقصود منها مع تمييزها عن بعض التصرفات القانونية الأخرى (الفرع الأول)، وكذلك الشروط اللازمة لاكتساب العقد الإداري الصفة الإدارية (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى ما ترتبه هذه العقود من حقوق والتزامات على عاتق طرفيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريف العقود الإدارية و تمييزها عن بعض التصرفات القانونية المشابهة لها.

يلجأ أشخاص القانون العام وهم بصدد القيام بسلطاتهم إلى إصدار قرارات إدارية²، بغرض إحداث أثر قانوني مشروع، استناداً إلى ما يملكون من سلطة إصدار هذه القرارات بمقتضى القوانين واللوائح³.

كما يلجؤون إلى أسلوب آخر يتمثل في إبرام العقود الإدارية التي لا تقل أهمية عن الأسلوب الأول، وذلك لعدم إمكانية التصرف في أموال الأفراد أو المؤسسات الخاصة، وأن تستعين بخدماتهم رغماً عنهم، دائماً وبصورة مطلقة⁴ (أولاً) .

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري - المقومات، الإجراءات، الآثار - دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 03.

² إن القرار الإداري هو عبارة عن عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة لتحقيق المصلحة العامة.

³ نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2002، ص 34.

⁴ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997، ص 09.

ونظرا للخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية عن باقي التصرفات القانونية الأخرى، تطلب الأمر إبراز هذا الاختلاف لفهم هذه العقود بشكل أكثر (ثانياً).

أولاً: تعريف العقود الإدارية .

عرّف بعض فقهاء القانون العقد الإداري أنه: "العقد الذي يبرمه شخصاً معنوياً عاماً بقصد تنظيم مرفق عام، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام"¹

ومنهم من عرّفه بشيء من التفصيل، معتمداً في ذلك على ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فعرفه أنه ذلك: "العقد الذي يبرمه شخصاً معنوياً عاماً بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه،

وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"².

كما أوردت عدة أحكام قضائية تعريفاً للعقد الإداري ، منها الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بمصر، حيث ذكرت أن العقد الإداري هو: "العقد الذي يبرمه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"³.

كما تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر الاتجاه ذاته، حيث قضت بأنه: "يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام، فيما تضمنته من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"⁴.

عند دراسة التعاريف السابقة نلاحظ مايلي:

أنها بعمومها أوضحت فكرة العقد الإداري، والتي تقوم على أركان ثلاث هي: أن يكون مُبرم العقد شخصاً عاماً، ويتعلق العقد بمرفق عام، وأن يكون بوسائل القانون العام.

¹ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، 1984، ص19، وأيضاً محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص4.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص59.

³ طعن رقم 576-11ق، جلسة 1976.12.30، المذكور في كتاب د مجدي التولي، مبادئ القضاء المصري، مصر، ص811.

⁴ الحكم الصادر في القضية رقم 7 لسنة 10 قضائية بتاريخ 19. 01. 1980 المذكور في كتاب د عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص33 وما بعدها.

وبالتالي فهي ركزت في تعريفها للعقد على أشخاص القانون العام، ما عدا تعريف المحكمة الدستورية العليا في مصر الذي جاء فيه أن العقد حتى يكون إداريا لا بد أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بمعنى أن الطرف الآخر يمكن أن يكون من أشخاص القانون الخاص .

كما أن التعاريف لم تتطرق إلى محل العقد ومدى شرعيته إذ من الممكن أن يتم إبرام عقد إداري من طرف الإدارة بالمخالفة لأحكام القانون.

ونرى أن السبب في عدم إيراد ذلك أن مشروعية المحل من الأمور المفترضة لدى فقهاء القانون الإداري.

ومنه فالعقد الإداري يستمد قواعده إذن إما من نصوص تشريعية تنظم جانبا أو أكثر من جوانبه، و إما من أحكام القضاء الإداري التي يمارس القاضي من خلالها دورا بارزا في خلق واستخلاص المبادئ القانونية التي تحكم هذا العقد دون التقيد في ذلك بأحكام القانون المدني¹.

كما ينشأ أثر توافق إرادتي الإدارة و المتعاقد معها، حيث يصدر إيجاب من المتعاقد مع الإدارة إذا صادفه قبول منها انعقد العقد².

وبما أن موضوع الدراسة يدور حول التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، فيمكن أن نخلص إلى أن العقد الإداري الداخلي هو " اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما داخليا والطرف الآخر قد يكون أيضا شخصا معنويا عاما داخليا أو شخصا من أشخاص القانون الخاص الداخلية، وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام لتسيير مرفق عام من خلال تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد".

ومنه فالعقد الإداري يقوم على ثلاث عناصر أساسية، سيتم توضيحها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانيا : تمييز العقود الإدارية عن بعض التصرفات القانونية المشابهة لها.

إن ذاتية العقد الإداري تفرض تمييزه عن بعض التصرفات القانونية المشابهة له نذكر منها:

1- العقد الإداري و العقد المدني:

رغم أن العقد الإداري و العقد المدني يتفقان من حيث أساس قيام كل منهما، و ذلك من خلال إيجاب و قبول صحيحين ينشئ على طرفيه التزامات متبادلة إلا أنه هناك اختلافا جوهريا بينهما يتمثل

¹ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1991، ص 12.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 48.

في أن العقد المدني يقوم على مبدأ توازن الالتزامات المتبادلة بين أطرافه، بينما يندم هذا التوازن في العقد الإداري حيث تكون كفتي المتعاقدين غير متكافئة تميل لصالح الإدارة، و أساس ذلك هو الرغبة في تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها .

و هنا نجد أن للإدارة الحق في مراقبة العقد من بدايته و حتى نهايته لما لها من السلطات تميزها عن المتعاقد معها، ومثال ذلك اختيار طريقة تنفيذ العقد و تعديل شروطه التنظيمية بما يخدم المصلحة العامة، كما تملك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، و حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة و هذا ما يفسر استغراب إدراج اتفاقية تحكيم في مثل هذه العقود.

وهنا يتضح أن قاعدة العقد سريعة المتعاقدين لا يمكن إعمالها بشكل كلي بالنسبة للعقود الإدارية على النحو المعمول به في العقود المدنية.

2- العقد الإداري و القرار الإداري:

بالرغم أن كلا من العقد الإداري و القرار الإداري وسيلة لتمكين الإدارة من تسيير النشاط الإداري بغية تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه ثمة اختلافا جوهريا بينهما، فالقرار الإداري تصرف قانوني غير تعاقدي تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، حيث يحدث أثرا قانونيا يتمثل في إنشاء أو إلغاء أو تعديل مركز قانوني فردي أو عام مادام هذا الأمر مشروع من الناحية القانونية، بينما العقد الإداري يقوم على توافق إرادتي عاقيه و الذي يتعين أن يكون أحد على الأقل طرفيه شخصا معنويا عاما لإنشاء التزامات تعاقدية¹.

الفرع الثاني:

عناصر العقود الإدارية.

من خلال تعريف العقد الإداري يتضح أنه يتكون من ثلاثة عناصر تكاملية فيما بينها، بحيث إذا تخلف أحدها انحسرت عن العقد الصفة الإدارية، و تتمثل هذه العناصر في :

الأول: أن تكون الإدارة طرفا في العقد، **الثاني:** أن يتصل العقد بمرفق عام تسييرا و تنظيما، **الثالث:** إتباع أسلوب القانون العام بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

و هنا سوف يتم تناول هذه العناصر بإيجاز على النحو التالي:

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، المرجع السابق، ص 52.

أولاً: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

لا يكون العقد إدارياً إلا إذا كان طرفاه أو أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، لأن العقد الإداري يعتبر وسيلة لتسيير النشاط الإداري للإدارة¹، و من ثم لا يكون العقد إدارياً إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص².

و بالرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، نجد أنها حصرت الأشخاص المعنوية العامة في الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

وإذا كانت الأشخاص الثلاثة الأولى لا تثير أي إشكال، فإن المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري اعتبرها بعض الفقه أنها تثير إشكالا كبيرا، لأنه يفهم من نص المادة 800 استبعاد المؤسسات العامة الأخرى غير الإدارية من إبرام العقود الإدارية، كالمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري، وبالتالي فإن هذا الأمر يعتبر عدم تطابق واضح بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تنظيم الصفقات العمومية ؟ هذا الأخير الذي نص في المادة 402⁴ منه على أنواع المؤسسات العمومية التي يسمح لها بإبرام الصفقات العمومية- العقود الإدارية- والتي كان من بينها المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسات العامة الاقتصادية⁵.

إضافة إلى ماسبق تم استبعاد التعاقد بين إدارتين عموميتين في الفقرة الأخيرة من المادة 02 سابقة الذكر، و هنا رأى بعض الفقه أن يفتح المشرع باب المنافسة بين القطاع العام و القطاع الخاص و ذلك تطبيقاً لمبدأ المنافسة من جهة و مبدأ حرية الصناعة و التجارة من جهة أخرى، لذا تم اقتراح إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 02 سابقة الذكر⁶.

مع الإشارة أنه يمكن للشخص المعنوي العام أن يتعاقد لحسابه أو لحساب شخص آخر من الأشخاص المعنوية العامة، كما أنه في حالة إبرام عقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص،

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 63.

² أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 29.

³ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، ج ر ج ج عدد 58، المعدل و المتمم.

⁵ لتفصيل أكثر أنظر في هذا الصدد ص 48 و ص 49 من المبحث الثاني من هذا الفصل.

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، دار جسر، 2011، ص 58.

يتصرف أحدهما لحساب شخص معنوي عام و ليس لحسابه الخاص، فهو يعتبر عقدا إداريا إذا توافرت له بقية الشروط الأخرى التي يقوم عليها و بها العقد الإداري¹.

ثانيا: اتصال العقد بنشاط مرفق عام

إن كل ما تبرمه الإدارة من عقود لا يكتسب الصفة الإدارية، فالإدارة إلى جانب إبرامها لتلك العقود، تبرم أيضا عقود أخرى، إذا رأت أن مصلحتها تقتضي ذلك²، و بالتالي حتى يمكن اسباغ الوصف الإداري على عقود الإدارة يجب أن تتصل بنشاط مرفق عام³، و هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته و يعمل بانتظام و استمرار و تستعين في إنشائه و تسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة ، خدمة للمصالح العامة في الدولة⁴.

وبالتالي كلما انقطعت صلة العقد عن المرفق العام انتفى عنه الوصف القانوني للعقد الإداري، و من ذلك ما تبرمه الأشخاص المعنوية العامة من عقود تتصل باستغلال أموالها الخاصة و التصرف فيها⁵.

أما من صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام نجد عقد الامتياز الذي يشارك من خلاله المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق.

ثالثا: إتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري - فكرة الشروط الاستثنائية -

لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه، بل ينبغي أن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام عند تعاقدها، والتي تعرف بالشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث تم تعريفها بأنها " تلك الشروط الغريبة بحكم طبيعتها في علاقات الأفراد لأنها تؤدي إلى عدم الموازنة بين المتعاقدين، فتعطي للشخص العام وصفا متميزا في مواجهة المتعاقد معها"⁶.

وهدف تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية، هو الرغبة في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص59.

² أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، مرجع سابق، ص 41.

³ كما عرف المرفق العام من ناحيتين، أولا: من الناحية الشكلية يعني المنظمة أو الهيئة التي تمارس النشاط ، و ثانيا: من الناحية الموضوعية يعني الخدمة أو النشاط التي يستهدف النفع العام. راجع: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 75.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص59.

⁵ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 41.

⁶ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 86 و ما بعدها .

ومن صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة حق الإدارة في الفسخ المنفرد أو التعديل المنفرد للعقد أو توقيع جزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته، و أيضا إخضاع الإدارة المتعاقد معها لسلطتها الإشرافية و الرقابية أثناء تنفيذه للعقد، أو منح الإدارة لنفسها سلطة التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه أو عماله و تحديد ساعات العمل و الأجور الخاصة بهم¹.

أما بالنسبة للشروط التي قد تقرر لمصلحة المتعاقد مع الإدارة فقد تتمثل في حقه في تحصيل رسوم من المنتفعين أو الاستفادة من نزع ملكية للمنفعة العامة، على أن منح المتعاقد مع الإدارة هذه الامتيازات لا يكون إلا بالقدر الضروري الذي يستلزمه تنفيذ العقد ، و أظهر العقود الإدارية في هذا الصدد هي عقود امتياز المرافق العامة².

الفرع الثالث:

آثار العقود الإدارية.

سبق و تم ذكر أن من أهم خصائص العقود الإدارية التي تتميز بها عن عقود القانون الخاص تكمن في تمتع الإدارة بسلطات و حقوق استثنائية لا مثيل لها في نطاق علاقات أشخاص القانون الخاص (أولا)، و مبرر ذلك يتمثل في مقتضيات تنظيم و تسيير المرافق العامة بانتظام و استمرار مما يحقق الصالح العام، وفي مقابل ذلك فإن المتعاقد مع الإدارة له حقوق أيضا تضمن له مستحقاته المالية و تحقق التوازن المالي للعقد انطلاقا من مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد (ثانيا).

أولا: سلطات و حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .

إذا كانت القاعدة العامة في عقود القانون الخاص أن "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز لأي من أطرافه أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديله أو إنهائه، و لكن هذه القاعدة يتعطل إعمالها في مجال عقود القانون العام متى اقتضت ذلك المصلحة العامة³.

إن فحقوق و سلطات الإدارة اتجاه المتعاقد معها تتجمع بصفة أساسية فيما يلي:

¹ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 151.

² محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 59.

³ المرجع نفسه، ص 284.

1- سلطة الإشراف و الرقابة :

تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف و التوجيه و ذلك من خلال الرقابة التي تمارسها عند تنفيذ العقد و هو حق ثابت حتى مع عدم وجود نص، و هدف الإدارة من ذلك هو التأكد من أن المتعاقد معها ينفذ التزاماته التعاقدية طبقاً للشروط المحددة في العقد¹.

و يجب أن نشير هنا أن سلطة الإدارة في الرقابة ليست مطلقة و ذلك حتى لا تتعسف في استعمال هذا الحق، و من بين القيود الواردة على هذه السلطة نذكر مثلاً:

- عدم استعمال الإدارة سلطتها إلى حد تعديل موضوع العقد.
- عدم استعمال الإدارة لهذه السلطة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع العقد.

2- سلطة تعديل بعض شروط العقد:

تملك الإدارة سلطة تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة حتى و لو لم ينص العقد على ذلك، و هذا إذا اقتضت ضرورة سير المرفق العام بانتظام و اضطراب ، وأيضاً تحقيق المصلحة العامة، من خلال تلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه.

و إذا كانت للإدارة سلطة التعديل بالزيادة أو بالنقصان فإن القرار الذي تصدره يجب أن تتوفر فيه سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً²، حتى لا يؤدي بالمساس بموضوع العقد.

3- سلطة توقيع الجزاءات:

إذا أخلّ المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته فإن هذه الأخيرة باعتبارها سلطة عامة تملك الحق في توقيع جزاءات عليه، و يمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى:

- أ- جزاءات مالية كالغرامات، مصادرة مبلغ الضمان.
- ب- وسائل الضغط، وهنا الإدارة لا تلجأ إلى هذا الأسلوب إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية و بعد الإعدار، و مثال ذلك: توقيف الأشغال و سحب العمل من المقاول و إسناده لشخص آخر.

4- سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة:

اعترف كل من القضاء و التشريع بسلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا أخلّ المتعاقد بالتزاماته ، و يعد الفسخ من أشد الجزاءات لأنه يضع نهاية حاسمة للعلاقات التعاقدية بين الطرفين، لكن

¹ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 257.

² علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص 20.

هذا كله لا يكون إلا بعد مجموعة من الإجراءات، فالتشريع الجزائري مثلا و بالضبط في قانون الصفقات العمومية¹، نجد أنه ينص على وجوب توجيه اعذار للمتعاقد، بهدف الوفاء بالالتزامات خلال مدة معينة، و هنا أحسن المشرع صنعا عندما نص على هذا الأمر حتى لا تتعسف الإدارة في استعمال سلطاتها.

و في مقابل الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، فإنها تخضع لمجموعة من الالتزامات يمكن حصرها فيما يلي:

- الالتزام بتنفيذ شروط العقد تنفيذا سليما.
- الالتزام بعدم القيام بأي عمل يتعارض مع التزاماتها التعاقدية أو تعرقل مهمة المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته.

ثانيا: حقوق و التزامات المتعاقد مع الإدارة .

مقابل السلطات الواسعة الممنوحة للإدارة يتمتع المتعاقد معها بمجموعة من الحقوق تقابلها عدة التزامات.

و بما أن هدف المتعاقد عادة ما يكون تحقيق الربح فان حقوقه يمكن حصرها فيما يلي:

1- الحق في الحصول على المقابل المالي:

ذلك أنه من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عملا أو خدمة لتسيير المرافق العامة، حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو الأشغال التي قام المتعاقد بتنفيذها أو للخدمة المقدمة². ويتخذ المقابل المالي عدة صور فقد يكون رسما كما هو الحال في عقود الامتياز، و قد يكون في شكل مرتب شهري كما هو الحال في عقود التوظيف، و قد يكون في شكل ثمن و هو الطابع الغالب على عقود الإدارة مثل عقود الأشغال العامة.

ومن بين الضوابط التي تحكم المقابل المالي نذكر منها:

¹ أنظر المادة 112 من قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق.

² محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 392 و ما بعدها.

- الأصل في العقود الإدارية أن دفع المقابل المالي للمتعاقد لا يكون إلا بعد تنفيذ العقد، و استثناءا يجوز صرف دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم تنفيذ العقد وفقا للشروط التي يحددها القانون و التنظيم الساري المفعول.
- لا تملك الإدارة أن تعدل المقابل المالي بإرادتها المنفردة فإذا كان من حقها تعديل بعض شروط العقد فان ذلك لا يمس المقابل المالي المتفق عليه.

2- الحق في التعويض:

و ذلك عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لبعض الإجراءات و الحوادث التي قد تعترض مسار تنفيذ العقد، بشرط أن تكون هذه الأضرار ثابتة ثبوتا يقينا، و يشمل التعويض هنا ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب¹.

و يقوم حق المتعاقد مع الإدارة في طلب التعويض على عدة حالات منها :

- على أساس الخطأ الذي ترتكبه الإدارة .
- على أساس الإثراء بلا سبب.
- على أساس نظريات التوازن المالي للعقد (نظرية الظروف الطارئة ، نظرية عمل الأمير ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة).

و في مقابل الحقوق التي تمنح للمتعاقد مع الإدارة فانه تقع عليه مجموعة من الالتزامات أهمها :

- الالتزام بتنفيذ شروط العقد في الوقت و الزمن المحددين وفق الشروط المنصوص عليها في العقد.

إذن هذه هي أهم النقاط الأساسية التي لا بد من التطرق إليها لفهم الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية مقارنة بالعقود الأخرى و هو السبب الذي أدى بالتشريعات المختلفة إلى التردد في إمكانية إدراج اتفاقية تحكيم في هذه العقود من عدمه و هذا ما سنراه لاحقا.

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 403.

المطلب الثاني:

مفهوم التحكيم الداخلي.

يعتبر التحكيم أداة فعالة في تسوية المنازعات إلا أن ذاتيته الخاصة تضيء عليه معنى خاصا يميزه عما سواه من وسائل التسوية الأخرى¹(الفرع الأول).
و لقد ظهرت عدة نظريات اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فاتجاه يسلم بطبيعته العقدية و آخر بطبيعته القضائية، بينما هناك ثالث يرى بأنه ذو طبيعة خاصة، و لكل منهم حجج وأسناد يستند إليها في تأييد وجهة نظره التي يتبناها (الفرع الثاني).
مع الإشارة أن التحكيم الداخلي له العديد من الإيجابيات يوفرها لأطرافه، غير أنه و كأى نظام حديث يؤخذ عليه بعض السلبيات رغم إقرار البعض بأنها عقبات تعود إلى نقص التأطير القانوني² (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريف التحكيم الداخلي و تمييزه عما يشابهه.

يطلق على التحكيم مسميات فرعية حسب طبيعة المنازعة التي يراد حسمها عن طريقه، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي تحكيما تجاريا، و إذا كانت المنازعة مدنية سمي تحكيما مدنيا، و إذا كانت المنازعة إدارية سمي تحكيما إداريا³، و هذا الأخير هو المعني بالدراسة، حيث نتناول تعريفه (أولا)، ثم تمييزه عن الوسائل البديلة الأخرى لتسوية المنازعات و التي اعتمدها المشرع الجزائري (ثانيا).
أولا: تعريف التحكيم الداخلي: نتناول تعريفه العام ثم نخلص إلى تعريفه بالوصف الإداري.
1. التحكيم بمعناه العام: و نتطرق إليه من ناحيتين.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص 11.

² بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 08.

³ أشرف محمد خليل حمّاد، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، مرجع سابق، ص 13

أ. من الناحية اللغوية:

التحكيم في اللغة معناه التفويض و مصدره حَكَمَ - بتشديد الكاف مع الفتح- و يقال حَكَمْتُ فلانا في مالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، و استحکم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه، و حكموهم فيما بينهم، أمره أن يحكم في الأمر، أي يجعلوه حَكَمًا فيما بينهم¹.

من خلال هذا التعريف فالتحكيم هو عبارة عن اتفاق بين فريقين أو أكثر لتسوية منازعاتهم بالإحالة إلى محكم أو محكمين يرضون بحكمه.

كما عرّف التحكيم أيضا لغة بأنه : مأخوذ من كلمة (الحُكْم) القضاء، و الحُكْمُ أيضا من باب ظرف أي صار حكيما و (أَحْكَمَهُ فَاسْتَحْكَمَ) أي صار مُحْكَمًا².

و معنى التعريف أن التحكيم يعني تفويض الغير بنظر مسألة معينة، و يسمى المفوضون محكمون و مفرده حَكَمًا أو مُحْكَمًا بتشديد الكاف مع الكسر.

و قد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما"³. و قوله تعالى: " و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها"⁴.

ومن ثم فالتحكيم شرعا يعني توليه و تقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعا.

مما تقدم نخلص إلى أنّ التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير ليحكموا فيه.

ب. التحكيم في إصلاح الفقهاء :

عرّف بعض الفقهاء التحكيم بما يلي: "يقصد بالتحكيم العدالة الخاصة، وهي آلية يتم وفقا لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"⁵.

¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978، ص 98.

² إبراهيم محمد العنابي، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2006، ص 20.

³ الآية 65 من سورة النساء.

⁴ الآية 35 من سورة النساء.

⁵ Jean Robert, L'arbitrage droit interne, Droit international privé, Dalloz, paris, 1993, p 6.

وعرفه آخر بأنه: " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"¹.

كما تم تعريفه بأنه " اصطلاح يقصد به إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص محكم أو أشخاص محكمين غير أطراف النزاع، الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين الأطراف المذكورين، دون أن يكونوا معينين من قبل الدولة"².

كما ذهب جانب من الفقه بأنه " أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافه، ينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراد عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع"³.

ويعرفه البعض الآخر بأنه " نوع من القضاء الاختياري يلجئون إليه لكي يفصل في بعض منازعاتهم بحكم يرتضونه سلفا، حيث يختار أطراف المنازعة شخصا أو أشخاص معينين للفصل في هذا النزاع الذي ينشب بينهم و يتعهدون بالرضا بما ينتهون إليه من حكم و إنفاذه"⁴.

من خلال هذه التعاريف المختلفة يلاحظ أن لمبدأ سلطان الإرادة الدور في قيام التحكيم هذا الأخير الذي يهدف إلى حل النزاعات بين أطرافه بعيدا عن القضاء.

غير أننا نرى أن إرادة أطراف النزاع وحدها غير كافية لذلك، إذ لا بد أن يجيز المشرع هذا النظام لتسوية المنازعات، و إلا كان قضاء الدولة هو المختص.

مما تقدم و بالرجوع إلى قانون التحكيم الداخلي الجزائري يمكن أن نخلص بأن التحكيم هو: "وسيلة قانونية يلجأ إليها أشخاص تربطهم علاقة قانونية، تبدأ باختيار شخص أو أكثر (طبيعي أو معنوي) محايد ليفصل في منازعاتهم الناشئة أو المحتملة، بحكم يرتضونه سلفا بتنفيذه طوعا".

¹ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص15.
² « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – L'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leur pouvoirs d'une convention privée et statuent sur les base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'état » voir : René David, L'arbitrage dans le commerce international, economica, paris, 1982, p 9.

³ جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص9.

⁴ يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في عالم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2006، ص9.

2. التحكيم الإداري الداخلي:

تعددت التعاريف بشأن التحكيم الإداري الداخلي منها من عرفه بأنه: " هو الذي يجري بشأن الخلافات التي تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرم فيما بين الدولة ممثلة بأحد أشخاصها الإداريين، و بين أشخاص عاديين بهدف تنفيذ التزام لصالح المنفعة العامة"¹.

كما تم تعريفه بأنه "الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها، لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدي أو غير عقدي فيما بينها أو بين أحدها و أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية، سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختياري أو إجباري وفقا لقواعد القانون الآمرة"².

و يعرفه البعض الآخر أيضا بأنه: " نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة و سائر أشخاص القانون العام التابعة لها، إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدي أو غير عقدي وطنية، من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطريقة التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك و خروجاً عن مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة و سائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم"³.

من خلال هذه التعاريف نجد أن التعريف الأول مثلا، ربط التحكيم الإداري بالخلافات التي تنشأ عن العقود الإدارية فقط، بينما التعريف الثاني ربطه بالمنازعات التي تنشأ عن علاقات قانونية إدارية سواء كانت عقدي أو غير عقدي و نفس الأمر بالنسبة للتعريف الثالث، لكن هذا الأخير قصره على بعض المنازعات دون أخرى بحسب ما ينص عليه القانون.

على الرغم من أن إرادة أطراف العلاقة القانونية هي التي تنشئ اتفاقية التحكيم، إلا أنها لا تنشئ التحكيم ذاته، إذ أن إجازة التحكيم في مجال معين تتطلب نص المشرع على ذلك بتحديد نطاق التحكيم، أي تحديد المسائل التي يجوز أو يحظر فيها التحكيم.

و التعريف الذي ممكن أن نخلص إليه فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية هو أن " التحكيم وسيلة قانونية يلجأ إليها أحد أشخاص القانون العام الوطنية و التي تربطه علاقة إدارية عقدي

¹ باسمه لطفي الدباس، شروط اتفاق التحكيم و آثاره، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 2005، ص 19.

² أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 331 و ما بعدها.

³ نجلاء حسن أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 24.

بأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ وفقا لقواعد القانون بهدف تحقيق المصلحة العامة".

ثانيا: تمييز التحكيم الداخلي عن الوسائل البديلة الأخرى المشابهة له.

إذا كان من غير المعقول تصور حياة بدون نزاعات، كذلك لا يمكن تصور نزاع بدون حل، لذلك عمل الإنسان على البحث عن أحسن السبل للفصل في هذه النزاعات، مع مراعاة قواعد العدالة والإنصاف.

وإذا كانت النزاعات تحل مبدئيا بواسطة السلطة القضائية، إلا أن القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء إلزاميا على الخصوم، حيث كان لتطور ظروف التجارة والاستثمار سواء داخليا أو دوليا ظهور طرق بديلة لحل النزاعات (MARD) والتي أصبحت إجراءاتها أشبه بكثير من تلك المعمول بها أمام المحاكم الرسمية التابعة للدولة¹.

وهنا سيتم التطرق إلى الوسائل البديلة الأخرى المشابهة للتحكيم الإداري التي اعتمدها المشرع الجزائري و المتمثلة في الصلح الإداري و الوساطة الإدارية و ذلك لتمييز التحكيم الإداري عنها من خلال إبراز أوجه الشبه و أوجه الاختلاف.

1. تمييز التحكيم الإداري عن الصلح الإداري:

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 ق م بأنه: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ،و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل على حقه"². و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و بالضبط إلى المادة 970 منه نجد أنها تنص على ما يلي: " يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل ". و منه فالصلح الإداري هو إجراء اختياري قصره المشرع في مادة القضاء الكامل، و هو وسيلة يتم من خلالها إنهاء المنازعات بطريقة ودية لذلك كثيرا ما يتم الخلط بينه و بين التحكيم، و الحقيقة أنهما يختلفان من عدة زوايا:

¹ أحمد أنوار الناجي : " مدى فعالية الوسائل البديلة لحل النزاعات، و علاقتها بالقضاء "، مقال منشور يوم 08 افريل 2005 على الموقع الالكتروني التالي:

Droitcivil.over-blog.com

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج ر ج ج عدد 44 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

- **من حيث الإجراءات:** التحكيم الإداري هو إجراء يقوم به محكم خارج دائرة القضاء، بينما الصلح الإداري هو إجراء جوازي يقوم به القاضي الإداري.
- **من حيث طبيعة القرار:** حكم التحكيم الإداري يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، و يكون قابلا للطعن، بينما يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا لا يجوز الطعن فيه.
- **من حيث المواعيد:** التحكيم الإداري يلتزم المحكمون فيه بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر قابلة للتמיד، وهذا في حالة لم يتفق الأطراف على تحديدها، بينما الصلح الإداري غير مقيد بمدة محددة.

2. تمييز التحكيم الإداري عن الوساطة الإدارية :

لقد سعت الجزائر إلى تحديث المنظومة القضائية في إطار دعم الموجود وإيجاد المفقود باستحداث الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نظرا لأهميتها باعتبارها أداة فعالة لحسم النزاع بطريقة ودية.

و المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا محددا للوساطة، لكن يمكن استنباط تعريف لها من خلال ما جاءت به مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك بأنها : " إجراء يعرضه القاضي وجوبا على الخصوم يقوم به طرف ثالث تتوفر لديه الخبرة و الحيادية يسمى الوسيط، حيث يقوم هذا الأخير بمساعدة الأطراف المتنازعة من أجل التوصل إلى تسوية ترضي الطرفين، دون تكبد تكاليف باهظة و التأخير الناجم عن التحقيقات الرسمية و الإجراءات القضائية و هي جائزة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية على اعتبار أن لها إجراءات خاصة بها، كما أنها لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام " .

من خلال هذا التعريف نستنتج أن الوساطة الإدارية سمح بها المشرع في جميع المنازعات

الإدارية سواء كانت عقدية أو غير عقدية، و يمكن تمييزها عن التحكيم الإداري من عدة جوانب :

- **من حيث الخصومة:** تهدف الوساطة إدارية كانت أم لا إلى التوصل إلى حل ودي يصيغه الأطراف بأنفسهم بفضل توجيه طرف ثالث محايد يسمى الوسيط، وعلى العكس من ذلك ففي التحكيم الإداري يتم الفصل في النزاع بإصدار حكم من طرف شخص طبيعي أو معنوي يسمى المحكم، يفرض على أطراف النزاع.
- **من حيث طبيعة القرار:** لا يكون محضر الاتفاق الناتج عن عملية الوساطة الإدارية قابلا للتنفيذ إلا بعد المصادقة عليه من طرف القاضي، في حين أن حكم التحكيم الإداري يكون قابلا للتنفيذ بمجرد صدوره.

- **من حيث الجلسات:** يقتصر دور الوسيط على محاولة تقريب وجهات نظر أطراف النزاع وصولاً إلى حل من خلال عقد جلسات فردية وثنائية، في حين أن التحكيم الإداري يتم من خلال تشكيل محكمة تحكيم بعدد فردي تجري مداولتها بكل سرية ليتم بعدها إصدار الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات.
 - **من حيث المواعيد:** تدوم الوساطة الإدارية ثلاثة أشهر يمكن تجديدها مرة واحدة و لنفس المدة بناء على طلب الوسيط و بعد موافقة من الخصوم، أما بالنسبة للتحكيم الإداري فتدوم مدته أربعة أشهر، وهذا في حالة ما إذا لم يتفق على تحديدها، مع الإشارة أن هذه المدة تكون قابلة للتمديد بموافقة الأطراف.
 - **من حيث الطعن:** إن محضر اتفاق الوساطة لا يكون قابل لأي طعن بعد مصادقة القاضي عليه و يعد سندا تنفيذياً، في حين أن حكم التحكيم يكون قابلاً للطعن و هذا ما أشرنا إليه سابقاً.
- أما بالنسبة لأوجه التشابه فيتشابهان من حيث القائم بالمهمة، إذ يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وفي الحالة الأخيرة يقوم هذا الشخص بتعيين عضو أو أكثر من أعضائه للقيام بالمهمة، كما يخضع كل من الوسيط والمحكم لأحكام رد خاصة به، مع اشتراط أن يتمتع كلا منهما بحقوقه المدنية.

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي.

رغم اتفاق الفقه أن التحكيم وسيلة بديلة لحل النزاعات و أن حكم التحكيم يحل محل الحكم القضائي في حماية الحق المتنازع عليه، إلا أنه قد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وذلك بسبب قيام التحكيم على اتفاق وانتهائه بحكم، فهناك من رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية (Contractuelle) و منهم من رأى بأنه ذو طبيعة قضائية (Juridictionnelle)¹، ومنهم من رأى أنه ذو طبيعة خاصة.

أولاً: التحكيم ذو طبيعة تعاقدية:

و هنا يتم تناول مضمون هذا الاتجاه ثم النقد الموجه له.

¹ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008، ص56 وما بعدها.

1. مضمون هذا الاتجاه:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم عقد يتم باتفاق الطرفين المحتكمين و يعتبر مظهرا لسلطان إرادتيهما¹، إذ أن الأطراف هم من يقومون بتحديد الإجراءات التي يتعين على محكمة التحكيم إتباعها وكذا القانون الذي تلتزم به²، فلولا إرادة الأطراف ما كان التحكيم أن يكون وما كان له أن يسير وفق إجراءات³.

وتلخص هذه النظرية إلى اعتبار التحكيم مجرد نظام من أنظمة القانون يجد أساسه في اتفاق التحكيم، وما قرار المحكم إلا انعكاسا لهذا الاتفاق والذي يستمد قوته من رضا الخصوم الذين اتفقوا على عرض النزاع على المحكمين و الخضوع لقراراتهم⁴، أو بعبارة أخرى اتفاق التحكيم وقرار المحكمين عندهم يمثلان كلا واحدا لا يمكن فصلهما، فهما يكونان هرما قاعدته اتفاق التحكيم و قمته قرار المحكمين⁵.

2. نقد هذا الاتجاه:

بالغ أنصار هذا الاتجاه في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالمحكم عند فصله في النزاع يطبق ما جاء في القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم، كما أن مهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم وإنما هي حل النزاع⁶، كون إرادة الأطراف غير كافية للاتفاق للجوء إلى التحكيم وحدها، لأنه يتعين أن يقر القانون بإمكانية هذا اللجوء من خلال نصه صراحة على ذلك، وأن الإرادة ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.

كما أن اتفاق التحكيم يختلف اختلافا جوهريا عن كل الاتفاقات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطلان اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور حكم التحكيم، ونفس الأمر بالنسبة لرفع الطعن ضد حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة، فهو لا يؤكد الطبيعة العقدية للتحكيم ولا ينفي طبيعته

¹ محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص24.

² جورج حزيون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم و قوتها التنفيذية في التحكيم المحلي و الدولي"، مجلة الشريعة و القانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد 26، افريل 2006، ص478.

³ احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص18.

⁴ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص22.

⁵ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص26.

⁶ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 47.

القضائية، لأن هناك أحكام قضائية يرفع ضدها دعوى لإبطالها، وفي حالة رفع دعوى ضد حكم التحكيم يظل هذا الحكم متمتعاً بحجية الشيء المقضي فيه، إلى حين الحكم ببطلانه، وهو من خصائص الحكم القضائي¹.

كما أن أنصار هذا الاتجاه انقسموا عند تحديدهم لطبيعة هذا العقد، هل هو من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام، وهو ما أدى بالقول إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فما مدى صحة هذا القول؟.

ثانياً: التحكيم ذو طبيعة قضائية: و يتم التطرق هنا إلى:

1. مضمون هذا الاتجاه:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عمل قضائي ويتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء. كما أن التحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي من ادعاء ومنازعة العضو الذي له ولاية القضاء، والذي يخوله القانون سلطة الفصل في المنازعات وبالتالي تكون له الطبيعة القضائية. كما أن حكم التحكيم يتشابه مع الحكم القضائي من حيث الشكل والمضمون والآثار، إذ تجيز الكثير من التشريعات الطعن فيه بالطرق الجائزة في الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة². إذن هذا ما خلص إليه هذا الرأي حيث اعتبروا أن التحكيم عبارة عن طريق قضائي لفض المنازعات مثله مثل القضاء الرسمي.

2. نقد هذا الاتجاه :

إن المحكم وإن كان يقوم بنفس وظيفة القاضي أي الفصل في النزاع، إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي وهي سلطة الأمر، كما أن القواعد المنظمة للقضاء لا تنطبق كلها على التحكيم³. إضافة إلى ذلك فإن أنصار هذا الاتجاه لا يعممون الطبيعة القضائية على كل مكونات عملية التحكيم، كالعقد المبرم بين المحكّمين تبقى له الطبيعة التعاقدية ويخضع في إبرامه و آثاره للقواعد العامة

¹ بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي -التحكيم نموذجاً-، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة أعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010، ص11.

² نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص39 وما بعدها.

³ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص54.

في العقد¹.

من خلال ما تقدم يتبين أن طبيعة التحكيم لا هي تعاقدية ولا هي قضائية، فما هي طبيعته إذا؟. لكن قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الإشارة أن هناك اتجاه يجمع بين الاتجاهين السابقين، حيث يذهب أنصاره إلى أن التحكيم يتمتع بطبيعة مزدوجة أو مختلطة، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الدور الجوهرى الذي تلعبه إرادة الأطراف التي تجسد الطبيعة العقدية، وهو ما يتطلب احترامها انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، أما الطبيعة القضائية للتحكيم فتجد أساسها في أن الفصل في النزاع يكون وفق إجراءات يصدر عنها حكم قضائي، ومنه يتم التحكيم بالطبيعة المختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية².

ولقد انتقد هذا الاتجاه بأنه محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة وذلك لتفادي الانتقادات التي وجهت للاتجاهين السابقين، كما أنه لا يعتبر اتجاهاً فقهياً مستقلاً طالما لم يستحدث أمراً جدياً وإنما أقر شيئاً موجوداً.

ثالثاً: التحكيم ذو طبيعة خاصة: و هنا نتطرق إلى:

1. مضمون هذا الاتجاه:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم هو نظام مستقل قائم بذاته، فإرادة الخصوم لا توجد في التحكيم الإجباري، في النظم التي تأخذ بهذا النوع من التحكيم، كما أن اعتبار التحكيم نظاماً مختلطاً يؤدي إلى نتائج شاذة³.

كما اتجه أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار التحكيم أداة قانونية لحل النزاعات تختلف عن العقد والقضاء ترمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء، ويرفض أصحاب هذا الاتجاه الاتجاهين السابقين، مؤكداً أن العقد ليس جوهر التحكيم وذلك في التحكيم الإجباري، كما أن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشره القاضي بهدف سيادة النظام والقانون.

أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اقتصادية واجتماعية مميزة هي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلاً عن تحقيق العدالة⁴.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص24.

² بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً - مرجع سابق، ص19 وما بعدها.

³ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص42.

⁴ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص30.

2. نقد هذا الاتجاه :

يري البعض بأن هذا الاتجاه لا يختلف عن الاتجاه المنادي بأن التحكيم ذا طبيعة قضائية، وبالتالي ما يمكن أن يقال في انتقاد النظرية القضائية ينطبق على هذا الاتجاه.

الرأي المختار:

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة، فهو نظام مستقل قائم بذاته يختلف عن العقد و عن القضاء لأن التحكيم قد يكون إجباري في بعض الأنظمة التي تأخذ بمثل هذا النوع من التحكيم، كما أن هدفه ليس مجرد تنفيذ أو حل نزاع وإنما الإبقاء على العلاقات الودية بين الفرقاء، وهذا ما لا نجده في القضاء.

وفي هذا الأمر يقول الدكتور محسن شفيق: التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم¹.

الفرع الثالث:**مزايا وعيوب التحكيم الداخلي.**

نظراً للتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل في شتى المجالات والذي لا يقابله قضاء مختص دائماً وعلى المستوى الفني لهذه الحركة التكنولوجية، فإن الحاجة للتحكيم أصبحت في ازدياد²، بدلاً من القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع - كما يقول أرسطو -

وان كان للتحكيم مزايا عديدة فإنه لا يخلو من بعض العيوب شأنه شأن أي نظام آخر، ولذا سيتم التعرض إلى مزايا التحكيم (أولاً) ثم إلى عيوبه (ثانياً).

أولاً: مزايا التحكيم الداخلي

يتميز التحكيم بعدة مزايا يحققها كأسلوب لفض المنازعات والتي تضمن له انتشاراً على نحو واسع في المستقبل، مما يجعله متميز ومرغوب فيه ونذكر منها ما يلي:

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص 37.

² هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 15.

1. السرعة وبساطة الإجراءات:

يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن بالقضاء الذي دائما ما يحاط بإجراءات مطولة، فإجراءات التحكيم بسيطة، كما أنها تمتاز بقدر كبير من المرونة، وغالبا ما يحددها أطراف النزاع وبالتالي لا يحتاجون لوقت طويل للفصل في الخصومة، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الحصول على عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان¹.

وسرعة الفصل في النزاعات باعتبارها الميزة الأساسية في نظام التحكيم لا يصح أن تكون على حساب ضمانات التقاضي الأساسية، كحق الدفاع واحترام مبدأ الجاهية وكذا المساواة بين الأطراف المتخاصمة².

هذا ويتم الإشارة هنا أن التحكيم لا يوفر السرعة في حل النزاعات دائما، فهناك قضايا يطول أمد حلها أشهر وحتى سنوات، لكن مهما طالّت المدة تبقى أقل من المدة التي يستغرقها القضاء للفصل في النزاع.

2. سرية التحكيم:

تعتبر العلنية (La publicité) إحدى الخصائص المميزة للقضاء خلافاً للتحكيم الذي يمتاز بالطابع السري في حل النزاعات، وهذه هي الغاية التي تطمح إليها الحياة الاقتصادية التي تخشى على معلوماتها من القرصنة ووثائقها من الكشف، فالسرية فيها هي طريق الثروة ومفتاح النجاح³.

فجلسات التحكيم تجري سرا لا يحضرها إلا الأطراف، ونتائجها لا تعلن للجمهور ولا تنتشر بواسطة وسائل الإعلام المختلفة فأسرار أطراف النزاع لا يجب على المحكم أو المحكمين إفشاءها إلا إذا رضي أطراف النزاع بذلك، لكن هذا لا يعني أن المحكم يعتبر مخلا بالالتزام بالسرية، إذا كشف عن مسائل برزت أثناء الجلسات وقام بالإبلاغ عنها، لأن القانون يعاقب على التستر عليها⁴.

3. حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة والكفاءة:

إن القاضي وإن كان فقيها بارعا في الأمور القانونية، إلا أنه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع الأمر الذي يحتم عليه الاستعانة بخبير يرشده ويكشف له ما استصعب عليه من جوانب النزاع، وهذا

¹ هشام خالد جودي، اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة العارف، الإسكندرية، 2004، ص32.

² حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص12 و19.

³ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص34.

⁴ حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص22.

يؤدي إضاعة الكثير من الوقت في انتظار تقريره، وتحمل ما ينجم عن ذلك من نفقات و بالتالي من المستحسن اللجوء مباشرة إلى الخبير وتعيينه محكما ليفصل في النزاع في وقت أقصر وبنفقات أقل¹. كما أن حرية اختيار هيئة التحكيم تبعث في نفوس الفرقاء الراحة النفسية والطمأنينة، وهذا بعكس اللجوء إلى القضاء.

4. الحفاظ على استمرار العلاقات الودية بين الفرقاء :

إن التحكيم ليس طريقا هجوما عنيفا وإنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين لذا هو يحفظ العلاقة بين الطرفين، أما القضاء فهو قضاء العلاقات المحطمة يحتكم إليه الخصمان فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين، لذلك يقول البعض أن الأطراف المتنازعة تتجه إلى ساحات القضاء العام في الدولة الحديثة وهم ينظرون إلى الورا بينما يتجهون إلى نظام التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام²، بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة، حيث يلجأ إليه الطرفان والعلاقة بينهما تبقى قائمة وقد انقشع ما أسدل عليها من خلاف³.

إن هذه هي مبررات اللجوء إلى التحكيم، وفيما يلي سيتم التطرق إلى البعض من عيوبه.

ثانيا: عيوب التحكيم الداخلي

رغم المزايا التي يتحلى بها التحكيم، إلا أنه يقابلها مثالب وعيوب لا يمكن تجاوزها وأهمها:

1. تحيز المحكمين للطرف الذي عينهم:

إن الطرف الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بأن من عينه سوف يمثل وجهة نظره ولو جزئيا، وربما ينطبق هذا القول أيضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه أو رشحه للتعين، وإلى الدرجة التي يمكن أن يصح فيها هذا الافتراض فإن ذلك يؤثر على العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم ونزاهتهم وعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع⁴.

2. كثرة المصاريف:

إن تكاليف التحكيم أثارت كثيرا من النقاش والجدل، فهناك من يرى كثرة مصاريفه مقارنة مع القضاء وخاصة في التحكيم الدولي، وهذا نتيجة أتعاب المحامين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 91.

² محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 26.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 54 .

⁴ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 40.

الذي ينظم التحكيم إذا كان التحكيم مؤسساتي، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعاب تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت قيمة النزاع.

3. تنفيذ القرار التحكيمي :

إن من أكثر المشاكل خطورة والتي تواجه حكم التحكيم من الناحية العملية هي اصطدامه بعقبة هامة تتمثل في تنفيذه، فإباح الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يهمله الحصول على ما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه أي بمعنى آخر تنفيذ القرار التحكيمي، وهنا إذا نفذ الطرف الآخر الحكم بصورة ودية فلا إشكال، أما إذا رفض التنفيذ هذا يؤدي إلى اضطراب الطرف الذي كسب الدعوى إلى اللجوء إلى القضاء لتنفيذ الحكم جبراً، وهنا يكون الأطراف أمام إجراءات قضائية تلافوها بداية وفرضت عليهم في النهاية¹.

إن هذه هي أهم النقاط الأساسية المتعلقة بمفهوم التحكيم الداخلي، والتي كان لابد من التطرق إليها للإحاطة والإلمام أكثر بالموضوع محل الدراسة .

¹ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية المرجع السابق ص 39 و ص 41.

المبحث الثاني:

أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي ونطاقها الموضوعي.

تعتبر اتفاقيات التحكيم المحرك الأساسي الذي يستند عليه نظام التحكيم¹، كونها أول مرحلة ملزمة للتحكيم²، ونظرا للدور الهام الذي تلعبه هذه الاتفاقيات في استمرار مسار المهمة التحكيمية فإن ما تتضمنه من شروط وما ترتبه من آثار يؤدي إلى زيادة الضمانات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة أو إلى تضيقها.

ويقتضي الحديث عنها بيان أنواعها وشروطها والآثار المترتبة عنها (المطلب الأول)، ثم بيان نطاقها كون هذا الأخير تم حصره في مجالات معينة دون أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي وشروط صحتها والآثار المترتبة عنها.

لا تعدو اتفاقيات التحكيم أن تكون شأنها شأن أي اتفاق تعبيراً عن إرادتين تراضتا على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تنثور، عن طريق اتفاق تحكيم سابق لنشوء النزاع أو اتفاق تحكيم لاحق لنشوء النزاع (الفرع الأول)، وهي لا تصح إلا إذا توافرت شروط صحتها (الفرع الثاني) كي ترتب آثارها القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي ومبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي.

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري تعريفا لاتفاقيات التحكيم لكنه نص على صورتين لها وأعطى تعريفا لكل منها، لذا سيتم تناولهما (أولا) ، وتبيان مدى استقلاليتها عن العقد الأصلي (ثانيا).

¹ حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص115.

² Jean – Jacques Alexandre Souyris et Guy Chetrite, Guide pratique de l'arbitrage en droit interne,

Lextenso éditions, Paris, 2012, p19.

أولاً: أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي.

تنقسم اتفاقيات التحكيم الداخلي إلى نوعين هما :

1. اتفاق التحكيم الداخلي المدرج ضمن العقد الأصلي:

يعد هذا الاتفاق من أهم صور الاتفاق على التحكيم بحيث يتجه في الواقع إلى تجنب احتمالات عدم الاتفاق على وسيلة تسوية إذا ما أثير نزاع¹، وقد نص عليه قانون التحكيم الداخلي الجزائري في المادة 1007 كما يلي:

"شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

من خلال هذا النص نجد أن اتفاق التحكيم المدرج ضمن بنود العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة القانونية بين الطرفين، هو ما اسماه المشرع "شرط التحكيم" حيث يتفق الطرفان بموجبه على عرض ما قد ينشأ بينهما من نزاع على التحكيم، فهو إذن بشأن نزاع لم ينشأ بعد إلا أنه محتمل الوقوع.

مع الإشارة أنه ليس هناك ما يمنع من إبرام شرط تحكيم مستقل لاحق على إبرام العقد الأصلي، إذ يعتبر من قبيل شرط التحكيم أيضا الاتفاق اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستندرج عنه إلى التحكيم، ولكن قبل وقوع أي من تلك النزاعات، ومثل ذلك أن يبرم (أ) عقد تقديم سلع وخدمات مع (ب) لا يرد فيه شرط تحكيم، وأثناء تنفيذ العقد ولكن قبل وقوع أي نزاع، يعرض أحدهما على الآخر تسوية المنازعات المستقبلية الناشئة عن العقد على التحكيم فيوافق الآخر على ذلك، ففي هذه الحالة يأخذ اتفاق التحكيم اللاحق حكم شرط التحكيم من حيث أنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل.

ويمكن تقسيم شرط التحكيم من حيث مداه إلى شرط تحكيم عام و شرط تحكيم خاص:

أ. **شرط التحكيم العام:** وهو الشرط الذي يلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أي نزاع مرتبط بالعقد الأصلي إلى التحكيم دون استثناء، أو بعبارة أخرى هي كل الخلافات الناجمة عن العقد والتي قد تثور مستقبلا يكون التحكيم هو المختص بنظرها².

ب. **شرط التحكيم الخاص:** وهو الشرط الذي يلتزم بموجبه الأطراف بإحالة الخلافات التي قد تثور مستقبلا إلى التحكيم بشأن مسألة معينة أو مسائل محددة على سبيل الحصر.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري يلاحظ أن شرط التحكيم قد جاء عاما، وذلك ما يستشف من نص المادة 1007 التي جاء فيها بأن النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد تعرض على التحكيم، بحيث لم يترك للأطراف الحرية في تحديد موضوع النزاع الذي يعرض على التحكيم.

¹ محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها.

² خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 171.

ونرى أنه كان من المستحسن ترك حرية تحديد موضوع النزاع للأطراف سواء بإدراج جميع النزاعات التي قد تثار بشأن العقد الأصلي في شرط التحكيم أو بعضها منها فقط .

2. اتفاق التحكيم الداخلي المستقل عن العقد الأصلي:

عرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من ق ا م ا كما يلي:

" اتفاق التحكيم هو الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ."

إن اتفاق التحكيم المستقل عن العقد الأصلي يفترض مبدئياً، عدم إدراج شرط تحكيم في العقد الأصلي ووقوع النزاع بين طرفي العقد، وبالتالي بدلا من اللجوء للقضاء، يتفق الأطراف على إحالة هذا النزاع للتحكيم، ونكون هنا في إطار ما أسماه المشرع "اتفاق التحكيم".

فالفارق ما بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم المستقل عن العقد الأصلي إذن، هو أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل، في حين يتعلق الثاني بنزاع أكيد وقع فعلا، و في الحالة الأخيرة يجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم.

بمعنى أنه في حالة غياب شرط تحكيمي مدرج في العقد الأصلي الذي يربط الأطراف وبعد نشأة النزاع، يمكن للأطراف إبرام ما يسمى باتفاق التحكيم - مشاركة التحكيم سابقا- وهنا قد يتسع نطاق اتفاق التحكيم أو يضيق بحسب المنازعات التي تنشأ.

مهما كان التعريف المعتمد سواء في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، فإن هذه الاتفاقيات يجب أن لا يشوب إرادة أطرافها عيب من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق إرادتي الطرفين التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول والتي تنصب على اللجوء إلى التحكيم لحسم ما نشأ أو قد ينشأ من نزاع.

ثانيا: استقلالية اتفاقيات التحكيم الداخلي عن العقد الأصلي¹.

لم يتبن قانون التحكيم الداخلي الجزائري نظرية استقلالية اتفاقيات التحكيم الداخلي عن العقد الأصلي، وبالتالي فإن منازعة أحد الطرفين حول صحة العقد تشمل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى القضاء، فإذا قضي بصحة العقد عادت الحياة إلى اتفاقيات التحكيم الداخلي والى التحكيم، وإلا نظر القضاء بالنزاع التعاقدية²، وهذا يؤثر على فعالية التحكيم، من خلال المساس بإحدى الضمانات الأساسية للمتعاقد، خاصة المتعاقد مع أشخاص القانون العام.

وفي هذا الصدد يرى البعض أن اتفاقيات التحكيم هي تصرفا قائما بذاته، ولها كيانها المستقل عن العقد الأصلي، وبالتالي فإن القبول بمبدأ استقلالية اتفاقيات التحكيم عن العقد الأصلي يدعم فعالية التحكيم ، كون

¹ لم يقصد باستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي هو عدم تأثر شرط التحكيم بأي عيب يشوب العقد الأصلي، فبطلان هذا الأخير مثلا لا يؤثر في شرط التحكيم الوارد فيه وبالتالي يبقى صحيحا.

² عبد الحميد الأحذب، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الجزائر، 2009، ص70.

بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على اتفاقيات التحكيم، مما يعطي هذه الأخيرة حصانة ذاتية في مواجهة الطرف سيء النية¹.

الفرع الثاني:

شروط صحة اتفاقيات التحكيم الداخلي .

يتطلب لصحة اتفاقيات التحكيم اجتماع شروط شكلية (أولا) وأخرى موضوعية (ثانيا).

أولا: الشروط الشكلية.

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أن تفرغ اتفاقية التحكيم في قالب شكلي²، نظرا للآثار القانونية المترتبة عنها و التي من أهمها منع اللجوء إلى القضاء – وهو القضاء الإداري بالنسبة للعقود الإدارية–

1. شرط الكتابة:

الأصل أن اتفاقيات التحكيم الداخلي – شرط أو اتفاق – هي عقود رضائية، لكن تنفيذها يرتب أحكاما إجبارية، لذلك لا بد أن يكون التعبير عن إرادة الأطراف واضحا، لذا اشترط المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الكتابة كشرط لصحة العقد.

حيث نصت المادة 1008 على ما يلي " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها..." أما المادة 1011 فنصت على انه : " يحصل اتفاق التحكيم كتابيا...".

وبالتالي فكل اتفاقية غير مكتوبة تقع باطلة، لأن الكتابة هنا ليست فقط للإثبات وإنما هي شرط لصحة العقد.

مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الكتابة التي يجب أن تفرغ فيها اتفاقية التحكيم، وبالرجوع إلى مفهوم الكتابة بصورتها التقليدية نجد بأنها " مجموعة من الأحرف و الأرقام و الرموز و الإشارات التي تدل على معنى معين، و تكون ثابتة على دعامة قوية تتمثل في الدعامة الورقية التي تحتوي

¹ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص38.

² يسعد حورية، "التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، 2010، ص317.

معلومات معينة و تكون ممهورة باتفاق المتعاقدين¹.

لكن مع التطور الحاصل في وسائل الاتصال أدى ذلك إلى ضرورة إعادة النظر في المفهوم التقليدي للكتابة، وهذا ما تجلى في موقف المشرع الجزائري عندما عدل القانون المدني سنة 2007 مبرزاً مفهوماً آخر للكتابة، حيث عرفها في المادة 323 مكرر بأنها رموز تسلسل حروف أو أوصاف، أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها².

وهذا ما اقره أيضاً القانون المدني الفرنسي نظراً للتطور الذي أحدثته ظهور الوسائل الحديثة للاتصالات (NTIC)³، حيث نصت المادة 1316 على أن الدليل الحرفي أو الكتابي، هو نتيجة لسلسلة من الحروف الشخصية والأرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى واضح، مهما كانت دعامته وطريقة نقله.

ومنه فإن هذا النص يفسح المجال لكل وسائل الاتصال كالبرقيات والرسائل الالكترونية وغيرها للتعبير عن إرادة الأطراف بقبولهم حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، وبالتالي فإن تفسير مصطلح الكتابة أصبح واسعاً يشمل مدلوله في المفهوم التقليدي بالإضافة إلى مدلوله في المفهوم الحديث.

2. التوقيع :

يتم التوقيع ببعض الحركات الخطية أو ببصمة الأصبع التي توضع في نهاية السند، من أجل تمييز الموقع عن غيره و الدلالة على موافقته لمضمون السند ، كما تم تعريفه بأنه علامة لصيقة بشخص تتمثل في اسمه أو عمل معين شخصي يستخدم بشكل روتيني و برضاه⁴.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى مسألة توقيع الطرفين على وثيقة الاتفاقية بالرغم من أهميته، خاصة و أن الدليل الكتابي لا يكتمل في أغلب الحالات إلا بالتوقيع، إذ بغيابه يفقد الدليل الكتابي حجتيه.

وربما عدم النص على التوقيع كشرط شكلي لصحة اتفاقيات التحكيم يعود إلى اتجاه المشرع إلى مراعاة مبدأ حسن النية في هذه الاتفاقيات.

¹ فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت (دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص41.

² قانون رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ، ج ر ج ج، عدد 31 الصادرة في 13 ماي 2007.

³ L'article 1316 du code civil français énonce que : « la preuve littérale ou par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffre ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

⁴ La signature consiste dans l'apposition qu'une personne faite sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. Voir KOST DE SEVRES NICOLETTE, le consentement à la convention d'arbitrage commercial international, mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, option des affaires, Université de Montréal, 2005, p71.

وبما أن موضوع الدراسة هو حول التحكيم الداخلي في العقود الإدارية فلا إعمال لهذا المبدأ - حسن النية - لأن هدف هذه العقود هو الحفاظ على المصلحة العامة، لذا لا بد من ضرورة النص على إجراء التوقيع و عدم انتظار الطرف الآخر إبداء حسن النية من عدمه.

ثانيا : الشروط الموضوعية.

إن الهدف من إبرام اتفاقيات التحكيم الداخلي هو حل النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ فيما بين أطرافها، ويشترط لصحة هذه الاتفاقيات توافر أركان العقد والمتمثلة في: الأهلية، التراضي الصحيح و محل ممكن و مشروع بالإضافة إلى السبب المشروع.

1. أهلية أطراف اتفاقية التحكيم الداخلي :

تجتمع أغلب القوانين على ضرورة توافر الأهلية القانونية لأطراف اتفاقية التحكيم ومنها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الذي اشترط في أطراف العلاقة أهلية التصرف في الحقوق¹ وليس فقط مجرد أهلية التقاضي و إدارة الحقوق². وبالتالي فإن أي شخص بلغ سن الرشد ولا يشوب إرادته أي عيب من عيوب الرضا يستطيع أن يطلب التحكيم في حق له مطلق التصرف فيه³.

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فإن هذا الأمر لم يكن ليثير إشكالات لو أن الدول اكتفت بدورها التقليدي كدول حارسة، لا تستغل نشاطات اقتصادية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أشخاص تنشئها لهذا الغرض.

لكن منذ النصف الثاني من القرن الأخير تدعم دور الدولة بغض النظر عن مذهبها و درجة نموها في المجال الاقتصادي وأصبحت تبرم عقود مع أشخاص القانون الخاص لتحقيق أهدافها، مما أدى بالعديد من الدول السماح لها بإبرام اتفاقيات تحكيم على المستويين الداخلي و الدولي⁴. وبالتالي حتى يتمتع أشخاص القانون العام بأهلية إبرام اتفاقيات التحكيم الداخلي لا بد أن ينص القانون على ذلك.

2. التراضي:

ويعني تطابق إرادتين و اتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط

¹ راجع المادة 01/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

² عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 67.

³ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 30.

⁴ تراري تاني مصطفى، " التحكيم في المنازعات الإدارية"، بحث مقدم لنشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، عدد 09، ماي 2009، ص 09.

العقد، أما إذا تعلق الأمر باتفاق التحكيم فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق و ليس مجرد بند في العلاقة القانونية الأصلية¹.

ولقد قال الأستاذ " LALIVE " فيما يتعلق بالتراضي أنه (يجب التأكد من أن التراضي قد تم فعلا، وذلك لتجنب أي ضغط أو محاولة لفرض اتفاق التحكيم على الطرف الثاني)².

3. المحل في اتفاقية التحكيم الداخلي:

يقصد بالمحل هو ما اتفقت عليه إرادة الأطراف في اتفاقية التحكيم بإخراج موضوع النزاع من اختصاص القضاء و إخضاعه للتحكيم، ويشترط أن يكون محل التحكيم مشروعا وهذا من خلال الحدود التي رسمها المشرع ، بمعنى أن النزاع لا بد أن يكون مما يجوز التحكيم فيه، وألا يكون مستحيلا في ذاته³ ومخالفا للنظام العام.

فرغم الاستقلالية التي يتمتع بها التحكيم بصفة عامة إلا أنه مازال يخضع للتشريع الداخلي في تحديد المسائل التي يمكن إخضاعها للتحكيم.

ولعل محل اتفاقية التحكيم هو الركن الذي أثار الكثير من الإشكالات والتي عرفت بما يسمى " القابلية للتحكيم " أو " L'arbitrabilité " والتي طرحت من زاوية موضوع النزاع الذي يجب أن يكون مما يجوز التحكيم فيه.

مع الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 من ق إ م إ حدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

4. السبب في اتفاقية التحكيم الداخلي :

القاعدة العامة أن لكل التزام سبب مشروع افتراضا، ما لم يقدم الدليل بخلاف ذلك، واتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف على استبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الأمر للمحكمن، وهذا غالبا ما يكون تلافيا للإجراءات القضائية التي تتسم بالطول ، وهو سبب مشروع .

لكن قد يثبت عدم مشروعية السبب عندما يكون المقصود منه اللجوء إلى التحكيم للتهرب من أحكام القانون الذي يتضمن قيود أو التزامات يراد التحلل منها، و هو ما يمثل حالة من حالات الغش في القانون، فيكون التحكيم هنا وسيلة غير مشروعة⁴ ، لتحقيق غايات مشبوهة⁵ .

إضافة إلى الشروط الشكلية و الموضوعية السابقة الذكر هناك شروط أخرى نص عليها المشرع الجزائري نظرا لطبيعة التحكيم و أن غيابها يرتب عنه بطلان اتفاقية التحكيم، و تتمثل هذه الشروط في:

¹ محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 45.

² LALIVE.P,"problèmes spécifiques de l'arbitrage international"rev.arb, 1980, p 350

³ انظر المادة 93 من القانون المدني، مرجع سابق.

⁴ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 53 .

⁵ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 32.

- بالنسبة لشرط التحكيم: لا بد من تعيين المحكم أو المحكمون أو تحديد كيفية تعيينهم¹.
- بالنسبة لاتفاق التحكيم: لا بد من تحديد موضوع النزاع و كذا تحديد أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم².

الفرع الثالث:

آثار اتفاقيات التحكيم الداخلي.

ترتب اتفاقيات التحكيم الداخلي أثاران: أثر سلبي يتمثل في منع اللجوء إلى قضاء الدولة لحل النزاع بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف، لان ذلك يعتبر إخلال بما التزم به (أولاً). و أثر ايجابي يتمثل في استئثار هيئة التحكيم بنظر النزاع و استبعاد قضاء الدولة عن ذلك (ثانياً) .

أولاً: منع اللجوء إلى القضاء بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف.

المبدأ السائد في الخصومة أمام قضاء الدولة أن من حق أي شخص أن يرفع دعواه أمام القضاء ، و أنه حر في تحديد الشخص أو الأشخاص الذين سيرفع عليهم الدعوى³.

لكن بمجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم ، ويلجأ أحدهم إلى القضاء جاز للطرف الآخر الدفع بالتحكيم، لأن الاتفاق على التحكيم يترتب على عاتق طرفيه عدم إمكانية التراجع عنه بالإرادة المنفردة، كما أن تقاعس أحد الطرفين أو محاولته عرقلة العملية التحكيمية لا يؤثر على سير الخصومة التحكيمية⁴.

1. الدفع بالتحكيم:

يقتصر الدفع بالتحكيم على أطراف التحكيم و في خصوص موضوع التحكيم، و هو الدفع الذي يتمسك به المدعى عليه للمطالبة بمنع القضاء من نظر الدعوى لوجود اتفاق تحكيم بينه و بين المدعي بوجب عرض النزاع على التحكيم.

لكن السؤال الذي يطرح هنا: ما هي طبيعة هذا الدفع؟ و ما مدى تعلقه بالنظام العام؟

لقد اختلف الفقه في تكييف هذا الدفع، فيرى البعض أنه دفع بعدم الاختصاص في حين يرى فريق ثان أنه دفع بعدم القبول⁵، على أساس أنه يتضمن تنازلاً من جانب أطرافه عن حق اللجوء إلى القضاء و لذلك تفقد الدعوى شرط من شروط قبولها فتصبح غير مقبولة، و اتجه رأي ثالث إلى أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية

¹ انظر المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

² انظر المادة 1012 من القانون نفسه.

³ الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 102.

⁴ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 87.

⁵ الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 67.

تأسيسا على عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صحيفة الدعوى لأن تكون محلا لهذه المطالبة و نزولا عن مقتضى اتفاق التحكيم، و هو بهذه المثابة ينتمي إلى طائفة الدفوع الإجرائية التي تؤسس على عيب موضوعي في الإجراء¹، في حين اتجه رأي رابع إلى أنه دفع بعدم جواز نظر الدعوى القضائية لوجود اتفاق تحكيم يترتب عليه خطر الجمع بين الدعويين².

أما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري فيفرق بين نوعين من الاختصاص هما الاختصاص النوعي و هو من النظام العام، و الاختصاص الإقليمي و هو ليس من النظام العام يجب إثارته من طرف المدعى عليه، و هذا فيما يتعلق بالقضاء العادي.

أما بالنسبة للقضاء الإداري فكلا من الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي من النظم العام³.

و بالرجوع إلى مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بالتحكيم الداخلي، المشرع لم يتطرق إلى اختصاص القاضي من عدمه بالفصل في موضوع النزاع إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم أو أن الخصومة التحكيمية قائمة، و هذا عكس ما جاء في التحكيم التجاري الدولي الذي نص المشرع في المادة 1045 على عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن يثار الدفع من احد الأطراف، و منه فالدفع هنا هو دفع بعدم الاختصاص و هو ليس من النظام العام.

أما بالنسبة للتحكيم الداخلي و بما أن المشرع لم ينص على هذه النقطة، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد المطبقة أمام الجهات القضائية الإدارية⁴، حيث تنص المادة 03/02/807 على أنه يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجب إثارته من طرف القاضي، و بالتالي فالدفع هنا هو دفع بعدم الاختصاص و هو من النظام العام⁵.

مع الإشارة أن الدفع بعدم الاختصاص ليس معناه إنكار اختصاص المحكمة بنظر النزاع، و إنما هو اعتراض على سلطة الخصم في اللجوء إلى أي محكمة سواء كانت مختصة أم لا، ثم إن المحكمة التي انتزع منها سلطة نظر النزاع يمكن أن تلعب دورا مساعدا أو رقابيا لعمل هيئة التحكيم كاتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو تعيين المحكمين أو غيرها.

كما أن القاضي الذي يطرح أمامه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم ملزم بدراسة اتفاقية التحكيم للتأكد من مدى صحتها أو بطلانها، فإذا كانت باطلة لا يعتد بها و يستمر في نظر النزاع، أما إذا كان أطراف النزاع لم يشرعوا بعد في إجراءات التحكيم فيكفي أن يثبت عدم وجود الاتفاقية لينعقد له الاختصاص، أما إذا ثبت وجود وصحة الاتفاقية فيقضي بعدم اختصاصه⁶.

¹ وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم لمؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش، من 20 إلى 25 سبتمبر 1987، ص 104 وما بعدها.

² الأوصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 69.

³ انظر المواد 36 و 51 و 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

⁴ راجع المادة 1019 نفس المرجع السابق.

⁵ تنص 02/802 ق ا م ا "تختص المحكمة الإدارية أيضا بالنظر في الدفوع التي تكون من اختصاص الجهة القضائية الإدارية".

⁶ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 70.

ولقد انتقد هذا الأمر على أساس أنه ينتزع سلطة محكمة التحكيم في تحديد اختصاصها أو ما يسمى مبدأ الاختصاص بالاختصاص (compétence de la compétence)، وهذا يؤثر على فعالية العملية التحكيمية، كما يؤثر على الضمانات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة.

ومنه وبالرجوع إلى قانون التحكيم الداخلي الجزائري نجد أن المشرع لم يعتمد هذا المبدأ، كما لم يعتمد نظرية استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي السابقة الإشارة إليها، وبالتالي فإن أية منازعة بصحة اتفاقية التحكيم توقف سير العملية التحكيمية و يحال النزاع إلى القضاء الذي إذا بث بصحة اتفاقية التحكيم يتابع التحكيم سيره، وإلا ينتهي التحكيم بحكم قضائي يبطل اتفاقية التحكيم¹.

2. عدم تأثير محاولة أحد الطرفين عرقلة سير العملية التحكيمية:

قد يلجأ أحد الطرفين المتعاقدين إلى استعمال مختلف الأساليب الملتوية لعرقلة سير العملية التحكيمية ضنا منه أن هذا الأمر في مصلحته، لكن القانون وضع حلول لمعالجة مثل هذه الخروقات للمحافظة على الدور الأساسي الذي يلعبه التحكيم.

ومن بين الخروقات، محاولة الطرف سيء النية عرقلة تشكيل الهيئة التحكيمية عن طريق التقاعس في تعيين محكمه، لذا أعطى المشرع الجزائري الحل لهذه المسألة من خلال المادة 1009 بالنص على إمكانية تعيين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. وبالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص النوعي²، فإن المحاكم الإدارية هي المختصة بتعيين المحكم أو المحكمين في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة و التي تحتوي على اتفاقية التحكيم.

أيضا من بين الأعمال الملتوية التي يقوم بها الطرف سيء النية الامتناع عن المشاركة في خصومة التحكيم للتأثير على السير الحسن للخصومة التحكيمية، لذا نص المشرع في المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل".

و هنا حسن ما فعل المشرع و ذلك حتى يتم تجاوز مثل هذه الوضعيات والإبقاء على الدور الأساسي و الفعال للتحكيم الداخلي.

ثانيا: استثناء محكمة التحكيم بنظر النزاع.

إن الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى استبعاد القضاء من نظر النزاع و استثناء الهيئة التحكيمية بذلك، و لقد تم الأخذ بهذا المبدأ لتفادي أي تداخل بين صلاحيات الهيئة القضائية و الهيئة التحكيمية، مع الإشارة أن هذا الاستبعاد ليس مطلقا بل يمكن أن يتدخل القاضي في العملية التحكيمية.

¹ عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 125.

² راجع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

1. منع تدخل القضاء في العملية التحكيمية:

إن منع تدخل القضاء في العملية التحكيمية لا يتطلب أن يكون الأطراف قد شرعوا في إجراءات اللجوء إلى التحكيم بل يكفي أن يكون هناك اتفاقية تحكيم حتى يترتب الأثر المانع للقضاء في نظر النزاع، ويرجع الفقه هذه القاعدة إلى فكرة تطبيق القوة الملزمة للاتفاق أو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" باعتباره من المبادئ المستقرة في مختلف القوانين¹.

وكما سبقت الإشارة إليه، المشرع الجزائري لم يشر إلى مبدأ عدم اختصاص القضاء بنظر النزاع في حالة وجود اتفاقية تحكيم صحيحة عكس التحكيم الدولي وهذا لا يعني استبعاده لهذا المبدأ، فموافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم يعتبر إلزاما بالتخلي عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية، وهذا ما يستشف مثلا من نص المادة 1007²، المتعلقة بشرط التحكيم.

2. حدود منع تدخل القضاء في العملية التحكيمية:

إن حاجة هيئة التحكيم إلى مساعدة القضاء تجعل هذا الاستبعاد ليس مطلقا بل يمكن أن يتدخل القاضي إما بصفة عادية في مراحل الخصومة أو بصفة استعجالية إذا طلب منه ذلك³.

أ. تدخل القضاء بصفة عادية في مراحل الخصومة التحكيمية:

إذا وجدت اتفاقية تحكيم فان القاضي لا يفصل في موضوع النزاع إلا إذا تنازلا الطرفان المتنازعان عن حقهما في اللجوء إلى التحكيم، وذلك حتى لا يترك المجال للطرف سيء النية للجوء إليه متى وجد نفسه مهددا بإجراء التحكيم⁴.

لكن عدم تدخل القضاء ليس مطلقا، فبموجب السلطات الممنوحة له من طرف المشرع يجد القاضي نفسه مضطرا للتدخل في العملية التحكيمية ومثل ذلك:

- صلاحية التدخل في تعيين المحكم أو المحكمون⁵، لكن لا بد أن يقبل المحكم المعين المهمة المسندة إليه وإلا عدّ تشكيل محكمة التحكيم غير صحيح⁶.
- اختصاص القاضي بالفصل في طلب رد المحكمين، ولقد حدد المشرع حالات الرد في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع العلم أن أمر القاضي في هذه الحالة غير قابل لأي طعن.
- سلطة القاضي في الأمر بإنهاء مهمة التحكيم.
- سلطة القاضي في مواجهة المسائل العارضة التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم.
- تدخل القاضي بنظر الطعون المختلفة في الأحكام التحكيمية.

¹ حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 110 و 112.

² راجع المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

³ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 73.

⁴ ISSAD Mouhaned, " Le décret législatif algérien du 25 avril 1993, relatif à l'arbitrage international", rev.arb N°3, 1993, p392.

⁵ انظر المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

⁶ تنص المادة 1015 من ق ا م ا " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

- تدخل القاضي لمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي.
و المشروع هنا حرص على تضيق حالات تدخل القاضي في العملية التحكيمية حتى لا يمس ذلك بالأهداف المرجوة من التحكيم و التي من بينها السرعة في الفصل في النزاع.
- ب. تدخل قاضي الأمور المستعجلة:

إن الهدف من اتخاذ تدابير في المسائل المتنازع عليها و المتفق بشأنها على التحكيم، يتمثل في الوقاية من خطر محقق يهدد المصلحة التي يحميها القانون، و هذا لكون الأحكام المشمولة بالإنفاذ المعجل نافذة جبرا بمجرد صدورها.

و بما أن المسائل التي تنظر فيها هيئة التحكيم محددة مسبقا، فإن عدم الاتفاق على إحالة المسائل المستعجلة لنظرها من طرف الهيئة يؤدي إلى الرجوع إلى القواعد العامة، و بالتالي تصبح المحاكم الإدارية هي المختصة نوعيا بنظر المسائل المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة¹، حيث يتم معالجة المسألة في إطار الاستعجال في المواد الإدارية و منه يقوم قاضي الأمور المستعجلة² باتخاذ التدابير التي يراها ضرورية لحماية الحق المتنازع عليه دون النظر في أصل الحق، و مثال ذلك الحجز التحفظي و الحراسة القضائية.

المطلب الثاني:

النطاق الموضوعي لاتفاقيات التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

ارتبط وجود الدولة بحفظ النظام العام، وإحقاق الحقوق وتحقيق الأمن على كامل إقليمها عن طريق أجهزتها المختلفة، و من ذلك جهاز القضاء الذي يعتبر صاحب الولاية العامة في حل وتسوية المنازعات، إلا أن هذا لا يمنع الدولة من الخروج عن هذا الأصل، ويمثل التحكيم الصورة الأساسية لهذا الخروج³.

فالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية من أبرز الضمانات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة، خاصة مع ازدياد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، لذا سيتم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية (الفرع الأول)، ثم نقترح من موقف بعض التشريعات الأخرى لمعرفة مدى أخذها أو رفضها لهذا النظام مقارنة بالتشريع الجزائري (الفرع الثاني).

¹ انظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² تنص المادة 918 م ا م ا " بأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال".

³ عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، دار الكتب والوثائق المصرية، 1996، ص 06.

الفرع الأول:

موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال مباشرة موقفا محتثما تجاه التحكيم بصفة عامة، فالجزائر كانت حريصة على ممارسة سيادتها على جميع الأصعدة خاصة تلك المتصلة بالقضاء وهذا ما دفع إلى تجنب التحكيم الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه¹.

أولا: مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

عارضت الجزائر بشدة فكرة التحكيم الداخلي في العقود الإدارية وتجسدت هذه المعارضة من خلال وضع الأسس القانونية لاستبعاد التحكيم الداخلي لتسوية المنازعات التي يكون أحد أو كل أطرافها من أشخاص القانون العام²، ذلك قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ويمكن تقسيم هذه الفترة إلى مرحلتين:

1. صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966:

تبنى المشرع الجزائري قاعدة أساسية أخذها عن النظام التحكيمي الداخلي الفرنسي السابق، وهي أن أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام³، حيث نصت المادة 442 فقرة 03 من ق إ م على ما يلي: "لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم" وهكذا اتخذ هذا القانون موقفا متشددا اتجاه آلية التحكيم رغم مزاياه الكثيرة و المتعددة و نص صراحة على رفضه.

2. صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09:

قامت الجزائر بإدخال إصلاحات على منظومتها القانونية حتى تتماشى مع التوجه الجديد نحو الاقتصاد الليبرالي، ولأجل ذلك أدخلت تعديلات على قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 بتبنيها للتحكيم التجاري الدولي حيث سمحت لأشخاص القانون العام أن تطلب التحكيم في

¹ (M) BEDJAOUI, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage, Alger, 1994, P59.

² اتخذ المشرع الجزائري بالتحكيم الإلزامي بإصداره الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتضمن التحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، ج ر ج عدد 53 المؤرخ في 4 جويلية 1975، (المغى)، حيث نصت المادة 01 منه " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف و الأشكال الآتي تحديدها، جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات و التي يمكن أن تحدث تعارض في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية و الوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الصناعي أو الزراعي او تعاونيات قداماء المجاهدين و تعاونيات الثورة الزراعية و كذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم".

³ والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص16.

العلاقات التجارية الدولية¹، أما بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية فقد أبت على رفضها لهذه الآلية لحل النزاعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها².

ثانيا: الاستثناء الوارد على حظر التحكيم الداخلي في العقود الإدارية والمرتبط بالصفقات العمومية.

بعد الاستفتاء الدستوري لسنة 1996 دخلت الجزائر في مرحلة الازدواجية القضائية بفصل جهات القضاء العادي عن القضاء الإداري، ولهذا الغرض تم تنصيب مجلس الدولة ومحاكم إدارية ومحكمة لتنازع الاختصاص، وبالموازاة قدمت الحكومة مشروعا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بهدف تكريس الازدواجية الإجرائية تماشيا مع الازدواجية في الهياكل والذي صادق عليه البرلمان و خرج إلى النور في 25 فيفري 2008 ليكون ساري المفعول بعد عام مباشرة من صدوره.

ومن أهم الإصلاحات التي أدخلها هذا القانون أنه أجاز و لأول مرة من خلال المادتين: 975 و1006 منه لأشخاص القانون العام التحكيم في مجال الصفقات العمومية، حيث لم يميز بين الصفقات العمومية ما إذا كانت وطنية أو دولية، ومنه لأول مرة بعد الاستقلال، أشخاص القانون العام يمكنها أن تلجأ للتحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية المحصورة في الصفقات العمومية دون بقية العقود الإدارية الأخرى.

ولكن هل جميع منازعاتها من بداية إبرامها إلى غاية تنفيذها قابلة للحل عن طريق التحكيم؟ و من الذي يملك سلطة الاتفاق على التحكيم في هذه العقود؟

للإجابة على هذه الأسئلة لا بد من التطرق للنقاط التالية:

1. مفهوم الصفقات العمومية: وهنا نتناول ما يلي:

أ. تعريف الصفقات العمومية:

عرف المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الصفقات العمومية بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"³.

لعل إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية عبر المراحل المختلفة لقوانين وتنظيمات الصفقات يعود لخصوصية هذه العقود نظرا للطرق الخاصة لإبرامها، إضافة إلى خضوعها لأثر رقابية خاصة داخلية وخارجية، كما أنها تتيح للإدارة مجموعة من السلطات غير مألوفة في العقود الإدارية الأخرى، وأهم شيء ارتباطها بالخزينة العامة والمال العام⁴.

¹ عليوش قريوع كمال، التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص25.

² تنص المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، على مايلي: "...ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

³ انظر المادة الرابعة من قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص35، مرجع سابق.

ب. الأشخاص المخولة بإبرام الصفقات العمومية (المعيار العضوي):

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية يمكن حصر معايير الصفقة العمومية في: المعيار العضوي، المعيار الشكلي، المعيار الموضوعي، المعيار المالي، معيار الشروط الاستثنائية، لكن المعيار الذي يهمننا هو المعيار العضوي الذي سيتم التعرض له في النقاط التالية:

لقد حدد المعيار العضوي الصفقة العمومية بأنها، هي التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، فالعقد الذي لا يكون أحد الأشخاص المذكورين في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 طرفا فيه لا يمكن اعتباره صفقة عمومية.

والجديد الذي حملته هذا المرسوم هو مد تنظيم الصفقات العمومية لكل المؤسسات العمومية حتى الاقتصادية منها، لذا هناك من اعتبر هذا الأمر سيؤدي إلى إشكالات عملية على المستوى القضائي، فإذا نشأ نزاع بخصوص صفقة يكون أحد أطرافها مؤسسة عمومية اقتصادية، فهل تعود المنازعة لاختصاص القضاء العادي أم لاختصاص القضاء الإداري؟ فإذا ما أسندت إلى القضاء الإداري، فهذا الحل من شأنه أن يمس بالمعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري¹.

ونفس الأمر إذا ما أسندت إلى القضاء العادي، فإن العقد هنا عبارة عن صفقة عمومية وهي من العقود الإدارية يجعلها تختلف عن العقود المدنية والتجارية والتي يجب تطبيق قواعد القانون العام عليها وليس قواعد القانون الخاص.

ولقد قال الدكتور محمد الصغير بعلي حول التعدد المفرط للمؤسسات المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بأنه عديم الجدوى².

وبالرجوع للمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فهي تنص على ما يلي: " لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

وبالرابط بين نص المادة 975 والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين أن التحكيم في الصفقات العمومية لا يسمح به إلا للأشخاص المذكورين في المادة 800 ، وبالتالي باقي الجهات الأخرى المذكورة في المادة 02³، من قانون الصفقات العمومية، أليس مسموح لها أن تقوم بالتحكيم في الصفقات التي تبرمها؟.

¹ راجع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق.

² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005م، ص17.

³ تنص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية على مايلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية
- الهيئات الوطنية المستقلة
- الولايات
- البلديات
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

هناك من يرى أن هذا النوع من المؤسسات التي أدخلها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قريبة من المؤسسات الإدارية بحكم أن قراراتها إدارية والعاملين فيها يخضعون للقانون الأساسي للوظيفة العامة، إضافة إلى أنها لا تبتغي من وراء نشاطها تحقيق الربح.

ولقد تم انتقاد هذا الرأي حيث قال الدكتور عمار بوضياف أننا هنا بصدد قواعد الاختصاص النوعي وهذه الأخيرة ذات علاقة بالنظام العام لا بد أن تسن بنص لا يحتمل التأويل واضح غير مبهم، لأنها غير قابلة للقياس والربط¹.

أما رأينا حول هذه المسألة، بما أن الدولة هي التي تمول المشاريع التي تقوم بها هذه المؤسسات المذكورة في المادة 02 سواء بشكل كلي أو جزئي وبصفة دائمة أو مؤقتة فإن اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمنازعات المرتبطة بالصفقة العمومية التي تبرمها لا يعارض نص المادة 800 من ق إ م إ. مع الإشارة أنه تم استبعاد التعاقد بين إدارتين عموميتين وهذا حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية.

2. نطاق التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية:

تثير الصفقات العمومية حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها منازعات على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ وهو ما يفرض وضع نظام فعال لفض هذه المنازعات. وبما أن الصفقات العمومية لها وثيق الصلة بالخزينة العامة والمال العام كان لا بد أن يكون لها طرقا خاصة تمتاز بالسرعة لحل منازعاتها حتى لا يلحق الضرر بالمنتفعين من المرفق العام. والمشرع في قانون الصفقات العمومية قسم المنازعات إلى قسمين، منازعات ناتجة عن الإبرام ومنازعات تحدث أثناء التنفيذ.

أ- المنازعات الناتجة عن الإبرام:

بالرجوع إلى القواعد والأحكام المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، وقانون الصفقات العمومية³، تقسم المنازعات الناتجة عن هذه المرحلة إلى قسمين:

- منازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المعنية.

- منازعات أمام القضاء الإداري.

وهذه المنازعات خارجة عن نطاق الدراسة.

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة...".

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 333.

² انظر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

³ انظر المادة 114 من قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق.

ب- المنازعات الناتجة عن التنفيذ:

تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحق بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة..."

إذن من خلال هذا النص فالنزاع الناتج عن التنفيذ قد أرسى له المشرع قاعدة الحل الودي، تجنباً لطول الإجراءات أمام القضاء وحتى لا تتعطل المشاريع العمومية.

والحل الودي يتم اللجوء إليه في ثلاث حالات حددها المشرع في المادة 115 سابقة الذكر مع ضرورة احترام الإدارة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ولقد أحسن المشرع لاتخاذ مثل هذا الحل، للحفاظ على الأموال العامة من خلال السرعة في حل المنازعات وبالتالي إنجاز المشاريع في الوقت والزمن المحددين.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن أهم الإصلاحات التي جاء بها هو إجازته للتحكيم في مجال الصفقات العمومية بنوعها الوطنية والدولية، وبالتالي الانتقال من مرحلة حظر التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام إلى جوازه في منازعات الصفقات العمومية .

3. السلطة التي تملك الحق في الاتفاق على التحكيم الداخلي في الصفقات العمومية:

لا يكفي في من يكون طرف في الاتفاق على التحكيم أن يكون أهلاً للتصرف في الحق محل النزاع موضوع التحكيم، وألا يشوب رضاه عيباً من العيوب المفسدة له وإنما لا بد أن تكون لهذا الشخص سلطة إبرام الاتفاق على التحكيم ، فإذا لم تتوافر هذه السلطة فإن الاتفاق على التحكيم الذي أبرم يكون باطلاً ولا يرتب أثره القانوني¹.

ففي التحكيم الداخلي في الصفقات العمومية منح القانون سلطة إبرام اتفاقية التحكيم حسب الشخص العام الذي يكون طرفاً في الصفقة العمومية².

- فإذا كانت الدولة طرفاً في الصفقة يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.
- أما إذا كانت الولاية أو البلدية طرفاً في الصفقة العمومية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- أما إذا كانت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية طرفاً في الصفقة العمومية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.

¹ محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارة وجوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 86.

² انظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وهو تقريبا ما أخذ به المشرع المصري في القانون رقم 09 لسنة 1997 بتاريخ 13 ماي 1997 حيث قرر إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تنص على: "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"¹.

الفرع الثاني:

موقف بعض التشريعات الأخرى من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

حظي التحكيم في الوقت الآني بمكانة قوية ومهمة في ظل تنامي العلاقات الاقتصادية وازدهار واقع التجارة، على أنه حال نشأة أي نزاع حول موضوع معين في العقد فإن هذا النزاع يتم حله عن طريق التحكيم²، على نحو يغنيه عن اللجوء إلى القضاء مع ما يترتب على ذلك من توفير السرعة والوقت والجهد . ومع اتساع العلاقات الاقتصادية وامتدادها، امتد التحكيم إلى مجالات كانت عما قريب بمنأى عنه، ألا وهي منازعات العقود الإدارية الداخلية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفا فيها.

وإذا كانت العديد من التشريعات اختلفت في تأسيسها للتحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، كان لا بد من معرفة بعض التوجهات التشريعية لبعض الدول مقارنة بالتشريع الجزائري، وهنا سيتم تناول كلا من التشريعين المصري (أولا) والفرنسي (ثانيا) على النحو التالي:

أولا: موقف المشرع المصري من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

حتى أواخر القرن العشرين، ظل التحكيم في مصر ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد له المشرع المصري قانون خاص إلا في عام 1994 وذلك بمقتضى القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بمقتضى القانون رقم 9 لسنة 1997.

ونظرا لأن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية تباينت آراء الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مما أدى إلى تدخل المشرع المصري وقام بتعديل قانون التحكيم لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ونص فيه صراحة على جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع مراعاة بعض الشروط .

¹ أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، مرجع سابق، ص 73.

² هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والانجلوسكسونية والعربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 7.

1- مرحلة صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994:

رغم صدور قانون التحكيم لسنة 1994 إلا أن الفقه تردد حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، نظراً أن المشرع لم ينص صراحة على ذلك. وإذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قررت جواز التحكيم في العقود الإدارية في فتواها الصادرة في 17 ماي 1989 وفتواها الصادرة في 07 فيفري 1993 إلا أنها تراجعت عن ذلك في فتواها الصادرة في 18 ديسمبر 1996 وقررت عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم لسنة 1994 لعدم وجود نص صريح بجواز ذلك¹.

أما المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 18 جانفي 1994 فقد أكدت على جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعدما كانت سابقاً تقضي بخلاف ذلك، وربما كان مبعث ذلك عدم وجود نص صريح يحسم هذه المسألة. وبسبب هذا التباين حول جواز التحكيم من عدمه في منازعات العقود الإدارية رغم صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تقدمت الحكومة بمشروع قانون لتعديل المادة الأولى من القانون السابق ذكره لحسم الجدل حول هذه المسألة².

2- مرحلة صدور القانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم لسنة 1994:

بتعديل قانون التحكيم لسنة 1994 وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى ونصها كالآتي: " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك". وبهذا يكون المشرع المصري قد حسم الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية سواء كانت داخلية أو دولية، بأن أجاز ذلك بنص صريح لا يحتمل التأويل.

وبصدور قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 أكد المشرع مرة أخرى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث نصت المادة 42 من هذا القانون على أنه: " يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"³.

¹ أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، مرجع سابق، ص 47 و ما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 61.

³ شريف يوسف خاطر ، "التحكيم في مجال العقود الإدارية"، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، المجلد الثالث، أيام 28-30 أبريل، 2008، ص 317.

ثانياً: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

المشرع الفرنسي موقفاً متشدداً من مسألة التحكيم في العقود الإدارية¹. حيث تم حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، لكن هذا المبدأ يرد عليه عدة استثناءات يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

1- مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

يجد هذا المبدأ أساسه التشريعي في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1806 والمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 05 جويلية 1972 والمعدل في 09 جويلية 1975.

ولقد تضمنت المادة 1004 النص على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون ابلاغها للنيابة العامة، وقد حددت المادة 83 المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة بشأنها وهي تلك التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة وأيضا المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ونتيجة لإلغاء هذه المواد فقد صدر القانون المدني الفرنسي الجديد وتضمن مادتين هما 2060 و2061²، فالمادة 2060 نصت في فقرتها الأولى على أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل الحالة وأهلية الأشخاص أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وعموماً في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام³.

كما تنص المادة 2061 من القانون المدني الجديد ببطان شرط التحكيم طالما لم يوجد نص قانوني

يجيزه⁴.

ولقد أيد الفقه والقضاء هذا الحظر واعتبروه من المبادئ العامة للقانون والتي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدر من مصادر المشروعية والتي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها⁵.

¹ حفيفة السيد الحتاد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص18.

² شريف يوسف خاطر، "التحكيم في مجال العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص299.

³ L'article 2060 du code civil français dispose que « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressent les collectivités publiques et les établissements public et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

⁴ Aux termes de l'article 2061 du code civil « la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi ».

⁵ APOSTOLOS PATRIKIOS, L'arbitrage en matière administrative, L .G.D.J, Paris, 1997, PP 27-30.

كما ذهب البعض الآخر إلى القول أن الأشخاص المعنوية العامة ليس لها الحق في اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية وذلك استنادا إلى وجود قضاء وطني مختص بنظر المنازعات وهو قضاء مجلس الدولة¹.

2- الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية :

لقد أورد المشرع الفرنسي عدة استثناءات على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية، وهذه الاستثناءات إما ترجع إلى وجود نص قانوني يجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود الإدارية، وإما أن يتدخل المشرع وينص صراحة على جواز لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم.

أ. الاستثناء الأول: اللجوء إلى التحكيم الداخلي في بعض منازعات العقود الإدارية.

نصت المادة 69 من القانون الصادر 17 أبريل 1906 على جواز التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد وهذا النص يقابل نص المادة 132 من تقنين الأشغال العامة الجديد².

و تطبق المادة 69 على عقود الأشغال العامة و عقود التوريد التي تبرمها الدولة و المديريات و البلديات.

ولقد أضاف المرسوم الصادر في 25 جويلية 1960 في المادة الأولى و المادة 25 منه النقابات

المختلطة و المناطق الحضرية و المؤسسات العامة التابعة للمحافظات و المقاطعات.

ولقد اشترط المشرع الفرنسي أن يتم اللجوء إلى التحكيم من خلال مشاركة التحكيم أي بعد قيام النزاع و ذلك في المنازعات التي تتعلق بتصفية النفقات الناشئة عن عقود الأشغال العامة و عقود التوريد دون بقية العقود الأخرى، كما يقتصر اللجوء إلى التحكيم على عقود الأشغال العامة و التوريد التي تبرمها الدولة و المديريات و المحليات فقط.

¹ E .LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{ème} éd, Paris, 1896, p152,

Voir aussi L.RICHER, Droit des contrats administratifs, 3^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 2002, p294.

² L'article 132 du nouveau code des marchés publics dispose que « conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, L'état, Les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fourniture, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile pour l'état, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et Du ministre chargé de l'économie"

décret N° 2004-15 du 7 Janvier 2004 portant code des marchés publics, J O , n° 6 du 8 janvier 2004.

كما اشترط اللجوء إلى التحكيم بموافقة مجلس الوزراء بمرسوم موقع عليه من وزير المالية و الوزير المختص حسب الحالة، و فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة و التوريد التي تبرمها المديريات فإنه يجب عرض الأمر على مجلس المديرية للمناقشة و يجب موافقة الوزير المختص عليه، أما بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة البلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدي و اعتماد مدير المقاطعة¹.

ب. الاستثناء الثاني: لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية و التجارية للتحكيم الداخلي.

أصدر المشرع الفرنسي قانون 09 جويلية 1975 و نص في المادة السابعة منه على تكملة المادة 2060 من القانون المدني الجديد بأنه يجوز اللجوء إلى التحكيم لبعض المؤسسات العامة الصناعية و التجارية التي يصدر بتحديد مرسوم²، و أول مرسوم أصدر في هذا الشأن لم يكن إلا مؤخرا و ذلك في 08 جانفي 2002 و حدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم و منها شركة غاز فرنسا و شركة كهرباء فرنسا³ كما صدرت عدة تشريعات خاصة تجيز لبعض المؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم في كافة منازعتها سواء تعلقت بعقد إداري أم لا، و من هذه المؤسسات العامة la SNCFet la poste et France télécom، أو ما يسمى بريد و اتصالات فرنسا و أيضا الشركة الوطنية للسكك الحديدية، إضافة إلى المؤسسات العامة للتعليم العالي⁴ « les établissements publics d'enseignement supérieur » .

من خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري قد حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية ماعدا في الصفقات العمومية، و نفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي، فالقاعدة العامة هي حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية، إلا إذا وجد نص قانوني يجيز ذلك، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أجاز التحكيم الداخلي في العقود الإدارية لكن بشرط موافقة الوزير المختص، مع حظر التفويض في هذا الشأن.

¹ شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 303.

² L'article 2060 du code civil a été complété par l'article 7 de la loi du 9 juillet 1975, selon lequel « toute fois de catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

³ A.H « De nouveau établissements publics autorisés à compromettre » rev.arb, , n° 1,2002,p249.

⁴ Jean- Jacques Alexander Souyris et Guy Chetrite, guide pratique de l'arbitrage interne, op.cit , P36 .

يلعب التحكيم دوراً مهماً في الحركة الاقتصادية، إذ أن المستثمرين ووطنيين كانوا أو أجانب يبحثون دائماً على حماية استثماراتهم عن طريق قانون مرن و سريع، و الذي يجدونه في التحكيم¹، هذا الأخير الذي يهدفون من ورائه إلى حل نزاعاتهم الحالية أو المستقبلية بعيداً عن قضاء الدولة ، للوصول إلى حل ودي ينفذونه دون تردد.

لكن إذا تعذر التنفيذ الطوعي للحكم التحكيمي، فلا بد من البحث عن آليات فعالة لإعطاء حكم التحكيم قوة التنفيذ الجبري.

كما أن الوصول إلى إصدار الحكم من محكمة التحكيم، لا بد أن يمر بجملة من الإجراءات المتوالية، تبدأ بإجراءات ممهدة للعملية التحكيمية، يليها تقديم طلب إلى محكمة التحكيم للبدء في سير العملية التحكيمية، سواء من طرفي النزاع معاً أو من الطرف الذي يهمله التعجيل لتبدأ ما يسمى بالخصومة التحكيمية (المبحث الأول).

بعد انتهاء إجراءات التحكيم، تصدر محكمة التحكيم بعد تفحصها لمجموعة المنازعات التي تتكون منها خصومة التحكيم ، حكماً تهدف من خلاله إلى التغلب على جميع العقبات و تفض النزاع الذي طرح عليها، كون إصدار حكم التحكيم من أهم المراحل التي يمر بها نظام التحكيم، بحيث يقوم الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بطلب تنفيذ هذا الحكم، بينما الطرف الذي صدر ضده قد يفكر في محاولة عرقلة تنفيذه و ذلك من خلال الطعن فيه (المبحث الثاني).

غير أن الأمر ليس ببسيط إذ أن القوانين و التشريعات التي أجازت اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات، نظمت خطوات السير فيه، فوضعت مجموعة من الضوابط تسيّر عليها محكمة التحكيم خلال سير الخصومة وحتى صدور حكم التحكيم و ما بعده، لهذا فإنه ليس من السهل على الأطراف أو محكمة التحكيم الخروج عما نضمه المشرع².

¹ بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادية، 2009، ص 535 .

² إبراهيم رضوان الجعيري، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، 2009، ص 27

المبحث الأول:

الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

خصومة التحكيم الداخلي باعتبارها خصومة إجرائية، فهي تخضع لسلطان الإرادة الذي يحدد "الآجال و الأوضاع" المطبقة في المحاكمة التحكيمية الداخلية، أما إذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فإن الأوضاع و الآجال المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية هي التي يتم العمل بها، بمعنى آخر أن إجراءات المحاكمة القضائية الإدارية هي التي تطبق¹.

و إذا كان القانون يجيز اللجوء إلى التحكيم، فذلك بقصد التيسير على الخصوم من خلال تعيين أشخاص طبيعيين أو معنويين من ذوي الخبرة و المعرفة الفنية ليفصلوا في النزاع، خلال مدة معينة توفيراً للوقت و الجهد (المطلب الأول) .

فالطلب الذي يقدمه المعني في خصومة التحكيم الداخلي إلى محكمة التحكيم هو الذي يسمح لها بالسير في الإجراءات التي تبدأ بالتحقيق ثم عقد جلسات للمداولة حول ما تم التوصل إليه، لكن قد يحدث و تصطدم هذه الإجراءات بعوارض قد توقفها أو تنتهيها دون التوصل إلى إصدار حكم التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الإجراءات الممهدة لعملية التحكيم الداخلي.

قبل السير في عملية التحكيم الداخلي هناك إجراءات لا بد من التعرّيج عليها تكون سابقة على عرض النزاع على المحكمة التحكيمية و تتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية التي تتولى الفصل في النزاع بعد قبولها لذلك (الفرع الأول) خلال المدة التي يتم الاتفاق عليها من طرف الخصوم أو خلال المدة التي حددها القانون إن لم يتفق الأطراف على مدة معينة (الفرع الثاني).

¹ أنظر المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

الفرع الأول:

تشكيل محكمة التحكيم الداخلي.

تتشكل محكمة التحكيم الداخلي من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع المشرع حداً أقصى للعدد، واشتراط العدد الوتري حينما تكون التشكيلية جماعية، ذلك أن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات¹.

كما أن مهمة التحكيم لا تستند لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيتولى هذا الأخير تعيين عضواً أو أكثر من أعضائه بصفة محكم².
و لقد تعددت طرق تعيين المحكم أو المحكمين (أولاً)، لكن لا بد من قبول المحكم أو المحكمين المختارون للمهمة المسندة إليهم (ثانياً).

أولاً: طرق تعيين المحكمين.

عمدت معظم القوانين و التشريعات إلى إعطاء الحرية للأطراف في تعيين المحكمين، لكن قد تطرح بعض المشاكل في هذه المرحلة خاصة في اتفاق التحكيم الذي يكون سابقاً لنشوء النزاع مما يستوجب الاستعانة بطرق أخرى للتعيين و التي سمح بها القانون.

1. تعيين المحكم أو المحكمين وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة:

نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري على أنه «...يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم»³.

كما نص أيضاً «...يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كفاءة تعيينهم»⁴.

¹ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص 536.

² أنظر المادة 1014 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

³ أنظر المادة 1008 من القانون نفسه.

⁴ أنظر المادة 1012 / 02 من القانون نفسه.

ومنه فإن سلطان الإرادة هو الذي يعين المحكمين أو يحيل إلى نظام تحكيمي لمركز تحكيم معين يفضى إلى تعيين المحكمين¹.

أ- تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاقية التحكيم الداخلي:

يعتبر قيام المحتكمين بتعيين المحكم أو المحكمين هو الأصل في هذا النطاق، لأنه يستجيب للهدف الذي يرجوه هؤلاء الخصوم و المتمثل في اختيار المحكمين من ذوي النزاهة و الخبرة و مدى درايتهم بالتقاليد الثقافية و القانونية و درجة التخصص في موضوع النزاع².

فيستوي أن يتم الاتفاق على شخص المحكم في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم، و إذا كان الاتفاق على أشخاص المحكمين، يتم أساسا بتحديد الأطراف المحتكمين لأسماء المحكم أو المحكمين في اتفاقية التحكيم، أي أن يتم تعيينهم بذواتهم، فإنه لا يكون هناك مانعا من تعيينهم بصفاتهم، بحيث لا بد أن تكون هذه الصفة قاطعة الدلالة على شخص المحكم كنقيب المحامين الحالي أو كرئيس غرفة التجارة و الصناعة... الخ.

أما إذا ذكر في اتفاقية التحكيم صفة معينة تتوافر في أكثر من شخص كأستاذ جامعي أو محامي مثلا، فإن اتفاقية التحكيم تكون باطلة³.

و قد يختار كل طرف محكمه و من ثم يتولى المحكمان المختاران تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيس، و يكون هذا الاتفاق صحيحا باعتباره توكيلا من كل طرف محتكم للمحكم الذي اختاره، للاتفاق مع المحكم الآخر على اختيار المحكم المرجح.

ب- تعيين المحكم أو المحكمين من قبل مركز تحكيمي دائم:

كما يكون تعيين المحكم أو المحكمين بصورة مباشرة، فإنه يمكن أن يكون بصورة غير مباشرة، كما لو اتفق على التحكيم بواسطة مركز تحكيمي معين، و بالتالي قواعد هذا المركز فيما يخص تعيين المحكمين هي التي سيتم العمل بها.

¹ عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 81.

² علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997، ص 253.

³ محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

و مثال ذلك مركز تحكيم "جوري كونسيل"¹ الموجود بالجزائر إذ تنص المادة 04 من نظامه التحكيمي و المدرجة تحت عنوان "تعيين المحكم" على أنه : "يقوم رئيس مركز الصلح والتحكيم بالتحكيم في القضية أو تعيين المحكم الوحيد لها و الموجود اسمه ضمن القائمة المتوفرة لدى رئيس المركز، و يقوم المحكم بالتوقيع على تصريح بقبوله المهمة و استقلاليته عن أطراف النزاع من حيث القرابة أو المصلحة أو أي مبرر يمس بنزاهة قراره".

و بالتالي فالأطراف المحتكمين بالرغم من عدم اختيارهم و تعيينهم للمحكمين، إلا أنهم و بصورة غير مباشرة عبروا عن إرادتهم بقبول النظام التحكيمي لهذا المركز، و الذي يتولى تعيين المحكم أو المحكمين الذين سيفصلون في النزاع و هو ما يمكن تسميته "بتعيين المحكم أو المحكمين بالإرادة غير المباشرة للأطراف المحتكمين".

2. تعيين المحكم أو المحكمين من قبل القاضي الإداري:

تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاقية التحكيم يتفق مع حقيقة المقصود من التحكيم وهو الاستغناء عن اللجوء إلى قضاء الدولة، ذلك أنه كثيرا ما تكون الثقة في حسن تقدير المحكم، وفي حسن عدالته هي مبحث الاتفاق على التحكيم.

وقد نثار في هذا الصدد بعض من المشكلات العملية الناجمة عن عدم قيام الأطراف المحكمون في اتفاقية التحكيم بتعيين المحكم أو المحكمين المراد عرض النزاع موضوع التحكيم عليهم، أو قيام مانع يحول دون مباشرة المحكم لمهمته²، أو أي عارض آخر أدى إلى صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، لذا أعطى المشرع الحل حيث نص على ما يلي:

" إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه ..."³.

يستفاد من هذا النص أن قانون التحكيم الداخلي الجزائري قد منح القضاء سلطة تعيين المحكم أو المحكمين، و ذلك بشرط وجود صعوبة تتعلق بتشكيل محكمة التحكيم راجعة لأحد الأطراف المحتكمين أو لإحدى إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين.

¹ أنظر في هذا الصدد النظام التحكيمي لمركز "جوري كونسيل" المنشور على الموقع الإلكتروني التالي :

www.juriconsul.com/arbitrage.php

² محمود السيد التحويي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص161.

³ أنظر المادة 01/1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

وفيما يتعلق بالقاضي المختص بتشكيل محكمة التحكيم فقد فرق القانون في التحكيم الداخلي بين التحكيم في المواد العادية و التحكيم في المادة الإدارية، وبما أن موضوع الدراسة يتعلق بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية فإن القاضي المختص هو رئيس المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها محل تنفيذه¹ ذلك أن أحد طرفي اتفاقية التحكيم هو من أشخاص القانون العام.

ثانيا: قبول المحكم أو المحكمين لمهمة التحكيم:

نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".
و بالتالي فإن قبول المحكم للمهمة المسندة إليه أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل محكمة التحكيم.

كما نص القانون أيضا على أنه: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة" و بالتالي إذا رفض المحكم المهمة المسندة إليه، فإن الذي عينه ليس هو الذي يعين البديل عنه- إلا إذا كان القضاء هو الذي عينه- بل الذي يعين البديل هو القضاء المختص.

مع الإشارة أن القانون لم يبين كيفية تعبير المحكم أو المحكمين عن قبولهم لمهمة التحكيم، عكس القانون المصري مثلا الذي نص في المادة 16 / 03 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يكون قبول المحكم بالقيام بمهمته كتابة...".

و الكتابة هنا هي مشروطة لإثبات قبول المحكم لمهمة التحكيم و هي ليست ركنا من أركانه²

الفرع الثاني:

مهلة العملية التحكيمية.

ترك قانون التحكيم السابق للأطراف حرية الاتفاق على مهلة التحكيم و إلا كانت ثلاثة أشهر إذا لم يتفقوا على مهلة معينة، تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو بالأحرى من تاريخ تعيين آخر محكم.

¹ تنص المادة 976 من ق إ م إ: «تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية».

² محمود السيد التحويي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية و جواره في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص160.

أما بالنسبة لقانون التحكيم الداخلي الحالي فنجد:

أولاً: تحديد مهلة العملية التحكيمية.

ترك قانون التحكيم الداخلي الجديد لسلطان الإرادة الحرية في تحديد مهلة المهمة التحكيمية، و اعتبر العقد صحيحاً و لو لم يتم تحديد هذه المهلة، و لكن المشرع في هذه الحالة قدم الحل بتحديد مهلة التحكيم تتمثل في أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين آخر محكم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم¹.

ثانياً: تمديد مهلة العملية التحكيمية.

سبقت الإشارة أن مهلة التحكيم إما يحددها سلطان إرادة الأطراف سواء بطريقة مباشرة أو بالإحالة إلى نظام مركز تحكيمي معين و هي ما تسمى بالمهلة التعاقدية، و إما أن تكون قانونية يحددها القانون، فإذا حل أجل انتهاء مدة التحكيم التعاقدية أو القانونية فإن التحكيم ينتهي، إلا إذا تم تمديده ممن يملك الحق في التمديد².

و التمديد في القانون الجزائري جائز و هو يعود لسلطان الإرادة، فإذا تعذر فيعود الأمر إلى النظام التحكيمي لمركز التحكيم المختار الذي تطبق مهله، فإذا لم يتوصل الطرفان لاتفاق على التمديد يعود الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة³، و هو رئيس المحكمة الإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

المطلب الثاني:

سير العملية التحكيمية و عوارض استمرارها.

تلعب القواعد الإجرائية في سير العملية التحكيمية التي اختارها الأطراف دوراً جوهرياً في ضمان نجاح العملية التحكيمية، مما أدى إلى اعتبارها قواعد ملزمة، كون الأصل في اختيار الإجراءات المطبقة في التحكيم يعود إلى المحكمتين أنفسهم استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة.

¹ أنظر المادة 01/1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

² بويديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 121.

³ أنظر المادة 02/1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

وأول إجراء تبدأ به العملية التحكيمية يتمثل في تقديم طلب التحكيم الذي يبين فيه طبيعة الخلاف الذي نجم عنه النزاع، و بهذا تبدأ إجراءات التحقيق من طرف محكمة التحكيم حتى تتم المداولات وفق أكبر قدر من المعلومات للوصول إلى قرار حول النزاع يرضي الأطراف (الفرع الأول).

غير أنه قد يعرض لإجراءات سير عملية التحكيم ما قد يؤدي إلى وقفها أو إنهائها قبل صدور حكم التحكيم، و هو ما يعرف بعوارض استمرار خصومة التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

سير العملية التحكيمية.

إن الإجراءات هي الوسائل الفنية التي حددها القانون لحماية الحق الموضوعي وفض المنازعات التي تثار بشأنه ، سواء عرضت أمام قضاء الدولة أو أمام التحكيم.

و القاعدة أنه يجوز التنازلي عن بعض الإجراءات أمام محكمة التحكيم، وإعمال ما جاء به سلطان الإرادة لتحقيق الهدف من التحكيم، و التي من بينها السرعة و السرية بالإضافة إلى التخفيف من طول الإجراءات.

و تتجسد إجراءات التحكيم الداخلي في مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الحصول على حكم من محكمة التحكيم وتتمثل في ما يلي:

أولاً: طلب التحكيم:

نصت المادة 1010 من ق إ م إ على مايلي: « يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل»

و يلاحظ في هذا الصدد أن عرض النزاع على محكمة التحكيم يفترض أن هذه المحكمة قد تم تشكيلها، بحيث يجب أن يتحدد في الطلب المقدم مطالب الخصم أو الخصوم و به يتم تحديد المهمة التحكيمية، و بهذه الطريقة فإن الدليل على حدود المهمة التحكيمية يكون قد توافر، فلا يثور بعد ذلك نزاع جدي بشأنها.

مع الإشارة أنه إذا كان التحكيم مؤسساتي فإن النظام الداخلي لهذه المؤسسة هو الذي يحدد الكيفية التي يرفع بها النزاع و أشكاله¹.

وهنا سوف نأخذ مثالا في حالة التحكيم المنظم (المؤسساتي)، باعتباره أكثر وضوحا وتحديدًا منه في التحكيم الخاص حيث أن 3/4 الشركات تختار التحكيم المؤسسي، و ذلك حسب الدراسة التي قام بها "برايس وتر هاوس"².

و مثال ذلك ما نص عليه النظام الداخلي لمركز "جوري كونسيل" في المادة الأولى منه تحت عنوان "طلب التحكيم"³:

1. يقدم طلب التحكيم بعريضة موقعه من قبل أطراف النزاع أو من الطرف الذي يهمله التعجيل إلى رئيس مركز الصلح و التحكيم لشركة جوري كونسيل، مرفقا بالعقد المتضمن الشرط التحكيمي أو اتفاق التحكيم.
2. تتضمن العريضة المقدمة:

- أسماء الأطراف و ألقابهم و عنوان إقامتهم أو التسمية الكاملة للشخص الاعتباري وممثليهم القانونيين و عناوين مقرهم.

- ذكر وقائع القضية.

- الإشارة إلى الأساس القانوني للطلب.

- تحديد الطلبات بوضوح و دقة.

- توقيع العريضة وختمها شخصيا أو عن طريق وكيل بموجب وكالة خاصة أو محامي، و يكون توقيع الأشخاص الاعتبارية من قبل الممثل القانوني له.

3. الالتزام بدفع المصاريف الإدارية المحددة من قبل الأمانة المذكورة في الملحق رقم 01 من هذا النظام.

4. تسجل العريضة في سجل خاص و يحدد تاريخ أول جلسة و مكانها و ساعتها على أن لا يقل عن أسبوعين.

5. تقدم كافة الطلبات و العرائض و المقالات باللغة العربية.

6. تكون الوثائق المقدمة من الأطراف دعما لادعائهم، واضحة و مؤشرا عليها بتوقيع و ختم، و يتم تبليغها للأطراف.

¹ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية و الدولية، مرجع سابق، ص 165.

² محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 143.

³ أنظر النظام التحكيمي لمركز جوري كونسيل، مرجع سابق.

إذن هذا هو شكل الطلب المقدم أمام مركز "جوري كونسيل" الذي أخذ كمثل في حالة التحكيم أمام المراكز المتخصصة، أما في التحكيم الحر (AD HOC)، فهذا يرجع إلى سلطان الإرادة في إتباع الإجراءات التي يروها مناسبة.

مع الإشارة أنه في حالة لم يتم الاتفاق على إجراءات معينة لإتباعها في رفع دعوى التحكيم، فإنه يتم العمل بما هو متبع أمام الجهات القضائية الإدارية في رفع الدعوى.

ثانيا: إدارة الجلسات.

تتمتع محكمة التحكيم الداخلي بمجموعة من السلطات تحكمها عدة مبادئ ، هذه الأخيرة لا بد من الإلمام بها قبل الدخول في تفاصيل أكثر حول سلطات المحكم أو المحكمين قبل إصدار حكم التحكيم، لأنها تعد-المبادئ- قواعد أساسية لا بد منها لتحقيق العدالة و المساواة وتكريس حقوق الأطراف.

1. المبادئ الواجب إتباعها من طرف محكمة التحكيم:

يمكن تعريف هذه المبادئ بأنها "مجموعة من الضمانات الواجب كفالنتها في خصومة التحكيم، و التي يجب احترامها أيا كان شكل أو نوع التحكيم و أيا كانت سلطات المحكم سواء كان محكم بالقانون كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري أو محكم بالصلح"، و تتمثل هذه المبادئ في:

أ. الإعلان:

أول خطوة في التحكيم هو الإعلان ببداية الإجراءات، حيث لا يمكن مباشرة إجراءات التحكيم دون إعلان الطرف الآخر في النزاع، و هذا طبعا إذا كان طلب التحكيم مقدم من طرف واحد و ليس من الطرفين، مع الإشارة أن الإعلان يكون بأية طريقة (فاكس، تليكس.....) دون التقيد بإجراءات معينة.

و المشرع الجزائري في قانون التحكيم الداخلي الجديد (ق إ م إ) لم يضع أي نص يتعلق بالإعلان، عكس المشرع المصري مثلا الذي نص في المادة 53 من قانون التحكيم على أنه تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته¹.

¹ أشرف عبدالعليم الرفاعي، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ،

دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 104.

ب. مبدأ احترام حقوق الدفاع:

يعد حق الدفاع من الحقوق الأساسية التي كرستها مختلف الدساتير و منها الدستور الجزائري لسنة 1996¹، إذ يمنح القانون للخصوم حق الدفاع، من خلال سماع وجهة نظرهم في الدفوع و الطلبات لبناء الحكم عليها، وأن غيابه يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة و تهيئة الفرص المتكافئة للأطراف المتنازعة.

و لقد نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري على مبدأ حق الدفاع في المادة 1022 من ق ا م ا، لكنه لم ينص في حالة الإخلال بهذا المبدأ هل يبطل حكم التحكيم الداخلي أم لا؟ لكن هذا ليس معناه عدم اعتباره قاعدة أساسية بل بالعكس من ذلك.

ت. مبدأ المواجهة بين الخصوم:

إن سبب أهمية هذا المبدأ ترجع إلى أنه يضمن احترام حقوق الدفاع من خلال حق كل خصم في العلم بطلبات و دفوع خصمه، بحيث يكون حكم التحكيم الداخلي نتيجة مواجهة بين وجهات نظر الخصوم². و يقوم مبدأ المواجهة على مبادئ أساسية تتمثل في:

- حق الخصم في أن يسمعه المحكم:

و ذلك من خلال دعوة المحكم للخصم و تمكينه من الحضور، و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 24 فيفري 1984 بأنه في حالة عدم تمكين الخصم من توضيح وجهة نظره حضوريا في النزاع المطروح أمام محكمة التحكيم، فإنه يوجد هناك محل لإبطال حكم التحكيم و هذا تطبيقا لنص المادة 04/1484 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق إلى مسألة حضور الأطراف أثناء المحاكمة التحكيمية في قانون التحكيم الداخلي الجديد، بعكس قانون الإجراءات المدنية المعدل سنة 1993 و الملغى حيث نصت المادة 458 مكرر 23 على أنه في حالة عدم مراعاة مبدأ حضور الأطراف فإنه يمكن الطعن في تنفيذ حكم التحكيم.

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 28-11-1996 المنشور بموجب الموسم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07-

1996-12، ج ر ج ج، عدد 76، سنة 1996.

² غرسي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1991، ص141.

³ PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD et BERTHON GOLDMAN, traité de l'arbitrage commercial international, litec, Paris, 1996, p707.

- حق الخصم في مناقشة حجج خصمه:

و ذلك من خلال مناقشة كل خصم ما قدمه الخصم الآخر وجاهيا لإبداء رأيه، و في هذا الإطار أعلنت محكمة استئناف باريس بأن مبدأ المواجهة بين الخصوم يفرض نفسه بما له من صبغة أمره على كل المحكمين، و يقتضي على وجه الخصوص تبادل المستندات بغية السماح للخصم أن يبدي ملاحظاته¹.

- حق الخصم في مناقشة ما جمعه المحكم من عناصر الواقع و القانون:

ويكون هذا خلال مراحل الخصومة، مع الإشارة أن قانون التحكيم الداخلي الجزائري لم يذكر قاعدة الوجاهية أو المواجهة لكن رغم هذا فهي تبقى حتما قاعدة أساسية في الأصول القضائية و بالتالي لا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم².

2. سلطات محكمة التحكيم في إدارة الجلسات:

بالإضافة إلى المبادئ السابقة الذكر و التي يجب احترامها حتى و لو لم ينص القانون عليها، هناك سلطات أخرى منحها القانون لمحكمة التحكيم قبل إصدار الحكم التحكيمي و تتمثل في:

أ- أعمال التحقيق و ما قد يتخللها من إجراءات:

ألزم القانون جميع المحكمين بالقيام بأعمال التحقيق و لا ينفرد بها محكم واحد إلا إذا كان هناك اتفاق يخول لهم سلطة انتداب أحدهم للقيام بها، و يجب وضع محضر في الجلسات كلها يوقعه المحكمون جميعهم مع الأطراف³.

كما ألزم القانون الأطراف بتقديم دفاعهم و مستنداتهم قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة يوما على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل⁴.

¹ أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مرجع سابق، ص 111 .

² عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 114.

³ المرجع نفسه، ص 122 و ما بعدها.

⁴ أنظر المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وإذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية الإدارية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة¹.

لكن بالرغم من هذه السلطات الممنوحة للمحكمين إلا أنه لا سلطة لهم على الخصوم أو الغير، فلا تستطيع محكمة التحكيم إلزام هؤلاء على القيام بعمل مثل تسليم مستندات تحت طائلة الغرامة التهديدية، كما هو مقرر بالنسبة للقاضي أثناء سير الخصومة، كما لا يمكنها اتخاذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية كالرهن أو الحجز فالأمر هنا يعود للقضاء الإداري .

ب. المداولة:

عرف بعض الفقه المداولة بأنها "التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة بغرض تكوين الرأي القضائي"²، لذلك لا يمكن تصور صدور الحكم بدون مداولة لأنها تعد من القواعد الأساسية في التقاضي.

و المداولة التحكيمية هي عبارة عن إجراء أساسي و جوهري لا بد من احترامه حتى لو لم ينص القانون عليه، لان الغرض منه خروج محكمة التحكيم بحكم لحل النزاع بين الطرفين وهي راضية عنه.

ولقد تم النص على المداولة في قانون التحكيم الداخلي الجزائري في المادة 1025 التي جاء فيها «تكون مداولات المحكمين السرية»، و نفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة 40 منه على أنه: «يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد المداولة...»³.

إذن من خلال هذين النصين يتضح مدى أهمية إجراء المداولة قبل صدور الحكم التحكيمي باعتباره من المسائل الأساسية التي لا بد منها، مع الإشارة أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق لم يتطرق إلى هذا الإجراء، ولقد أحسن بتداركه لهذا الأمر في القانون الجديد.

¹ أنظر المادة 1021 / 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD et BERTHON GOLDMAN, traité l'arbitrage commercial international, op.cit, p784.

³ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص174.

الفرع الثاني:

عوارض استمرار الخصومة التحكيمية.

قد تعترض خصومة التحكيم مجموعة من العوارض تؤثر في سيرها و تقدمها نحو الفصل في النزاع من خلال وقفها (أولا)، أو إنهائها (ثانيا) وهذا ما سوف يتم التطرق إليه فيما يلي:

أولا: وقف الخصومة التحكيمية.

حسب قانون التحكيم الداخلي الجزائري الجديد فان هناك حالات لوقف إجراءات التحكيم قبل العودة

للسير فيها مجددا وهي:

1. رد المحكم أو عزله:

يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية رد المحكم متى ظهرت أسباب معينة للرد بعد تعيينه و التي نص

عليها القانون و هي:

أ- إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم¹.

ب- كما ذكر المشرع حالات أخرى يجوز فيها رد المحكم² و تتمثل في:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته³، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

مع الإشارة انه لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا

لسبب علم به بعد التعيين.

كما أن المشرع قد ألزم بتبليغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر، دون تأخير بسبب الرد.

¹ انظر المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² أنظر المادة 1016 من القانون نفسه.

³ لقد رأى الأستاذ محمد بجاوي أن مصطلح 'الاستقلالية' الذي أخذ به المشرع الجزائري أدق من مصطلح 'الحياد' الوارد في الكثير

من التشريعات، راجع في هذا:

BEDJAOUI (M),MEBROUKINE (A), « le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie »J.D.I, n°4 ,1993,p889.

و السؤال الذي يطرح هنا: هل حدد المشرع المهلة الممنوحة لتقديم طلب الرد بالنسبة للطرف الذي علم بوجود سبب من أسباب الرد؟ و هل حدد المهلة اللازمة للفصل في طلب الرد؟

الواقع أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المهل الزمنية لتقديم طلب الرد وحتى للفصل فيه، بل أحال الأطراف إلى النظام التحكيمي الذي اختاروه و العمل بالإجراءات المتبعة أمامه في تسوية طلب الرد، أما إذا لم يتضمن هذا النظام المختار هذه الإجراءات و لم يستطع الأطراف الاتفاق على إجراءات معينة لحل هذه المسألة يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل، و يكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن¹.

مع الإشارة أن أسباب الرد ليست من النظام العام و بالتالي من الممكن تسويتها، إذ في حالة ظهور سبب للرد يمكن للأطراف التفاوض عليه و يتفقوا على القبول به².

و بالرجوع إلى التشريع المصري فيما يخص هذه المسألة نجد أنه أعطى مهلة خمسة عشرة يوما للطرف الراغب في رد المحكم تحسب من تاريخ تشكيل المحكمة أو من تاريخ العلم بالظروف التي يؤسس عليها طلبه، لتقديم الطلب إلى هيئة التحكيم، و إذا لم يتتح المحكم المطلوب رده خلال 15 عشرة يوما من تاريخ تقديم الطلب يحال الأمر إلى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر³.

ولا يترتب على طلب تقديم الرد وقف إجراءات التحكيم، أما إذا حكم بالرد فإن ما يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكمين يعتبر كأن لم يكن⁴.

أما في ما يتعلق بمسألة العزل أو عزل المحكم فإن الأطراف يمكنكم ذلك في أي مرحلة من مراحل الخصومة، بشرط اتفاق جميع الأطراف على ذلك⁵، و يكون العزل غالبا سببه يعود إلى امتناع المحكم عن أداء مهامه بالوجه المطلوب.

لكن إذا وجد خلاف بين الأطراف في إقرار هذا العزل رغم وجود أسباب لذلك، فلمن يرجع الاختصاص في نظر هذه المسألة؟.

¹ أنظر المادة 1016 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

² عبد الحميد الأحمد، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 87.

³ محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 75 .

⁴ نفس المرجع، ص 76.

⁵ أنظر المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

الواقع أن المشرع الجزائري لم يتناول هذه النقطة بحد ذاتها، لكنه و في المقابل جاء بالمادة 1009 من ق إ م إ ، و التي تتعلق بحل صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية بفعل أحد الأطراف، وذلك بتدخل القضاء وهو القضاء الإداري بالنسبة للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية، و بالضبط رئيس المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

2. الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي¹.

نظرا لطبيعة خصومة التحكيم الداخلي المستندة على الاتفاق على التحكيم و هيمنة إرادة الأطراف، إلا أن هناك عوارض لا يتصور إعمالها في خصومة التحكيم، و من ذلك ما نص عليه قانون التحكيم الداخلي الجزائري و التي تؤدي إلى إيقاف إجراءات التحكيم من طرف محكمة التحكيم وإحالة الأطراف إلى الجهة القضائية الإدارية المختصة ، و تتمثل هذه العوارض في:

- أ- الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة قدمت إلى محكمة التحكيم، و بالتالي متى تم وقف الإجراءات بقرار من المحكمة التحكيمية، فإنه لا يزول إلا بعد صدور الحكم النهائي في دعوى الطعن بالتزوير.
 - ب- حدوث عارض جنائي يؤدي إلى وقف خصومه التحكيم وهذا بشرط أن تكون الدعوى الجنائية مرتبطة بالدعوى التحكيمية، و أن يكون الحكم فيها له تأثير على هذه الأخيرة.
- مع الإشارة أنه يستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.

ثانيا: انتهاء الخصومة التحكيمية:

قد تنتهي إجراءات التحكيم قبل النهاية الطبيعية لها و المتمثلة في صدور الحكم التحكيمي، و ذلك في عدة حالات نص عليها المشرع² تتمثل في:

1. بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين.
2. بانتهاء المدة المقررة للتحكيم.
3. بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
4. بوفاة أحد أطراف العقد.

¹ أنظر المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

² أنظر المادة 1024 من القانون نفسه.

و نص هذه المادة واضح فيما يتعلق بانتهاء التحكيم بوفاء أحد المحكمين أو رفض المحكم القيام بمهمته إلا إذا كان هناك شرط مخالف.

و لكن حصول مانع للمحكم كالمرض مثلا ينهي التحكيم فهذا أمر غير منطقي، فلماذا لا يستبدل المحكم؟

و أكثر من هذا فالنص يذهب إلى غموض أكثر بالقول أن التحكيم ينتهي إذا اتفق الأطراف على استبدال المحكم أو المحكمين الباقين، فلماذا ينتهي التحكيم هنا؟ هذا النص يحتاج إلى إعادة النظر فيه...

من خلال ما تقدم يترتب على انتهاء إجراءات التحكيم الداخلي و زوال خصومته إنهاء مهمة محكمة التحكيم، فلا يكون لها أية صفة في اتخاذ إجراءات أخرى تخص الخصومة التحكيمية، و يصبح الالتجاء للقضاء حقا من الحقوق التي لا يمكن مصادرتها.

المبحث الثاني:

حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

تصدر محكمة التحكيم الحكم بعد جهد كبير و تفحص في مجموعة المنازعات التي تتكون منها خصومة التحكيم والتي أثارها الأطراف، و يعد صدور حكم التحكيم من أهم المراحل التي يمر بها نظام التحكيم ، لذا لا بد من الإلمام به من بداية صدوره و ما يتطلبه من بيانات¹، إلى غاية الآثار المترتبة عنه (المطلب الأول).

و حتى يندمج هذا الحكم في النظام القانوني الوطني ينبغي أن يسلم من الطعن، لكن غالبا ما يتطلب الأمر عرضه على قاضي الاكساء بالصيغة التنفيذية، و ذلك إن لم ينصع له المحكوم عليه طوعا، و تنتهي رحلة الحكم التحكيم الداخلي الذي يسلم من الطعن و من حاجز الاكساء، بمرحلة التنفيذ التي تتمثل في تجسيد ما قضي به المحكم ما لم تعترضه عوائق لا تتعلق بصحته و إنما بوجود المحكوم عليه في وضع صعب يتعذر معه التنفيذ² (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

صدور حكم التحكيم الداخلي.

بالرغم من أن الأنظمة القانونية المعاصرة اعتنت بنظام التحكيم و نظمته إلا أن معظمها لم يحدد المقصود بحكم التحكيم، رغم أهمية الأمر في معرفة أي من القرارات و الأحكام الصادرة عن المحكم و التي يتعين وصفها بالأحكام التحكيمية.

و لقد انقسمت الآراء في موضوع تعريف الحكم التحكيمي إلى اتجاهين ، اتجاه موسع في تعريف الحكم التحكيمي و اتجاه مضيق له.

و مثال عن التعريف الموسع لحكم التحكيم ما جاءت به محكمة استئناف باريس سنة 1994، حيث اعتبرت أن حكم التحكيم هو "عبارة عن أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم

¹ ابراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 27.

² أحمد الورقلي، "الرقابة القضائية على اجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد"، بحث مقدم إلى نشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف ، عدد 09، ماي 2009، ص 11.

أو نهائي كلياً أو جزئياً في النزاع المعروض عليهم سواء كان هذا الحكم في الموضوع أو في الاختصاص، أم في مسألة إجرائية تؤدي إلى إنهاء الخصومة¹.

أما بالنسبة للاتجاه المضيق لتعريف الحكم التحكيمي فمثال ذلك، تعريف الدكتور محمد بدران أن حكم التحكيم يكون قاصراً على الأحكام التي تصدرها محكمة التحكيم و التي يفصل بشكل نهائي في القضايا التي تتناولها مما ينبغي ضرورة التمييز بين الأحكام المتعلقة بالموضوع و الأوامر و التوجيهات الاجرائية المتعلقة بسير اجراءات التحكيم و التي تساعد على دفع التحكيم إلى الأمام².

من خلال هذين التعريفين يمكن أن نخلص أن حكم التحكيم هو " الحكم الذي يصدر عن محكم أو محكمين، و يكون فاصلاً في النزاع بصفة نهائية، سواء تعلق بكل النزاع أو بأية مسألة أخرى متفرعة عنه، و يكون ملزم للطرفين".

وبالتالي فحكم التحكيم الداخلي كما قد يصدر في شكل نهائي قد يتخذ أشكالاً أخرى لا بد من التطرق إليها و تحديد كيفية صدورها (الفرع الأول)، و الأثر المترتب عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أنواع أحكام التحكيم الداخلي و كيفية صدورها.

تتخذ محكمة التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم بعض الأحكام التي تتعلق بالمنازعة، و هذه الأحكام لا تحسم و لا تنتهي موضوع النزاع، في مقابل ذلك هناك حكم نهائي يفصل في موضوع النزاع كله و ينهيه (أولاً)، و هو يشتمل على مجموعة من البيانات الالزامية التي لا بد منها عند إصداره (ثانياً).

¹ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 96.

² محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 08.

أولاً: أنواع أحكام التحكيم الداخلي.

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و بالضبط في الجزء المتعلق بالتحكيم الداخلي على نوعين من أحكام التحكيم و هي:

1. الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع:

لقد عبّر عنها المشرع الجزائري في المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية كما يلي: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ... ". و بالتالي فالأحكام التحكيمية الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع، هي تلك التي سماها المشرع بالأحكام الجزئية أو التحضيرية، حيث تعتبر أحكاماً نهائية، و هي مهمة لأنها تلعب دوراً في حل المنازعات المعقدة و التي تتفرع عليها العديد من المشاكل المستقلة، و بالتالي فإن صدورها يفيد كل من طرفي المنازعة¹.

فمثلاً: قد يسمح بالاستمرار في تنفيذ الصفقة محل المنازعة ، و يصدر قراراً جزئياً بدفع بعض التعويضات للطرف المتضرر في العقد مع مواصلة السير في إجراءات التحكيم، مما قد يوفر وقتاً و أموالاً ضخمة لكل الأشخاص المعنيين².

لذا وتحقيقاً لمصالح الأطراف سمح المشرع لمحكمة التحكيم أن تصدر أوامر على شكل قرارات تمهيدية قابلة للتنفيذ (بواسطة الصيغة التنفيذية)³ ، لإرغام الطرف الممتنع بالتنفيذ⁴.

مع الإشارة أن الاجراءات المؤقتة و التحفظية تركها المشرع للقضاء المختص، عكس التحكيم الدولي الذي يمكن للمحكم فيه اتخاذ مثل هذه الاجراءات .

2. حكم التحكيم النهائي:

وهو الحكم الرئيسي النهائي للنزاع المطروح على محكمة التحكيم و المنهي للخصومة ، و يكون ملزماً للأطراف المتنازعة، و يمكن تنفيذه مباشرة بعض صدوره، مع الإشارة أن محكمة

¹ ابراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 63.

² محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، مرجع سابق، ص 30.

³ (PH)FOUCHARD, (E) GAILLARD et (B) GOLDOMAN, traité de l'arbitrage commercial international, op. cit, p 1274.

⁴ أنظر المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

التحكيم لا بدّ عليها ألاّ تصدر حكم تحكيمي نهائي إلاّ بعد أن تقتنع أنّ مهمتها قد اكتملت بالفعل، مع الإشارة أن إصدار حكم التحكيم النهائي ينهي مهمة المحكم و يؤدي إلى استنفاد ولايته.

ثانيا: كيفية صدور حكم التحكيم الداخلي.

إنّ إصدار الحكم المنهي للخصومة يؤدي إلى انتهاء إجراءات التحكيم حتى لو كان ميعاد إصدار الحكم مازال ممتدا¹، المهم أن يصدر الحكم قبل انتهاء الميعاد المحدد في اتفاقية التحكيم أو في النظام التحكيمي لمركز تحكيم معين أو من خلال القانون هذا الأخير الذي حددها بأربعة أشهر قابلة للتמיד.

مع الإشارة أن المشرع أعطى طرفي النزاع الحرية في اختيار مكان التحكيم بإرادتهما المستقلة بناء على ما يقدرانه من ظروف القضية، و التسهيلات التي يأملون وجودها في المكان المختار حتى تتمكن محكمة التحكيم من إنجاز مهمتها على أحسن وجه.

أما بالنسبة للتحكيم المطبق من طرف المحكمين هو التحكيم بالقانون² فقط، حيث تجاهل المشرع الجزائري في القانون الجديد التحكيم بالصلح، رغم النص عليه سابقا في قانون الاجراءات المدنية الملغى، و منه فإن ولاية المحكم أو المحكمين يحددها الاختصاص الذي اتفق الخصوم على منحه لهم، في الحدود التي حولهم المشرع فيها جواز الاتفاق على التحكيم، مع الفصل في النزاع وفق قواعد القانون.

غير أن صدور الحكم التحكيمي يتطلب هو الآخر جملة من الشروط و البيانات لا بد من تحققها حتى يسلم من الطعن ويمكن تنفيذه، وتتمثل فيما يلي:

1. صدور حكم التحكيم الداخلي بأغلبية الأصوات:

مثل القاعدة المقررة لأحكام المحاكم التابعة للدولة، فإن إصدار حكم التحكيم الداخلي يكون بالأغلبية أو بالإجماع، و الأغلبية يمكن أن تتحقق على الدوام طالما عدد المحكمين عند التعداد يجب أن يكون وثرى، فلا يمكن معه أن تتساوى الأصوات عند انقسام الأصوات إلى فريقين، لكن

¹ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 200.

² أنظر المادة 1023 من قانون الاجراءات المدنية، مرجع سابق.

إذا تشعبت آراء المحكمين إلى أكثر من رأيين، تستمر المداولة و يعاد أخذ الآراء حتى تتكون أغلبية يصدر الحكم على أساسها¹.

و الأغلبية المقصودة هنا هي الأغلبية البسيطة أي النصف زائد واحد.

وبالنسبة لقانون التحكيم الداخلي الجزائري فقد نص على قاعدة الأغلبية، في المادة 1026 من ق إ م إ كما يلي: " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات".

و منه و بعد المداولة هذه الأخيرة التي تعد من القواعد الأساسية للتقاضي و التي يجب أن تكون سرية، يتم تحرير حكم المحكم أو المحكمين الذي صدر بأغلبية الأصوات بأية لغة يتفق عليها الخصوم أو النظام التحكيمي الذي عهد إليه الأطراف العملية التحكيمية، و هذا ما يتفق و طبيعة التحكيم و نشأته الاتفاقية، بالإضافة الى أن المشرع لم يشترط لغة معينة لتحرير حكم التحكيم.

مع الإشارة أن الكتابة شرط لوجود الحكم و لإثباته، بحيث لا يمكن تصور وجود حكم تحكيمي من الإقرار أو شهادة الشهود أو الخ، و بالتالي فالحكم غير المكتوب لا يكتسب حجية الأمر المقضي فيه و لا يكون واجب النفاذ، لأن الحصول على الأمر بالتنفيذ لا يكون إلا للحكم المكتوب.

2. بيانات حكم التحكيم الداخلي الإلزامية:

يشتمل حكم المحكم على معظم بيانات حكم المحاكم القضائية، و يستبعد من هذه البيانات تلك التي لا يتصور ورودها في حكم المحكم كصدوره باسم الشعب مثلا، و يمكن تقسيم هذه البيانات إلى بيانات شكلية، و بيانات موضوعية و التي أوردتها المشرع في المواد 1027، 1028، 1029 من ق إ م إ.

أ. البيانات الشكلية:

- أسماء و ألقاب المحكمين و الخصوم و المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء، بالإضافة إلى أن الخصوم لابد من ذكر موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية

¹ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، مرجع سابق، ص 308.

و مقرها الاجتماعي.

مع الإشارة أن القانون اشترط إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي متمتع بحقوقه المدنية،
أمّا إذا كان شخص معنوي تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم¹.

- تاريخ و مكان صدور الحكم التحكيمي:

إنّ ذكر تاريخ صدور الحكم أمر مهم للتأكد من صدوره قبل انتهاء مهلة التحكيم، لأنه بانتهاء هذه المهلة تفقد محكمة التحكيم سلطتها في نظرالنزاع، أما عن تحديد مكان إصدار الحكم فهذا يفيد في معرفة المحكمة المختصة سواء فيما يتعلق بالطعن في حكم التحكيم أو في طلب منح الصيغة التنفيذية له.

- التوقيع:

نص المشرع الجزائري على ضرورة توقيع حكم التحكيم من أغلبية المحكمين على الأقل مع تبيان أسباب امتناع الأقلية عن ذلك .

ب. البيانات الموضوعية:

- عرض موجز لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم:

لقد اشترط القانون في المادة 1027 من ق إ م إ أن يشتمل حكم التحكيم الداخلي على ملخص لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم، إذ لا يكفي أن يحيل المحكم إلى الأقوال و الطلبات التي ذكرها الخصوم في اتفاقية التحكيم، لأنّ المشرع قد أوجب اشتغال حكم التحكيم الداخلي على هذه البيانات و هو ما يعني ذكرها في صلب الحكم².

- تسبيب حكم التحكيم الداخلي:

إن قانون التحكيم الداخلي صريح بإلزام إصدار الحكم التحكيمي مسببا، حيث نصت على هذا الأمر المادة 1027 الفقرة الثانية من ق إ م إ على مايلي: "...يجب ان تكون أحكام التحكيم مسببة".

1 أنظر المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

2 خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص242.

وهذا عكس قانون التحكيم المصري مثلا، الذي لم يعد التسبب فيه إلزاميا، فالمشرع أجاز للأطراف الاتفاق على إعفاء المحكمين من التسبب وهو مالم يكن جائزا من قبل¹.

إنّ واجب تسبب حكم التحكيم الداخلي يسهل في فهم هذا الأخير و بالتالي سهولة تنفيذه من قبل الخصوم، خاصة إذا كانت الأسباب ذات علاقة منطقية بما قضى به الحكم التحكيمي².

الفرع الثاني:

أثر صدور حكم التحكيم الداخلي و حجيته.

يصدر المحكم العديد من الأحكام سواء في المسائل الإجرائية أو في موضوع النزاع كله أو جزء منه، و هذه الأحكام قد تكون أحكام غير نهاية يجوز العدول عنها و هي غالبا ما تكون في المسائل المتعلقة بإعداد النزاع للفصل فيه، كما قد تكون أحكام نهائية لا مجال للرجوع عنها قد تصدر في مسائل إجرائية أو موضوعية.

و بالتالي فالأحكام غير القطعية لا تستنفذ ولاية محكمة التحكيم، عكس الأحكام القطعية التي تستنفذ هذه الولاية بمجرد صدورها³ (أولا).

و السؤال الذي يطرح هنا، هل حكم التحكيم الداخلي يحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره؟ (ثانيا).

أولا: استنفاد المحكم لولايته بصدور حكم التحكيم الداخلي النهائي:

أحكام التحكيم- شأنها شأن الأحكام القضائية- تؤدي إلى استنفاد سلطة المحكم، أو المحكمين فيما فصلوا فيه من منازعات، و يشمل مجال الاستنفاد كافة الأحكام القطعية الصادرة

¹ محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق، ص 187.

² يرى الأستاذ " ماريو " أنّ إجبارية التسبب تؤدي إلى وضع المبادئ الأولى لقانون التحكيم الذي مازال في مرحلة التكوين، بناء على قواعد و براهين دقيقة و مفصلة، أنظر في هذا الصدد:

AMADIO MARIO, Les contentieux international de l'investissement, L.G.D.J, Paris, 1967, p 213 et S.

³ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، مرجع سابق، ص 315.

من المحكم سواء كانت فاصلة في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، أو في مسألة متفرعة عنه¹، و لقد نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري على ذلك في المادة 1030 كما يلي: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه..." فالمحكم هنا استعمل سلطته المخولة له بموجب اتفاقية التحكيم، فلا يملكها بعد أن انقضت مهمته بالحكم في النزاع.

و إذا كان المحكم كالقاضي يستنفذ سلطته بمجرد اصدار حكمه، فهل يكون له كما للقاضي سلطة مراجعة هذا الحكم لتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء مادية أو لتفسير ما قد يعتريه من غموض، أو لإكمالها في حالة إغفال الفصل في بعض المسائل المطروحة عليه؟.

بعد صدور حكم التحكيم النهائي، وجد المشرع أنه من الضروري أن تمتد مهمة المحكم إلى ما بعد صدور الحكم، رغم أن الأصل هو استنفاد المحكم لولايته و لا يعود قادرا على تعديل الحكم، إلا أنه أحيانا قد يصدر الحكم النهائي، لكن يكتنفه الغموض و بالتالي يصعب معه الوصول إلى الحقيقة، أو قد يقع المحكم في بعض الأخطاء المادية التي لا بد من تصحيحها².

و منه و تكريسا لمبدأ تحرر التحكيم من قيود القضاء، أسندت أنظمة التحكيم المختلفة و منها التشريع الجزائري للمحكم اختصاص تفسير أو تصحيح أحكام التحكيم و لقد لخصت المادة 1030 من ق إ م إ الأمر كما يلي:

" ... غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة من هذا القانون".

1. سلطة المحكم في تفسير حكم التحكيم الداخلي:

يجوز للمحكم تفسير الحكم الصادر منه إذا شابه غموض أو إبهام ، و ينحصر التفسير في توضيح النص الغامض دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل منطوق الحكم بزيادة أو نقصان، و حكم المحكم التفسيري يندمج مع الحكم المفسر و يعتبر متمم له و تابعا له في مصيره.

¹ محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.

² ابراهيم رضوان الجعيري، بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 67.

2. سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم الداخلي:

قد يتعرض حكم التحكيم إلى بعض الأخطاء المادية البحتة و التي لا يؤثر تصحيحها في تعديل حكم التحكيم، و مثال ذلك استخدام المحكم أسماء و أرقام غير تلك التي كان يجب أن يستخدمها، و هنا يمكن للمحكم تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات التي شابت الحكم، و يصبح بهذا الحكم التصحيحي مندمج مع الحكم المصحح و يعد بمثابة الحكم الواحد.

و السؤال الذي يطرح هنا: ما هي المهلة التي يقدم فيها طلب تفسير أو تصحيح الحكم التحكيمي؟

باستقراء المادة 1030 من ق إ م إ نستنتج أن طلب التصحيح أو التفسير يجب أن يقدم خلال مهلة التحكيم إلى المحكم، أما إذا كانت مهلة التحكيم قد انقضت فيتم التوجه إلى القضاء الإداري لطلب التمديد إذا لم يتوافق أحد الطرفين مع الطرف الآخر على تمديد مهلة التحكيم، فإذا ردّ طلب التمديد، ينظر القضاء بأمر التفسير أو التصحيح و يبيث فيه¹.

ثانيا: حجية حكم التحكيم الداخلي.

نص قانون التحكيم الداخلي الجزائري على أن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه²، و منه فإنّ حكم التحكيم القطعي الصادر في أصل الحق كله أو بعضه أو في مسألة متفرعة عنه له حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، حتى و إن كان قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المسموح بها.

و متى تحققت الحجية فإنها تحول دون تجديد المناقشة فيما فصل فيه حكم التحكيم من نزاع، وذلك إذا رفع مجددا من طرف الخصوم أنفسهم بذات صفاتهم و بذات الموضوع و السبب وهذا سواء أمام القضاء أو أمام محكمة تحكيمية أخرى، و منه فإن الحجية تثبت للحكم التحكيمي و لو قبل شموله بأمر التنفيذ³.

¹ عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 151.

² أنظر المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

³ محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 202.

المطلب الثاني:

تنفيذ حكم التحكيم الداخلي و طرق الطعن فيه.

يهدف التحكيم الداخلي في العقود الإدارية - الصفقات العمومية- إلى الوصول إلى حكم يضمن حقوق و مصالح الأطراف مع الحفاظ دائما على المصلحة العامة، بحيث يتم تنفيذه بشكل تلقائي من طرف المتخاصمين، لكن إذا تعذر التنفيذ الطوعي لهذا الحكم، فلا بد من إيجاد وسيلة تضمن للطرف الذي صدر الحكم لصالحه بتنفيذه .

مع الإشارة أن التنفيذ من جانب المحكوم عليه يبدو كثير الاحتمال، و لا يحتاج إلى التنفيذ الجبري و هذا ما تشير إليه بعض الدراسات حيث أن أكثر من 90% من أحكام التحكيم تنفذ بدون أية صعوبات¹، لأن المحكّمين (مؤسسات عامة أو مؤسسات خاصة) لا يريدون المساس بسمعتهم، خاصة أمام المنافسة الاقتصادية الحادة، إضافة إلى أن اختيارهم لهذا الطريق يعني استعدادهم لتنفيذ ما يصل اليه المحكّمين من قرار، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري الى وضع هذا الحكم وضع الحكم النهائي القابل للتنفيذ مباشرة بعد صدوره².

لكن إذا وجد الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه صعوبة في التنفيذ، فله أن يلجأ إلى القاضي المختص للحصول على الأمر بالتنفيذ الجبري (الفرع الأول).

و كما يمنح القانون للطرف المحكوم له الحق في الحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فهو مقابل ذلك لا يمنع الطرف الخاسر للسعي لتعطيل تنفيذ هذا الحكم و ذلك من خلال الطعون التي مكنه المشرع من اتباعها، و هذا من أجل تحقيق الغاية من التحكيم و المتمثلة في حماية حقوق الأطراف لاسيما حقوق أشخاص القانون الخاص في مواجهة أشخاص القانون العام، مع ضرورة الحفاظ على المصلحة العامة (الفرع الثاني).

¹ GUY BLOCK , Les contestations pouvant naitre de l'organisation du déroulement ou de l'exécution des procédures arbitrage, RADI, 1996, p 179.

² أنظر المادة 1031 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

الفرع الأول:

تنفيذ حكم التحكيم الداخلي.

رغم تمتع حكم التحكيم الداخلي بحجية الشيء المقضي فيه، إلا أن تنفيذه جبرا يحتاج إلى تدخل قضاء الدولة المختص لإعطاء القوة التنفيذية لهذا الحكم عن طريق ما يسمى "الأمر بالتنفيذ". و للحصول على أمر التنفيذ لابد من اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة، هذه الأخيرة تمنح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، و ذلك إذا خلى من الأسباب التي تؤثر على صحته (أولا).

ولكن تنفيذ حكم التحكيم قد يطول أحيانا بسبب بعض القضايا المعقدة رغم الحصول على الأمر بالتنفيذ من طرف القضاء المختص، مما قد يهدد مصالح أطراف النزاع، الأمر الذي دفع بالقانون الجزائري إلى النص على إمكانية التنفيذ المؤقت للحكم التحكيمي نظرا للإيجابيات التي قد يحققها، لكن هذا ليس معناه خلو هذا الأمر من بعض السلبيات (ثانيا).

أولا: منح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي.

يمكن تعريف الأمر بالتنفيذ بأنه " الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا و يأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكم بالقوة التنفيذية"¹.

و بالتالي فالأمر بالتنفيذ يقتصر على تزويد هذا الحكم بالقوة التنفيذية أو بتفعيل هذه القوة الكامنة في الحكم منذ صدوره، لأن المحكم لا يمتلك سلطة الأمر و بالتالي فحكمه فاقد للقوة التنفيذية إلى أن يصدر الأمر بتنفيذه².

و يعتبر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي أداة للسلطة القضائية لفرض رقابتها اللاحقة على حكم المحكم حين تنفيذه جبرا ، وهذا يعني أن أمر التنفيذ لا يكون إلا بالنسبة لأحكام الالتزام الصادرة من محكمة التحكيم، بحيث لا يتصور الحاجة إلى أمر التنفيذ بالنسبة للأحكام الإجرائية مثلا، و للتعرف على كيفية منح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم لابد من التطرق إلى ما يلي:

¹ أشجان فيصل شكري داود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و آثاره و طرق الطعن فيه - دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص 90.

² نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، مرجع سابق، ص 345.

1. إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ: حتى يتم استصدار الأمر بالتنفيذ لابد من اتباع ما يلي:

أ. إيداع الحكم المطلوب الحصول على الأمر بتنفيذه:

بعد استنفاد المحكم لسلطته في نظر النزاع المعروض عليه، فإنه لابد من إيداع حكم التحكيم في أمانة ضبط المحكمة المختصة¹، و ذلك من أجل التعجيل بوضع حكم التحكيم تحت تصرف الخصوم و تمكين المحكوم له بالحصول على الأمر بتنفيذه.

فالقاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم و التحقق من توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ، إلا إذا تم ايداعه من طرف المعني بالتعجيل، و هنا يقوم أمين الضبط بتحرير محضر عن هذا الإيداع على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم².

و الأحكام التحكيمية التي يجب إيداعها تتمثل في الأحكام النهائية أو الجزئية أو التحضيرية، لأنها كلها قابلة للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها.

مع الإشارة أن المشرع لم يحدد أجل لإيداع حكم التحكيم، و حتى في حالة تحديد مثل هذه الأجال لا تكون إجبارية أو ملزمة³.

ب. طلب الحصول على الأمر بالتنفيذ:

لا يصدر القاضي المختص بمنح الأمر بالتنفيذ هذا الأمر من تلقاء نفسه ، فهو مقيد بمبدأ الطلب، بحيث لا يقضي بشيء لم يطلب منه.

و لقد كان الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن تعديل قانون الاجراءات المدنية (الملغى) يصدر عن رئيس المحكمة المختصة، بذيل أصل حكم التحكيم حيث نصت المادة 458 مكرر 20 " تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ

¹ أنظر المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

² نصت المادة 1035/02 على مايلي: ".... يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم...."

³ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص214.

بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بديل أصل القرار أو بهامشه و يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية".

أما قانون التحكيم الداخلي الحالي فلم يشر صراحة إلى طريقة إصدار الأمر بالتنفيذ، غير أنه باستقراء نص المادة 1035 و المادة 1036، فإن الأولى تجعل حكم التحكيم قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة، و الثانية التي تنص على أنه " يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف" وهنا نستنتج أن القانون الجديد لم يحدث أي تغيير في طريقة إصدار الأمر بالتنفيذ.

أما بالنسبة لميعاد تقديم هذا الطلب ، فالمشرع المصري مثلا لا يقبل طلب التنفيذ إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان المقدر بـ 90 يوما، هذا الأخير الذي لا يسري إلا من تاريخ التبليغ الصحيح للحكم التحكيمي¹، و هنا يضطر المحكوم له بانتظار مهلة ثلاثة أشهر لتقديم طلب التنفيذ، و هذا يؤثر على فعالية حكم التحكيم، خاصة إذا كان الطرف الآخر سيء النية بأن يرفع دعوى البطلان مع اقتراب نهاية الميعاد و ما يترتب عن ذلك من تأخير تنفيذ حكم التحكيم، أما بالنسبة للقانون الجزائري فلم يحدّد ميعاد معين لتقديم طلب الحصول على الأمر بالتنفيذ و بالتالي فالقاضي المختص يقبل طلب التنفيذ في أي وقت، وهذا يدعم فعالية التحكيم الداخلي.

و منه و بعد أن يدرس القاضي الطلب المرفق بالوثائق الذي يثبت وجود حكم التحكيم الداخلي و اتفاقية التحكيم الداخلي و الوثائق التي تفيد بإيداع أصل الحكم أو نسخة منه و نسخة من اتفاقية التحكيم الداخلي²، يقوم بمراقبة شكلية لحكم التحكيم من حيث صحة الإجراءات التحكيمية وعدم المساس بالنظام العام³، ثم يصدر قراره إما بالأمر بالتنفيذ أو برفض الطلب.

¹ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، مرجع سابق، ص 363 و ما بعدها.

² إذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية يمكنه تقديم النسخ المترجمة إذا كانت الاتفاقية أو الحكم محررين بلغة غير اللغة العربية، و هذا استنادا إلى نص المادة 08 من ق إ م إ التي جاء فيها "... يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية، أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى اللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول...".

³ لم يعرف المشرع الجزائري على غرار غيره النظام العام و لم يحدّد فكرته، بل ترك ذلك للفقه و القضاء رغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى، أنظر في هذا الصدد، جعفر محمد سعيد، مدخل العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، الطبعة العاشرة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، 2006، ص 117.

2. الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري نجد أن المشرع نص في المادة 1035 على أنه يقبل حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري بالتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها، أما المادة 977 من نفس القانون فتتص على مايلي: "تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية"، كما تتص المادة 976 على مايلي: " تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية".

من خلال ما تقدم فإنّ المشرع الجزائري قد حدّد الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وفق قاعدة آمرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، و المتمثلة في رئيس المحكمة الإدارية التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، و هذا ما أخذ به أيضا المشرع الفرنسي، أي اعتماد الاختصاص الاقليمي للقاضي، بحيث يتم التركيز على مكان صدور الحكم التحكيمي، و ذلك حتى لا تزيد أعباء الطرف المحكوم لصالحه.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر مرونة و ذلك من خلال افساح المجال للأطراف لتقديم طلب استصدار الحكم التحكيمي الى أية محكمة يرونها مناسبة¹، و هذا في رأينا أكثر صوابا مما اتخذته كل من المشرع الجزائري و الفرنسي، لأن الأطراف هم الأكثر دراية بمصالحهم و بالمحكمة التي تناسبهم.

ثانيا: الأمر بالتنفيذ المؤقت لحكم التحكيم الداخلي.

إذا كان حكم التحكيم التحضيري أو الجزئي يمكن تنفيذه دون أي إشكال في القانون الجزائري، و في العديد من القوانين الأخرى، فإنّ التنفيذ المؤقت للحكم التحكيمي اختلفت فيه آراء الفقهاء و اجتهادات القضاء بين من يعتبر بأنه أمر إيجابي بالنسبة للطرف الذي تم الحكم لصالحه إذا رأى أن مصالحه مهددة بشكل جدّي، و من يعتبر أن له أثر سلبي لأنه يمكن أن يؤدي إلى أضرار غير عادية تلحق بالمدين ، وقد تتعداه إلى المساس بالمصالح العامة.

¹ نبيل اسماعيل عمر، النحكيم في المواد المدنية والتجارية والدولية، مرجع سابق، ص262.

ولقد تطرق القانون الجزائري لمبدأ النفاذ المعجل لأحكام المحكمين و نصّ على أن تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام عليها¹، و هذا معناه إمكانية إشمال الحكم التحكيمي بصيغة النفاذ المعجل رغم إمكانية الطعن فيه، أي أنه يمكن تنفيذ الأحكام التحكيمية بشكل مؤقت²، بناء على أمر المحكم إذا استدعت الضرورة ذلك.

و لتجنب الاستغلالات التعسفية لحق التنفيذ المؤقت لحكم التحكيم، أحال المشرع الجزائري للعمل بالقواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل المطبقة على الأحكام القضائية الإدارية بالنسبة للعقود الإدارية، و التي من خلالها يمكن وقف التنفيذ المؤقت لحكم التحكيم أو اتخاذ التدابير الضرورية لحماية مختلف المصالح دون عرقلة تنفيذ حكم التحكيم الداخلي.

وفي هذا الصدد نعطي مثال عن أحد الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض المصرية و التي جاء في قرارها مايلي: " تنفيذ الأحكام و القرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يكون على مسؤولية طالب التنفيذ وحده، إذ يعد إجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له ان شاء انتفع بها، و إن شاء انتظر حتى يحوز الحكم قوة الشيء المقضي فيه، فإذا لم يترث المحكوم له و أقدم على تنفيذ الحكم و هو يعلم بأنه معرض للإلغاء عن طريق الطعن فيه، فإنه يكون قد قام بالتنفيذ بغير سند من القانون بما يلزم طالب التنفيذ بإعادة الحالة إلى ماكانت عليه و تعويض الضرر الذي قد ينشأ عن التنفيذ"³.

ومنه فان أي ضرر يمكن أن يقع جراء طلب التنفيذ المؤقت لحكم التحكيم الداخلي يقع على مسؤولية طالب التنفيذ.

¹ أنظر المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² يمكن للطرفان في خصومة التحكيم أن يتفقا على جعل حكم التحكيم قابلا للتنفيذ المؤقت فور صدوره، إما بالنص على ذلك في اتفاقية التحكيم أو بالاحالة إلى نظام مركز تحكيمي يتضمن هذا المبدأ.

³ انظر الطعن رقم 1393 لجلسة 02 ماي 1984 المذكور في كتاب د. محمدي فتح الله حسين ، شرح التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الإدارية في ضوء أحدث أحكام النقض، نشر و توزيع أحمد حيدر، مصر، 2008، ص 214 و ما بعدها.

الفرع الثاني:

طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي.

بعد صدور حكم المحكم الفاصل في موضوع النزاع المتفق على التحكيم بشأنه، أجازت العديد من القوانين و منها القانون الجزائري، الطعن في هذا الحكم إذا كان معيبا أو غير عادل يلحق أضرارا بمصلحة أحد الخصوم و التي قد تتعداه إلى المصالح العامة، كأن يصدر الحكم دون مراعاة المبادئ الأساسية لإجراءات المحاكمة أثناء سير الخصومة التحكيمية، مثل عدم احترام مبدأ المواجهة و مبدأ حق الدفاع، عندئذ يصبح من الضروري فسخ المجال للطعن في أحكام التحكيم كون تدخل القضاء أحيانا يكون ضروريا لمراقبة الحكم والتأكد من توافر المقومات الأساسية للأحكام و عدم مخالفة قواعد النظام العام¹.

و بما أن القانون الجزائري نص على أن حكم التحكيم لا يصبح نافذا جبرا إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ من طرف القاضي المختص، رغم اكتسابه لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، فإنه وفي المقابل منح طرقا للطعن في الأمر بالتنفيذ، وأيضا في الأمر برفض منح الأمر بالتنفيذ، إضافة إلى طعون أخرى نص عليها القانون و التي سنتطرق إليها (أولا) إضافة إلى الطعن الموجه ضد الحكم التحكيمي (الطعن بالبطلان)، هذا الأخير الذي لم يحدد المشرع صراحة الحالات التي على أساسها ترفع دعوى البطلان (ثانيا).

أولا: القواعد العامة.

ذهبت أغلب القوانين الحديثة إلى التقليل من طرق الطعن في أحكام التحكيم إلى أضيق الحدود و منها القانون المصري الذي لا يجيز أي طريق من طرق الطعن ما عدا الطعن بالبطلان في حكم التحكيم.

يكاد يكون هناك اجماع فقهي وقضائي حول الطابع الشكلي للرقابة القضائية على أحكام التحكيم، و أن طرق الطعن تخضع لنظام خاص أكثر تضييقا عندما يتعلق الأمر بمسائل التحكيم

¹ أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص ص 134 - 136.

وهذا من أجل ضمان فعالية الأحكام التحكيمية¹، وتحقيقا للعدالة وضمانا لحقوق الأطراف، لأن عمل المحكمين غير منزه من الأخطاء.

والقانون الجزائري بالنسبة للتحكيم الداخلي نجد أنه اعتمد الطرق التالية للطعن و هي:

- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.
 - الاستئناف.
 - الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف.
- بينما لا تقبل أحكام التحكيم المعارضة ولا لإمكانية الطعن فيه بطريق إلتماس إعادة النظر.

1. الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة²:

على الرغم من عدم امكانية الاحتجاج بأحكام التحكيم الداخلي اتجاه الغير، إلا أن المشرع أجاز الطعن في هذه الأحكام بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم³.

2. الاستئناف:

القاعدة أن أحكام التحكيم الداخلي يمكن الطعن فيها بالاستئناف، إلا إذا تضمنت اتفاقية التحكيم تنازل الأطراف عن هذا الحق⁴، و يبقى الطعن بالاستئناف طريق من الطرق العادية للطعن الذي لا يتطلب اجراءات استثنائية، إذ بموجبه يمكن الطعن في الأحكام بناء على أي سبب سواء كان متعلقا بالواقع أو بالقانون، و هو في مجال التحكيم الداخلي إما أن يكون ضد حكم التحكيم و إما ضد أمر القضاء برفض منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، و هذا لتدارك ما يعتبره الأطراف ماسا بمصالحهم، كما أنها مناسبة أيضا للقضاء لبسط رقابته على أعمال المحكمين.

¹ عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص292.

² تنص المادة 960 من ق إ م ل " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع، و يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع".

³ أنظر المادة 1032 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

⁴ أنظر المادة 1033 من القانون نفسه.

فالنسبة لأحكام التحكيم فيتم الطعن فيها بالاستئناف في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه حكم التحكيم¹، و من باب القياس تكون المحكمة الإدارية التي صدر حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية في دائرة اختصاصها هي المختصة، و لكن هناك من يرى أن الإشكال يبقى مطروحا بالتشكيلة هل رئيس المحكمة الإدارية أم التشكيلة العادية كقاضي استعجالي².

أما بالنسبة للأمر القاضي برفض منح الأمر بالتنفيذ، فيمكن للخصوم استئنافه في أجل خمسة عشرة يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي³، و هنا نجد الإشكال بالنسبة للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية، كون المحكمة الإدارية هي التي تصدر الأمر برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، و بالتالي الطعن في هذا الأمر المفروض يكون أمام مجلس الدولة وذلك عن طريق الطعن بالنقض، لذلك فإن هذا النص يحتاج إلى مراجعة تؤدي إلى إمكانية تطبيقه سواء على التحكيم العادي أو التحكيم الإداري.

مع الإشارة أن الأمر بمنح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم لم ينص المشرع فيه على أية مراجعة قضائية، إلا إذا اقترن بمراجعة بطلان حكم التحكيم، و هذا معناه حرمان الطرف الثاني في النزاع التحكيمي من حقه في الدفاع، و هذا ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية عندما اعتبرت أن الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون المرافعات و التحكيم لسنة 1994، التي نصت على أن الأمر الصادر برفض التنفيذ يجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة، غير دستورية لأنها تمنح الطرف الذي يطلب التنفيذ حق الطعن في أمر الرفض، بينما تحرم الطرف الآخر من حقه في الطعن في الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، و هذا يمس بمبدأ مساواة الجميع أمام القانون⁴.

¹ أنظر المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² تراري تاني مصطفى، " التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 10.

³ أنظر المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

⁴ NAJJAR NATALIE , L'arbitrage dans les pays arabes, face aux exigences du commerce international , L.G.D.J, Paris, 2004, p 445.

و يرى البعض أنه من الضروري طرح حكم التحكيم المطعون في أمر رفض تنفيذه لمبدأ
المواجهة بمناسبة استئناف هذا الأمر حتى يتجنب مراقبة الحكم أكثر من مرة¹، إلا أن إخضاع
الأطراف لمبدأ المواجهة لا يجب أن يؤدي إلى الخوض في موضوع النزاع، بل يجب أن تقتصر
دفع الطرف المدعي في الاستئناف على إثبات أن حكم التحكيم ثابت الوجود و لا يمس بالنظام
العام، مما يستوجب الأمر بتنفيذه، أما المدعى عليه فيستند إلى كل ما من شأنه تأييد قرار
الرفض².

3. الطعن بالنقض:

دأبت معظم التشريعات الوطنية إلى تقليص طرق مراجعة حكم التحكيم في الحدود التي
تضمن مصالح الأطراف، و تعطي أكثر فعالية للتحكيم، غير أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري
 نجد أنه قد وسّع من طرق الطعن حيث نص على إمكانية الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في
الاستئناف، و في هذا نصت المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: "
تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص
عليها في هذا القانون".

من خلال هذا النص فقد حدد المشرع الحالات التي يجب الاستناد إليها للطعن
بالنقض و المتمثلة في القرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم، و تلك الفاصلة في
استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ.

وكما سبقت الإشارة إليه فإن هذا الأخير - الأمر القاضي برفض التنفيذ- المفروض يتم
الطعن فيه أمام مجلس الدولة، لأن المحكمة الإدارية هي التي أصدرته، و بالتالي كيف يطعن
بالنقض في القرار الفاصل في الأمر برفض التنفيذ أمام نفس الجهة التي من المفروض أنها
أصدرته و المتمثلة في مجلس الدولة ؟

¹ Voir dans ce sens: FOUCHARD (PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p 915

² عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 291.

لذا فالمشرع هنا عليه أن يراجع المواد المتعلقة بطرق الطعن، لتدارك الخلل الموجود لإمكانية تطبيق هذه المواد سواء أمام القضاء العادي أو أمام القضاء الإداري.

ثانياً: الطعن الموجه ضد حكم التحكيم الداخلي - الطعن بالبطلان -

إن الهدف من الطعن بالبطلان هو منع تنفيذ حكم التحكيم بسبب عيب جوهري أو مخالفة للنظام العام، بعدما اكتسب حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، و لقد عرفه بعض الفقه بأنه " وصف يلحق بالعمل الاجرائي الذي تخلفت فيه أحد عناصره أو أحد شرائط صحته و يمنعه من ترتيب آثاره الموضوعية و إن كان العمل صحيحاً"¹، كما عرفه البعض الآخر بأنه: " تكيف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً"².

و إذا كان الطعن بالبطلان له إيجابيات تتمثل في حماية و ضمان مصالح أطراف النزاع من خلال تجنب أحكام معيبة، فإنه لا يخلو من بعض السلبيات مثل خطورة البطلان كجزاء يؤدي المبالغة فيه إلى عدم ثقة التعامل به، لذا لابد من الأخذ به بالقدر المناسب بحيث لا يتوسع فيه فيغلب الشكل على المضمون، و لا يضيق فيه فيهدر الشكل لاعتبار المضمون³.

و كما سبقت الإشارة إليه أجاز المشرع إمكانية الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف عنه، و منه فإن دعوى بطلان حكم التحكيم جاءت قصد معالجة ما اعتاده الأطراف من التنازل عن حق الاستئناف، و عليه لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد طريق الطعن بدعوى البطلان⁴، هذه الأخيرة حتى يتم رفعها لابد من توافر مجموعة من الأسباب التي تؤثر في صحة حكم التحكيم.

¹ محمد داوود الزغيبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 88.

² والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص 07.

³ مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 307.

⁴ الملاحظ أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الطعن، إلا إذا كان طريق الطعن بالاستئناف غير ممكن، أنظر في هذا الصدد: فزاري كمال عبد الحميد عبد الرحيم، آثار حكم التحكيم، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000، ص 470.

و نشير هنا إلى أنه لا يوجد نص صريح في أحكام التحكيم الداخلي يشمل الحالات التي على أساسها ترفع دعوى البطلان لذا تم استخراج الأسباب من أحكام التحكيم العامة الواردة في القانون و تتمثل في:

1. عدم وجود اتفاقية تحكيم داخلي أو بطلانها أو انقضاء مدتها:

قد لا توجد اتفاقية تحكيم داخلي أصلاً، لذا فإن المشرع اشترط الكتابة لوجود وصحة هذه الاتفاقية وفقاً لنص المادة 1012 من ق إ م إ ، لكن و في المقابل قد توجد اتفاقية تحكيم، لكن شاب إرادة أحد الأطراف عيب من عيوب الرضا كالغلط مثلاً، أو يكون التحكيم وارداً على مسألة لا يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، و بالتالي فكل ما يؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم، كانهاء الأهلية أو الصفة، عند إبرام اتفاقية التحكيم، أما بالنسبة للانقضاء فاتفاقية التحكيم تنقضي بانقضاء المدة المحددة للعقد.

2. تشكيل محكمة التحكيم الداخلي مخالفة للقانون :

و يتعلق الأمر بالخروج عن النصوص المنظمة لتشكيل المحكمة سواء من قبل الأطراف أو من قبل المحكمة المختصة، حيث يستلزم القانون وترية العدد و اكتمال أهلية محكمة التحكيم، و ضرورة قبول المحكمين بالمهمة المسندة إليهم ، و أيضاً إذا علم المحكم أنه قابل للرد فلا يجوز له القيام بالمهمة إلا إذا تمت الموافقة عليه.

3. إذا خرجت محكمة التحكيم عن حدود المهمة المسندة إليها:

و يعني هذا أن محكمة التحكيم لا بد أن تلتزم عند الفصل في النزاع بحدود المهمة المسندة إليها و ألا تخرج عنها، لذا نص المشرع في المادة 1027 من ق إ م إ على ضرورة تحديد موضوع الخلاف بأدق تفاصيله، فإذا تبين أن محكمة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحا عليها، جاز للطرف صاحب المصلحة رفع دعوى البطلان.

4. إذا لم تراعى المبادئ الأساسية للمحاكمة:

و تتمثل في المبادئ الأساسية المطبقة في الدعوى القضائية، كاحترام مبدأ حقوق الدفاع

ومبدأ المواجهة كون غيابها يؤدي إلى الاخلال بمبدأ المساواة و تهيئة الفرص المتكافئة للأطراف لابتداء دفاعهم و عرض وجهة نظرهم، و هذا يعد سببا يببر طلب بطلان حكم التحكيم.

5. عدم تسبب محكمة التحكيم حكمها:

إن عدم تسبب حكم التحكيم يمكن أن يكون سببا لرفع دعوى البطلان في القانون الجزائري و هذا حسب المادة 1027 ق إ م إ.

6. مخالفة حكم التحكيم الداخلي للنظام العام الجزائري:

يعد مخالفة النظام العام سببا لرفع دعوى البطلان، لأن النظام العام يمثل الأسس الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية التي يرتكز عليها كيان الدولة بالإضافة إلى الأداب العامة، لكن يبقى من الصعب حصر فكرة النظام العام و حصر الحالات التي تتعارض معه، لأنها فكرة متطورة و مرنة تتغير حسب الأزمنة و الأمكنة المختلفة¹.

7. عدم تضمين حكم التحكيم الداخلي البيانات التي حددها المشرع:

تعد هذه البيانات سببا رئيسيا لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم و تتمثل في : أسماء و ألقاب الأطراف، أسماء المحكمين والمحامين، تاريخ و مكان صدور الحكم، بالإضافة إلى توقيع الحكم من قبل جميع المحكمين، و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشار إلى ذلك و هذا وفقا لنصوص المواد 1028 و 1029 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

إذن هذه هي الأسباب التي إذا توافرت يمكن رفع دعوى البطلان بشأنها رغم عدم نص المشرع الجزائري عليها صراحة في قانون التحكيم الداخلي الجزائري .

¹ ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 39 وما بعدها.

تعرضت في هذه الدراسة لموضوع التحكيم الداخلي في العقود الإدارية والذي اشتمل على فصلين، تناولت فيهما مختلف مراحل العملية التحكيمية على ضوء التشريع الجزائري مع الإشارة أحيانا إلى بعض التشريعات الأخرى، واستتطقت نصوصه رغبة مني في الإحاطة بكل جوانب الفعالية للتحكيم محل الدراسة حيث استخلصت النتائج التالية:

- نص المشرع الجزائري على إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية و لكنه حصر ذلك في الصفقات العمومية دون بقية العقود الأخرى، و هذا لا يعد اعتداء على اختصاص القضاء الإداري الذي يبقى صاحب الاختصاص الأصيل لحل المنازعات الإدارية.
- إن المشرع عالج التحكيم الداخلي في العقود الإدارية أسوة بالعقود العادية رغم اختلاف طبيعة هذه العقود وأهدافها.
- إن قبول أشخاص القانون العام الوطنية الاتفاق على التحكيم مع أشخاص القانون الخاص الوطنية، لا بد وأن يفسر على أنه تنازل ضمني عن الدفع بالحصانة القضائية و التنفيذية تدعيما لفعالية التحكيم الداخلي، حيث أن تمسك الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بهذا الدفع يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب لتنفيذ الالتزامات التعاقدية مما قد يؤثر سلبا على اقتصاديات الدولة.
- نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صراحة على إلزامية فصل المحكمين في النزاع المعروض عليهم وفقا لقواعد القانون و هذا أمر حسن لأن اعتماد أسلوب آخر قد يؤثر بشكل سلبي على طبيعة العقد الإداري.
- إن خصومة التحكيم الداخلي ليست بمنأى عن ولاية القضاء، إذ أن هناك علاقة بينهما لتحقيق فعاليته، و تتسم هذه العلاقة بطبيعة مزدوجة تأخذ في شقها الأول طابع المساعدة كتشكيل محكمة التحكيم و في شقها الثاني طابع الرقابة عند منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم مثلا.
- إن تضمين العقود الإدارية الداخلية (الصفقات العمومية الوطنية) لاتفاقية التحكيم، لا يؤثر على الطابع الإداري للعقد كونها لا تزال تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الأخرى كالجزئات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من فسخ العقد و مصادرة مبلغ الضمان.... الخ.

في ضوء النتائج السابقة و تدعيما لفعالية التحكيم الداخلي في العقود الإدارية من خلال حماية حقوق الأطراف و الحفاظ على المصلحة العامة أقترح ما يلي:

- يجب على الأشخاص التي لها الحق في إبرام اتفاقيات التحكيم الداخلي، أن تولي عناية بالغة لصياغة هذه الاتفاقية، لأن وجود بعض الثغرات قد يسمح للطرف سيء النية بالمرأوة والمماطلة، مما يؤدي إلى ضياع حقوق الطرف الآخر.
- العمل على توسيع نطاق التحكيم الداخلي في باقي المنازعات الإدارية الأخرى.
- إن اختيار المحكمين لابد أن يكون ممن تتوفر فيهم الكفاءة و الخبرة و الاستقامة و الحياد، حتى لا يكون هناك تعسفا من جانب بعض المحكمين في الحلول التي انتهوا إليها، خاصة و نحن أمام عقد إداري الهدف منه تحقيق الصالح العام.
- ضرورة التزام أشخاص القانون العام بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي فعليا، للمحافظة على مصداقيتها، وحتى لا تعزف المؤسسات الخاصة الوطنية عن التعامل معها، بشكل قد يؤثر سلبيا على اقتصاد الدولة.
- يتعين على المشرع بعد نصه على إمكانية أن يقوم المحكم بتفسير و تصحيح حكم التحكيم الداخلي، أن يحدّد أجلا معينا لتقديم طلب التفسير أو التصحيح و أيضا تحديد الأجل الذي يتعين على المحكم إصدار القرار التفسيري أو التصحيحي فيه، و هو ما أغفله المشرع.
- كان على المشرع أن ينص على اختصاص المحكم في تحديد اختصاصه، و كذا استقلالية اتفاقية التحكيم الداخلي عن العقد الأصلي و هذا تدعيما لفعالية التحكيم الداخلي محل الدراسة.
- عدّد المشرع من طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي، غير أنّ صياغة المواد المتعلقة بها فيها الكثير من الإشكالات، خاصة فيما يتعلق بالاستئناف و الطعن في القرارات الفاصلة في الاستئناف و هذا ما رأيناه سابقا، لذا لابد على المشرع أن يراجع هذه المواد بتعديلها وفق ما يتماشى مع التحكيم الداخلي في المواد العادية والتحكيم الداخلي في المادة الإدارية.
- لابد من الاستثمار في العنصر البشري بتكوين إطارات مختصة في حل المنازعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها بطريق التحكيم و إنشاء مراكز لهذا الغرض، بالإضافة إلى القيام بعقد ندوات و مؤتمرات حول الموضوع لنشر ثقافة التحكيم، خاصة و أن الكثير من المؤسسات العمومية الإدارية و أيضا المؤسسات الخاصة الوطنية في الجزائر ليسوا على دراية بإمكانية

إدراج اتفاقية تحكيم في عقود الصفقات العمومية الداخلية، بل أكثر من هذا، فأحيانا يلجؤون إلى التحكيم دون الاتفاق مسبقا على هذه الآلية لحل منازعاتهم مما يؤدي إلى رفض طلبهم.

• عدم نشر القرارات التحكيمية الداخلية بشكل عائقا حقيقيا في تبلور اجتهادات قضائية تحكيمية و التي تشكل نواة لمبادئ قانون التحكيم الداخلي، لذا من الأفضل أن يتم نشرها لتحقيق هذا الغرض.

في الأخير يمكن القول أن نجاح التحكيم الداخلي في العقود الإدارية منوط بمدى إمكانية تحقيقه للتوازن بين حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة، و بين متطلبات التنمية الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، هذه الأخيرة التي تعلق على أي مصلحة أخرى.

فهرس المرجع:

أولا / باللغة العربية:

1/ الكتب:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي و الآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 2- إبراهيم رضوان الجببير، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2009.
- 3- إبراهيم محمد العنابي، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2006.
- 4- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 .
- 5- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسات شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- 6- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- 7- أشرف عبدالعليم الرفاعي، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003.
- 8- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية و آثاره القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 9- الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.
- 10- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1991.
- 11- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997.
- 12- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 13- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، 2001
- 14- حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 15- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، 1991.

- 16- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005
- 17- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، دار الكتب والوثائق المصرية، 1966.
- 18- عبد الفتاح غرسي، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1991.
- 19- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 20- عبد القادر ناريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 21- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 22- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 23- عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1993 .
- 24- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 25- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت (دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 26- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978.
- 27- كمال عليوش قريوع ، التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
- 28- محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 29- محمد داوود الزغبى، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 30- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005.
- 31- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 32- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري - المقومات، الإجراءات، الآثار - دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 33- محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 34- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- 35- محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 36- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- 37- محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- 38- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 39- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، 1984.
- 40- محمدي فتح الله حسين، شرح التحكيم في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث أحكام النقض، نشر وتوزيع أحمد حيزر، 2008.
- 41- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمة المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة، الأردن، 2004.
- 42- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 43- نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، 2002.
- 44- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.
- 45- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 46- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 47- هشام خالد جودي، اللجوء إلى الحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 48- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958.
- 49- وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث مقدم لمؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي و القانون الدولي، العريش، من 20 الى 25 سبتمبر 1987.
- 50- يحي الجمل، حصاد القرن العشرين في عالم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2006.

2/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/ الرسائل الجامعية:

- 1- باسمة لطفي الدباس، شروط اتفاق التحكيم و آثاره، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 2005.
- 2- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
- 3- علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.
- 4- كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري، آثار حكم التحكيم، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000.
- 5- محمد عيساوي، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

ب/ المذكرات الجامعية:

- 1- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و آثاره و طرق الطعن فيه - دراسة مقارنة- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- 2- سناء بلقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي -التحكيم نموذجاً- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة أعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
- 3- كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 4- محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007، 2008.
- 5- نادية والي، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة احمد بوقرة، بومرداس، 2006.

3-المقالات:

- 1- أحمد أنوار الناجي : " مدى فعالية الوسائل البديلة لحل النزاعات، و علاقتها بالقضاء "، مقال

منشور يوم 08 أبريل 2005 على الموقع الإلكتروني التالي: Droitcivil.over-blog.com

2- أحمد الورقلي، " الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد"، بحث مقدم إلى نشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، عدد 09، ماي 2009، ص 11.

3- جورج حزيون، رضوان عبيدات، " إلزامية قرارات التحكيم و قوتها التنفيذية في التحكيم المحلي و الدولي"، مجلة الشريعة و القانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد 26، افريل 2006، ص 478.

4- شريف يوسف خاطر، "التحكيم في مجال العقود الإدارية"، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، المجلد الثالث، أيام 28-30 أفريل، 2008، ص 317.

5- عبد الحميد الأحذب، " قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الجزائر، 2009، ص 70.

6- مصطفى تراري تاني، "التحكيم في المنازعات الإدارية"، بحث مقدم لنشرة المحامي، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، عدد 09، ماي، 2009، ص 09.

4- النصوص القانونية:

أ/ الدساتير:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاستفتاء 28 نوفمبر 1996، المنشور بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ج ج ج عدد 76 الصادرة في 8 ديسمبر 1996 (معدل و متمم).

ب/ النصوص التشريعية:

1- مرسوم تشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 66-145 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ج ج ج عدد 27 الصادرة في 27 أفريل 1993 (الملغى).

2- أمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 جوان 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ج ج ج، عدد 53 (الملغى).

3- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ج ج ج عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ج ج ج، عدد 31.

- 4- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر ج ج، عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.
- 5- مرسوم رئاسي رقم 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، ج ر ج ج، عدد 58، (المعدل و المتمم).

ثانيا/ باللغة الفرنسية:

1/ OUVRAGES :

- 1-E .LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{ème} éd, Paris, 1896.
- 2- JEAN – JACQUES ALEXANDRE SOUYRIS et GUY CHETRITÉ, Guide pratique de l'arbitrage en droit interne, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- 3-JEAN ROBERT, L'arbitrage droit interne, Droit international privé, Dalloz paris, 1993.
- 4- GUY BLOCK , Les contestations pouvant naitre de l'organisation du déroulement ou de l'exécution des procédures arbitrage, RADI, 1996.
- 5- L.RICHER, Droit des contrats administratifs, 3^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 2002.
- 6-MARIO AMADIO, Le contentieux international de l'investissement, L.G.D.J, Paris, 1967.
- 7- M.BEDJAOUI, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage, Alger, 1994.
- 8-NATALIE NAJJAR, L'arbitrage dans les pays arabes, face aux exigence du commerce international, L.G.D.J, Paris, 2004.
- 9-PATRIKIOS APOSTOLOS , L'arbitrage en matière administrative, L .G.D.J, Paris, 1997.
- 10- PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD et BERTHON GOLDMAN, traité de l'arbitrage commercial international, litec, Paris, 1996.
- 11- RENE DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, economica, paris, 1982.

2/MEMOIRES :

- KOST DE SEVRES NICOLETTE, le consentement à la convention d'arbitrage commercial international, mémoire présenté à la faculté des études supérieurs en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, option des affaires, Université de Montréal, 2005.

3/ARTICLES :

- 1- A.H " De nouveau établissements publics autorisés à compromettre " rev.arb, n°1,2002, p249.

- 2- (M)BEDJAOUI , (A)MEBROUKINE , "le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie "J.D.I, n°4,1993, p889.
- 3- Mouhaned ISSAD, "Le décret législatif algérien du 25 avril 1993, relatif à l'arbitrage international", rev.arb, n°3, 1993, p392.
- 4- P.LALIVE, "problèmes spécifiques de l'arbitrage international", rev.arb, 1980, p 350.

4/ textes juridiques :

- 1- code civil Français : <http://www.journal-officiel.gouv.fr>
- 2- décret N° 2004-15 du 7 Janvier 2004 portant code des marchés publics, JO n° 6 du 8 janvier 2004.

فهرس الموضوعات:

2.....	المقدمة:
8.....	الفصل الأول: اتفاقيات التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
9.....	المبحث الأول: مفهوم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية وتمييزه عما يشابهه.
10.....	المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية وبيان عناصرها والآثار المترتبة عنها.
	الفرع الأول: تعريف العقود الإدارية و تمييزها عن بعض التصرفات القانونية
10	المشابهة لها.....
11.....	أولاً: تعريف العقود الإدارية.....
12.....	ثانياً: تمييز العقود الإدارية عن بعض التصرفات القانونية المشابهة لها.....
13.....	الفرع الثاني: عناصر العقود الإدارية.....
16.....	الفرع الثالث : آثار العقود الإدارية.....
20.....	المطلب الثاني: مفهوم التحكيم الداخلي.....
20.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم الداخلي و تمييزه عما يشابهه.....
20.....	أولاً: تعريف التحكيم الداخلي.....
24.....	ثانياً: تمييز التحكيم الداخلي عن التصرفات القانونية المشابهة له.....
26.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي.....
26.....	أولاً : التحكيم ذو طبيعة تعاقدية.....
28.....	ثانياً: التحكيم ذو طبيعة قضائية.....
29.....	ثالثاً: التحكيم ذو طبيعة خاصة.....

- 30.....الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم الداخلي.
- 34المبحث الثاني: أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي ونطاقها الموضوعي.
- 34.....المطلب الأول: أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي وشروط صحتها والآثار المترتبة عنها.
- 34.....الفرع الأول: أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي ومبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي.
- 35.....أولاً: أنواع اتفاقيات التحكيم الداخلي.
- 36.....ثانياً: استقلالية اتفاقيات التحكيم الداخلي عن العقد الأصلي.
- 37.....الفرع الثاني: شروط صحة اتفاقيات التحكيم الداخلي.
- 37.....أولاً: الشروط الشكلية.
- 39.....ثانياً: الشروط الموضوعية.
- 41.....الفرع الثالث: آثار اتفاقيات التحكيم الداخلي.
- 41.....أولاً: منع اللجوء إلى القضاء بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف.
- 43.....ثانياً: استثناء محكمة التحكيم بنظر النزاع.
- 45.....المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لاتفاقيات التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 46.....الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 46.....أولاً: مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- ثانياً: الاستثناء الوارد على حظر التحكيم الداخلي في العقود الإدارية المرتبط بالصفقات العمومية.
- 47.....
- 51.....الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات الأخرى من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 51.....أولاً: موقف المشرع المصري من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 53.....ثانياً: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.

- 57.....الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية وصدور حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 58.....المبحث الأول: الخصومة التحكيمية في التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 58.....المطلب الأول: الإجراءات الممهدة لعملية التحكيم الداخلي.
- 59.....الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم.
- 59.....أولاً: طرق تعيين المحكمين.
- 62.....ثانياً: قبول المحكم أو المحكمين لمهمة التحكيم.
- 62.....الفرع الثاني: مهلة العملية التحكيمية.
- 63.....أولاً: تحديد مهلة العملية التحكيمية.
- 63.....ثانياً: تمديد مهلة العملية التحكيمية.
- 63.....المطلب الثاني: سير العملية التحكيمية وعوارض استمرارها.
- 64.....الفرع الأول: سير العملية التحكيمية.
- 64.....أولاً: طلب التحكيم.
- 66.....ثانياً: إدارة الجلسات.
- 70.....الفرع الثاني: عوارض استمرار سير العملية التحكيمية.
- 70.....أولاً: وقف الخصومة التحكيمية.
- 72.....ثانياً: انتهاء الخصومة التحكيمية.
- 74.....المبحث الثاني: حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 74.....المطلب الأول: صدور حكم التحكيم الداخلي في العقود الإدارية.
- 75.....الفرع الأول: أنواع أحكام التحكيم الداخلي وكيفية صدورها.

76.....	أولاً: أنواع أحكام التحكيم الداخلي.....
77.....	ثانياً: كيفية صدور حكم التحكيم الداخلي.....
80.....	الفرع الثاني: أثر صدور حكم التحكيم الداخلي وحجيته.....
80.....	أولاً: استنفاد المحكم لولايته.....
82.....	ثانياً: حجية حكم التحكيم الداخلي.....
83.....	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي وطرق الطعن فيه.....
84.....	الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي.....
84.....	أولاً: منح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي.....
87.....	ثانياً: الأمر بالتنفيذ المؤقت لحكم التحكيم الداخلي.....
89.....	الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي.....
89.....	أولاً: القواعد العامة.....
90.....	1- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.....
90.....	2- الاستئناف.....
92.....	3- الطعن بالنقض.....
93.....	ثانياً: الطعن الموجه ضد حكم التحكيم الداخلي -الطعن بالبطلان-.....
97.....	الخاتمة:.....
101.....	فهرس المراجع:.....
109.....	فهرس الموضوعات:.....

الملخص:

يعتبر التحكيم من أقدم الوسائل الودية لحل النزاعات فهو قديم قدم المجتمعات، بحيث لا تستطيع المجتمعات الحديثة الاستغناء عنه كونه وسيلة مرنة مفصلة على قياس موضوع النزاع، و حلوله غير عدائية، فهو نظام العلاقات المتصلة، عكس القضاء الذي يوصف بأنه قضاء العلاقات المحطمة، الشيء الذي جعله ضرورة يفرضها واقع العلاقات المختلفة و على رأسها العلاقات الاقتصادية التي تكون بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص الوطنية.

و تظهر خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة، في كونه أداة اتفاقية لأن طرح النزاع على التحكيم مرهون برضا الأطراف، إلا أن التحكيم يصبح إجباريا بعد الاتفاق عليه ما لم يتم التنازل عنه.

إن الخصوصية التي يتميز بها التحكيم هي التي أدت إلى الحديث عن طبيعة هذا الأخير، الذي يبدأ باتفاق خاص بين الطرفين و يظل خاصا أثناء الإجراءات التي تم الاتفاق عليها أيضا، ثم ينتهي بحكم له حجية الشيء المقضي فيه مما يلزم تنفيذه بحسن نية.

كما أنه من مظاهر فعالية عمل المحكم إقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي من خلاله يصبح للمحكم سلطة النظر في اختصاصه دون الحاجة إلى تدخل القضاء لإقرار ذلك، و نفس الأمر بالنسبة لاستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي فهي تدعم فعالية التحكيم لأن بطلان العقد أو فسخه لا يؤثر على اتفاقية التحكيم مما يعطي هذه الأخيرة حصانة ذاتية و قوة فعلية في مواجهة أي محاولة تماطل من أي طرف سيء النية.

بعد تشكيل محكمة التحكيم بالطريقة المتفق عليها وفق الشروط الواردة في اتفاقية التحكيم أو نظام المركز التحكيمي الذي اختاره الأطراف، تبدأ إجراءات التحكيم وفقا لما هو مقرر أمام الجهات القضائية الإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي محل الدراسة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، و تفصل محكمة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقا لقواعد القانون.

و أثناء تتبع إجراءات التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، لاحظنا العلاقة الموجودة بين محكمة التحكيم و القضاء الإداري، فتعاونهما يساهم في تحقيق فعالية التحكيم، و إن كان يقلل من استقلالية المحكم و ذلك من خلال تدخل القضاء لسد النقص الحاصل في بعض المسائل التي تخرج عن ولاية

المحكم، كتوجيه أوامر إلى أطراف النزاع لا يمكن للمحكم أن يأمر بها، و أيضا إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم المحكم و مراقبة هذه الأحكام من خلال طرق الطعن المختلفة التي سمح المشرع الجزائري بها.

Résumé:

L'arbitrage est l'un des modes alternatifs les plus anciens de règlement des différends dont les sociétés modernes ne peuvent pas s'en passer étant un moyen souple et adaptable à l'objet du litige, en outre ses solutions ne sont pas hostiles. Au contraire de la juridiction qui est un système des relations détériorées, l'arbitrage est un système des relations continues; ce qui en fait une nécessité imposée par l'actualité des différentes relations et notamment les relations économiques qui existent entre les personnes du droit privé et celles du droit publique au niveau national.

La spécificité de l'arbitrage comme moyen pour rendre justice réside dans le fait d'être un moyen conventionnel, car la soumission du litige à l'arbitrage dépend du consentement des deux parties, cependant l'arbitrage devient contraignant après l'accord s'il ya pas eu de désistement.

La spécificité de l'arbitrage nous mène à discuter la nature de ce dernier qui est entamé par un accord spécifique des deux parties, reste spécifique pendant les mesures convenues et finalement donne lieu à un jugement qui a la force probante de la chose jugée ce qui implique son exécution de bonne foi.

L'un des aspects de l'efficacité du travail de l'arbitre est l'approbation du principe de la compétence-compétence par lequel l'arbitre aura l'autorité de décider de sa compétence sans besoin d'intervention de la part de la juridiction pour l'approuver. Il en sera de même pour l'indépendance de la convention d'arbitrage du contrat original, celle-ci soutiens l'efficacité de l'arbitrage car la nullité ou la résiliation du contrat n'affecte pas la convention d'arbitrage ce qui donne à cette dernière une immunité et une force effective face à toute tentative d'atermoiement de la part de toute partie de mauvaise foi.

Une fois le tribunal arbitral est constitué de la manière convenue conformément aux conditions inclus dans la convention d'arbitrage ou le régime du centre d'arbitrage choisi par les parties, les mesures d'arbitrage commencent conformément à ce qui est édicté devant les instances judiciaires administratives pour l'arbitrage interne objet de l'étude sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral statue sur le litige lui est soumis conformément au règles de la loi.

Après examen les procédures d'arbitrage interne dans les contrats administratifs, nous avons constaté la relation entre le tribunal arbitral et la juridiction administrative: leur collaboration contribue à l'efficacité de l'arbitrage malgré qu'elle diminue l'indépendance de l'arbitre et ce par l'intervention de la juridiction pour combler le manque dans certaines affaires qui ne relèvent pas de la compétence de l'arbitre savoir: donner des ordres aux parties dans le litige que l'arbitre ne peut pas donner, doter de la formule exécutoire le jugement de l'arbitre, contrôler ces jugements à travers les différentes voies de recours autorisées par le législateur algérien.