جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

التحكيم في الصفقات العمومية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: قانون

فرع: التجريم في الصفقات العمومية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بودالي محمد

من إعداد الطالب:

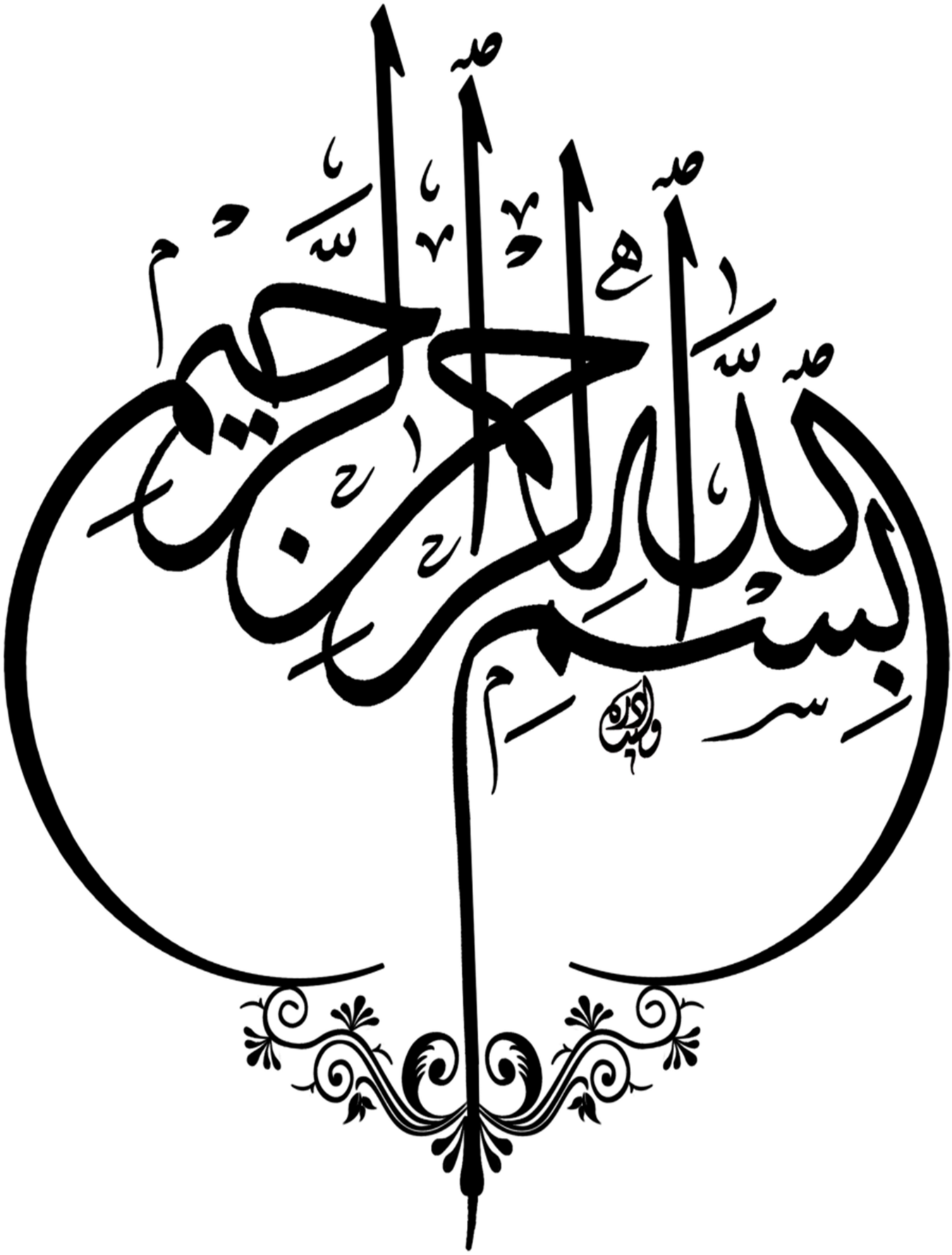
طاهير العيد

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ميـــلوى الزين	أستاذ التعليم العـــالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيســـــــا
السيد: بودالي محمـــــد	أستاذ التعليم العـــالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: بن احمد الحاج	أستاذ التعليم العـــالي	جـــــامعة سعيدة	عضـــــــوا
السيد: سعيدي بن يحي	أستاذ محـــــاضر .أ.	جـــــامعة سعيـدة	عضـــــــوا

السنة الجامعية

2020 م - 2021 م الموافق لـ: 1441 هـ- 1442هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

بكل ممنونية واعتراف دائم بالجميل أتقدم أولاً وقبل كل شيء بشكري الخالص إلى أستاذي بودالي محمد الذي تكرم بقبول الإشراف على بحثي هذا موليا إياه من العناية والاهتمام ما كان باعثا قويا لي على انجازه

كما اتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني ومد لي يد المعونة كيفما كانت

وإلى كل من درسني ولو حرفا

إهداء

﴿ وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾

إلى العزيزين اللّذين لا تقاس عزتهما بثمن

إلى من سهرت الليالي من أجل تربيتي، أمي

إلى روح جدتي رحمها الله

إلى من ضحى من اجل سلامتي، أبي

إلى وطني العزيز الجزائر

إلى من تحملت عكر مزاجي ،زوجتي

إلى املي في الحياة أبنائي وبناتي

إليكم يا من كنتم نعمة الرفقة ومثال الصداقة ،كل اصدقائي

إلى كل من صادفته في مشواري الدراسي والمهني

طاهير العيد

قائمة المختصرات باللغة العربية

ج	جـزء
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ج ر ج ف	الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية
ج ر ج م	الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية
ص	صفحة
ط	طبعة
دج	الدينار الجزائري
ع	العدد
%	بالمائة
ق ع	قانون العقوبات الجزائري
ق م	القانون المدني الجزائري
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق إ ج	قانون الإجراءات الجزائية الجزائري
د م ج	ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري
ت ص ع	تنظيم الصفقات العمومية الجزائري
د ط	دون طبعة
د س ن	دون سنة النشر

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

Art	Article
P	Page
éd	Edition
Op. cit	Ouvrage précité
S	Suivant
N°	Numéro
A	Avis
AFF	Affaire
al	Alinéa
CE	Conseil d'état Français
G.A.J.A	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
L.G.D.J	Librairie générale du droit et jurisprudence
Rép.Pén.Dalloz	Répertoire de droit pénal et procéder pénal
Cp. Accp	Revue contrats publics

مقدمة

التّحكيم وسيلة ليست غريبة عن الماضي، وجد بوجود الإنسان إذ فرضته قوانين الطبيعة منذ الأزل وقبل ظهور فكرة الدّولة، فكان التّحكيم طريق العدل الأوّل للإنسان إذ كان أداة لتحقيق الأمن والاستقرار والتوازن بين الأفراد، فهو قضاء سنّته لنا ظروف الحياة وغريزة العدل، ولعلّ تحكيم قابيل مع أخيه هابيل كان أوّل تحكيم على وجه الأرض.

قال تعالى: ﴿**وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ**﴾[1]والحقيقة التاريخيّة أنّ نظام التّحكيم أقدم من القضاء، إذ ظهر قبله بكثير لأنّ القضاء وليد المجتمعات المنظمة أو شبه المنظمة في شكلها الحديث أيْ الدولة. حتى أصبح يقال بأنّه أصل القضاء[2] أو صيغتة الأولى[3].

لقد عرفت المجتمعات الإنسانية القديمة التّحكيم واتّخذته أداة لحلّ كثير من المنازعات التي كانت تنشأ بين أفرادها على أساس مجموعة بسيطة من الأعراف والتقاليد والقواعد.

ومن تلك المجتمعات العرب قبل الإسلام، حيث اشتهر من بينهم رجال سمّوا بشيوخ العشائر، كان يلجأ إليهم للفصل في الخصومات التي تنشأ فيما بينهم، فكان نبينا محمد ﷺ من أولئك الذين يثِق النّاس بحكمِه ورأْيه حتى قبل نُبوَّته، فقد احتكمت قريش في نزاعها مع قبائل العرب على من يَضعُ الحجرَ الأسْودَ في مكانه بعد إعادة بناء الكعبة المشرّفة، وعهدوا ذلك لأوّل الوافدين على البيت العتيق فكان الصادق الأمين ﷺ الذي أطفأ نار الفتنة بتوفيق من الله تعالى.

---

[1] القران الكريم ،الآية 27 من سورة المائدة .

[2] J. Gaudement : « Institution de l'antiquité » Sirey, 2édition 1982 ,N103 P64 .

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، التّحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 2004 ، ط 1 ص 09 .

ولما جاء الإسلام أقرّ على ما كان عليه العرب في الجاهلية من مشروعية التّحكيم وعززه في مواقع كثيرة من القرآن الكريم فقال تعالى:﴿**وإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[1]وقوله تعالى﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا.**﴾[2]

فهذه الآيات تدلّ على جواز التّحكيم لحلّ ما ينشأ بين الزوجين من خلاف ولمّا جاز التّحكيم في حقّ الزّوجين، فإنّه جائزٌ حسب مقاصد الشّريعة الإسلامية في سائر الخصومات والدعاوى باستثناء ما خالف الشّرع أيْ ما يسمى حاليا بالنّظام العام.

هذا وقد قبل الرسول ﷺ أن يكون حكَمًا في العديد من الخصومات التي عرضت عليه، كما تمّ تطبيق التّحكيم كوسيلة لحلّ أمور الخلافة من قبل الخلفاء الراشدين؛ ومنها الخلاف بين الإمام علي بن أبي طالب ﷺ ومعاوية بن أبي سفيان حول حق الإمام علي في خلافة الخليفة عثمان بن عفانﷺ.

إنّ نظام التّحكيم شأنُه شأنَ كلَّ الأنظمة القانونيّة وشأن كلّ القواعد المقنَّنة حاليا تبلور وتطوّر مع الأزمنة نتيجة لتطور المجتمعات والجماعات ذاتها وكان يأخذ شكلاً يتناسب مع كلّ عصر من العصور، ولم يندثر إلى أن ظهرت الدول على شكلها الحديث فأصبحت مهمّة الفصل بين الأفراد مهمّةً منوطةً لجهاز القضاء المنشأ خصيصا لهذا الغرض باعتباره مظهرا من مظاهر سيادة الدولة إلّا أنّ الدّولة وبما لها من سلطات تستطيع أن تعترفَ لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلا في ولاية القضاء في نطاق معين ووفقا لشروط معينة خاصّة مع تشعّب الحياة والتطوّر الاقتصادي وتشابك العلاقات فبدأت الدّول تفكّر في بدائل

[1] القرآن الكريم، الآية 35 من سورة النساء .

[2] القرآن الكريم، الآية 65 من سورة النساء .

مساعدة لفضّ النّزاعات وتخفيف العبء على مرفق القضاء. ومن هذه البدائل الوساطة والصلح والتّحكيم.

لقد أصبحت معظم الدّول المعاصرة تعترف بنظام التّحكيم كآلية استثنائية لفضّ النّزاعات إلى جانب القضاء ونظّمته، فأصبح صورة منظمة من صور القضاء الخاص في عصرنا الحالي وأصبح من مظاهر العصر لأهميّته وفعاليته في حلّ المنازعات لاسيما المنازعات التجارية، وأصبح هو القضاء الأساسي للتّجارة الدّولية بينما القضاء الأولى أصبح هو الاستثناء، لما للتّحكيم من مميّزات عدّة منها السرعة والسريّة، كما أنّه قضاء يتمثّل فيه الطرفان بقاض يختارونه بأنفسهم. فإدارة الأطراف هي السّمة الأساسيّة للتّحكيم.

وإذا كان ظهور التّحكيم واتّساع نطاقه في مجال منازعات العقود التجاريّة التي يكون أطرافها أشخاصاً خاصّة هو أمر مستساغ وبدا عاديا، إلا أنّ التّحكيم ونظرا لسماته تسرب إلى المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدّولة أو أحد أجهزتها، لما تتّسم به من خصوصية، فمعظمها إنْ لم نقل كلّها تتعامل بالعقود الإدارية المعروفة بأنّها تتضمّن تقنيات دقيقة سواء في إبرامها أو في تنفيذها.

ولعلّ ما حقّقه التّحكيم من نجاعة في هذا المجال هو ما جعله يرتقي وأصبح وسيلة بديلة تلجأ إليها الأشخاص المعنوية العامّة لتسوية منازعاتها رغم أنّها ذات طابع إداري عقدي أو غير عقدي سواء كان النّزاع بينها وبين الأشخاص أو الهيئات الوطنيّة أو الأجنبيّة.

إنّ الدّولة و لأجل الحصول على الخدمات تملك سبيلين قانونين؛ فإمّا أنْ تلجأ إلى طريق الإكراه وذلك باستعمال التسخيرات، أو نزع الملكية. وإمّا أن تلجأ إلى الطريق الودِّي الرضائي المتمثّل في التعاقد بمفهوم القانون المدني كوسيلة قانونية ومشروعة متماشية مع النظام الدّيمقراطي.

حاليا وفي ظلّ التوجّه الرأسمالي المبني على رؤوس أموال الشركات الخاصة في خلق الثروة وتسيير الاقتصاد، فمن المنتظر أن نشهد تطوّرا هامّا لعقود الامتياز التي سوف تمس كلّ المجالات التنموية لسياسة الخَوْصَصة Privatisation[1] بالإضافة إلى الصفقات العمومية التي تبقى دائما وسيلة قانونية، فكلّما زاد حجم النفقات العموميّة وضخت الأموال ازداد في المقابل حجم الطلبات العموميّة وبات ضروريّا التعاقد بإبرام صفقات عموميّة.

هذه الصفقات هي الأداة التي وضعها المشرّع في يد السلطة العامّة للاستجابة للطلب العمومي وإنجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة، فقد عرّفت المادّة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر[2] هذه الأخيرة بأنّها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

هذا وقد عرف هذا النظام في الجزائر تطورات عدّة منذ الاستقلال إلى غاية صدور المرسوم 15-247 بدأ بالمرسوم رقم 67-90 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية[3]، ثمّ تلاه المرسوم 82-45 المؤرخ في10-04-1982 المتضمّن تنظيم صفقات المتعامل العمومي[4].

---

[1] هي فلسفة اقتصادية حديثة تهدف غلى تحويل عدد ككبير من القطاعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص فالدولة في المفهوم الحديث أصبحت تهتم بالأمور السياسية، والأمنية، أما سائر الأمور الأخرى يؤمنها القطاع الخاص تحت إشراف الدولة، سعيدي بن يحي، الملكية في الجزائر بين التأميم والخصخصة، مذكرة ماجستير، معهد البحوث العربية القاهرة، 2006-2007، ص 3.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر ج، ر،ج،ج، عدد 58 الصادر بتاريخ 07-10-2010 ، ص 03 .

[3] المرسوم الرئاسي رقم 67-90 المؤرخ في 17-06-1967 ج، ر، عدد 52 الصادرة بتاريخ 27-06-1967.

[4] المرسوم الرئاسي رقم 82-45 المؤرخ في 10-04-1982 ج، ر، عدد 15 الصادرة بتاريخ 27-06-1982.

وبعد انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق وسن دستور 1989[1] صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 09-11-1991 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.[2]

هذا الأخير لم يصمد أكثر من 10 سنوات نظرا للتحوّلات الاقتصادية فجاء المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24-06-2002 [3] استجابة إلى فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين أو الأجانب، هذا الأخير ألغاه المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003[4] الذي كرس مبادئ المساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وهو من مهّد للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 .

وفي سنة 2015 صدر المرسوم الرئاسي الجديد رقم15-247 المؤرخ في 16-09-2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هذا المرسوم ألغى المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 بموجب المادة 215 منه.

الملاحظ من خلال هذه التعديلات أنّها توزّعت بين الأوامر والمراسيم التنفيذية والرئاسية، وهنا يطرح الإشكال حول من صاحب الاختصاص في سنّ قوانين صفقات السُلطة التشريعية أو السطلة التنفيذية؟

أوّل تنظيم للصفقات صدر بموجب أمر لأنّه آنذاك كان مجلس الثورة هو من يتولى الوظيفتين التشريعية والتنفيذية ولكن منذ صدور دستور 1976 بتاريخ22-11-1976[5] الذي تبنت مادته 151 مجال التشريع واستثنت قانون الصفقات العموميّة

[1] دستور 23 فيفري 1989 ، ج، ر، ج، ج، عدد 9 الصادر بتاريخ 01-03-1989.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991،ج، ر، عدد 57 الصادرة بتاريخ 13-11-1991.

[3] المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-06-2002،ج، ر، عدد 52 الصادرة بتاريخ 27-06-2002.

[4] المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003،ج، ر، عدد 55 الصادرة بتاريخ 14-09-2003 .

[5] دستور1976،ج،ر،ج،ج، عدد 94 الصادر بتاريخ 24-11-1976.

من اختصاصاته وأسندتها للتنظيم الذي كان في يد رئيس الجمهورية، ولم يكن له آنذاك الوزير الأول، عقب ذلك صدر قانون الصفقات العمومية بمرسوم دون تحديد كونه رئاسيّا أم تنفيذيّا، إلى هنا لا خرق ولكن المرسوم التنفيذي 91-434 فيه خرق، إذ أنّ دستور 1989 أقرّ لرئيس الجمهورية سنّ هذا القانون ورغم ذلك صدر بمرسوم تنفيذي أي من رئيس الحكومة، إلا أنّ المرسومين الآخرين أعادا الأمور إلى نصابها لما صدر بموجب مرسومين رئاسيين.

لقد تضمن المرسوم الرئاسي 10-236 في أحكامه التمهيديّة مبادئ أساسية تقوم عليها الصفقات العمومية وهي حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات[1].

إنّ هذه المبادئ الثلاثة تحوز على سمو كبير لورودها في ديباجة المرسوم أعلاه وهذا هو المتعارف عليه فكلّ تشريع يشرح في ديباجته البنود العريضة، فهذه الديباجة لها قيمة قانونية كبيرة وتشكل المبادئ التي وجد من أجلها هذا التشريع.

إنّ مجال الصفقات العمومية يشكّل المسار المتحرِّك للأموال العامّة، فهو مجال خصب للفساد بكل صوره، لأجل هذا اهتمّ المشرِّع بتجريم المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبرّر ذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون رقم 01-09 الصادر بتاريخ 26-06-2001[2] الذي استحدث تجريم الوقائع التي ترتكب أثناء إبرام وتنفيذ الصفقة.

[1] نصت المادة 3 من المرسوم 10-236 على:" لضمان نجاعة الطلبات العمومية الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي في الصفقة العمومية مبادئ حرية الوصل للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات ضمن احترام احكام هذا المرسوم".

[2] القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26-06-2001 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج، ر، عدد 34 الصادرة بتاريخ 27-06-2001.

لقد أصبحت الصفقات العموميّة حاليا أداة للتنمية نظرا لمبادئ إبرامها المبنية على حرية وصول المتعاملين الاقتصاديين إلى الطلبات العمومية و المساواة فيما بينهم وشفافية الإجراءات ، ولما تضمنه من تنفيذ للمشاريع والاستثمارات ومخططات الدولة.

إنّ الطابع المعقّد والتقني لتنظيم الصفقات العموميّة يجعل المنازعات فيها حتمية فقد تثور في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها منازعات قد تعرقل أو تحُول دون إبرامها أو إتمام تنفيذها، ما ينعكس على المشاريع العموميّة بالسلب وقد يوقف عجلة التنمية، ولأجل تفادي كلّ ذلك كان واجباً على المشرِّع إيجاد آليات فورية للحدّ من هذه العراقيل أو إزالتها، على أن يكون ذلك في آجال مختزلة لضمان استمرارية المشاريع التنموية .

تدعيما لهذه الآليات فقد عمدت أغلب الأنظمة القانونية إلى اعتماد الوسائل البديلة لحلّ نزاعات الصفقات العموميّة بالذات، وأهمّ هذه الوسائل هو التّحكيم، إلا أنّ هذا النّظام البديل اصطدم بمبدأ سيادة الدول، فأغلب الدّول ولأجل حماية مصالحها قد تتمسّك بحصانتها القضائية التي تقتضي تطبيق قوانينها الوطنية. وأبدت هذه الأنظمة موقفا عدائيا للتّحكيم في مجال القانون العام بصفة عامة، واعتبرته طفيليا على القضاء، غير أنّ هذه النظرة العدائية للتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة لم تصمد نظرا لتحوّل دور الدولة؛ فبعد أن كانت مجرّد حارسة أصبحت متدخلة إضافة إلى انفتاح الأوضاع الاقتصادية والسياسية على بعضها البعض وعلى المستويات الدوليّة والعالميّة.

المشرّع الجزائري وكغيره من الأنظمة اهتدى إلى اعتماد نظام التّحكيم كطريق استثنائي و بديل لحلّ منازعات الصفقات العمومية، وبدا ذلك واضحا من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العموميّة المعدّل والمتمم، إذ خصص قِسمًا فرعيّاً نصّ فيه على تسوية نزاعات الصفقات العمومية تضمن مادتين 114و 115 سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، واعتمد على تقنية الإحالة المتكرّرة في هذا التنظيم

إذ غالبا ما تحيلنا مواده إلى التشريع المعمول به، والمقصود بذلك الشريعة العامة لحلّ النزاعات، وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي بين الإجراءات الواجب اتّباعها.

إنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتمد هو الآخر قِسمًا سمّاه الطرق البديلة لحلّ النزاعات، ولعلّ التّحكيم أهمّ هذه الطرق وأنجعها، وتمّ التنصيص عليه في موقعين الأوّل ظاهر في المواد 957-976-977 وهو متعلق بالتّحكيم في المنازعة الإدارية بشكل عام. أمّا الموقع الثاني فيظهر من المواد 1006 إلى 1067 وهو خاص بالتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة والعقود الإدارية.

تؤدي الصفقات العموميّة دوراً أساسياً في تحقيق التنمية الوطنية باعتبارها الأداة الضرورية لإنفاق المال العام في سبيل تنفيذ مشاريع الدولة، غير أنّه قد تثور نزاعات بشأن إبرامها أو أثناء تنفيذها، وهو ما قد ينعكس سلبا على نجاح المشاريع العمومية وينتج عنه إيقاف عجلة التنمية.

ولأجل تفادي ذلك استوجب الأمر إيجاد آليات لإزالة هذه العراقيل عن طريق تسوية النزاعات في أقرب الآجال لضمان استمرارية تنفيذ المشاريع.

هذا ما دفع المشرِّع الجزائري إلى تخصيص قسم لتسوية النزاعات في تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم.[1] تضمن مادتين هما المادة 114 و115، بيّن من خلالهما الوسائل الودية لتسوية النّزاعات المتعلّقة بالصفقات العموميّة سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، وأتاح إمكانية اللّجوء إلى التّشريع المعمول به في حال فشل التسوية الودية.

[1] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 58 الصادرة بتاريخ 07-10-2010 ، ص 03 المعدل والمتمم ب:

- المرسوم الرئاسي رقم11-98 المؤرخ في 01-03-2011 ، ج ر، ع 14 لسنة 2011 ، ص14
- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18-01-2012 ، ج ر، ع 04،الصادرة بتاريخ 26-01-2012، ص 04
- المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13-01-2013 ، ج ر، ع 02 ، الصادرة بتاريخ 13-01-2013 ، ص 05

ويقصد بالتشريع المعمول به، قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] الذي نصّ هو الآخر على وسائل بديلة لحلّ النزاعات دون اللّجوء إلى القضاء وهي الصلح الوساطة والتّحكيم.

فالتّحكيم هو أهمّ الطرق البديلة، وقد نصّ عليه المشرِّع الجزائري في موقعين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الموقع الأوّل واضح في المواد 975، 976 ،977 ويتعلق بالتّحكيم في القضايا الإدارية، في حين يتعلّق الموقع الثاني بالتّحكيم في جميع النّزاعات المادة 1006 إلى غاية المادّة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والملاحظ أنّ هذه النصوص جاءت متأثرة بالقانون الفرنسي والقانون السويسري.[2] وشملت أحكامها التّحكيم الداخلي والتّحكيم الدّولي.

فالتّحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات ليس بالأسلوب الجديد، فقد عرفته الحضارات القديمة، وقد تطور هذا الأسلوب في النصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهد نهضة غير مسبوقة كوسيلة لفضّ المنازعات في مجال التّجارة الدولية.[3]

وقد اتّجه نظام التّحكيم ليصبح نظاماً قضائياً عالميّاً يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، وتعدّدت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التّحكيم، كما تعدّدت الاتّفاقات الدّولية التي تضمن للتّحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني، ممّا جعل هذا النظام يرتبط في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية، وقد اتّسع نطاق

---

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في25-02-2008ج،ر،عدد 21 الصادر بتاريخ 23-04-2008 .

[2] ISSAD(M) : "La nouvelle Loi Algérienne relative à l'arbitrage international " revue de l'arbitrage ,2008,n°3 ,p 420.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد حمد الشيلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر، طبعة 2008،ص 378.

الأخذ به ليتعدّى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية، سواء كانت عقوداً مدنية أو عقوداً إدارية. الأمر الذي يبرر ذيوع التّحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات.

وبنمو العلاقات الاقتصادية بين الأفراد والدول ازدهر التّحكيم واتّسعت آفاقه في مجال القانون الإداري، حيث أدّى نزول الدّولة وكذا أشخاص القانون العام في الحياة الاقتصادية ورغبتها في تحقيق التنمية وإشباع الحاجات العامّة، إلى ظهور علاقات مع أشخاص القانون الخاص الوطني وحتى الأجنبي، ممّا ترتب عليه ظهور فكرة التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية باعتبار أنّ هذه الأخيرة هي صورة من صور العقود الإدارية. وهذا ما أخذ به المشرِّع الجزائري، بموجب القواعد المقرّرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادرة في 25-02-2008 باستحداث أحكام جديدة للفصل في منازعات الصفقات العمومية.

ويكتسي موضوع التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية أهمية بالغة تجعله جديرا بالاهتمام والدراسة كونه يعالج وسيلةً بديلةً لفضّ النزاعات التي ثار الجدل حولها ولم يستسغ بسهولة العمل بها في نطاق القانون العام، إذ لازالت هذه الآلية بطيئة في عصرنا هذا بسبب تخوّف الدّولة من الاحتكام إلى غير قضائها من جهة، وإلى تعارضها مع سيادتها أحيانا.

كما أنّ تفعيل هذه الآلية في منازعات الصفقات العموميّة قد يؤدي إلى استبعاد قواعد القانون الإداري من طرف الهيئة التّحكيمية، وإعمال بعض القواعد والأعراف المتّفق عليها، وهو ما قد يؤثر سلبا على خصوصية هذه الطائفة من العقود.

كما أنّ دراسة التّحكيم في هذا المجال له أهمية جعلته جديرا بالدراسة خاصة في النظام الجزائري الذي تبنّى ازدواجية القضاء، إذ أنّ كلّ المنازعات التي يكون أحد أطرافها أشخاصا معنوية عامة يختصّ بنظرها نوعيا القضاء الإداري دون سواه. ولعلّ الأشخاص المعنوية أمام القاضي الإداري لها مالها من الامتيازات والتفضيلات في غالب الأحيان قرّرها القانون في حد ذاته، فكيف لهذه الأشخاص العامّة أن تتنازل عن هذه الامتيازات

وتسند الفصل في منازعاتها لهيئة تحكيم، مما قد يؤثر عليها بالسلب في حال تطبيق قواعد القانون الخاص للفصل في المنازعة، أو تطبيق بعض الأعراف القانونية ؟ وهو ما جعل أغلب الأنظمة تتردّد في اعتناق نظام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة بالذات، رغم ما لهذا النظام من مزايا وأهداف.

فالتّحكيم يتوخى دائما الشفافية والحياد في هيئة التّحكيم. إلا أنّ أعمال التّحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة فيه مساس خطير بقواعد نظرية العقود الإدارية[1].

لعلّ جدلا كهذا يزيد أهمية دراسة هذا الموضوع، كما أنّ ازدهار المعاملات وزيادة حجم الاستثمارات الدولية وتضاعف الطلبات العموميّة الرامية إلى بعث التنمية أدى إلى نمو العلاقات التعاقدية بين الدول المتقدمة والدول النامية خاصة الدول النّفطية وهو ما يتطلب إيجاد حلول سريعة وذات فعالية للمنازعات التي قد تظهر، وذلك بإسنادها إلى جهات محايدة بعيدا عن قضاء الدولة. وهو ما جعل التّحكيم إحدى هذه الآليات وزاد من أهميته وأهمية دراسته.

أمّا عن أسباب اختيارنا وقبولنا بهذا الموضوع فتعود إلى رغبتنا وميولنا المهنية للبحث فيه، ونظرا لقلّة الأبحاث والدراسات في هذا الشأن، هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإنّ الإشكاليات القانونية التي يطرحها الموضوع كانت دافعا لنا للبحث فيه، فقد حاولنا البحث على مشروعية نظام التّحكيم في مجال الصفقات العمومية خاصة الدولية منها ومعرفة موقف المشرِّع الجزائري منه مقارنة بباقي الأنظمة المقارنة والبحث في العوامل الخفية التي فرضت عليه تغيير مواقفه من حظر التّحكيم إلى إجازته بنسبية في منازعات الصفقات العمومية .

[1] نصري منصور نابلسي ،العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، القاهرة ،مصر ، ط02 ،2012 ص313.

إنّ استقراء موضوع التّحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية استوجب كذلك منّا البحث عن وسائل الرقابة السابقة و اللاحقة التي جعلها المشرّع كآليات لتعزيز التّحكيم والتّكثيف من فعاليته.

إنّ هذه الدراسة ترمي إلى دراسة هذا التّزاوج الذي تمّ ما بين التّحكيم كطريق بديل لحلّ المنازعات وبين منازعات الصفقات العموميّة، فهذا الاقتران ولّد إشكالية اكتسب أحقية الدراسة وتكمن في :

مامدى نجاعة آلية التحكيم كطريق بديل عن القضاء لحل منازعات الصفقات العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية والإلمام بالموضوع اعتمدنا على أسلوب تحليل النصوص القانونيّة والأحكام القضائية وإعطاء نماذج ومظاهر لفعالية التّحكيم في مجال منازعة الصفقة العمومية، كما اعتمدنا على تقنية المقارنة بين موقف المشرِّع الجزائري من التّحكيم، وموقف باقي الأنظمة مع التّركيز على التّشريع الفرنسي والمصري أكثر نظرا لقربهما من التشريع الجزائري، كما تمّ اللّجوء إلى استعمال المنهج التاريخي في مواقع ضئيلة بالإشارة إلى تطوّر نظام التّحكيم عبر العصور وإلى التطور في تنظيم الصفقات العموميّة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة إلى الأسلوب التّحليلي والاستنباطي والتقني، مستفيدين من التجربة المهنيّة.

ورغم ذلك فقد عانينا من صعوبات تعود أساسا إلى قلّة المراجع المتخصِّصة والمتناولة للنّظام القانوني الجزائري، حيث أنّ أغلب المراجع المتوفرة وعلى قلّتها صادرة قبل قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية ساري المفعول حاليا كما أنّها تعالج مسألة التّحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، ولم تشر إلى الصفقات العموميّة ورغم أهميتها في وقتنا الحالي، ولعلّ بعض الصعوبات التي واجهتنا تعود أيضا إلى حداثة الموضوع وقلّة النصوص القانونية المشيرة إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

إنّ الإشكالية المطروحة أوصلتنا إلى أنّ التّحكيم أصبح فعلا مظهرا حقيقيًّا وبديلا لحلّ منازعات الصفقات العموميّة الضخمة في غالبها، ولكن تحت رقابة القضاء في كلّ مراحل العملية التّحكيمية، وحتى بعد انتهائها وذلك بإمكانية ممارسة طرق الطّعن العادية وغير العادية، سواء كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

بالرغم من أن موضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية قد تناولته بعض الدراسات إلا أننا وجدنا أن ذلك لا يحول بيننا وبين تناول هذا الموضوع ، وذلك تحيقاً لمزيد من الفائدة ، ولآجل تحقيق الغاية المرجوة من هذا العمل قسّمنا الدّراسة إلى بابين؛ خصّصنا الباب الأوّل إلى دراسة التحكيم كآلية من آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية، إذ بيّننا في الفصل الأوّل المحددات المفاهيمية للتحكيم في هذا المجال كتقديم عام لهذه الدراسة، أمّا الفصل الثاني فندرس فيه الطبيعة الغامضة والجديدة للتحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية.

أمّا الباب الثّاني فقد خصّصناه للرقابة القضائيّة على التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية، وقسّمناه إلى فصلين: درسنا في الفصل الأوّل الرقابة السابقة لصدور حكم التّحكيم، فيما عمدنا إلى دراسة الرقابة اللاحقة لصدور حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة في الفصل الثاني. لينتهي الموضوع بخاتمة تتضمّن النتائج المستخلصة من خلال هذه الدراسة، وهذا وفقا للخطة الآتية:

الباب الأول: التّحكيم آلية من آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول: المحددات المفاهيمية للتّحكيم في الصفقات العمومية.

المبحث الأول: نظام التّحكيم وعلاقته بالصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم التّحكيم وإطاره القانوني.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتّحكيم.

المبحث الثاني: ذاتية وأهمية التّحكيم في الصفقات العموميّة.

المطلب الأول: أهمية نظام التّحكيم وسيماته في منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: أنواع التّحكيم وتميزه عما يشابهه.

الفصل الثاني: التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية طريق جديد ذو طبيعة غامضة.

المبحث الأول: وسيلة التّحكيم ومدى ملائمتها كألية لتسوية منازعات الصفقات العموميّة.

المطلب الأول: نطاق التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الاتّفاق على التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للتّحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الأول: هيئة التّحكيم والإجراءات التّحكيمية المباشرة أمامها.

المطلب الثاني: حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية وكيفية تنفيذه.

الباب الثاني: الرقابة القضائية على التّحكيم في الصفقات العمومية.

الفصل الأوّل: الرقابة القضائية السابقة لصدور حكم التّحكيم.

المبحث الأوّل: نطاق وحدو الرقابة القضائية على اتّفاق التّحكيم.

المطلب الأوّل: مفهوم اتّفاق التّحكيم وصوره في منازعات الصفقات العموميّة.

المطلب الثاني: طبيعة الدفع بالتّحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: مظاهر الرقابة القضائية على اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

المطلب الأوّل: رقابة ودور القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم.

المطلب الثّاني: رقابة القضاء على سير الخصومة التّحكيمية.

المطلب الثالث: دور القضاء في جمع أدلة الإثبات واستدعاء الشهود.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التّحكيم.

المبحث الأوّل: الرقابة غير المباشرة.

المطلب الأوّل: الرقابة عن طريق مباشرة طرق الطعن في حكم التّحكيم الصادر في منازعات الصفقات العموميّة.

المطلب الثاني: الرقابة من خلال تنفيذ حكم التّحكيم.

المبحث الثاني: الرقابة المباشرة.

المطلب الأوّل: الأسس القانونية لدعوى بطلان حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

المطلب الثاني: النظام القانوني والإجرائي لدعوى بطلان حكم التّحكيم في مجال الصفقات العمومية.

الخاتمة.

الباب الأوّل

التّحكيم آلية من آليات تسوية منازعات الصفقات العموميّة.

إنّ المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها تتّسم بالخصوصيّة فمعظمها يتعلّق بالعقود الإدارية ومنها الصفقات العموميّة التي هي من أهم الأساليب القانونية التي جعلها المشرِّع الجزائري للإدارة في سبيل استغلال وتسيير الأموال العامّة وبالنظر إلى ارتباطها بأموال الخزينة العمومية الضخمة في غالب الأحيان فقد أحاطها المشرِّع بالعديد من القيود والإجراءات القانونية والمبادئ سواء من حيث إبرامها وحسن تنفيذها.

وعلى الرغم من ذلك فإنّ هذه الصفقات غالبا ما تثور بشأنها نزاعات قانونية متشعبة خاصة إذا ما كان المتعامل المتعاقد طرفاً أجنبيّاً.

إنّ التطوّر الاقتصادي والايديولوجي الذي عرفته الجزائر انعكس بالضرورة على مختلف النظم القانونية المنظمة للصفقات العمومية لا سيما ما تعلّق منها بنفيذها وبطرق تسوية منازعاتها، إذ عرفت هذه الأخيرة عدّة أشكال أهمّها استحداث التّحكيم كطريق بديل عن القضاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية فرغم أنّ الأصل العام هو عدم جواز طلب الشخص المعنوي العام للتّحكيم في تسوية النّزاعات التي يكون طرفا فيها إلا أنّ المشرِّع الجزائري خرج عن هذه القاعدة صراحة في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ظلّ لعقود متمسك به لاعتبارات السيادة الوطنية.

ومنه أصبح التّحكيم آلية بديلة لفضّ النّزاعات القانونية دون اللّجوء إلى القضاء وأصبح من مظاهر العصر الحديث في هذا المجال تفاديا لإضاعة الوقت والجهد والنفقات، وقد أقرّته غالبية النُظُم القانونية وامتدّ نطاق تطبيقه إلى مجالات لم تكن بالأمس القريب بالحسبان، كما أصبح وسيلة تتّخذها الدّول في قوانينها لجلب الاستثمارات الأجنبية الخلاقة للثروة والداعمة للاقتصاد الوطني[1].

استنادا لما سبق، ولأجل البحث في خبايا هذه الآلية قسّمْنا هذا الباب إلى فصلين سنتطرق في الفصل الأوّل إلى دراسة المحدّدات المفاهيميّة لنظام التّحكيم في الصفقات

[1] مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الاجنبية مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة المدية ، الجزائر، عدد 13، جويلية 2018 ، ص 804.

العموميّة وذلك لحصر مفهومه وإطاره القانوني وعلاقته بالصفقة العموميّة، وكذا البحث عن مصادره وطبيعته القانونية وذاتيته وأنواعه في مجال الصفقة العمومية، على أنْ ندرس نظام التّحكيم باعتباره طريقاً جديدًا في مجال الصفقات العموميّة في الفصل الثاني وفيه نستعرض هذا النظام، ومدى تلاؤمه مع منازعات الصفقات العموميّة، وذلك برفع اللّبس عن مدى جوازه في مجال الصفقات العموميّة. ونصل إلى الأحكام الإجرائية المقررة لنظام التّحكيم في هذا المجال. كلّ ذلك على النحو الآتي.

الفصل الأوّل

المحدّدات المفاهيميّة للتّحكيم في الصفقات العموميّة.

لقد اعتادت الدّول على حسم النزاعات التي تجمعها بأطراف القانون الخاص بواسطة القضاء الوطني إلا أنّ تشعّب الحياة الاقتصادية وكثرة المرافق العامّة وصعوبة تسييرها قد حتّم عليها تغيير هذا الأسلوب والبحث عن وسائل بديلة، ومنها التّحكيم على الرغم من أنّها كانت تنظر إليه نظرة الريبة وتعتبره من أعمال سيادتها.

وبما أنّ الصفقات العموميّة هي الأداة التي وضعها المشرِّع في يد السلطة العامة للاستجابة للطلب العموميّ وإنجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة، وبالتالي هي ميدان خصب للمنازعات فقد تسلّل نظام التّحكيم لها نظرا لما فيه من ميزات، وسرعان ما ساد هذا النظام في مجال منازعات الصفقات العموميّة وهو ما يدفعنا إلى البحث عن مدى إمكانية تفعيل نظام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

لأجل البحث والإجابة عن ذلك ارتأينا تخصيص هذا الفصل لدراسة المفاهيم المحددة للتّحكيم في مجال الصفقات العموميّة كتوطئة ضرورية ولازمة للخوض في موضوع الدراسة.

وللإلمام بموضوع التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة وجب علينا تحديد نطاقه المفاهيمي بالتّعرض إلى مفهومه، وأنواعه، ومعرفة طبيعته القانونيّة ومصادره وتبيان أسسه، وتحديد علاقته بالصفقة العموميّة، كلّ ذلك في المبحث الأوّل. فيما نستعرض في المبحث الثّاني ذاتية وأهميّة نظام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

المبحث الأوّل: نظام التّحكيم وعلاقتُه بالصفقات العموميّة.

يحتلّ التّحكيم مكانةً بارزةً ضمن بدائل تسوية منازعات الصفقات العموميّة الداخلية أو الدّولية،إذ يلعب دوراً كبيراً في إيجاد حلول لها بإجراءات بسيطة وسريعة ومجدية للفصل في النّزاع.[1]

والأكيد أنّ اللّجوء إلى التّحكيم في أيّ عقدٍ من العقود يُعدّ مسألة اختيارية أي مسألة اتّفاقية، ولم يجِد المشرِّع الجزائري في وضعه للقواعد المتعلِّقة بالتّحكيم بصفةٍ عامّة والتّحكيم في الصفقات العموميّة بصفةٍ خاصّة عن هذه القاعدة، إذ منح للأطراف حريّةَ اللّجوء إلى التّحكيم، ويكون الاتّفاق على التّحكيم قبل أو بعد نشوء النِّزاع، كما قد يكون عند إبرام الصفقة أو عند تنفيذها.

والتّحكيم بصفةٍ عامّة هو أسلوب لفضِّ النّزاعات مُلزِم لأطرافه، يقوم على حريّة اختيار الخصوم بإرادتهم الحرة، فرداً أو أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أنْ يثور من نزاع.[2]

ويُبرّر اللّجوء إلى التّحكيم كأسلوب لفضّ المنازعات ما يتميّز به من بساطة وسهولة ومرونة و سرعة في إجراءاته وتوفيره للجهد والوقت والمال والثقة والطمأنينة والخبرة والتّخصص، و محافظته على أسرار أطراف النّزاع، واستمرار العلاقات الطيّبة فيما بينهم ما يجعلهم يفضِّلونَه على قضاء الدّولة، كما أنّ الأطراف هم الذين يحدّدون عدد المحكّمين، كما يعيِّنون مكان التّحكيم وإجراءاته والقواعد التي يخضع لها.

وإذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتّفاق التّحكيم وتحدّد القواعد التي تحكمه فإنّ الأمر يتطلّب تدخُّل المشرِّع للنّص على جواز التّحكيم، فإرادة الخصوم وحدها ليست

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية دار محمود للنشر، القاهرة ، مصر.2015 ص 264.

[2] محمد بن سعيد بن حمد المعماري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2011، ص 28.

كافية لخلقه،[1] إذ يجب على المشرِّع تحديد نطاق التّحكيم وتحديد المسائل التي يجوز فيها التّحكيم، وتبيان كيفية تنفيذ أحكام المحكِّمين وطرق الطّعن فيها.

والتّحكيم بهذا المعنى يأخذ خاصيّة البديل لنظام القضاء، فاتّفاق أطراف علاقة ما على اللّجوء إلى التّحكيم لفضّ النّزاع، إنّما يعني في حقيقة الأمر سلبه لاختصاص قضاء الدّولة، الذي كان يجب أن يعرض النّزاع عليه لولم يوجد اتّفاق التّحكيم.

إنّ دراسة نظام التّحكيم[2] في منازعات الصفقات العموميّة لا يتأتى لنا إلّا باستقراء المفاهيم المرتبطة بالصفقة العموميّة، وتلك المحدّدة للتّحكيم كنظام بديل لحلّ المنازعات وعليه وجب التطرّق إلى مفهوم التّحكيم و إطاره القانوني وذلك ببيان أسسه و مصادره وإسقاطها على الصفقة العمومية و تطور تنظيماتها بالجزائر في مطلب أوّل، ثم البحث عن طبيعته القانونية في مطلب ثانٍ .

المطلب الأوّل: مفهوم التّحكيم وإطاره القانوني .

لم تتناول معظم التّشريعات الوطنيّة والدوليّة النص على تعريف التّحكيم، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يجتهدان في تعريفه وبيان أساسه، وهو ما سنتناوله كما يلي:

الفرع الأوّل: تعريف التّحكيم وبيان أسسه.

التّحكيم هو وسيلة قديمة النشأة قِدَم البشرية وهو طريق لفضّ المنازعات، وقد اعترفت به كافة الأنظمة التشريعية الوطنية و الدولية واعتبرته ضرباً من ضروب القضاء إلا أنّه وسيلة حديثة في مجال الصفقات العمومية، وعليه وجب البحث في تعريفاته وتبيان الأسس التي يقوم عليها وهو ما سنتناوله كما يلي:

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشيلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص 377.

[2] محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط2014، ص 34 .

البند الأول: تعريف التّحكيم.

التّحكيم كنظام غير قضائيّ لتسوية منازعات الصفقات العموميّة هو الاتّفاق على طرح النّزاع الناشئ عن إبرام أو تنفيذ صفقة عموميّة على شخص معين ليفصل فيه دون المحكمة المختصّة بحكم ملزم للجانبين[1].

محاولة مِنّا للإلمام بتعاريف التّحكيم فضّلنا التطرّق إلى تعريفه اللّغوي والاصطلاحيّ وكذا تعريفه الفقهيّ والقضائيّ. كلّ ذلك على النحو الآتي:

أوّلا :التعريف اللّغوي للتّحكيم.

مفردة التّحكيم في اللّغة العربيّة مصدرها مأخوذ من الفعل "حَكَمَ" وهي من الحكمة التي تعني النباهة ومعرفة أصل الأشياء وأفضلها والتمكّن من كلّ العلوم، ويقصد بها أيضاً "الحُكم" بمعنى العلم والفقه، وهي كذلك "الحَكَمُ" بفتح الحاء والكاف، و"الحَاكِم" و" الحُكُومَة"، فيقال حكَّموه بينهم أيْ طلبواْ وأجازوا أنْ يحْكُم فيهم فجاز حكمه بينهم[2] والحكيم هو الشّيخ المجرّب المتمتّع بالحكمة والنباهة والحكمة هي العدل.[3]

أمّا " الحَكَمُ " فهو اسم من أسماء الله الحسنى، فقد ورد في القرآن الكريم قول الله تعالى " أفغير الله أبتغي حكما "[4].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً ، سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ تعاقداتها الإدارية، الالتزامات التعاقدية للإدارة المتعاقدة معها، تسوية منازعات العقود الإدارية، منشأة المعارف القاهرة، مصر، 2009، ص 338 .

[2] جمال الدّين بن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، 1414 هـ، 1994م المجلد الأوّل ص13.

[3] محمّد الحبيب، القضاء والتحكيم،" أيّة صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية"، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، ط 1،2016، ص30.

[4] القرآن الكريم، سورة الأنعام، الآية114.

والمُحكِّم لغة هو الشّخص المتمتّع بثقة الأطراف، وهو ركن من أركان نظام التّحكيم فلا يحكم دونه، وبالقدر الذي يتمتّع به المحكِّم من قدرة وكفاءة في إدارة الخصومة التّحكيميّة فإنّنا نكون أمام نظام تحكيم فعّال[1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتّحكيم.

عرِّف التّحكيم اصطلاحاً على أنّه اتّفاق يبرم بين من نشب فيهم نزاع يعيِّنون بموجبه شخصاً يتراضون عليه ليفصل بينهم يسمى مُحكِّماً[2]، وعرّف أيضا على أنّه إجراء يتّفق بمقتضاه أطراف متنازعون على إخضاع خلافاتهم لمحكِّم يختارونه ويحدّدون له سلطاته مع تعهدهم بقبول ما ينتهي إليه من حكم، وللمحكِّم حقوق وعليه واجبات. [3]

والتّحكيم اصطلاحاً يقترن بمسميات فرعيّة تختلف بحسب المنازعة المراد فضّها، فإذا كانت تجارية سمي تحكيماً تجارياً، وإذا كانت مدنية أطلق عليه تحكيم مدني، وإذا كانت إدارية سُمي تحكيماً إدارياً[4].

ثالثا: التعريف الفقهي للتّحكيم.

لقد تعدّدت التعريفات الفقهية للتّحكيم وتنوّعت، إلا أنّها اتّحدت في مضامينها وأهدافها وكانت غايتها وحيدة، فقد عرّف بعضُ الفقهاء التّحكيمَ بأنّه نوع من العدالة الخاصة يتمّ به إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء ويعهد بها إلى أشخاص يختارونهم بإرادتهم الحرة للفصل في تلك المنازعات.

كما عُرِّف بأنّه وسيلة يستغني بمقتضاها الأطراف عن قضاء الدولة، أو أنّه اتّفاق صريح على طرح النّزاع على شخص أو أشخاص للفصل فيه دون المحكمة المختصة[5]

---

[1] جعفر مشمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان،2009 ص100.

[2] جرجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللّجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة مصر،1999، ص19.

[3] أيمن بهاء الدين، المركز القانوني للمحكم، دار الجامعة الجديدة، القاهرة ، مصر، ط 2015، ص 115.

[4] عزيزة الشرف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1993، ص 21.

[5] محمّد الحبيب، القضاء والتحكيم" أيّة صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية" ، المرجع السابق، ص33.

فهو إذاً إمكانية قرّرها القانون للأفراد تخوّل لهم الاتّفاق على إحالة ما ينشب بينهم من نزاع إلى شخص أو أكثر يسمّى مُحكِّماً، للفصل بينهم بدلاً من القضاء المختص وعرّفه البعض بأنّه اتّفاق المتنازعين على إسناد سلطة الفصل في نزاع معيّن إلى شخص آخر دون القضاء الوطني[1].

عموماً فإنّه ورغم تنوّع هذه التّعاريف الفقهيّة للتّحكيم إلا أنّها تتّفق جميعاً حول جوهر واحد وهو أنّ التّحكيم أسلوب خاص ابتُكِر لفضّ النّزاعات بعرضها على محكِّمين دون اللّجوء إلى سُلطة القضاء.

هذا وقد عرّف التّحكيم في الفقه العربي بتعاريف لا تختلف عن المعنى اللّغوي في فحواها فقد ذهب الماوردي في أدب القاضي إلى أنّ التّحكيم هو أنْ يتّخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا عليه.[2]

كما عرّفه الدكتور أبو العينين بأنّه: اتّفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النّزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأنْ يعهد به إلى هيئة تتكوّن من محكِّم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم[3].

كما عرفه الدّكتور عبد الحميد أبو هيف بأنّه: النّظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النّزاع[4].

كما عرّف الفقه الإسلامي التّحكيم في العقود الإدارية على أنّه: اتّفاق بين الجهة الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامّة مع المتعاقد معها لفضّ النّزاع الناشئ بينهما

[1] أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المنشورات الجامعية، القاهرة ، مصر، 2007، ص 133.

[2] سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ط2004، ص91.

[3] محمّد ماهر أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التّحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنّت قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأوّل 1999، ص08.

[4] عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجاريّة، مطبعة الاعتماد، القاهرة ،مصر 1932 ص981.

بشأن العقد المبرم بينهما من غير طريق القضاء بما لا يخالف الشّرع، فالتّحكيم في اصطلاح الفقهاء المسلمين هو اتّخاذ الخصمين برضاهما حكماً يحكم بينهما.[1]

هذا و قد تعدّدت كذلك محاولات تعريف نظام التّحكيم في الفقه الغربي إذ عرّفه الأستاذ Jean Robert بالقول بأنّه:

" L'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus pour la circonstance de la mission de les juger "[2]

أي أنّه جهاز العدالة الخاصة التي تُسلَب بموجبها المنازعة من ولاية القانون العام لتحسم بواسطة أفراد عُهِدَ إليهم بهذه المهمّة.

أما الأستاذ David René فقد ذهب للقول بأنّ التّحكيم هو:

" 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'arbitrage ou les arbitres les quelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état ".[3]

أي أنّ التّحكيم هو تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تهمّ العلاقات بين عدّة أشخاص عن طريق فرد واحد أو أكثر يسمّى محكّما أو محكّمين يستمدون سلطاتهم من اتّفاق خاص، ويحكمون بمقتضى هذا الاتّفاق دون أن تمنحهم الدّولة هذه المهمّة.

---

[1] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامّة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، مصر، ط1، 2016،ص22.

[2] Jean robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privée, Dalloz, 1993, p 6.

[3] David René , L'arbitrage dans le commerce international, édition 1, économica, paris, 1982, p09.

أمّا في الموسوعة الأمريكية Encyclopedia Americana ، فعرّف التّحكيم بأنّه الفصل في نزاع بواسطة شخص منصف أو أكثر، والذي يكون قراره ملزماً، ويسمى القضاة الذين يفصلون في هذا النّزاع "محكّمين" أو " أعضاء هيئة التّحكيم"، ويتمّ اختيارهم بواسطة أطراف النّزاع أو بواسطة هيئة محايدة متخصّصة يقوم المتخاصمون بتحديدها ويسمى قرار المحكِّمين بالحُكْم، والتّحكيم يتمّ بين أشخاص أو جماعات أو دول.[1]

رابعا: التعريف القضائي للتّحكيم.

لقد تطرّق العمل القضائي لتعريف التّحكيم وغايته في ذلك التقرّب من تحقيق العدالة إذ اعتبره وسيلة قانونية لحلّ النزاعات دون اللّجوء إلى القضاء.[2]

أمّا الاجتهاد القضائي فلم يتّفق هو الآخر على إعطاء مفهوم دقيق وموَحّد للتّحكيم فقد عرّفت المحكمة الدستوريّة العليا بمصر التّحكيمَ: "بأنّه اتّفاق على طرح نزاع على شخص معيّن أو أشخاص معيّنين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، وذلك بحكم ملزم للطرفين، الأمر الذي يقطع دابر الخصومة في كافة جوانبها التي أحالها الطرفان له[3].

وقد عرّفه مجلس الدّولة الفرنسي بأنّه سلطة اتّخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث، والتّسليم بصفة قضائية لقرار المحكمة.[4]

وقد عرَّف القانون الفرنسي التّحكيم سواء كان شرطاً أو مشارطة، وذلك في المرسوم 81-500 المؤرّخ في 12 ماي 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية إذ عرفت المادة 1442 منه شرط التّحكيم بأنّه: اتّفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتّحكيم.

---

[1] محمد شهاب ، أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربياً وعالمياً، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة ، مصر، ط1، 2009 ، ص 10 .

[2] شادية إبراهيم مصطفى وأحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2012، ص 51.

[3] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص172.

[4] Mohamed Mentalecheta , L'Arbitrage commercial en droit Algerien . Office des publications universitaires , Alger , 2ème Edition,1986,p 37 .

في حين عرّفت المادة 1447 من ذات المرسوم مشارطة التّحكيم بأنّها: عقد يتّفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النّزاع إلى محكّم أو عدّة محكّمين لكي يتولوا الفصل فيه.[1]

كما عرّف القانون المصري التّحكيم في الفقرة الأولى من المادة 4 من قانون التّحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنّ:" لفظ التّحكيم في حكم هذا القانون ينصرف إلى التّحكيم الذي يتّفق عليه طرفا النّزاع بإرادتهما الحرّة ، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التّحكيم بمقتضى اتّفاق الطرفين منظمة، أو مركز دائم للتّحكيم"[2]

وقد عرّفه القانون المغربي بموجب المادة 306 من قانون المسطرة المدنية بأنّه: " حلّ نزاع من لدُن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمّة الفصل في النّزاع بناءً على اتّفاق تحكيم"[3].

أمّا القانون الجزائري فقد عرّف شرط التّحكيم بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية بأنّه: "الاتّفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 ، أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التّحكيم".[4]

ولقد حدّدت المادّة 1006 المقصود بالحقوق المتاحة بقولها " يمكن لكلّ شخصٍ اللّجوء إلى التّحكيم في سائر الحقوق التي له مطلق التصرّف فيها ماعدا تلك المتعلّقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، أمّا الأشخاص المعنويّة العامّة فليس لها

---

[1] Bergeal Catherine , Lenica ,Frédéric, contetieux des marches public, imprimerie nationale, Edition Paris2004, p 275 .

[2] القانون رقم 27 لسنة 1994 الصادر في أفريل 1994 المتضمن قانون التّحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية، ج، ر، م، عدد 16 صادرة بتاريخ 21 أفريل 1994 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 لسنة 1997 ج، ر، م عدد 20 الصادرة في 15-05-1997.

[3] قانون رقم 05-08 لسنة 2007 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربي.

[4] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن، ق، إ،م،إ، الجزائري، المصدر السابق.

أن تطلب التّحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدّولية أو في إطار الصفقات العموميّة."

الملاحظ أن النّص لم يعرّف التّحكيم في الصفقة العموميّة وهو ما يؤكّد أنّ التعريف الوارد في نص المادة 1007 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينطبق على التّحكيم في كافة المنازعات مهما كانت طبيعتها.

كما عرّف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتّفاق التّحكيم بموجب المادة 1011 منه بأنّه: الاتّفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التّحكيم.

ولعلّ المفهوم من تعريف كلّ من شرط التّحكيم واتّفاق التّحكيم، أن شرط التّحكيم في الصفقات العموميّة هو: الاتّفاق الذي يلتزم بموجبه كلّ من المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها في عقد صفقة عمومية بأن يعرضوا على التّحكيم النزاعات التي تنشأ عن العقد المذكور، وأنّ اتّفاق ومشارطة التّحكيم في الصفقة العموميّة هو الاتّفاق الذي يلتزم به كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقدون معها في عقد صفقة لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التّحكيم.[1]

فالتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة هو عملية إرادية يتّفق فيه أطراف المنازعة على اللّجوء إليه للفصل في منازعاتهم كغيره من المنازعات في باقي العقود والعلاقات أو هو نظام قضائي لحلّ المنازعات يختار فيه أطراف المنازعة شخصاً ثالثاً محايدا يسمّى المُحَكِّم، ويعهدون إليه الفصل في النّزاع بمقتضى الشّرط الخاص المكتوب

[1] بوكلي نور الدّين، اتّفاق التّحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1995-1996، ص 12.

في الصفقة الأصليّة باعتباره بندا من بنودها، أو بمقتضى مشارطة نتيجة نشوء نزاع فعلي بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية.[1]

البند الثاني: أساس اللّجوء إلى التّحكيم.

يقوم التّحكيم على أساسين اثنين هما إرادة الخصوم وإجازة المشرّع[2]، والصفقات العموميّة كغيرها من العقود الأخرى تقوم على هذين الأساسيين:

أوّلا: إرادة الخصوم.

إنّ اللّجوء إلى التّحكيم لحلّ المنازعات بصفة عامّة، ومنازعات الصفقات العموميّة بصفة خاصة، يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف، أي أنْ يتّفق الأطراف على اللّجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلا من اللّجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلا في النّزاع ذلك أنّ حقّ اللّجوء إلى القضاء هو حق دستوري مضمون ومكفول لجميع الأشخاص بحيث لا يجوز حرمان أيّ شخص منه أو إجباره على اللّجوء إليه ما لم تثبت موافقته عليه وبكلّ حرية، كون أنّ التّحكيم لا يقوم في الأصل إلا عن الرضا واتّفاق الخصوم كتعبير لإرادتهم الحرّة التي قدرت أنّه أكثر تحقيقا لمصالحهم[3].

والتّحكيم يتّصل أساسا بالفصل في المنازعات التعاقدية، لأنّ العقد وسيلة للتبادل الاقتصادي بين الأشخاص في الدولة ذاتها، أوبين دول مختلفة، وينصبّ التّحكيم على عرض النزاعات المتّفق عليها على المحكّمين، فإذا تمّ الاتّفاق في عقد من العقود على عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على محكّمين، شمل التّحكيم جميع المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره، سواء وقعت وقت تنفيذ العقد أو بعد انتهائه، فأيّ عقد يُعدّ توافقاً لإرادتين على إحداث أثر قانوني[4].

---

[1] قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التّحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر ط2006،2،ص220.

[2] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 163.

[3] أيمن بهاء الدين، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص 44.

[4] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 85.

ولكن ركون أطراف الخصومة التّحكيميّة إلى التّحكيم ليس معناه تنازلهم عن حقِّهم الدستوري في اللّجوء إلى القضاء، لأنّ حق اللّجوء إلى القضاء يتعلّق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وإنّما تقتصر إرادة المحتكم على مجرّد إحلال المحكّم محلّ المحكمة المختصّة بالحكم في النّزاع، فإذا لم ينفذ اتّفاق التّحكيم لأيّ سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم في النّزاع إلى المحكمة، لأنّ الاتّفاق على التّحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة[1]، وإنّما يمنعها من النّظر في الدّعوى المتّفق على التّحكيم بشأنها، طالما بقي شرط التّحكيم قائماً منتجاً لآثاره القانونية ولم يحصل أيّ اتّفاق مخالف له، أو أيّ سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زواله أو انتهائه أو استحالة تنفيذه[2].

ثانيا: إجازة المشرِّع له.

إنّ التّحكيم كطريق بديل لحلِّ المنازعات في الصفقات العموميّة، لا يمكن أن يلجأ إليه حتى ولو اتّجهت إرادة الأطراف إليه، إذ لا بدّ من النّص على حق الأطراف في اللّجوء إليه. لاسيما بالنسبة للأشخاص المعنويّة العامّة، لأنّ التّحكيم في وقتنا الحاضر ومع وجود جهاز قضائي إداري قائم بذاته للفصل في العقود التي تكون إحدى الأشخاص المحددة بالمادة 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفا فيها يبقى استثناء من الأصل العام، لذلك لابدّ من إجازة المشرِّع له بمقتضى نص قانوني حتى يتمّ اللّجوء إليه.

[1] لقد جعلت المادة 1050 من، ق، إ، م، إ، الجزائري مبدأ سلطان الإرادة هو القاعدة الأساسية في تطبيق القانون المختار من قبل أطراف العقد الإداري الدولي على المنازعات التي قد تثور بسبب هذا النوع من العقود أمام هيئات التحكيم.

[2] زياد محمّد فالح، دور إرادة التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات ، مجلد 1 ع 30، حزيران 2013، ص358.

ولعلّ القانون الذي يجيز التّحكيم هو وحده الذي يمثّل الأساس القانوني للتّحكيم وما إرادة الخصوم أو اتّفاقهم على اختيار التّحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النّزاع المتّفق على التّحكيم فيه على المحكّمين بدلا من محاكم الدولة.[1]

ومع انتشار العولمة وزيادة حجم التعاملات الاقتصادية بين مختلف دول العالم وكثرة عقود الاستثمارات خاصة البترولية اتّجهت معظم التشريعات إلى إجازة التّحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها الدّولية خاصّة، وهو ما عمد إلى فعله المشرّع الجزائري[2].

الفرع الثّاني: مصادر التّحكيم.

باتّفاق الجميع فإنّ نظام التّحكيم فرض نفسه على البشرية منذ الأزل وقبل ظهور الدّول، فهو طريق العدل الأوّل للإنسان، وعليه لا يمكن للدول أن تحرم مواطنيها ممّا فرضته عليهم الطبيعة وسنّته لهم في كل زمان وكل مكان[3]، فالتّحكيم هو بمثابة القانون الطّبيعي ولذلك فإنّ وجوده سبق جوهره، وهذا ما جعل مصادره تتعدّد[4]، ويمكن تقسيمها إلى مصادر داخلية وأخرى دولية حسب طبيعة النّزاع إن كان وطنياً أم دولياً[5]

البند الأول: المصادر الداخليّة.

تقسّم المصادر الداخليّة للتّحكيم إلى أربعة مصادر؛ يتعلّق الأوّل بالمصدر الرّسمي أمّا الثاني فيتعلق بالمصدر الحرّ، والثّالث بالاجتهاد القضائي فيما يكمن الرابع في العُرْف.

---

[1] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 165.

[2] هاني محمّد كامل المنايلي، اتّفاق التّحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، القاهرة ، مصر، ط 1، 2014، ص 52.

[3] نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة، التحكيم الداخلي ، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2017 ص58.

[4] Motulsky" La nature de l'arbitrage " in Ecrits, t, II , Etude notes sur l'arbitrage , Dalloz 1974, P14 .

[5] أحمد أبو الوفاء، التّحكيم الاختياري والتّحكيم الإجباري، منشأة المعارف، القاهرة ، مصر ، ط5، 1988، ص16.

أوّلا: التّشريع.

يعتبر التّشريع المصدر الرّسمي للتّحكيم في قوانين بعض الدول كمصر وفرنسا والجزائر،[1] وقد أصبح من أهمّ مصادر التّحكيم بعدما تقدّمت الأمم مادياً وأدبياً وسياسياً خلافا للأزمنة الماضية عندما كان العُرْف أهمَّ مصدرٍ من مصادر التّحكيم.[2]

وقد اعترفت التّشريعات بالتّحكيم وأعطت الأفراد حقّ اللّجوء إليه دون القضاء وعملت على تنظيم ذلك حتى لا يكون هذا النّظام سلاحاً ذا حدّين، إذ يمكنه أن يتيح للأفراد الهروب من القواعد المتعلّقة بالنّظام العام.

لذا قرّرت بعض التشريعات أنّ ثمّة منازعات لا يجوز التّحكيم فيها، فقد وضعت بعض قوانين الدّول للتّحكيم تنظيما في باب مستقل من أبواب القوانين الإجرائية ووضعت بعض الدول قانونا خاصّاً للتّحكيم، ويتمثّل المصدر الرّسمي للتّحكيم في التّشريع الدّاخلي للدّول، وتأتي الدساتير في المرتبة الأولى، ثمّ تليها باقي التشريعات على شرط ألّا يمسّ التّحكيم فيها بمسألة النّظام العام والآداب العامّة.[3]

ثانيا: المصدر الحرّ.

يتمثّل هذا المصدر في مؤسسات التّحكيم، وبخلاف الوضع في بعض البلدان التي لها تجربة طويلة في هذا المجال فإنّ المصدر الحرّ في الجزائر لا مكانة له، وهذا راجع لقلّة مراكز التّحكيم إنْ لم نقل انعدامها ولئن يسعى بعض الأشخاص إلى تعويض ذلك إلا أنّهم لم يتمكنوا من فرض وجودهم، وقد نظّمت بعض الدّول هيئات الفصل

[1] عبد الحميد المنشاوي، التّحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994. منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، ط 1، 1994 ص 84.

[2] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامة للتحكيم ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية مكتبة الوفاء القانونية، المرجع السابق، ص 32 .

[3] نور الدين قارة ، قانون التحكيم، مقدمة عامة، التحكيم الداخلي، المرجع السابق، ص44.

في الخصومات أطلقت عليها "هيئات التّحكيم الإجباري"، وقد أطلق بعض الفقهاء على هذا المصدر" التّحكيم الإداري".[1]

ثالثا: الاجتهاد القضائي.

يحتلّ الاجتهاد القضائي مكانةً هامّة من بين مصادر التّحكيم نتيجة المبادئ التي يقرّها في العديد من أحكامه، فكلّ الفضل يرجع للاجتهادات القضائية في إقرار مبدأ جواز لجوء الدّولة للتّحكيم في العلاقات التجارية والإدارية[2]، والفقه القضائي لعب دوراً كبيراً في شرح النصوص التشريعية وتأويلها وخلق قواعد جديدة.[3]

رابعا: العُرف.

لقد ظهرت التجارة قديماً وتطوّرت مع تطوّر البشرية، ما أدّى إلى ظهور مراكز تجارية عبر كلّ أقطار العالم كانت بمثابة محطّات تجوبها القوافل، وأسواقا لتبادل السّلع وساعد ذلك على التعرّف بمجتمعات جديدة، هذا الاحتكاك أدّى إلى ظهور التّحكيم كأداة لحلّ المنازعات في الأسواق والتجمعات التي قد تنشأ بين الأطراف أو بين الجماعات.

ومع الوقت ترسّخت قواعد معينة أصبح يحتكم لها الأطراف ولا يمكن التلاعب بها وأيّ تصرّف منافٍ لقواعد العُرف يعدّ جريمة يستحق فاعلها العقاب الذي قد يكون معنوياً والمتمثّل في اللّوم والمقاطعة أو غيرها[4].

---

[1] أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 188.

[2] محمد عبد المجيد إسماعيل ، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة لأثر العولمة الثقافية على المتغيرات التشريعية والقضائية والأنماط التعاقدية وفكرة بداية ونهاية العقد الإداري منشورات الحلبي الحقوقية ، الامارات العربية المتحدة، 1999، ص471 .

[3] مبروك بن موسى، فقه وقضاء محكمة التعقيب والتحكيم التجاري الدولي، منشورات بخمسون عاما من فقه القضاء المدني، 1959-2009، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص 451.

[4] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامة للتحكيم ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية المرجع السابق، ص 227.

البند الثاني: المصادر الدّوليّة.

المصادر الدّوليّة للتّحكيم متنوعة ومتعدّدة، ويمكن حصرها بإيجاز في الاتفاقيّات الدوليّة التي قد تكون عالميّة أو إقليميّة أو ثنائيّة.

أولا: الاتفاقيّات العالميّة.

قبل التّطرق إلى أهمّ المعاهدات الدوليّة المتعلّقة بالتّحكيم وكيفية معالجتها لمسألة التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة الدوليّة سنحاول تسليط الضوء على تطور مكانة المعاهدات الدولية في التّشريع الجزائري.

فالمشرِّع الجزائري لم يوضح موقفه منها بعد الاستقلال بموجب دستور 1963 وبصدور دستور 1976 نصّت المادة 159 منه على أنّ" المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسي قوة القانون"[1].

لكن بعد ذلك عبرت الجزائر بالعديد من المحطات التي أفرزتها مجموعة من الظروف الاقتصادية ومنها انخفاض سعر البترول سنة 1986، ممّا تسبّب في وضع اجتماعي متدهور كالتدنّي في القدرة الشرائية وارتفاع نسبة البطالة، ثمّ أحداث أكتوبر 1988، إضافة إلى ارتفاع المديونية وما نتج عنها من ارتباطات مع صندوق النقد الدّولي والبنك العالمي، نتيجة لذلك سعت الجزائر لسَنّ العديد من التشريعات جاء على رأسها التعديل الدستوري 89-18[2]، والذي كرّس تخلي الجزائر عن النظام الاشتراكي وتوجهها نحو اقتصاد السوق وما رافق ذلك من تغيرات منها الانفتاح على الخارج

[1] أمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 -11-1976 المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ج، ر، ج ج، عدد 94 الصادرة بتاريخ 24-11-1976 .

[2] مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 ج، ر،ج،ج، عدد 9 الصادرة بتاريخ 1 مارس 1989.

والمصادقة على العديد من الاتفاقيات الدّولية، كما كرّس دستور 1989 مبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي[1].

وبعد التعديل الأخير، بقي الدستور الجديد[2]وفيّاً لفكرة سمو المعاهدة على القانون بموجب المادة 150 منه، والتي تنصّ على أنّ" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، وبالتّالي ترجح الاتفاقية على القانون الداخلي وتصبح ملزمة للجزائر بعد المصادقة عليها وفقا للشروط التي يحدّدها الدستور، ولقد صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالتّحكيم، هذه الأخيرة ساهمت في إرساء التنظيم التّشريعي للتّحكيم الدّولي ووضع أسسه وضوابطه[3].

ثانيا: الاتّفاقيّات الثنائية.

أبرمت الجزائر بعد الاستقلال العديد من الاتفاقيات الثنائية في عديد المجالات نذكر منها:

1- اتفاقيّة إيفيان 1963: تقرر بموجب هذه الاتفاقية اللّجوء للتّحكيم الدّولي كوسيلة لتسوية النّزاعات الاقتصادية بين الجزائر وفرنسا، و لعلّ رضوخ الجزائر لهذا النظام جاء بحجة عدم وجود قضاء داخلي يمنح ضمانات كافية للمستثمرين الأجانب[4]بحيث نصّ إعلان المبادئ في 15-03-1962 المتعلّق بمجال المحروقات

[1] المادة 128 من دستور 1989 بعدما كانت المادة 159 من دستور 1976 تساوى بين المعاهدة الدولية والقانون العادي.

[2] المرسوم الرئاسي 483-96 المؤرخ في 07-12-1996 المتضمن تعديل الدستور لسنة 1996 ج، ر، ج، ج، رقم 76 المؤرخة في 08-12-1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ج، ر، ج،ج عدد 4 المؤرخة في 7 مارس 2016.

[3] لتفصيل أوسع عن أهم مراكز التحكيم الدولية والعالمية، يراجع : محمد شهاب ، أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكم عربياً وعالمياً، المرجع السابق ، ص 45.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص 182.

على أنّه: "رغم كلّ الأحكام المخالفة تخضع كلّ المنازعات والخلافات بين السُلطة العامّة وأصحاب الحقوق المضمونة في الفصل الأول ابتدائيا ونهائيا إلى محكمة تحكيم دولية"[1] ولقد تمّ تنظيم هذه المبادئ في اتّفاق ثنائي بين الجزائر وفرنسا سنة 1963[2] وتمّ تأكيدها مرة أخرى سنة 1965[3].

2-إتفاقيّة التعاون بين الجزائر وفرنسا سنة 1982:

أبرمت الجزائر اتفاقيّة تعاون مع فرنسا سنة 1982 وذلك عن طريق بروتكول التعاون الاقتصادي بين البلدين الموقع بالجزائر بتاريخ 21-06-1982 والذي صادقت عليه الجزائر بالمرسوم 259-82 [4].

إذ نصّ في مادته 6على تسوية الخلافات التي قد تحدث عند إبرام أو تنفيذ العقود المبرمة بين الطرفين بطرق وديّة، وفي حالة إذا لم يمكن تسوية هذه الخلافات بالطرق الوديّة يتمّ حلّها طبقاً لترتيبات العقود التي قد تنصّ على اللّجوء إلى إجراء مناسب لحلّ هذه الخلافات، إن يوافق الطرفان على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات والذي يمكن أن ترجع إليه أحكام العقود التجارية المبرمة بين المتعاملين الجزائريين والفرنسيين.

[1] سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011ص 32.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 63-364 المؤرخ في 14-09-1963 ،المتضمن المصادقة على اتفاق ثنائي بين الجزائر وفرنسا ،ج.ر.ج.ج ، عدد 67 لسنة 1963.

[3] أمر رئاسي رقم 65-287 المؤرخ في 18-11-1965 المتضمن المصادقة على اتفاق الجزائر المبرم بين الجهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الفرنسية المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود والتنمية الصناعية الجزائرية والموقعة في الجزائر في 29-07-1965 ،ج،ر،ج،ج، الصادرة في 19-11-1965.

[4] المرسوم الرئاسي 259-82 المؤرخ في 07-08-1982 المتضمن المصادقة على البروتكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الجزائر وفرنسا،ج،ر،ج،ج، عدد 32 الصادرة في 10-08-1982.

3-إتفاقيات القرض المبرمة بين الجزائر والبنوك الأجنبية:

بعد انخفاض أسعار البترول سنة 1986، وحاجة الجزائر إلى مشاريع تنموية كبرى للنهوض بالاقتصاد الوطني لجأت الدولة الجزائرية بسبب عجزها المالي إلى طلب تمويل من طرف مؤسسات التمويل الدّولي قبل الإعلان عن الصفقات العمومية الدوليّة وتأخذ هذه التمويلات على شكل مساعدات أو منح أو قروض، ومن هذه الاتفاقيات نذكر:

- اتّفاق القرض المبرم ما بين الدّولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتّعمير لتمويل مشروع التكوين المهني[1].

- اتّفاق القرض المبرم بين الدولة الجزائرية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع ري منطقة متيجة الغربية[2].

- اتّفاق القرض المبرم ما بين الدولة الجزائريّة والبنك الدّولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع الإعانة على إتمام المساكن وتطوير قطاع السكن[3].

- اتّفاق القرض المبرم ما بين الدولة الجزائريّة والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع إصلاح أنظمة التزوّد بمياه الشرب والتطهير[4].

ولعلّ الملاحظ على هذه القروض أنّها كانت محلّ تمويل دولي و شملت العديد من المجالات كإنشاء الطرق وتطهير المياه والرّي وغيرها، والتساؤل الذي يثار هنا هو هل الهدف من الصفقات العموميّة التي تموّلها مؤسسات التمويل الدولي هو التنمية

[1]اتفاق القرض المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 89-121 المؤرخ في 18-07-1989،ج،ر،ج،ج ، رقم29 المؤرخ في 29 -07-1989.

[2]اتفاق القرض المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 90-109 المؤرخ في 02-06-1990،ج،ر،ج،ج ، رقم23 المؤرخ في 06 -06-1990.

[3]اتفاق القرض المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 90-06 المؤرخ في 18-02-1990،ج،ر،ج،ج، رقم10 المؤرخ في 07 -03-1990.

[4]اتفاق القرض المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 90-21 المؤرخ في 29-04-1990،ج،ر،ج،ج ، رقم26 المؤرخ في 27 -06-1990.

فقط أم أنّه يشترط خضوع الدولة المقترضة لتعليمات البنك الدّولي بما فيها احتواء هذه الصفقات على شرط التّحكيم؟.

وبناءً على ما سبق فليس هناك ما يمنع من اللّجوء للتّحكيم كأسلوب لحلّ النّزاعات في هذا النوع من الصفقات المموّلة تمويلا خارجيا، فبالرّجوع لتنظيم الصفقات العموميّة رقم 91- 434[1] المطبّق حينها نجده أشار في المادة 51 إلى بيانات الصفقة وذكرت القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات، كما أنّ توجيهات البنك تشجع على اللّجوء للتّحكيم لحلّ المنازعات الناتجة عن تنفيذ هذه الصفقات، لكن مع مراعاة أنّ اتّفاق التّحكيم يخضع لإرادة الأطراف ويحظر على مؤسسات التمويل الدوليّة كالبنك الدّولي التدخل في هذا الشّأن كأن تختار محكّماً أو تتولى هي التّحكيم.[2]

والجدير بالإشارة أنّكلّ هذه المراسيم لم تشكّل عائقاً أمام قبول التّحكيم رغم تعارضه مع القوانين الداخليّة للدولة على اعتبار أنّ انضمام الجزائر لاتفاقيّة البنك الدّولي يعني قبولها تعليماته وأحكامه، ممّا يدلّ على أنّ الدّولة الجزائرية كانت مجبرة على قبول التّحكيم في صفقاتها العمومية الدّولية[3].

ثالثا: الاتفاقيات متعدّدة الأطراف: أبرمت في هذا المجال مجموعة كبيرة من الاتفاقيات متعدّدة الأطراف نذكر منها:

[1] المرسوم التنفيذي 434.91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج، ر، ج، ج عدد 57 الصادرة 13-11-1991.

[2] بن قلفاط مايا، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 36.

[3] بن قلفاط مايا، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، المرجع نفسه ص 49.

1-الإتّفاقية الأوروبية للتّحكيم التّجاري الدّولي، اتفاقية جنيف:

أبرمت هذه الاتّفاقية بجنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ07 جانفي 1964، وهي تتكوّن من عشر مواد عالجت مسألة التّحكيم في مجال التجارة الدوليّة، ولقد تعرّضت بشكل مباشر لقدرة الدّولة والأشخاص المعنويّة العامّة على اللّجوء للتّحكيم، وبذلك فقد سدّت النّقص الذي كان موجودا في اتّفاقية نيويورك لسنة 1958[1] التي لم تعالج تلك المسألة بشكل واضح وإنّما اقتصرت على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، بينما عالجت اتفاقية جنيف كافة المسائل التي يثيرها التّحكيم من الاتّفاق على اللّجوء إليه إلى غاية تنفيذ الحكم التّحكيمي أو رفض تنفيذه[2].

2-إتفاقية واشنطن18 مارس 1965:

أبرمت هذه الاتفاقية في واشطن بتاريخ 18 مارس 1965 وأصبحت نافذةً في 14-10-1966 ووقعت عليها 143 دولة، وهي اتّفاقية ذات صبغة عالميّة لكونها مفتوحة أمام جميع أعضاء البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وصادقت الجزائر على هذه الاتّفاقية سنة 1995 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95- 346 [3]، وفحوى الاتفاقية أنّ الدولة المصادقة عليها تخضع للتّحكيم في حالة عبرت عن ذلك كتابة حتى ولوكان قانونها الداخلي يمنعها من اللّجوء للتّحكيم، وحكم التّحكيم يكون ملزما للأطراف ولا يطعن فيه بأيٍّ طريق، إلا في الحالات الواردة في الاتفاقية، وتعترف كل دولة بالحكم الذي

[1] مرسوم رئاسي رقم 88-233، الصادر بتاريخ 05-11-1988 ، المتضمن انضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك المصادق عليها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10-06-1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها في الجزائر، ج، ر، ج، عدد 48، 22-11-1988.

[2] نصت المادة الأولى من اتفاقية جنيف 1961 على أنه " تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند أنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد ..."

[3] المرسوم الرئاسي 95-364 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية واشنطن ج، ر، ج، ج، عدد 66 الصادرة بتاريخ 05-11-1995.

صدر وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها كما لوكان حكماً نهائيا صادرا من محكمة محلية.[1]

رابعا: الاتّفاقيات الإقليمية.

في هذا الشأن أبرمت العديد من الاتّفاقيات نذكر منها:

1-إتفاقية عمان العربيّة للتّحكيم التّجاري: هي اتّفاقية أقرّها مجلس الوزراء العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80-55 في 14 أبريل 1987 بناءً على اتّفاق حكومات 14 دولة عربية من بينها الجزائر، وكان من أهدافها إيجاد نظام عربي موحد للتّحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية ، والحرص على إيجاد حلّ عادل للمنازعات التي يمكن أن تتولّد عن عقود التجارة الدوليّة، وانطلاقا من أهداف مجلس وزراء العدل العرب في توحيد التشريعات العربية ومواكبة التطور الحضاري.[2]

وحدّدت المادّة الثانية منها نطاق تطبيقها فجاء فيها " تطبق هذه الاتفاقية على النّزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيًّا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقرّات رئيسيّة فيها"، وبالتالي فهذه الاتّفاقية نصّت صراحة على إمكانية لجوء الدولة أو أحد أشخاصها في تعاقدها إلى ضرورة إدراج الاتّفاق على التّحكيم كوسيلة لحلّ النّزاعات بدل القضاء الداخلي خاصة فيما تعلّق بصفقات التّجارة الدوليّة[3].

[1] المادة 54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 .

[2] وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم ، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ط2 2009، ص 91.

[3] هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، المرجع السابق ، ص 354 .

ما يمكن استخلاصه ممّا سبق هو أنّ أغلب الاتّفاقيات أقرّت بإمكانية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في أن تكون طرفا في اتّفاق تحكيميّ، خاصة في منازعاتها العقدية المرتبطة بالتجارة الدّولية وعقود الاستثمار[1].

2-الاتّفاقية العربية المتعلّقة بالاستثمار:

لقد انتهجت البلدان العربية سياسة تشجيع الاستثمار، وذلك بلجوئها إلى إبرام عدة اتّفاقيات، ولقد أخذت هذه الاتفاقيات بالتّحكيم كوسيلة لحلّ النّزاعات، ولعلّ أبرزها الاتّفاقية الموحّدة لاستثمار الأموال العربية في البلدان العربية المقررة بمناسبة انعقاد القمة العربية الحادية عشر المنعقدة بعمان من 21 إلى 25 نوفمبر 1980 والاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1970 ، وميثاق فضّ النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار بين الدول العربية ورعاياها لسنة 1974.[2]

كما تجدر الإشارة هنا إلى الاتّفاقية المغاربية لضمان الاستثمار المصادق عليها بالجزائر في 23-07-1990 التي تضمنت جملة من القواعد الرامية في الأساس إلى حماية الاستثمارات في الدول المغاربية ، فقد ألزمت هذه الاتفاقية الدّول الموقّعة عليها بوجوب القبول المسبق بالتحكيم في كل النزاعات المتعلّقة بالاستثمار.[3]

3-الاتّفاقية المتعلّقة بالتّعاون القضائي:

تتمثّل أساساً في اتّفاقية الريّاض بالسعودية الموقع عليها بتاريخ 06-04-1983 واتّفاقية التعاون القضائي بين الدول المغاربية، فقد أكدتا على وجوب فرض التّحكيم كحلّ بديل لتسوية النّزاعات وكيفية مهره بالصيغة التنفيذية وشروطه، فوضعت شرط عدم مخالفة النّظام العام، وكذا عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وهو الشرط غير الموجود

[1] أشرف محمد خليل حماد، التّحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر، ط1، 2010 ص98.

[2] نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة ، التحكيم الداخلي، المرجع السابق ، ص51.

[3] كمال بوجاه، اتفاقية التعاون القانون والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس، السنة الجامعية 1993-1994، ص35 .

في أغلب القوانين العربية[1]، أمّا الاتّفاقية المغاربية للتعاون القضائي فأعيد فيها تقريباً نفس الشروط الواردة في اتّفاقية نيويورك لسنة 1958.

4-المنظمات العربية غير الحكومية:

تتشكّل المنظمة عندما ينشئ عدد من الأفراد وحدة اجتماعية تساعدهم في تحقيق أهدافهم الجماعية المشتركة، فهي كيان مادي له شخصية اعتبارية و لها أدوار وعلاقات هامة، وهي إطار لتجمّع بشري وتصنف وفقاً لأهدافها، وعليه فهناك منظمات أنشئت في مجال التّحكيم كجمعية المحامين بالكويت وهي مركز تحكيم، والاتّحاد العربي للتّحكيم الإلكتروني وجمعية المحكّمين السّعوديين.[2]

الفرع الثالث: مفهوم المنازعة في تنظيم الصفقات العموميّة.

يتمثّل نشاط الإدارة العامّة داخل أغلب الدّول المعاصرة في مراقبة المرافق العامّة وضمان سيرورتها باستعمال أساليب القانون العام، من إصدار قرارات إدارية وإبرام عقود إدارية بواسطة موظفين عموميين، والتّصرف في المال العام[3].

فكلّ ما تصدره الإدارة وهي تمارس سلطتها الإدارية وينشأ عنه خصومة أو نزاع يعدُّ منازعة إدارية تخضع للقضاء الإداري وليس العادي[4]، فالمنازعة الإدارية هي الوسيلة القانونية التي كفلها المشرِّع للأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق اللّجوء إلى القضاء الإداري المختص.[5]

---

[1] لتفصيل أكثر عن هذه الاتفاقية يراجع: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي مصر، 2007، ص 148.

[2] لتفصيل أكثر في ماهية المنظمات العربية غير الحكومية في مجال التحكيم، يراجع: محمد شهاب ، أساسات التحكيم التجاري الدولي والقوانين العربية والدولية، المرجع السابق، ص 339 .

[3] حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبير، مطابع شتات، مصر، 2008، ص 105 .

[4] محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعة الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 95.

[5] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، دون طبعة،2004 ، ص89 .

وتكون المنازعة إدارية إذا توافر فيها عنصران؛ وهما اتّصالها بسلطة إدارية[1] أيْ يكون أحد أطرافها الإدارة، أو الدولة بمفهومها العام كَمُدّعى أو مُدَّعَى عليه، والثّاني أنْ تتّصل المنازعة بنشاط مرفقي تباشره السّلطة الإدارية بوسائل القانون العام.[2]

وهذا ما تبنّاه المشرِّع الجزائري أيضاً حينما تعرّض لمفهوم المنازعة الإدارية إذ اعتبر المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامّة في المنازعات الإدارية، وتختصّ بالفصل في أوّل درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدّولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العموميّة ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.[3]

كما تختصّ بدعاوى إلغاء القرارات الإدارية، أو تفسيرها، أو فحص مشروعيتها كلّما كانت صادرة عن الولاية، أو البلدية، أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[4] وكذلك كلّ القضايا المخوّلة للمحاكم الإدارية بموجب نصوص خاصة.[5]

فالمنازعة الإدارية لها طبيعة خاصة إذ يسيِّرُها القاضي الإداري المعروف بإيجابيته كما أنّ عبء الإثبات فيها يقع على عاتق الإدارة في غالب الأحوال، فحين تتمتّع المصلحة المتعاقدة بامتيازات على الطرف المتعاقد، وهي في غالب الأحيان منازعة استفهامية، فليس للفرد فرصة لإعداد الدليل المسبق فقد يقيم دعواه وهو جاهل لأسباب اتّخاذ القرار مثلاً، فيمكنه فيما بعد استكمال دفاعه بعد تفحّص وثائق الخصم.

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر الطبعة الخامسة،1991، ص 228.

[2] زكي النجار، الوسائل القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 16.

[3] المادة 800 ق ،إ، م،إ، الجزائري 08-09 المصدر السابق .

[4] المادة 801 ق ،إ ،م ،إ، الجزائري 08-09 نفس المصدر.

[5] تتعد النصوص القانونية الخاصة وهي مبعثرة، وفي حالة نشوب نزاع بشأنها فإنها تعطي الاختصاص النوعي للقضاء الإداري، فنجد مثلاً أن القانون 88-01 المعدل والمتم المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية يعطي في مادته 55-56 الاختصاص النوعي للقاضي الإداري إذا ما تعاملت المؤسسة العمومية الاقتصادية بصفقة أو اتفاقية فتطبق عليها الأحكام المطبقة على الإدارة والنزاع بشأن ذلك يخضع للقضاء الإداري وليس العادي.

هذا وتتّسم أيضاً بخضوعها لقواعد القانون الخاص، فالدفوع الشّكلية كلّها من النظام العام وغير متروكة للأطراف فيثيرها القاضي من تلقاء نفسه.[1]

المطلب الثّاني: الطبيعة القانونية للتّحكيم.

التّحكيم وكغيره من أغلب الآليات المنصوص عليها لفضّ منازعات العقود الإدارية أو الصفقات العمومية. يتميّز بأنّه يصدر عن هيئة غير قضائية يطرح عليها النّزاع نتيجة اتّفاق الأطراف المسبق، غير أنّ الحكم الصادر عنها لا يختلف في جوهره عن الحكم الصادر عن قضاء الدّولة ويعتبر ذا طبيعة قضائية، هذا ما جعل الفقه يختلف في تحديد الطبيعة القانونية للتّحكيم، وثار جدل فقهي في هذا الشأن أدّى إلى ظهور أربعة اتّجاهات حول هذه الطبيعة القانونية.[2]

فنادى طرف بالطبيعة التعاقدية وهم يستندون لكون إرادة الأطراف هي مصدر سلطة هيئة التّحكيم، وهي من تحدّد القانون الواجب التطبيق، أمّا أنصار الطبيعة القضائية فيرون أنّ حكم التّحكيم يتشابه مع الحكم القضائي في نقاط جمّة، في حين مزج آخرون بين النظريتين واعتبروا التّحكيم وسطاً بينهما فهو يبدأ بعقد وينتهى بقضاء.[3]

أمّا الرأي الرابع فاعتبر أنّ التّحكيم هو قضاء خاص ومستقل، وعليه سنحاول استعراض الآراء الأربعة لنصل إلى أيّها هو الراجح والأقرب للصّواب.

---

[1] حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 19.

[2] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، ط1، 1984، ص 69 .

[3] بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، ذات الطابع الدولي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2010-2011،ص08 .

الفرع الأوّل: الطبيعة التّعاقدية للتّحكيم.

إنّ أغلب التّشريعات أو الاتّفاقيات الدّولية التي سنّت التّحكيم كطريق بديل لحلّ منازعات الصفقات العموميّة لم تضع قواعدا آمرة إلا نادرا، وفي جوانب معيّنة يتعلّق عليها بمسألة النظام العام، وتركت ذلك لإرادة الأطراف في القبول بالتّحكيم فكلّ إجراءات التّحكيم يشكّل هرَماً قاعدته الاتّفاق وقمّته الحكم.[1]

لقد بدأت هذه النّظرية في الانتشار بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير سنة 1812[2] الفاصل في اتّفاق تحكيم، والذي أكّد على أنّ أساس وجود حكم التّحكيم يرجع للاتّفاق المبرم بين الأطراف، ويكتسي الحكم الطبيعة الاتّفاقية، وهو ما قالته محكمة النقض الفرنسية[3] .

إنّ الطابع التّعاقدي للتّحكيم يجيز للأطراف التخلي عن بعض الإجراءات القانونية التي يفرضها القانون، وذلك بغية انتهاج الطرق الشّرعية الأقلّ رسمية من تلك القضائية رغم وجود بعض المخاطرة، فمركز الثقل في عقد التّحكيم سواءً كان الإتفاق بندا في العقد، أو عقداً منفصلا عن العقد الأصلي هو إرادة الأطراف، وهو ما جعل التحكيم ذا طبيعة تعاقدية خاصة بعدما اعتمدته أحكام محكمة النقض الفرنسية الأولى التي كانت تؤسِّس للنظرية العقدية للتّحكيم[4].

فحكم المحكِّمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف ويجب أنْ يتطابقا وعملهم ليس قضائيا فيجوز أن يكون المحكِّم أجنبيا ويمكن رفع دعوى ببطلان القرار الصادر عن المحكّم.

---

[1] أحمد قسمت الجدوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين دار النهضة ، القاهرة ،مصر،1982، ص 37 .

[2] قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة ،دار المعرفة الجزائر دون طبعة ، ص67.

[3]Jean Robert , l'arbitrage droit interne et internationale Edition 4N° 409, P91

[4]قمرعبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 71.

ويكمن الطابع العقدي للتّحكيم كذلك في تمتّع الأطراف بحرية رسم الإجراءات التّحكيمية، والقواعد القانونية التي يمكن اعتمادها من المحكِّم وكيفية تشكيل هيئة التحكيم وإمكانية توسيع أو تقليص الآجال وغير ذلك.

وعليه فعلى المحكِّم تطبيق الإتّفاق، ووضعه محل التنفيذ وإعطائه الفعالية الواجبة لأنّ عقد التّحكيم يكون تنفيذه تنفيذا متتابعا لا فوريا، وهذا لتجسيد القواعد الإلزامية الهادفة إلى احترام النظام العام والوجاهية وحقوق الدفاع، ويعتبر النائب العام Merlin أوّلمن تبنّى النّظرية العقدية للتّحكيم، فقد دفع منذ سنة 1812 أمام محكمة النّقض الفرنسية في عديد القضايا بأنّ المحكّمين ليسوا قضاة، إذ ليس لديهم ما للقضاة من سلطة عامة، وإنّما تحرّكهم إرادة الأطراف فقط، فاتّفاق التّحكيم هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكّم.[1]

ولكن ورغم وجاهة هذا الاتّجاه إلا أنّه يكون قد أكثر من الاستناد إلى إرادة الأطراف. إلا أنّ هذه الإرادة قد لا تلزم المحكِّم الذي عليه البحث في القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، لذا رأى البعض أنّ الأطراف في التّحكيم لا يطلبون من المحكِّم الكشف عن إرادتهم وإنّما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية فلا يمكن ابتداع عقد إجرائي، والنص الإجرائي هو الوسيلة لتحقيق غاية القواعد الموضوعية والإرادة الذاتية لا يمكنها أن تنهي أيّ نزاع، وفيها مغالاة في إعطاء الدّور الأساسي لإرادة الأطراف في التّحكيم[2].

[1] حسن محمّد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 47.

[2] فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ط1، 1991، ص 40 .

الفرع الثّاني: الطبيعة القضائيّة للتّحكيم.

تقوم هذه الطبيعة انطلاقا من كون القرار التّحكيمي عملا قضائيّا والمحكِّم يعمل بمعايير موضوعية وشكلية ومادية[1].

بدأت هذه النظرية في الانتشار بعد صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 17-03-1893 في قضية " سلك حديد الشمال" الذي اعتبر التّحكيم عملاً قضائياً بصراحة مطلقة [2]

وعلى ذلك فإنّ طبيعة المنازعة وكيفية حلّها هي التي تحدّد طبيعة عمل المحكّم باعتباره قاضيا يختاره الأطراف للفصل بينهم قانونا، فالتحكيم نوع من أنواع القضاء والمحكِّم كالقاضي من حيث أنّ له سلطة دعوة الأطراف لتقديم ما يرونه ضروريّا لحلّ النّزاع من معلومات ومستندات. كما أنّ كلّ إجراءات الخصومة التّحكيميّة هي ذات طبيعة قضائيّة.[3]

هذا ويلتقي التّحكيم مع القضاء في كونهما يبتدئان بعمل إرادي يتمثّل في مبدأ عقد التّحكيم أو قيد الدّعوى، فهما عملان إراديان. ولكن فيما بعد تهيمن عليهما القواعد القضائية فجوهرهما واحد.

ولعلّ الطبيعة القضائية للتّحكيم هي المسيطرة والمقبولة حاليا فأغلب الدارسين يعتبرون التّحكيم قضاءً استثنائيا أو بديلاً[4].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشاة المعارف ، الإسكندرية، مصر 1996 ص31.

[2] قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 71.

[3] خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2012-2013،ص 43.

[4] يحي الجمل، اختيار المحكمين، حصاد القرن العشرين في عالم القانون، دار الشرق الأوسط، القاهرة، مصر ط 2006، ع1، ص 15 .

ولكن هذه النظرية هي الأخرى أخذ عليها مآخذ عديدة، وهي أنّ المحكّم وإن كان يقوم ببعض وظائف القاضي إلا أنّه لا يملك سلطة الأمر أو النّهي نظرا لمهامه الوقتية فقط أثناء نظر النّزاع.

فالقاضي يقوم بوظيفة عامّة قائمة غير منقطعة ويتمتّع بالحصانة، ويمكنه اتّخاذ الإجراءات الوقتية بالنّهي أو الأمر أو الإجبار، في حين أنّ كلّ هذه الصفات لا تتوفر في المحكِّم ، ومن هنا أطلق على المحكِّم " القاضي الاستثنائي".

الفرع الثالث: التّحكيم ذو طبيعة مختلطة.

يبدو أنّ التّحكيم آلية تقيم التوازن بين الطبيعة العقدية ونظيرتها القضائية، إذ يرى البعض أنّ التّحكيم ليس اتّفاقا خالصاً، وفي الوقت نفسه ليس قضاءً محضًا، وإنّما هو نظام يمرّ بمراحل؛ فيبدأ باتّفاق، ثمّ يمرّ بإجراءات، ثمّ ينهي بقضاء وهو القرار التّحكيمي ومؤدى ذلك هو أنّ التّحكيم نوع من القضاء الخاص ذو أساس قضائي يتناوب على طبيعته العقد والقضاء معا، وبينهما إجراءات منظمة[1].

ولكن القول بالطبيعة المختلطة قد لا يكون له أيّ معنى، إذ يجب تحديد طبيعة التّحكيم بدقّة، وهذا ما جعل البعض ينتقد هذا الاتّجاه واعتبره تهرّباً من الفصل، طالما أنّه لم يتصدّ للمسألة بحزم، وفيه اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة.[2]

الفرع الرّابع : الطبيعة المستقلّة للتّحكيم.

إزاء الانتقادات التي وجّهت إلى الاتّجاهات الثلاث السّابقة، فقد حدّد جانب آخر من الفقه طبيعة التّحكيم من خلال اعتباره ذا طبيعة وكيان مستقل بذاته في حلّ المنازعات ويختلف عن العقد والقضاء. فهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء كما أنّ العقد ليس هو جوهر التّحكيم بدليل أنّه لا يوجد في عقود الاستثمارات الأجنبية

[1] شهيناز حسن علي ربيعي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، الجامعة الخليجية كلية الحقوق، قسم القانون العام، القاهرة ، مصر،2009، ص10.

[2] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ،المرجع السابق، ص 71 .

التحكيم الإجباري، ولهذا فإنّه لإيجاد الطبيعة القانونية للأخير لابدّ من إجراء تحليل للعناصر التي تدخل في تكوينه[1].

فالتّحكيم في الصفقات العموميّة يتكوّن من عنصرين هما اتّفاق التّحكيم في مجال الصفقات العمومية وقضاء المحكّم، وجهد الفقيه يجب ألّا يتوجّه إلى إذابة أحدهما في الآخر أو إلى محاولة صنع كائنٍ موحّدٍ من بعض عناصر كلٍّ منهما، وإنّما إلى تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميّزة لكلّ منهما. فاتّفاق التّحكيم من جنس العقد، ولكن له خصائص ذاتية تميّزه عن غيره من العقود، وفصل المحكّم في المنازعة من جنس القضاء، ولكن له من الخصائص الذاتية التي تميزه عن القضاء[2].

فهدف اتّفاق التّحكيم ليس إقامة علاقة ابتدائية بين الطرفين، وإنّما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة فعلا، وموضوعه ليس التراضي على تسوية النّزاع مباشرة وبشكل نهائي، وإنّما إقامة كيان عضويّ فرداً أو هيئةً ترفع إليها ادّعاءات الخصوم ويفصل فيها بشكل مستقل عنهما.

أمّا عمل المحكّم في حسم النّزاع، فإنّما يتمّ وفقاً للمبادئ العامّة في النّظام القانوني للدّولة الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية، إذ أنّه و بعد أن يبرم اتّفاق التّحكيم لتعيين الجهة التي تتولى الفصل في القضية موضوع النزاع تباشر الأخيرة وظيفتها القضائية في حسمه مستقلة عن إرادة أطرافه، وعليه فإنّ التّحكيم قضاء اتّفاقي والقرارات التي تصدر عنه قرارات قضائية ولكنها ذات طبيعة خاصة[3].

---

[1] حفيظة السيّد حداد، الموجز في النظرية العامّة في التحكيم التجاري الدّولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ط1، 2004، ص320.

[2] أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات العربية، الإسكندرية ، مصر، ط 2007، ص 218.

[3] محمّد الحبيب، القضاء والتحكيم أيّة صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 40.

وقد قضت محكمة النّقض المصرية في حكمها الصادر سنة 2002 بأنّ التّحكيم "طريق استثنائي لفضّ المنازعات وسلبا لاختصاص القضاء"[1]، أيْ أنّها أخذت بالطبيعة المستقلّة للتّحكيم.

ويظهر من كلّ ما تقدّم أنّه وعلى الرّغم ممّا لإرادة أطراف النّزاع من دور كبيرٍ في إبرام اتّفاق التّحكيم، وتعيين المحكّمين واختيار وقت ومكان وإجراءات التّحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق، فلا يمكن عدّ التّحكيم ذا طبيعة اتّفاقية "تعاقدية" خالصة، ذلك أنّ هذه الإرادة لم تتعد في حقيقة الأمر الطلب من المحكّمين تطبيقها من دون تطبيق القانون، إذ يبقى القانون هو الذي يعطي لهذه الإرادة مجالا معيّناً تدور في فلكه دون أن تتخطّاه، فلا يجوز لها مثلاً الإتّفاق على مخالفة القواعد الآمرة والتي تعدّ من النّظام العام، هذا فضلا عن أنّ إرادة الأطراف تفقد دورها بمجرد إبرام عقد التّحكيم، ليأتي بعدها دور المحكّم بالفصل في النّزاع، وهو الدّور الرّئيس في العملية بأجمعها.

وعليه، فإذا كان من الممكن التّسليم بالصيغة العقديّة لاتّفاق التّحكيم في عقود الصفقات العموميّة سواء أكان في صورة شرط أم مشارطة، فإنّ هذا الأمر لا يمكن القول به بالنسبة لقرار التّحكيم.

وهو الحكم ذاته فيما يخص القول بالطبيعة القضائية البحتة للتّحكيم، وذلك لإمكانية الرّجوع عنه واللّجوء إلى القضاء في حسم النّزاع القائم حتى في الأحوال التي يصدر فيها المحكّم قراره، لا بل حتى عندما يعرض القرار على المحكمة من أجل منحه الصيغة التنفيذية، إذ لأطراف النّزاع أن يتمسّكوا بأمر البطلان وهذا أمر غير جائز بالنّسبة لأحكام وقرارات القضاء[2].

[1] الطعن رقم 820 جلسة 25-11-2002، أشار إليه: عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية، ج5، من دون اسم الناشر وسنة النشر، ص339.

[2] المواد 1502 من 1503 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 58 من قانون التحكيم المصري.

كما أنه لا يمكن اعتبار التّحكيم ذا طبيعة مختلطة، فعلى الرّغم من أنّ الأخذ بهذه الطبيعة قد بيّن الطّابع الاتّفاقي والقضائي الذي يتمتّع به التّحكيم، إلا أنّها وضعت حدًّا زمنيًّا يفصل بينهما، وهو أمر محلّ نظر لأنّ الطّابع الاتّفاقي يلازم الطّابع القضائي منذ بداية الإتّفاق على التّحكيم وحتى إصدار القرار وتنفيذه.

الأمر الذي يدفعنا للقول بأنّ الاتّجاه الذي يرى في تحديد طبيعة التّحكيم بأنّها طبيعة خاصة مستقلة، تقوم على أنّه يمكن أنْ يمثل قضاء ولكنه اتّفاقي، ومن ثمّ فإنّ القرارات التي تصدر عنه هي قرارات ذات طبيعة خاصة، هو الاتجاه الأقرب للدقّة ذلك لأنّه لم يغفل الطّابع الاتّفاقي والقضائي في كلّ مرحلة من مراحل عمليّة التّحكيم فهو ذو طبيعة مزدوجة إنْ صح القول.[1]

وعليه، فإنّ التّحكيم في الصفقات العموميّة ينأى بنفسه ليؤسّس مكاناً خاصّاً له بين بقية الأنظمة القانونية القائمة باعتباره قضاءً خاصًّا، ومن الخطأ الزجُّ به في أحضان الأنظمة القانونية القائمة ، عقديةً كانت أو قضائيّةً، حتى وإن تشابه معها في بعض الوجوه. فأغلب الآراء خلصت إلى أنّ الهدف من التّحكيم هو تسوية نزاع معيّنٍ بعيداً عن القضاء الرّسمي، فهو ليس من أعمال الإدارة كما أنّه ليسمن أعمال التّصرف إذن فهو ذو طبيعة خاصّة يصعب إدراجه تحت أيٍّ نوع من الأعمال القانونية ممّا ذكر.[2]

والرأي الرّاجح يعتبر أنّ التّحكيم ذا طبيعة ذاتية مستقلة، لأنّ المحكِّم يستند إلى اتّفاق التّحكيم المعقود بين الفرقاء، والمحكِّم لا يمثل قضاء الدولة ولا تنطبق عليه جميع قواعده، إنّما تنطبق عليه قواعد مستمدة من اتّفاق التّحكيم، ما يضفي عليه طبيعة ذاتية ومستقلة، فهو خليط من عناصر ذات طابع تعاقدي، وعناصر ذات طابع قضائي

[1] رنا محمد رامي، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، مصر ط1 2016، ص 41.

[2] محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ط1 2003، ص 372.

وعناصر أخرى. كما أنّه يمرّ بمراحل أوّلها اتّفاق، وأوسطها إجراء، وآخرها حكم ملزم للأطراف[1].

[1] رنا محمد رامي، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 42.

المبحث الثّاني: ذاتية وأهميّة التّحكيم في الصفقات العموميّة.

التّحكيم نظام استثنائي وجديد للفصل في منازعات الصفقات العموميّة، وبينّا سابقاً بأنّه يقوم على أساسين؛ وهما: إرادة الخصوم، وإقرار المشرّع لهذه الإرادة، هذا النّظام فرض نفسه بقوة وهذا ما جعله يكتسي ذاتية خصّها لنفسه دون باقي الأنظمة الشبيهة هذه الذاتية أعطته أهميةً بالِغةً يكمن مصدرها في الأسباب التي دعت وعجّلت بظهوره.

وعليه، وجب علينا البحث في أهمية نظام التّحكيم، وكذا البحث في مزاياه وعيوبه في المطلب الأوّل، على أن نستعرض تقسيمات وأنواع التّحكيم وتميّزه عمّا يشابهه من الأنظمة في المطلب الثّاني، كلّ ذلك كما يلي:

المطلب الأوّل: أهمية نظام التّحكيم وسيماته في منازعات الصفقات العموميّة.

للتّحكيم أهميّة كبيرة في مجال معالجة منازعات الصفقات العموميّة، وازداد استخدامه في الآونة الأخيرة نظراً لتزايد حجم الاستثمارات خاصة الدّولية وعدم وجود قضاء دولي مختص، هذا النّظام وككل الأنظمة فيه مزايا متعدّدة وفي المقابل تعتريه بعض العيوب.

وعليه وللإحاطة بكل ذلك سنتطرّق في الفرع الأوّل إلى أهميّة نظام التّحكيم في الصفقات العموميّة على أن نستعرض مزاياه وعيوبَه في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: أهميّة نظام التّحكيم في الصفقات العموميّة.

للوصول إلى أهميّة نظام التّحكيم، سواء التّحكيم بوجه عام أو التّحكيم في مجال الصفقات العمومية، وجب البحث عن الأسباب التي دعت إلى وجوده[1].

هذه الأسباب يمكن النظر إليها بمنظورين متضادَّين من خلال أطراف الخصومة التّحكيمية يتعلّق الأوّل بالطرف المتعاقد خاصّة إنْ كان أجنبيًّا. أمّا الثّاني فيخصّ

[1] محمد الحبيب ، القضاء والتحكيم ، أية صبغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 180.

المصلحة المتعاقدة، والتي تكون الدّولة في غالب الأحيان بمعناها الواسع، وهذا ما سنستعرضه.

البند الأول: الأهمية بالنسبة للطّرف المتعاقد.

يكتسي التّحكيم أهميّة قصوى بالنّسبة للطّرف المتعاقد، هذه الأهمية تبرز مخاوف من غياب شرط الحياد الواجب على القضاء، ومن التخوّف من مسألة الحصانة[1].

أوّلا: التخوّف من غياب شرط الحيّاد.

طبيعة تنظيم الصفقات العموميّة جعلت المصالح المتعاقدة طرفاً قويّاً خاصة إنْ كان الطرف المتعاقد أجنبيّاً، هذه العقود راجعة إلى تمتّعه بالسيادة التي تؤثّر حتما على التوازن الاقتصادي للصفقة، كما يمكنها التّأثير أيضا على القضاء الوطني الذي قد ينحاز إلى الحكم للمصلحة المتعاقدة في حال نشوء أي نزاع[2].

هذا التخوّف دعا إلى إيجاد قضاء محايد، وهو قضاء التّحكيم والابتعاد عن اختصاص القضاء الوطني في النّزاعات التي يكون أحد أطرافها متعاقدا أجنبيا والطرف الآخر هو الدّولة أو الشّخص المعنوي العام داخل الدّولة، سيما عندما يتعلّق الأمر بصفقات لها صلة بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة، أو تلك الماسّة بسياستها العامّة[3].

ثانيا: التخوّف من امتيازات الحصانة القضائيّة:

زيادة عن تخوّف المتعاقد من انحياز القاضي الوطني لمصالح دولته الماسّة بسيادتها في مختلف النواحي، يوجد عائق آخر قلّص من الاحتكام إلى القضاء الوطني

[1] صابرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بيروت لبنان،ط1 ، 2016، ص 27 .

[2] مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الإجراءات السابقة على إبرام العقد الاداري المناقصة العامة نموذجاً، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، مصر، ط2، منقحة، 2010، ص 148.

[3] هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، المرجع السابق، ص 69 .

وسرّع بضرورة سنِّ قضاء التّحكيم حتى لا تتمسّك الدّولة المتعاقدة بالحصانة القضائية التي بموجبها يحظر على قضاء دولة أخرى الفصل في النّزاعات التي تكون طرفا فيها.

إنّ إقبال الدّولة على خصومة تحكيميّة قائمة أو مستقبلية يعتبر تنازلا عن امتيازات الحصانة القضائية أمام هيئة التّحكيم، وتضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف المتعاقد، ولا يجوز لها فيما بعد الدّفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التّحكيم. وبالتالي يزول التخوّف الأوّل ويتحقق شرط الحياد المشار إليه أعلاه[1].

البند الثاني: أهميّة التّحكيم بالنسبة للمصالح المتعاقدة.

إنّ أغلب تشريعات الدّولة حاليا تأخذ بمبدأ ازدواجية القضاء، والأصل في المنازعة الإدارية أنّها تخضع للقضاء الإداري كما في الجزائر، هذا القضاء يوفر للأفراد ضمانات وحقوق أكثر من القضاء العادي لما فيه من إمكانيات ونظريات لا وجود لها في القضاء العادي، ولطابعه أيضا الرامي إلى فحص المشروعية. هذه الظروف والاعتبارات أدّت إلى تراكم القضايا التي أصبحت تعجّ بها أروقة المحاكم الإدارية والعادية، وهذا ما عجّل بوجوب إيقاف هذا التدفّق، أو على الأقل التخفيف منه. ومن هنا ظهرت فكرة إيجاد وسائل بديلة لفضّ المنازعات، فظهرت ظواهر جديدة، ومنها الانفتاح على التّحكيم والتوسيع في نطاقه ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه، كما هو الحال في المنازعات التي تكون الدّولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها، ومنها العقود الإدارية كالصفقات العموميّة[2].

كما أنّ تطور العلاقات الاقتصادية بين الدّول، وظهور الشركات الأجنبية والمقاولات أرهق القضاء الداخلي خاصّة مع تطوّر وسائل الاتّصال، وانتشار العولمة التي أتاحت إمكانيات التّعاقد الإلكتروني فأصبحت المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس

[1] محمّد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللّجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلّة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، العدد 02،2007ص 360.

[2] علي سليمان الطماوي ،مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسيع في اللّجوء للتحكيم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ، قسم القانون العام ، 2012 ، ص11.

الخدمات التي يقدّمها التّحكيم، وباقي الطرق البديلة التي أصبح ينظر إليها على أنّها وسائل تفاهم وتوافق على عكس تلك الوسائل التقليدية، ولعلّ التّقدّم العلمي في المجال الإلكتروني وما تبعه من تنمية معلوماتيّة، واتّجاه التجارة إلى التعامل الإلكتروني الدّولي القائم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها أثّر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد وكذا الدّول، ونشأت نتيجة لذلك المعاملات الإلكترونية التي وجدت مبتغاها في التّحكيم أفضل من القضاء الرّسمي.[1]

الفرع الثاني: مزايا نظام التّحكيم وعيوبه.

التّحكيم كأيّ نظام من الأنظمة له ميزات ومحاسن قد تدفع الأشخاص إلى اللّجوء إليه واختياره كوسيلة لحلّ نزاعاتهم، وفي المقابل هناك عيوب أو سلبيات تحيط به تجعله غير مرغوبٍ فيه، أو مستبعد لدى البعض.

البند الأول: محاسن أو ميزات نظام التّحكيم.

يتميّز التّحكيم في الصفقات العمومية كغيره من فروع التّحكيم بعدة ميزات ومحاسن نذكر منها:

أولا: سِريّة الفصل في المنازعة.

ينفرد التّحكيم في الصفقات العموميّة شأنه شأن فروع التّحكيم الأخرى بالسريّة، حيث أصبحت مطلب المتعاقدين لحلّ الخلافات الناشئة بينهم، فهذه السريّة لا توفّرها لهم المحاكم الوطنية في مختلف الدّول كون أن إجراءات القضاء تتّصف بالعلانية وهو أمر لا يفضّله أطراف النّزاع، على خلاف جلسات المحاكم التّحكيمية التي تتمّ بسريّة تامّة بحيث لا يحضر جلساتها إلا الأطراف ومحاميهم، وقد يقتصر أحيانا الحضور على المحامين فقط لتمثيل الخصوم، ولا يسمح لأيّ طرف أجنبي خارج أطراف الخصومة

[1] سيف الدّين إلياس حمدتو، التّحكيم الإلكتروني، مجلّة العلوم القانونيّة، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، عدد 3، جوان 2011، ص 52.

بالحضور، إلا إذا اتّفق أطراف النّزاع على خلاف ذلك، وحتى استعانة هيئة التّحكيم بكاتب للجلسة يكون بناءً على موافقة أو اتّفاق الأطراف[1].

هذه السريّة تضمن للأطراف الحفاظ على أسرارهم المهنية وكلّ ما يتعلّق بمعلوماتهم الخاصة بنشاطاتهم، والتي قد تشمل أموال ضخمة قد يؤدّي الكشف عنها إلى اضطلاع منافسي هذا الطّرف على وضعه المالي والاقتصادي ممّا قد يلحق به أضرارا قد تفوق جسامتها خسارته للدّعوى.

ثانيا: سرعة الفصل في النّزاع.

إجراءات التّحكيم بسيطة، حيث يحدّد أطراف النّزاع تلك الإجراءات، الأمر الذي يؤدّي إلى سرعة إصدار الحكم التّحكيمي، فإجراءات التّحكيم تتّسم بالبساطة والسهولة ولا يشوبها التعقيد كالقضاء.[2]

وتبقى السرعة في حلّ المنازعات الخاصّة بالصفقات العموميّة هي مطلب كلّ أطراف العلاقة التعاقدية، وهي ميزة لا نجدها أمام القضاء. وخاصة في الدّول التي تكون لديها الكثير من المنازعات، وذلك ببطء الفصل في النّزاع وتعدّد درجات التقاضي، وكذا التأجيلات ممّا لا يتّفق مع مصلحة الأطراف في الكثير من الأحيان، على خلاف نظام التّحكيم الذي يفصل في النّزاع في وقت قصير، إضافة إلى مرونة إجراءاته، ما يجعل الأطراف يلجؤون إليه للفصل في منازعاتهم وفي مدّة قصيرة ليتفرّغوا لتجارتهم أو أعمالهم بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء لمدّة قد تصلفي بعض الأحيان إلى عدّة سنوات هذا وقد يطول نظام التقاضي داخل الدّولة بشكل لا تحتمله طبيعة التّجارة التي تقدّر ثَمَن الساعة، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء

[1] محمّد حسن جاسم المعماري، التّحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندريّة مصر، ط1، 2014، ص21.

[2] شرف الدين أحمد، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط، 1993 ، ص23.

وعلى العكس من ذلك، فإنّ نظام التّحكيم يمرّ عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات هي العرض على هيئة التّحكيم المكلّفة بالفصل في النّزاع موضوع الاتّفاق على التّحكيم.[1]

ثالثا: اختيار أطراف النّزاع لمحكّميه.

تمكين أطراف النّزاع من اختيار من يصدرون حكمًا فيه ميزة ينفرد بها التّحكيم مفقودة في القضاء، حيث لا يملك الخصم اختيار قاضيه، ويحقّق تمكين أطراف النّزاع من اختيار هيئة التّحكيم ميزة هامّة تتمثّل في ثقتهم بهؤلاء المحكّمين الذين وقع عليهم الاختيار، لاسيما إذا كان النّزاع متعلّقًا بمسائل فنيّة يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها إلى خبير في الموضوع محلّ المنازعة، الأمر الذي يستغرق وقتا قد يطول رغم ما لهذا الوقت من أهمية بالنّسبة لأطراف النزاع، ناهيك عن إجهادهم ماليا، الأمر الذي يغنيهم عن ذلك في حالة لجوئهم للتّحكيم للفصل في نزاعهم، هذه الميزة أعطت للتّحكيم واقعا عظيما وستعطيه مستقبلا زاهرا كوسيلة بديلة عن القضاء[2].

رابعا: التّحكيم يوفّر الخبرة والتّخصّص.

يكون الفصل في المنازعات المتعلّقة بالصفقات العموميّة، لاسيما تلك التي يتعدّد الأطراف المتدخّلون في تنفيذها من طرف مختصّين ومحكّمين ذوي خبرة واختصاص في مجال ذلك النّزاع، الأمر الذي يجعل الأطراف يتجنبون اللّجوء إلى القضاء لتعيين خبراء في الكثير من المسائل، وما يتطلّبه من نفقات وضياع الوقت وكثرة الإجراءات ذلك أنّ الفصل في النّزاع من طرف محكّم مؤهّلٍ ومختصٍّ وله خبرة في ميدان الصفقات وتنفيذها يجنّب الأطراف الوقوع في العراقيل والصعوبات المختلفة التي تترتّب عن تعيين خبراء وغيرها من الإجراءات في القضاء، زيادة على أنّه يرسخ الطمأنينة في مواجهة

[1] محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003، ص 20.

[2] يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونيّة ، الإسكندريّة، مصر، ط1، 2011، ص27.

التعديلات التشريعية غير متوقعة خصوصاً إذا أصبح اللّجوء إلى القضاء مستحيلاً لفوات مواعيد رفع الدعوة[1].

خامسا: تفادي الشكليّات الواردة في القانون العادي .

إنّ نظام التّحكيم يضمن للأطراف حريّة في تحديد وقت إجراء التّحكيم وعدد المحكّمين وكيفية اختيارهم واختيار مكان إجراء التحكيم، واللّغة المقرّر استخدامها في الفصل في النّزاع وكذلك القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع[2].

سادسا: التّحكيم يحافظ على العلاقات الحسنة بين المتنازِعين.

إنّ اختيار التّحكيم كطريق لفضّ النّزاع فيه تعبير عن المشاعر الطيّبة التي يكنّها كلّ طرف للآخر، وفيه إبداء لحسن النيّة، على عكس اللّجوء إلى القضاء الذي فيه تعبير عن الكراهية المتبادلة للأطراف، فكلّ طرف فيه يسعى إلى خطف حكم لصالحه[3] لذا فالأطراف حينما يلجؤون إلى القضاء فهم ينظرون إلى الخلف بينما ينظرون إلى الأمام في حالة اختيارهم للتّحكيم[4].

سابعا: توفير المال والوقت.

القضاء يحتاج إلى جهد ووقت طويل ونفقات كثيرة، وتتعدّد جهاته ودراجاته عكس التّحكيم الذي يكون عادة على درجة واحدة.[5]

---

[1] محمدين جلال ، التحكيم تحت مضلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة حقوق الإسكندرية، مصر الجزء الثاني،2015، ص 680 .

[2] محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتّحكيم عربياً وعالمياً ، المرجع السابق، ص 11.

[3] محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ،1986 ص 11 .

[4] كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر،1991، ط1، ص 68 .

[5] عبد الغفار حسين ، التحكيم نعم أم لا ، دار النشر العربي، الطبعة الأولى، 1991، دبي الإمارات العربية المتحدة ص 15.

البند الثاني: عيوب نظام التّحكيم.

بالرغم من كل مزايا نظام التّحكيم في الصفقات العموميّة وغيرها من العقود فإنّه ثمّة عيوب تعرقل أداء مهمّته. يمكن إيجازها كما يلي:

أولا: غياب الضمانات القضائيّة في التّحكيم.

إنّ أهمّ العيوب التي تؤخذ على نظام التّحكيم أنّه يؤدّي إلى حرمان الأطراف المحتكمين من الضمانات التي يحاط بها عمل القاضي، وقلّة خبرة هيئة التّحكيم المختارة للفصل في النّزاع موضوع الإتّفاق على التّحكيم عن خبرة القاضي وعدم كفاية الرقابة على أعمالها[1]، فالمحكّم غالباً ما يكون محدود التّخصص، وقليل الخبرة القانونية، فإنْ أخطأ في قراره فلا يجوز للأطراف الاعتراض عليه أو رفع دعوى جديدة أمام القضاء، وذلك فيه حرمان من حق اللّجوء إلى القضاء[2]

ثانيا: كلفة نفقات التّحكيم.

يرى البعض أنّ التّحكيم باهض التّكاليف، خاصة إذ تعلّق بنزاع أطرافه دولية لذا فإنّ القول بأنّ التّحكيم يوفر المال هو قول فيه جدل كبير ومخالف للحقيقة والواقع[3].

ثالثا: عدم تسبيب قرارات التّحكيم ونشرها.

إنّ خلو القرارات التّحكيميّة من التّسبيب، وعدم نشرها يمنع الغير من الاستشهاد بها في قضايا مستقبلية.[4]

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق ،ص 29.

[2] بربري مختار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ط 1995، ص 06.

[3] منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتّحكيم الدّولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، 1997، ص 84.

[4] ساري جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه، لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق ص 86 .

رابعا: غياب الطبيعة الرضائيّة أحياناً.

غالباً ما يفرض الطرف القوي على الطرف الضعيف شروطه، وهذا الأخير لا يملك إلا الانصياع لها، سواء على صعيد الأفراد أو الدول، وذلك للحاجة الاقتصادية وغيرها[1] كما أنّ الهيئات التي تفصل فيه التصَق وجودُها بالدّول الرأسمالية الأمر الذي يؤثّر سلباً على الدول الأخرى وبالأخص الدّول النامية وذلك من عدة جوانب، فقد لا يوجد الأشخاص المؤهلين كمحكِّمين أو مستشارين من أبناء الدول النامية، وهو ما يجعل المحتكمين يتكبّدون نفقات إضافية ما بين السفر والإقامة ورسوم وأتعاب المحكّمين التي قد تبلغ في مجملها نسبة كبيرة من أصل الدَّين المطالب به.

كما قد لا تتوافر للمحتكمين من الدول النامية إمكانية عرض دفاعهم بالصورة الكاملة لعدّة عوامل تحول بينهم وبين بلوغ هذه الغاية، مثل عدم إتقان اللّغة التي يتمّ بها التّحكيم أو عدم الإلمام بنظام التّحكيم وإجراءاته ، ممّا يولِّد الشّعور بفقدان العدالة وممارسة التمييز ضدّ رعايا وأشخاص الدّول النامية.

لذا يجب تّقليل هذه العيوب من خلال تكوين الإطارات في الدّول النّامية بما فيها الجزائر، والعمل على إنشاء مراكز التّحكيم ذات كفاءة عالية وإمكانيات ملائمة، إنْ لم تكن على المستوى الداخلي، فعلى الأقل في إطار من التكتّل على المستوى العربي.

هذا ما أكده المشاركون بمناسبة الندوة الدولية حول القضاء والتّحكيم،[2] إذ خلصت توصيات الندوة إلى:

---

[1] علوان محمد يوسف، الاتجاهات الحديثة في العقود الإدارية الاقتصادية مقال منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، العدد 11، 1976، ص 106 .

[2] الندوة الدولية حول موضوع القضاء والتحكيم، بمساهمة رئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم التجاري، العميد عبد الوهاب الباهي، عضو التحكيم بواشنطن ورئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم والتجارة الدولية ونقابة محامين ناحية تلمسان الجزائر المنعقدة بتلمسان، الجزائر يوم 15-6-2015.

- ضرورة الاهتمام بمؤسسات التكوين العالي المتخصِّص في قضايا التّحكيم.
- ضرورة توفير مناخ لمنظومة التّحكيم لتشريعات خاصة بالتجارة الخارجية في المنظمة المغاربية وفق المعايير الدولية ومراعاة المصالح الوطنية.
- ضرورة تدريس التّحكيم في الجامعات والتّكوين المستمر للسّادة القضاة والمحاميين.
- اقتراح إنشاء مركز جهوي خاص بالتّحكيم، والسّعي لإنشاء مركز دراسات مغاربي مقره تلمسان.
- توحيد وتكثيف برامج التكوين المستمر في إصلاح العدالة بالجزائر عن طريق ملتقيات مشتركة.
- ضرورة التّكوين في الصياغة الفنيّة لعقود التّجارة الدّولية والتمكّن من الاتفاقيات الدّولية الخاصّة بالتّجارة والتّحكيم وتأمين العقود من الثغرات.
- ضرورة الاهتمام باستراتيجيات إدارة المنازعات التّحكيميّة وعوائق التّجارة الدّوليّة في المنطقة المغاربيّة من باب الاستشراف.
- ضرورة اهتمام الاتّحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين بتنظيم دورات تكوينيّة مستمرة للمحامين في قضايا التّحكيم وتبادل الخبرات مع المنظّمات العربيّة والعالمية.
- ضرورة دعم المعهد المغاربي للتّحكيم والتجارة الدّولية بإشراك كل الفاعلين بالمغرب العربي في إنجاح مهامهم.
- ضرورة مشاركة المؤسسات الاقتصادية الكبرى في تمويل التّكوين بمجال التّحكيم.

رغم كل هذه العيوب المنسوبة للتّحكيم إلا أنّ المشرِّع والحكومات نصّت عليه لأنّ مزاياه تفوق عيوبَه، وهذا واضح من خلال تبني الأمم المتحدة للقانون النموذجي للتّحكيم التّجاري الدّولي عام 1976م ، وقرار الجمعية العامّة للأمم المتحدة سنة 1985م الذي

أوصى الدول إلى الاسترشاد به[1] ، وقد استفادت دول كثيرة من ذلك عند إصدارها لقوانين التّحكيم الخاصّة بها.

عموماً، فإنّ نظام التّحكيم في المنازعات يبقى هو الرّائد والمفضّل من طرف المتعاملين في التجارة والعلاقات الاقتصادية الدّولية، ويبقى الأفضل في حلّ منازعات الصفقات العموميّة كطريقٍ بديلٍ عن اللّجوء إلى القضاء إذا ما تمّ التقليل من العيوب سابقة الذِّكر، وتطبيق هذه التوصيّات لتشمل جميع فروع التّحكيم بما فيها الصفقات العموميّة.

المطلب الثّاني: أنواع التّحكيم وتميّزه عمّا يشابهه.

إرادة الأطراف هي جوهر التّحكيم، هذه الإرادة هي التي تحدِّد مساره وأنواعه وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتّفاق على التّحكيم وحتى نهايته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف[2] هذه الميزة زادت من الإقبال على التّحكيم لفضّ النّزاعات سواء تلك التي تجمع الأفراد فيما بينهم أو الأفراد والمصالح المتعاقدة، وهذا ما عجَّل من اقتحام التّحكيم لمجال الصفقات العموميّة وأخذ أشكالاً مختلفة بالنّظر لحرية اللّجوء إليه، أومن حيث الجهة المحكِّمة أومن حيث سلطات المحكِّم.

ثمّ أنّ التّحكيم قد يتشابه مع غيره من النُّظم البديلة للفصل في منازعات الصفقات العموميّة كالصلح والخبرة والقضاء والوساطة. فما هو المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين التّحكيم كطريق لفضّ منازعات الصفقات العموميّة، وبين الأنظمة المشابهة له ؟.[3]

---

[1] محمّد وليد العبادي، أهميّة التّحكيم الدّولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدّولي العام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 360.

[2] فؤاد محمد أبوطالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام ، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر ، 2010، ص 55.

[3] صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 40.

إنّ التّحكيم لا يتّخذ صورة واحدة، بل له عدّة صور، من هنا ولتوسيع الدِّراسة وإسقاطها على مجال الصفقات العمومية، وجب التطرّق إلى أنواع التّحكيم وتقسيماته في الفرع الأوّل، على أنْ نستعرض في الفرع الثّاني الأنظمة المشابهة لنظام التّحكيم.

الفرع الأوّل: تقسيمات وأنواع التّحكيم.

للتّحكيم أشكال مختلفة في الممارسة العمليّة تختلف حسب المنظور، فيما إنْ كان مستنداً إلى اتّفاق خاصٍّ، أو مبنيّاً على إرادة المتنازعين، أو فرض عليهم، فهنا يطلق عليه الاختياري أو الإجباري ، كما قد يكون حرّاً أو مؤسساتيّاً، وقد يفصل المحكّم فيه بناءً على القانون أو بالاتّفاق؛ فيقسّم وقتها إلى التّحكيم بالقانون وبالصلح، وقد يكون وطنياً أو دوليًّا، أو كلياً أو جزئياً. فالتّحكيم عموماً لا يتّخذ صورة واحدة، لكن له عدّة صور.[1]

البند الأول: من حيث قواعد الفصل في النّزاع.

يمكن تقسيمه إلى التّحكيم بقواعد القانون، والتّحكيم المطلق.

أولا: التّحكيم بالقانون.

وهو الذي تلتزم فيه هيئة التّحكيم بالفصل في النّزاع بتطبيق قانون معيّن على النّزاع المعروض عليهم، وهذا القانون قد يكون هو القانون المتّفق عليه بين الأطراف، وقد يكون هو القانون الذي تخضع له العلاقة موضوع النّزاع، وقد يكون هو القانون الذي يراه المحكّمون أكثر ملاءمة يحكم النّزاع المعروض.[2]

ثانيا: التّحكيم المطلق.

هو الذي لا يتقيّد فيه المحكّم بقواعد القانون الموضوعي، وإنّما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقّق توازن المصالح بين الطرفين، والتّحكيم المطلق يؤدّي إلى صدور حكم حقيقي يقبل التنفيذ الجبري، ويطلق عليه أيضا تسمية " التّحكيم بالصلح "، ويختلف عن التّوفيق

[1] محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ،القاهرة ، مصر، بدون طبعة ص 44.

[2] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 166.

بين طرفي التّحكيم عن طريق اقتراحات تحوز رضا المتنازعين، فيتعلّق الأمر باتّفاق يقرّه الطرفان ويثبته المحكِّمون، ولا يحقّ للأطراف الطّعن في حكم المحكِّمين في حالة التّحكيم بالصلح، إلا في حالة مخالفته لقاعدة قانونيّة متعلِّقة بالنّظام العام.[1]

البند الثاني: من حيث الطبيعة.

يقسّم التّحكيم من حيث طبيعته إلى تحكيم وطنيٍّ، وتحكيم دوليٍّ.

أولا: التّحكيم الوطني.

هو الذي لا يتعلّق بمصالح التجارة الدّوليّة، بل يتعلّق بمصالح دولة معيّنة سواء من حيث موطن المحكّمين، أو مركز أعمالهما، أو مكان إبرام العقد وتنفيذه، أي أنّه يتعلّق بعلاقة وطنيّة[2]، فهو يحكم علاقة وطنيّة داخليّة بعيدة عن مصالح التّجارة الدّوليّة ويعتبر كذلك إذا كان جميع أطرافه وعقده ضمن الدّولة نفسها.

ثانيا: التّحكيم الدّوليّ.

هو الذي يتعلّق بمصالح التّجارة الدّولية المرتبطة بعملية حركة انتقال البضائع والخدمات عبر حدود أكثر من دولة، ويكون التّحكيم دوليّاً حسب القانون النموذجي لليونسترال إذا كان مقرّ عمل طرفيه واقعين في دولتين مختلفتين، أو إذا اتّفق الطرفان صراحة على أنّ موضوع اتّفاق التّحكيم متعلّق بأكثر من دولة واحدة.[3]

البند الثالث: بسحب شكله التّنظيمي.

إذا نظرنا إلى شكل التّحكيم في الصفقات العموميّة فيمكن تقسيمه إلى تحكيم مؤسّساتي وتحكيم حرّ، كما يلي:

---

[1] محمّد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتّحكيم فيها، المرجع السابق ، ص372.

[2] إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحلّ المنازعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، ط1، 2016، ص27.

[3] منير عبد المجيد، الأسس العامّة للتّحكيم الدّولي والدّاخلي، المرجع السابق، ص 44.

أولا: التّحكيم المؤسّساتي.

هو ذلك الذي يعهد به أطرافه إلى مركز تحكيمي، فهو الذي يتمّ تحت إشراف مؤسسة أو منظمة دولية[1]، ومن المؤسّسات التّحكيميّة التي ذاع صيتها دولياً والتي يكثر اللّجوء إليها نذكر: غرفة التّجارة الدولية ICC مقرها في باريس ، ومحكمة لندن للتّحكيم الدّولي LCIA، والمركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID بواشنطن.[2]

وفي الدّول العربية توجد مؤسسات تحكيم كثيرة؛ منها: مركز القاهرة الإقليمي للتّحكيم التّجاري الدّولي، ومركز تحكيم دول مجلس التّعاون الخليجي مقرّه في البحرين ومركز تحكيم تونس وغيرها[3]. فهذه المؤسّسات هي التي تتولى إدارة عملية التّحكيم وتنظيمها منذ تقديم طلب التّحكيم من أحد الأطراف إلى غاية الوصول لإصدار الحكم الفاصل في النّزاع من خلال أجهزتها الإدارية، ولائحة تنظيمها واختيار محكّمين من ضمن لائحتها هذا وأصبح التّحكيم المؤسّساتي يشكّل النوع الأساسي والغالب للتّحكيم.

ثانيا: التّحكيم الحرّ.

على العكس من التّحكيم المؤسّساتي لا يخضع التّحكيم الحرّ لقواعد منظمة له فلا مؤسّسة، ولا إدارة للإشراف عليه، فهو ذلك الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أيّ مركز تحكيم، لاعتبار أنّ أساس التّحكيم الحر[4] يكمن في إرادة الأطراف التي تظهر في تعيين المحكّمين، وتحديد الإجراءات والقواعد واجبة التّطبيق على موضوع النّزاع ومكانه ولغته[5].

---

[1] يطلق عليه تسمية التحكيم النظامي في بعض المراجع الأخرى.

[2] جاك الحكيم، الحقوق التجارية، مطبوعات جامعة دمشق، سوريا، الجزء الأوّل، 1989، ص 44.

[3] يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي ،المرجع السابق، ص 288 .

[4] يطلق عليه تسمية التحكيم الخاص أو الطليق في بعض المراجع الأخرى.

[5] كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونية والإدارية بن عكنون ، الجزائر، 2001-2002 ، ص 2010 .

والتّحكيم الحرّ هو الصورة الأسبق للوجود، وغالبا ما يخضع لقواعد اليونسترال للتّحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتّحدة للتنظيم التجاري الدّولي.

هذا، وقد شاع التّحكيم المؤسّساتي عن التّحكيم الحرّ بسبب عدّة ميزات امتاز عنه بها، نذكر منها ما يلي:

1- التّحكيم المؤسّساتي هو الوسيلة الأنجع في إدارة عملية التّحكيم، وخاصة عندما يكون التّحكيم في منازعات ذات قيمة كبيرة، وصفقات متداخلة تشتمل على أكثر من نوع واحد، كأنْ تشمل صفقة أشغال على صفقة دراسات، فضلا عن صفقة توريد أيضا، ثمّ أنّ هذه المراكز والمؤسّسات تضمّ في قوائمها أشخاصا متخصّصين ولهم كفاءة عالية؛ كالمحاميين والخبراء. ولعلّ هذا التّخصص يجعل الفصل في منازعات الصفقات أكثر مصداقية، خاصّة وأنّ هذه المنازعات تتميّز بطابع خاص خلافا لبقية المنازعات، كون أحد أطرافها شخصا من الأشخاص المعنويّة العامّة.

2- إنّ لهذه المراكز التّحكيمية لوائح للتّحكيم تتضمّن إجراءات سير خصومة التّحكيم، بحيث تكون مضبوطة ومنظمة على أساس أنّ وضعها في بداية الأمر يكون من طرف خبراء مختصين في هذا المجال، كما أنّ هذه الإجراءات تكون معلومة للأطراف مسبقا، إذ يمكن لهم حتى قبل نشوء النّزاع وعند الاتّفاق على اللّجوء إلى التحكيم دراسة هذه الإجراءات.

وقد أصبح لهذه المراكز دور في نشر ثقافة التّحكيم وتوسيع فهم لوائحها عن طريق المؤتمرات أو الندوات، وإصدار دوريات وإقامة دورات تكوينية للعاملين في هذا المجال من محامين، ورجال قانون، ومهندسين، ومستشارين.

3- إنّ مراكز التّحكيم المؤسّساتي توفر للمحتكمين خدمات مميّزة لا تتوفر في التّحكيم الحرّ، من ذلك وجود إدارة لتسيير الملف وحفظه، وطباعة وترجمة أيّة وثيقة وتوفير أيّ قانون يطلبه الأطراف أو هيئة التّحكيم من سكرتارية المركز.

4- إضافة إلى أنّ الأحكام الصادرة عن هذه المراكز تنشر في كثير من الأحيان ملخصات عنها في دوريات أو على مواقع الانترنيت، وهو ما يمكّن الغير من الاطّلاع س عليها ومنه أخذ فكرة على المبادئ التي قرّرتها مع معرفة السوابق التّحكيمية التي يتبين من خلالها مدى نزاهة أو تخصّص المحكّمين[1].

ورغم كلّ هذه المميزات التي تجعل من هذه المراكز الوجهة المفضلة لبعض المتخاصمين في عرض نزاعاتهم عليها، إلا أنّ ثمّة سلبيات تجعل البعض الآخر يفضّلون اللّجوء إلى التّحكيم الحرّ بدلا عن التّحكيم المؤسّساتي وتتمثّل في:

1- أنّ التّحكيم في هذه المراكز يتطلب مبالغ مالية باهظة نظير إدارتها لعملية التّحكيم، خلافا للتّحكيم الحرّ الذي يقتصر فيه الطرفان على الاتّفاق على تعيين محكّم واحد ومكان إجراء التحكيم، ومن ثمّ فإنّ أتعاب المحكّم تكون أقلّ بكثير من أتعاب المحكّمين في مراكز التّحكيم.

2- أيضا ما يؤخذ على ذلك أنّ التّحكيم في هذه المراكز يستغرق مدّة طويلة نظرا للبطء في الفصل بالنزاعات نتيجة كثرة الملفات المعروضة، وهذا ما لا يرغب فيه الأطراف على خلاف التّحكيم الحرّ الذي يفصل فيه المحكّم سواء كان فردا أو هيئة في المدة المتّفق عليها ودون تعقيدات. إضافة إلى أنّ التّحكيم الحرّ يتّسم بالمرونة فيما يخص إجراءاته؛ بحيث يمكن للأطراف الاستغناء عن أي إجراء في أيّ مرحلة كانت عليها الخصومة، وهذا ما لا يجدونه في التّحكيم المؤسّساتي الذي لا يتّسم بالمرونة في إجراءاته بحيث لا يمكن للأطراف اللّجوء إلى تعديلها.

3- أنّ أغلب مراكز التّحكيم المسيطرة على القضايا التّحكيمية في العالم متواجدة في الدول الرأسمالية " لندن، نيويورك، باريس" وممّا لا شك فيه أنّ إنشاءها ووضع لوائحها من شأنه أنْ يخدم مصالح هذه الدّول.

[1] جورج حزبون، النظام القانوني للتّحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت السنة 2009، ص 179.

4- أنّ في التّحكيم المؤسّساتي يفرض على المحتكمين اختيار أو تعيين محكّمين من ضمن القوائم المعتمدة لديها، بخلاف التّحكيم الحرّ الذي يقوم فيه الأطراف باختيار محكّميهم ووضع ما يرونه مناسبا من قواعد وإجراءات وقوانين واجبة التّطبيق[1].

البند الرابع: من حيث اللّجوء إليه.

إرادة الأطراف في التّحكيم هي الأصل، وهذا ما يضفي عليه الطابع الاختياري[2].

ولكن قد يكون التّحكيم أحياناً إجبارياً نظراً لطبيعة المنازعة، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أوّلا: التّحكيم الاختياري.

الأصل أنْ يكون التّحكيم اختيارياً، فأطراف النّزاع يملكون الحرية في اللّجوء إلى التّحكيم أو أي طريق آخر من طرق فضّ المنازعات كالقضاء مثلاً ، وقد أخذت بهذا النّوع من التّحكيم غالبية الدّول، فيجوز أن يكون اتّفاق التّحكيم سابقاً على قيام النّزاع سواء كان مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد خاص. كما يجوز أن يتمّ اتّفاق التّحكيم بعد قيام النّزاع حتى ولو بعد رفع الدّعوى أمام جهة قضائية، ومن ثمّ فإنّ التّحكيم الاختياري يستمد وجوده من اتّفاق الأطراف المتنازعة[3] وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري فاللّفظ المستعمل منه ينصرف إلى ذلك، وهو الواضح من نصّ المادّة 1007 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ويتّسم التّحكيم الاختياري بسمات تجعله ينفرد عن نظيره الاجباري، نذكر منها:

1-أنّ أساسه إرادة الخصوم واختيارهم، فهم وحدهم الذين يجوز لهم الإتّفاق على التّحكيم في نزاع معين، أوفي جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين[4].

---

[1] محمّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص41.

[2] فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام الدولي العام، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 56 .

[3] محمود السيد عمر التحيوي، التجأ الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق،ص305.

[4] أحمد أبو الوفا، التّحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص32.

2-لم يحدّد نوع المنازعات التي يجوز فيها للأفراد اللّجوء إلى التّحكيم، وإنّما يشترط للّجوء إليه ألّا يكون موضوعها متعلّقا بالنّظام العام ولا يمسّ حالة الأشخاص وأهليتهم[1].

3-يصدر المحكِّم حكمه دون التقيّد بإجراءات المرافعات عدا القواعد الأساسية في التّقاضي ، ويكون حكمه في الموضوع بمقتضى قواعد القانون، إلا إذا كان مفوضا بالصلح، فهنا لا يتقيّد بهذه القواعد إلا ما يتعلق منها بالنّظام العام[2].

ثانيا: التّحكيم الإجباري.

يقوم التّحكيم الإجباري على أساس قيام المشرِّع في بعض المنازعات بإجبار طرفَي النِّزاع باللّجوء إلى التّحكيم، فيصبح التّحكيم طريقاً إجباريا بديلاً عن القضاء، فبعض الدول شكّلت محاكم تحكيم خاصة لفضّ النزاعات؛ كمصر مثلاً منذ سنة 1966،حيث أنشأَت هيئات تحكيم الزامية لحلّ نزاعات الهيئات العامّة والمؤسسات وشركات القطاع العام[3].

ويتّخذ اتّفاق التّحكيم الإجباري إحدى الصورتين ،فقد يقوم المشرِّع أحيانا بتحديد حالات معيّنة يمنع فيها اللّجوء إلى قضاء الدّولة بصفة مطلقة، فلا يكون أمام الأطراف إلا اللّجوء إلى التّحكيم. وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تخالف إعلانات الحقوق والدساتير التي تنصّ على حقّ كلّ شخص في اللّجوء إلى القضاء.[4]

---

[1] محمّد حسن جاسم المعماري، التّحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 38.

[2] بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ،المرجع السابق، ص 25.

[3] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون،إ،ج،م،إ، والقوانين المقارنة، دار هومة الجزائر، ط2، 2014 ص 26 .

[4] تنص المادة 151 من دستور 1996 المعدل والمتمم على " الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية" .

وأحيانا أخرى يشترط فيها المشرِّع لقبول الدعوى أمام القضاء ضرورة طرحها في البداية أمام هيئة التّحكيم، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدّعوى لتخلّف شرط من شروط قبولها. وعدم القبول هنا يكون لسبق الأوان[1].

يرى البعض أنّ التّحكيم الإجباري ليس تحكيما بالمعنى الفني الدقيق، لتخلّف عنصر في التّحكيم وهو إرادة أطراف النّزاع، ومن ثمّ فالتّحكيم الإجباري ليس له من التّحكيم غير الاسم، فهو شكل من أشكال القضاء العام. وذهب اتّجاه آخر إلى أنّ التّحكيم يدخل في نطاق التّحكيم بمعناه الفني ودون أي تحفظ، [2] ونرى أنّ سبب الخلاف يعود إلى الاختلاف في تكييف الطبيعة القانونية للتّحكيم.

وذهب البعض في تصنيف التّحكيم الإجباري إلى نوعين أساسين أخذاً بعين الاعتبار القدر الذي تركه المشرِّع لإرادة الأطراف في هذا الأخير، فالنّسبة للنّوع الأوّل والذي يكتفي فيه المشرع بفرض التّحكيم ويترك للأطراف المتنازعة حرية اختيار المحكِّم وتعيين إجراءات التّحكيم، فهذا النوع يدخل ضمن المفهوم الفني للتّحكيم، أمّا النوع الثّاني فلا يكتفي فيه المشرِّع بهذا القدر من التدخل، بل يضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التّحكيم فلا يكون لإرادة الأطراف المتنازعة أي دور في التّحكيم، وهذا النّوع يخرج من المفهوم الفني للتّحكيم[3].

البند الخامس: من حيث نطاقه.

قد يكون نطاق ومجال التّحكيم في الصفقة العموميّة في كلّ الصفقة، وقد يقتصر على جزئية معيّنة وفقاً لما يلي:

---

[1] أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2008، ،ص 50.

[2] إبراهيم نادر محمد ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي مصر،ط1 2008 ،ص 45 .

[3] إبراهيم نادر محمّد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ،المرجع السابق، ص 46 .

أولا: التّحكيم الجزئي.

يكون التّحكيم جزئيًّا إذا اتّفق أطراف النّزاع على أنْ يشمل التّحكيم بعض أجزاء المنازعة كالجزء القانوني أو الفني.[1]

ثانيا: التّحكيم الكليّ.

يكون التّحكيم كلياً إذا اتّفق الخصوم على أن يكون شاملاً لجميع المنازعة المتعلِّقة بتنفيذ الصفقة مهما كانت طبيعتها، سواءً في الجانب القانوني أو الاقتصادي أو الفني[2].

البند السادس: التّحكيم الإلكتروني.

إنّ كلّ أنواع التّحكيم المشار إليها أعلاه يمكن تصوّرها في التّحكيم التّقليدي المبني على الكتابة والورق، إلّا أنّ العولمة أنتجت آثارا جديدة انعكست على تطوّر المعاملات ككل، ومنها ظهور التّجارة الإلكترونيّة التي تعتبر مجالاً خصبا للتّحكيم الإلكتروني الذي لا يختلف عن التحكيم التّقليدي إلّا من خلال الوسيلة التي تتمّ بها إجراءات التّحكيم فلا وجود للورق والكتابة التّقليدية أو الحضور المادي للمحتكمين، وحتى الأحكام يحصل عليها الأطراف بالطريق الإلكتروني، كما أنّ توقيعها كذلك.[3]

ويتميّز التحكيم الإلكتروني عن التّحكيم التّقليدي بسرعة الفصل في النّزاع، والسبب يرجع إلى استعمال التقنيّة التي تعفي الأطراف من الحضور والتنقّل، إذ يمكن سماعهم عبر الوسائط الإلكترونية، ولهم أن يتبادلوا مستنداتهم وأدلّتهم إلكترونيّا، هذا فضلاً على ميزات إضافيّة منها السريّة التي تضمنها الإنترنيت.[4]

---

[1] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق ، ص 32.

[2] محمّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 37.

[3] هشام بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1 2012، ص 88.

[4] الأنترنيت هي كلمة إنجليزية مركّبة من كلمتين: Inter يقصد بها الاتّصال، أمّا Net فتعني الشبكة، والمحصّلة هي: "الشبكة المتصلة".

ولعلّ هذه الميزات هي من عجلت بظهور التّحكيم الإلكتروني أو التّحكيم الرّقمي أو التّحكيم عن بعد Arbitration on line[1].

مما سبق يمكن تعريف التّحكيم الإلكتروني بأنّه طريق استثنائي لفضّ منازعات الصفقات العموميّة أو عقود التجارة الإلكترونيّة قوامه الخروج عن طرق التقاضي التّقليديّة، مستندا بذلك على إرادة الخصوم بطرح النّزاع على شخص أو هيئة مُعَيَّنَين للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، على أن تجري مراحله بشكل كامل عبر وسائل الاتّصال الرّقميّة.[2]

هذه الوسائل هي نفسها التي أصبحت معتمدة في إبرام العقود، إذ أنّ أغلب اتّفاقات التّحكيم أصبحت تنطوي على إتّباع طريق التّحكيم الإلكتروني في حالة النّزاع، وبرواج فكرة التّحكيم عن بعد ظهرت عدّة مراكز تحكيم منها مركز التّحكيم التّجاري لدول مجلس التعاون الخليجي المنشأ سنة 1995 بالمنامة العاصمة البحرينيّة، ومركز الاتّحاد العربي للتّحكيم الإلكتروني الذي تأسّس بالقاهرة سنة 2007، ومركز مكّة الدّولي للتّوفيق والتّحكيم الإلكتروني الذي افتتح سنة 2009[3].

وفي أمريكا ظهر برنامج القاضي الافتراضي سنة 1996، إذ يقوم القاضي المختص بالتحاور مع أطراف النّزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النّظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال 72 ساعة، هذا وقد ظهرت المحكمة

[1] سيف الدّين إلياس حمدتو، التّحكيم الإلكتروني، مجلّة العلوم القانونيّة، المرجع السابق، ص 52.

[2] جعفر ذيب المعاني، التّحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، ط 01، 2014، ص 38.

[3] محمّد إبراهيم أبو الهيجاء، التّحكيم بواسطة الإنترنيت، الدار العلميّة الدوليّة للنشر والتّوزيع، عمان الأردن، ط 01 2002، ص40.

القضائيّة سنة 1996 بمونتريال الكندية. ووفقا لنظام هذه المحكمة تتمّ كافة الإجراءات إلكترونيّا على موقع المحكمة الإلكتروني[1].

الفرع الثّاني: تميّز التّحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له.

لم يعد التّحكيم الوسيلة الوحيدة البديلة لحلّ منازعات الصفقات العموميّة خاصة مع التطوّر الهائل للعقود التجارية الدّولية وتزايد العقود والمبادلات، إذ برزت وسائل أخرى بديلة لحلّ النزاعات، تقدم حلولاً ترضي المتعاقدين في أغلب الأحيان لحلّ خلافاتهم.

وقد عرفت هذه الوسائل البديلة عند الفقهاء تعريفات متقاربة؛ إذ اعتبروها" مجموعة من الإجراءات التي تشكّل بديلاً عن المحاكم في حسم النّزاعات، غالباً ما تستوجب تدخّل شخص ثالث حيادي"[2]

وأيّاً كانت هذه التسميات، فإنّ جوهر هذه الوسائل البديلة يبقى متّحداً مع التّحكيم في الغالب. وهو الحلّ الودّي للنّزاع بعيداً عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشّكليات المعقدة، وذلك يكون إمّا بالتوسّط، أو التوفيق، أو التفاوض، أو الصلح.

فالتّحكيم قد يتشابه مع هذه الأنظمة في بعض العناصر، و قد يختلف في البعض الآخر، فيجتمعان في النشأة الاتّفاقية[3]، وكذلك السعي لحلّ النّزاع المعروف ودياً ولكن التّحكيم يتميّز عن غيره من الوسائل الأخرى في عدة مواقع؛ حيث أنّ ما يصدر عن الأنظمة الأخرى من آراء يصاغ في محاضر لا تسمى أحكاما يمكن للأطراف قبولها أو رفضها، بينما ينتهي التّحكيم إلى أحكام ملزمة حائزة لحجية الشيء المقضي فيه وقابلة للتنفيذ، وهو ما يدفعنا إلى محاولةً التمييز بين التّحكيم والأنظمة المشابهة، وفقاً لما يلي:

[1] نبيل زيد مقابلة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونيّة في القانون الدّولي الخاص، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، القاهرة، مصر، 2007، ص 55.

[2] إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحلّ المنازعات، المرجع السابق ، ص 49 .

[3] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون ،إ، ج، م، إ، والقوانين المقارنة ،المرجع السابق ، ص42.

البند الأول: التّحكيم والصلح.

عرّفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري عقد الصلح بأنّه" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يَتَوَقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأنْ يتنازل كلّ منهما على وجه التبادل عن حقّه، باستثناء ما تعلَّق بالحالة الشّخصية أو بالنظام العام"[1].

يتّضح بأنّ الصلح نظام أقرّه التّشريع الجزائري منذ القديم لقوانين الموضوع وتزايد العمل به حينما سنّه المشرِّع كذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد 991-992-993 إلا أنّه يلتقي بالتّحكيم في مسائل، ويختلفان في أخرى كما يلي[2]:

أولا: أوجه التّشابه بين التّحكيم والصّلح.

- يلتقي التّحكيم والصلح في أنّ أساس كليهما هو تسوية المنازعة بعيداً عن القضاء.
- يصنّف التّحكيم والصّلح ضمن الطرق البديلة لحلّ المنازعات الإدارية.
- يتّفق التّحكيم والصلح في مسألة الرّسمية، فيجب أنْ يكونا مكتوبين.
- يقوم كلاهما على تطابق إرادة الأطراف.
- يتطابق التّحكيم والصّلح في النطاق الموضوعي، فلا يجوزان في المسائل التي تمسّ بالنّظام العام، وكذا المتعلقة بالحالة المدنية والشّخصية للإفراد.

[1] المادة 461 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 ج،ر،ج،ج عدد 78 الصادرة بتاريخ 30-09-1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في13-05-2007 ج،ر،ج،ج عدد 31 لسنة 2007 .

[2] لتفصيل أكثر حول الصلح كطريق بديل لحل النزاعات يراجع ، حليمة جبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام ق، إ، ج، م، إ، الجزائري الجديد ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدارسيين حول الطرق البديلية لحل النزاعات ، الصلح والوساطة والتحكيم ، الجزائر يومي : 15-16 جوان 2008، ج2، 2009 ص 547. وكذلك ، كراطار بن حواء مختارية، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، نفس المرجع، ص 623 .

- يجوز الدّفع فيهما بحجيّة الشّيء المقضي فيه إذا ثار نزاع أمام القضاء فيما بعد، فكلاهما ينهي النّزاع.[1]

ثانيا: أوجه الاختلاف بين التّحكيم والصّلح.

يختلف التّحكيم عن الصّلح من حيث المحل، فمحلّ عقد التّحكيم هو الالتزام بعدم طرح النّزاع المذكور في عقد التّحكيم، أو بند التّحكيم على القضاء، ويترك أمر الفصل فيه للمحكِّم المختار من طرفهما.

في حين فإنّ محلّ العقد في الصّلح هو تنازل الخصمين عن بعضٍ ممّا يدّعيان به مقابل الإبقاء على البعض الآخر وذلك باتّفاق إرادتيهما.

ثمّ أنّ الصّلح يقوم على تقديم تنازلات متقابلة، في حين أنّ التّحكيم هو وسيلة لحلّ النّزاع بحكم قطعي ملزم قد يكون بإعطاء الحقّ لأحد الخصوم دون الآخر[2].

البند الثاني: التّحكيم والقضاء.

على الرغم من أنّ التّحكيم والقضاء يمثّلان نظامين قانونيين لتسوية المنازعات بصفة عامة، إلا أنّ اختلاف طبيعتهما أوجد اختلافاً بينهما من حيث الأساس، ومن حيث نطاق الاختصاص والأثر، إضافة إلى مدى قابلية الحكم الصادر عن كليهما للتنفيذ وذلك ما سنبيّنه فيما يلي:

أوّلا: الاختلاف من حيث الأساس.

القاضي بإمكانه التّحكيم بين الأطراف، لكن رغما عن إرادتهما، فهو مفروض عليهما ولكن المحكِّم يقترح باتّفاق إرادة الطرفين ويقبلان به[3].

---

[1] لقد عرفت المادة 338 ق.م.ج، مسألة سبق الفصل وأوضحت شروط تطبيقها ، فيما بينت المادة 196 ق.إ.ج.م.إ كيفية الدفع بها إجرائيا .

[2] شادية إبراهيم مصطفى المحروقي وأحمد محروس علي باجي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ط1، 2012، ص 58 .

[3] كروم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي ،القاهرة ، مصر، 2010، ص 27.

كما أنّه يحقّ لأطراف التّحكيم عزل المحكِّم قبل النّطق بالحكم، في حين ليس للأطراف عزل القاضي وتحت أيّ ظرف.

ثانيا: الاختلاف من حيث الاختصاص.

يقتصر نطاق المنازعات الجائز التّحكيم فيها على تلك المتعلِّقة بحقوق مالية على اعتبار أنّه من الجائز الصّلح فيها، أو التّنازل عنها، في حين أنّ نطاق اختصاص القضاء هو كلّ المنازعات.

ثالثا: الاختلاف من حيث حجيّة الأحكام وقابليتها للتّنفيذ.

حكم التّحكيم تكون له دائما حجية نسبية ولا ينفذ إلا بأمر من السلطة القضائية في حين أنّ أحكام القضاء لها حجية مطلقة، أمّا من حيث التنفيذ فإن الأحكام القضائية تنفيذ بمجرد صدورها وصيرورتها نهائية بالسند التنفيذي ما لم يؤمر بوقف تنفيذها[1].

البند الثالث: التّحكيم والتّوفيق:

من خلال التّسمية فالتّوفيق هو تدخل شخص أو جهة لتقريب وجهات نظر طرفين قام بينهما نزاع لإيجاد حلّ يرضي إرادتهما معا، رغم هذا التشابه البسيط إلا أنّ التّحكيم يختلف عن التّوفيق في مواضع متعدّدة منها:

- الرضى باتّفاق التّحكيم ينجرّ عنه مع عرض النّزاع موضوع التّحكيم على القضاء الوطني، وعلى العكس من ذلك تماما فالرضى بالتوقيف في نزاع ما لا يمنع أحدهما من اللّجوء إلى القضاء.
- الموفّق يكون مجرد فاعل خير في حين المحكِّم يعتبر قاضيا يقضي في النِّزاع بحكم يفرض على الأطراف.
- ما ينتهي إليه المحكِّم من حكم يحوز حجيّة الشّيء المقضي فيه، فهو عمل قضائيّ في حين ما ينتهي إليه الموفّق لا يحوز على هذه الحجيّة[2].

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيما ، المرجع السابق، ص 341.

[2] محمد الحبيب، القضاء والتحكيم ، أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية، المرجع السابق، ص 52.

البند الرابع: التّحكيم والوساطة.

ظهرت الآثار الأولى للوساطة في الحضارة اليونانيّة، وكانت تقوم على فكرة بيان ما هو أصلح للفرد، وتوخي العقلانيّة في العلاقات الإنسانيّة. وكنظام حديث ظهرت في أوربا بمبادرة من القضاء الفرنسي في السبعينات، وبالخصوص في القضايا العمالية وكرّست فيما بعد كحلّ بديل عن القضاء[1].الوساطة لغةً مشتقّة من فعل وسط، وهي عمل الوسيط المتدخّل بين المتنازعين، والوساطة بين القوم هي الدخول بينهم لإصلاح ذات البَيْن[2]. أمّا اصطلاحاً فهي آلية ترمي إلى الصّلح بين طرفَي النّزاع[3] وتستوجب تدخّل طرف ثالث هو الوسيط لتقريب وجهات النّظر، كما تعرّف بأنّها طريق جديد لفضّ النّزاعات تقتضى تعين طرف محايد لتقريب وجهات النظر، فالوساطة تختلف عن التّحكيم الذي يقوم به المحكِّم بناءً على اتّفاق مسبق بين الأطراف.

ومهما يكن من أمر، وعلى فرض تباين المصطلحات بين الوساطة والتّحكيم، فإنّ غاية وأهداف كليهما هو حلّ النّزاع.

البند الخامس: التّحكيم والخبرة.

الخبرة هي العلم ببواطن الأمور، أمّا التّحكيم فهو نظام قضائي له إجراءاته وأهدافه وآثاره، يقوم فيه المحكِّم بإصدار حكم لحسم النِّزاع وللوصول إلى حكم مرضي للجميع قد يتفق أطراف التّحكيم على الاستعانة بخبير لتوضيح الأمور، خاصّة إن كان الأمر يتعلّق بمسائل فنيّة.

---

[1] لتفصيل أكثر عن الوساطة: ديب عبد السلام، الوساطة في قانون إ، ج، م، إ، الجزائري الجديد ،مجلة المحكمة العليا المرجع السابق، ص 547 .

[2]تراري تاني مصطفى، الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون إ، ج، م، إ، الجزائري الجديد ، مجلة المحكمة العليا، المرجع نفسه، ص 555 .

[3]فنيش كمال، الوساطة ، مجلة المحكمة العليا ، المرجع نفسه، ص 567.

من هذا المنطلق وجب التّمييز بين النّظامين لتداخلهما[1]، فالمشرِّع الجزائري عرّف الخبرة في المادة 125 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]بأنّها شهادة فنيّة في بعض المعارف والتخصّصات التي لا يلمّ القاضي بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي[3]، كما عرّفت أيضاً بأنّها تدبير إجرائي يلجأ إليها في كل أمر يستلزم فكّ وقائع فنيّة مركبة.[4]

من خلال هذه التعاريف فإنّ التّحكيم يشترك مع الخبرة فيما يلي:

- لا يلجأ إليهما إلا في مسائل تكون محل نزاع أو خلاف.
- كلاهما يقوم على مبدأ الحياد والنّزاهة في أداء المهام.
- يخضع كلّ منهما لمبدأ الاستقلالية.

هذا ويختلف التّحكيم عن الخبرة من خلال الأوجه الآتية:

- دور المحكِّم دور سلبي، فهو يكتفي بما قدّمه له الخصوم من دلائل ومستندات في حين دور الخبير إيجابي، وعليه المبادرة للحصول على المعلومات اللازمة لإعداد تقريره، ولكن في ظلّ المهام المأمور بها[5].
- من حيث المهام مهمّة الخبير تكمن في إبداء الرّأي في مسألة يحدّدها له القاضي في حين أنّ مهمّة المحكّم هي حسم النّزاع.
- في المهام دائما مهمّة الخبير هي فحص الوقائع الماديّة والفنيّة، أمّا المحكّم فمهمّته فحص الادّعاءات القانونية والفصل فيها طبقاً للقواعد الإجرائية.

---

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص 45 .

[2] يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون ، إ ج، م، إ، الجديد دار هومة الجزائر، ط 2009، ص 73 .

[3] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2008 ص 40 .

[4] محمد واصل حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، دراسة مقارنة، مسقط، عمان، ط 2004، ص 22.

[5] خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدّعوى القضائية، المرجع السابق، ص30.

- المحكّم لا يؤدي اليمين، وتعينُه مستمدٌّ من ثقة المتنازعين، أمّا الخبير فيؤدّي اليمين أمام القضاء وفقاً للنّصوص الجاري بها العمل.[1]
- قرار الخبير غير قابل للطّعن فيه مباشرة، بعكس قرار المحكمِّ الذي يجوز الطّعن فيه.[2]

البند السادس: التّحكيم والوسائل الدبلوماسية.

التّحكيم الدّولي يعدّ وسيلة دبلوماسية لفضّ المنازعات بين الدّول، ولكنّه يختلف عن باقي الوسائل الدبلوماسية المتمثلة في: المفاوضات، التّحقيق، الوساطة ، المساعي الحميدة والتوفيق، فالقاعدة الأساسية في العلاقات الدّولية وهو لجوء الدول إلى الطرق السلمية لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها، وهو ما نصّت عليه الفقرة الثالثة من ميثاق الأمم المتّحدة، والتي ألحت على فضّ" جميع أعضاء المنظمة منازعاتهم الدّولية بالوسائل السلمية حفاظاً على السّلم والأمن الدوليين"، كما نصّت المادة 33 من الميثاق على الوسائل السلميّة والمتمثّلة في المفاوضات، والتحقيق، والوساطة، والمساعي الحميدة والتوفيق.[3]

[1] النداوي آدم وهيب ، المرافعات المدنية ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، جامع الموصل، بغداد، ط 1988 ص 276 .

[2] مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديلات ق ،إ،ج، م، إ ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ص 68 .

[3] خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري والدولي، دار الشرق ، القاهرة ، مصر، ط1، 2002، ص 124.

الفصل الثانـي

التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة طريق جديد ذو طبيعة غامضة.

الأكيد أن ارتفاع حجم الاستثمارات ونجاح تنفيذ الصفقات العمومية مرتبط بمدى الحماية الممنوحة للمستثمرين و المشترين العمومين وعليه كان لازما على الدولة البحث ضمانات محايدة بديلة عن قضائها الذي لم يعد المتعاملون خاصة الأجانب يثقون فيه.

فالظروف المحيطة بالوسائل الداخلية للتقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار والباحثة عن حسن إنجاز وتسير مرافقها أدت إلى اقتناع عدد كبير من المتعاملين الخواص والأجانب على حد سواء بمدى نجاعة التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية لكونه الطريقة التي يبحث عنها المتعاملون الاقتصاديون والمستثمرون الأجانب كقضاء بديل عن القضاء الوطني لذا أصبحوا يطالبون بإدراج شرط التحكيم في كل الصفقات العمومية الوطنية أم الدولية.

في المقابل فقد عمدت أغلب الدول على اعتماد التحكيم في هذا المجال لجذب الاستثمارات الأجنبية من جهة ولضمان نجاعة الطلبات العمومية وحسن تنفيذها من جهة ثانية .

وقد ساير المشرع الجزائري هذا التوجه كباقي النظم وذلك بإدراج نظام التّحكيم في منازعات الصفقات بدأ المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل للأمر رقم 66 -154 المؤرخ في 08-06-196 المتضمن الإجراءات المدنية كما أكد عليه صراحة بموجب القانون 08-09 في المواد من 975 إلى 1061.

لأجل إتمام نظام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ندرس في الأوّل مدى تلاؤم وسيلة التّحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العموميّة وذلك بالبحث في نطاق التّحكيم في هذا المجال وكذا دراسة شكل ومضمون وطور الاتفاق على التّحكيم و إسقاطه على الصفقات العمومية، على أن نخوض في الأحكام الإجرائية لنظام التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية في البحث الثاني وذلك بدراسة هيئة التّحكيم والإجراءات التي تباشر أمامها وكذا التعرض إلى مفهوم الحكم التحكيمي وكيفية إصداره وماهي أنواعه وطرق تنفيذه كل ذلك وفقا لما يلي.

المبحث الأوّل: وسيلة التّحكيم ومدى ملاءمتها كآلية لتسوية منازعات الصفقات العموميّة.

لقد أثبت الواقع العملي في مجال الصفقات العموميّة، وجود عدّة منازعات سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ أو حتى فيما بعد التنفيذ، وذلك نتيجة لتضارب المصالح بين مصلحة متعاقدة تسعى للحفاظ على المال العام، وبين متعامل متعاقد يهدف لتحقيق مصلحة خاصة، ولمّا كان القضاء الإداري هو السّبيل لفضّ هذه المنازعات المتميّز بإجراءاته الطويلة والشّكلية ، فكان لازما البحث على آليات قانونيّة أنجع، وجديدة تقوم مقام القضاء طالما أنّ الصفقة العموميّة هي شريعة الموفق العام وجدت لتنفذ لا لتفسخ أو تعطل.[1]

لأجل هذا كرّس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عدّة آليات للتسوية الوديّة للمنازعات الإدارية بشكل عام والمتمثلة في الصلح والوساطة والتّحكيم. وأفرد القسم الحادي عشر منه إلى هذه التسوية، هذا القسم جاء في الفصل الرّابع المتعلّق بتنفيذ الصفقات العموميّة بالذات[2]

إنّ استقراء هذا الفصل يجعلنا نستبعد الصلح والوساطة لأنّهما يفعلان بعد اللّجوء إلى القضاء الإداري[3]. ويبقى في هذه الحالة التّحكيم هو المقصود الذي توخاه قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل كلّ ذلك بات واجبا علينا البحث في نطاق التّحكيم في مجال منازعات الصفقات العموميّة والنظر في مسألة جواز التّحكيم من عدمه في

[1] غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظلّ المرسوم الرّئاسي 15-247. مجلة معالم للدراسات القانونيّة والسيّاسيّة، العدد الرابع جوان 2018. المركز الجامعي تندوف، الجزائر ص 99.

[2] نصّت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العموميّة على: " يجب أن تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.."

[3] هذا هو الواضح من المواد 990 حتى 1005 من، ق، إ، م ، والإدارية الجزائري.

هكذا منازعات في المطلب الأوّل، على أن نستعرض اتّفاق التّحكيم وكيفية إدراجه كشرط أو مشارطة في الصفقة العمومية، كلّ ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأوّل: نطاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

لقد تبنّت الجزائر غداة الاستقلال موقفا سياسيّا وإيديولوجيا معارضا للتّحكيم بشكل عام، متأثرة في ذلك بجملة من العوامل التاريخية جاعلة الأولويّة للقانون والقضاء الوطنيين، على حساب قضاء التّحكيم. ويتجلى ذلك في المبدأ العام الذي أرسته المادّة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966[1] والذي حظر على الأشخاص المعنوية العامّة اللّجوء إلى التّحكيم.

غير أنّ هذا الموقف بدأ ينفرج تدريجيا بسبب تطوّر الأحداث السياسيّة والاقتصادية والاجتماعية بالدّاخل والمعطيات الدّولية الجديدة بالخارج، ولتحديد مشروعية التّحكيم وتبيان موقف المشرِّع الجزائري من التّحكيم في الصفقات العموميّة سنحاول مقارنته بالتّشريع الفرنسي ومدى تأثّر التّشريع الجزائريّ بذلك.

كلّ هذا في فرعين؛ نخصّص الأوّل لعدم الجوازية، والثّاني لتطوّر فكرة الجوازية.

الفرع الأوّل: عدم جواز اللّجوء للتّحكيم في الصفقات العموميّة .

قبل سنّ الجزائر للقوانين الإجرائية وإلى غاية سنة 1966 تاريخ صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري الذي نصّ على التّحكيم الاختياري كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو المطبق، وكان وقتها يحضر لجوء الدّولة بمفهومها العام للتّحكيم في العقود الإدارية بصفة عامّة، إلا أنّ قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، تضمن المادة 442 التي نصّت صراحة في فقرتها الثالثة على أنّه: "لا يجوز للدّولة والأشخاص

[1] الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر بالجريدة الرسمية ج،ج، رقم47 الصادرة بتاريخ 09-06- 1966.والذي دخل حيز التطبيق ابتداء من 15-06-1966 .المعدل والمتمم والملغي بالقانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25-04-2008 ،ج،ر،ج،ج عدد 24 الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التّحكيم"[1]، وعليه فهذه المادة قطعت الشكّ باليقين عن عدم إمكانية لجوء الدولة والأشخاص الاعتبارية العموميّة للتّحكيم لفضّ منازعاتها إذ أنّ المشرِّع الجزائري رفض صراحة تطبيق التّحكيم في المنازعات الإدارية وكذا منازعات العقود الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية متبنيا ذات القاعدة التي أقرّها المشرِّع الفرنسي بموجب المادتين 83[2] و1004[3]من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي القديم التي تقابلها المادة 2060 من القانون المدني الجديد، والتي تحظر التّحكيم في العقود الإدارية[4]باعتبار أنّ القضاء الإداري هو الجهة القضائية الطبيعية للبث في منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فمنح الاختصاص إلى أشخاص لا ينتمون إلى قضاة الإدارة هو اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري.

ورأى أنصار هذا الاتّجاه أنّ التّشريع الفرنسي خلا من أيِّ نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، وأنّ النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامّة تتلخّص في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتّحكيم لحلّ منازعاتهم، وتتمثل هذه النّصوص التشريعية في المواد 83-1004 من قانون الإجراءات المدنيّة الفرنسي القديم ، والمادّة 2060 من القانون المدني الجديد فالمادة 1004 تنصّ عل عدم جواز إبرام اتفاقيات التّحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة وحضورها في الدعوى، والمادة 83 تحدّد القضايا التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة، وهي المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة بمفهومها الواسع.

---

[1]نص المادة 422 ق، إ، م، الجزائري ألغي فيما بعد بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن ق إ، ج، م، إ ، ج،ر، عدد 27-2003 .

[2]حددت المادة 83 من، ق إ، ج، م، الفرنسي القديم الصادر بتاريخ 17-11-1824 القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة ، وهي التي تكون الدولة بمفهومها الواسع طرفاً فيها.

[3]نصّت المادة 1004 من، ق، إ، م، الفرنسي على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة وحضورها فيها.

[4] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ،دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 213.

ثـمّ حـدث تعـديل للقـانون الفرنســي فــي عــام 1972 ، وأصــبحت المــادة 1004 هي المادة 2060 والتي نصّت في فقرتها الأولى على أنّه "لا يمكن اللّجوء إلى التّحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق، والانفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلّقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام".

وفي تعليقه على النص الجديد يرى الأستاذ " Level " أنّ النّص الجديد ما هو إلا تكرار للنّص القديم، وأنّ المشرِّع الفرنسي لم يأت بجديد على الرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النّصين، بينما ذهب الأستاذ"Rivero" إلى عكس ذلك حيث يرى أنّ النّص الجديد أحدث تطوّرا ملموساً لأنّه أعطى للحظر أساساً أكثر عمقاً وحدّد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة[1] .

يتبيّن لنا ممّا سبق أنّ النّصوص التي تحظر الاتّفاق على التّحكيم في العقود الإدارية الدّولية هي نصوص القانون المدني، ومن المعروف أنّ روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأنّ القاضي الإداري غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص، فله أنْ يطرحها جانبا إذا كانت غير متلائمة مع طبيعة العقود الإدارية، هنا يمكننا البحث عن مدى التزام القاضي الإداري بالنّصوص المدنية التي تحظر اتّفاق التّحكيم في العقود الإداريّة الدوليّة.

يرى البعض أنّه على القاضي الإداري تطبيق نصوص القانون المدني والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامّة اللّجوء للتّحكيم في منازعاتها[2]، بينما ذهب الغالبية من الفقهاء إلى إعطاء قسمة ثانوية لنصوص القانون المدني في المجال الإداري، وأن المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة 2060 من القانون المدني

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدّولية وأحكام محاضر التّحكيم' دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص209 .

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدّولية وأحكام محاضر التّحكيم، دراسة مقارنة ،المرجع نفسه، ص210.

لم تنظم إلاّ مسألة إجرائية فقط، ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري[1].

أمّا القضاء العادي في فرنسا فقد طبق المبدأ التقليدي الأخذ بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التّحكيم إلاّ بناءً على نص صريح يسمح بذلك[2]، إلاّ أنّه فرّق بين التّحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فقد أقرّت محكمة الاستئناف بباريس الحضر المعتمد في قانون المرافعات وقصرته على التّحكيم الداخلي فقط دون الدولي وكان ذلك بقرارها الصادر بتاريخ 10-04-1957 [3].

أمّا مجلس الدولة الفرنسي فقد شدّد على رفض التّحكيم في العقود الإدارية، فالقاعدة عنده أنّ الدولة بصفة عامّة لا تستطيع اللّجوء إلى التّحكيم استنادا إلى المادة 2060 القانون المدني[4]. ونجد أنّ هذا الرأي ليس جديدا، فقد تبنّاه مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1824[5]، وفي جميع الأحوال نجد أنّ مجلس الدّولة رفض اللّجوء إلى التّحكيم ولم يستثنِ سوى حالة وجود نص خاص وصريح يسمح أو يفرض ذلك، وبالتالي وضع استثناء في مسألة محدودة بالذات، واستند هذا الرأي على مجموعة من الحجج يمكن اختصارها فيما يلي:

[1] محمّد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، 2015، ص297.

[2] جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللّجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق ص 169 .

[3] رنا محمد رامي، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص 62 .

[4] نجلاء حسن السيد، التحكيم في المنازعات الإدارية ، درا النهضة العربية، مصر، ط2، 2003-2004، ص 120.

[5] قرار مجلس الدولة الفرنسي ، الصادر سنة 1824 في قضية "Ouvrad" المتعلقة بعقد توريد تضمن شرط التحكيم فقد قضى المجلس فيها بعدم جواز لجوء الدولة بمناسبة هذه القضية إلى التحكيم واعتبره شرطاً مخالفاً للنظام العام نفس القرار تبناه مجلس الدولة سنة 1825، في قضية "Boyer" التي كانت تتعلق بعقد توريد.

البند الأول: الأسانيد الفقهيّة .

لقد أوجد الفقهاء ثلاث مبادئ أساسية دعما لأسانيدهم وهي:

أوّلا: مبدأ توزيع الاختصاص.

يرتكز أنصار هذا المبدأ على وجوب وجود قاضي إداري ينظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، ويطبّق قواعد القانون الإداري، وأن السّماح بالتّحكيم في هذا النوع من العقود يكون له أثر سالب لاختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات وهذا ما يعدّ مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية والذي يمنح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الإدارية وتمنح ذلك للمحكّمين وما يترتّب على ذلك من نتائج مشكوك فيها بالنسبة لقرارتهم.

وقد أيّد مجلس الدولة الفرنسي ذلك، حيث قضى بأنّ كلّ نزاع يتعلّق بشخص من أشخاص القانون العام يبقى خارج مجال التّحكيم، وذلك استناداً للمبادئ العامة للقانون العام[1].

ثانيا: مبدأ الحصانة القضائية للدولة.

يقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة والمساواة بين الدول، وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم مع دولة أجنبية أمام قضائها الوطني. لأنّ هذا يمسّ سيادة الدّولة، فكلّ دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على أن لا تخضع لغير سلطان القضاء فيها، وهكذا بإمكان أي دولة بما لها من سيادة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية، وقياسا على ذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى القول أنّ التّحكيم يتعارض مع الحصانة القضائية للدولة، وذلك لأنّ قضاء التّحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية، فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، كما أنّ المحكّمين المنوط بهم الفصل في النّزاع هم أشخاص مختلفة.

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو حمد، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدّولية وأحكام محاضر التّحكيم، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص213.

ثالثا: مبدأ سيادة الدولة.

ذهب جانب فقهي آخر إلى أنّ إجازة التّحكيم في العقود الإدارية يعتبر مساساً بسيادة الدّولة، ذلك لأنّ التّحكيم هو سلب الاختصاص للقضاء الوطني الذي يعدّ مظهراً من مظاهر سيادة الدّولة، وإذا كان التّحكيم مقبولا في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم البعض فإنّه غير مقبول في العقود الإدارية، سواء كانت وطنية أو دولية[1].

البند الثاني: الأسانيد التّشريعيّة.

وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جواز التّحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام وقد أورد استثناءً من هذه القاعدة، وهو حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك[2].

وقد أخذ المشرِّع الجزائري بهذا المبدأ في أوّل تنظيم للصفقات العمومية والذي صدر بموجب الأمر 67-90 ، وهذا ما يدلّ على تمسّك المشرِّع بموقفه المعارض للتّحكيم وضرورة إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، وكذا المؤسسات العمومية التّابعة للدّولة للقانون والقضاء الوطنيين استنادا إلى المادة 422-3 منه.

وبالرغم من التعديلات اللاّحقة لتنظيم الصفقات العموميّة إلا أنّ المشرِّع ظلّ على موقفه المعارض للجوء الأشخاص العامة للتّحكيم، بحيث أبقى الاختصاص للقضاء وحده ودون سواه.

وحتى مع صدور القانون التّوجيهي للمؤسسات العموميّة الاقتصادية لسنة 1988[3] والمتعلِّق باستقلاليّة المؤسسات العموميّة الاقتصاديّة والذي أدخل أحكاما جديدة

---

[1] جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، ط1، سنة 1997 ، ص 59 .

[2] وائل عز الدّين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدّولي، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة، سنة 2010، ص 174.

[3] القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بالجريدة الرسمية رقم 02 بتاريخ 13-01-1988 المعدل والمتمم.

على هذه المؤسسات كإخضاعها للقانون التّجاري وإعطائها الاستقلالية المالية والإدارية وكذا حق التقاضي، إلا أنّه ظلّ محظورا عليها اللّجوء إلى التّحكيم.

الفرع الثاني: جوازية اللّجوء إلى التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

على عكس الاتّجاه الأوّل يقرّ هذا الاتّجاه بإمكانية اللّجوء إلى التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية، معتبرا أنّه لا مانع من إدراج هذا الشرط في مثل هكذا عقود لاسيما وأنّ الاتفاقيات الدّولية تجيز ذلك، واستمد أنصار هذا الاتّجاه موقفهم من عديد الأحكام القضائية المؤيِّدة لهذه الإمكانية؛ على غرار الاستثناء الذي أورده مجلس الدولة الفرنسي إذ أتاح إمكانية اللّجوء للتّحكيم في حالة وجود نص صريح يبيح ذلك كما أنّ بعض القوانين في فرنسا سمحت لأشخاص القانون العام باللّجوء للتّحكيم، ومنها:

1. قانون 17 أفريل 1906: نصّ هذا القانون على جواز اللّجوء للتّحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ولكنّه وضع مجموعة من القيود، حيث اشترط أنْ يتعلّق النّزاع بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة، والتوريدات مع عدم إمكانية امتداد هذا القانون إلى أيّ عقد إداري آخر، وأن يكون اللّجوء إلى التّحكيم بعد نشوء النّزاع، وموافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية، أو الوزير المختص حسب الأحوال. وذلك فيما يتعلّق بعقود الأشغال العامّة والتوريدات الخاصة، أمّا إذا تعلّق الأمر بالمديريات، فيجب أن يناقش مجلس المديرية التّحكيم ويوافق عليه الوزير المختص[1].

ثمّ توالت بعد ذلك القوانين التي سمحت لأشخاص القانون العام باللّجوء إلى التحكيم، ففي سنة 1946 صدر قانون أجاز لأشخاص القانون العام اللّجوء للتّحكيم

[1]Pierre. D'elvolvé. L'arbitrage en droit public Français, in collection l'arbitrage en droit public, sous la direction de David Renders , pierre d'elvolvé et thierrytanquerelBruylant 2010, P1997

في حالة تأميم الدولة لشركات الغاز والكهرباء[1] ، حيث نصّ على السماح للمؤسسات العامة باللّجوء إلى التّحكيم في حالة النّزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية و ذلك استنادا الى المادة 09 منه، وفي 30 ديسمبر 1986 صدر قانون بشأن إجازة شرط التّحكيم في هيئة السكك الحديدية الوطنيّة الفرنسيّة[2].

2.قانون 19 أوت 1986:وهو القانون رقم 86-972 ،إذ صدر هذا القانون بعد رأي مجلس الدّولة في عدّة قضايا انتهى فيها إلى أنّه لا يجوز التّحكيم في العقود الإدارية الدّولية إلا إذا كان هناك نص في القانون الداخلي، أو معاهدة دولية انضمّت إليها فرنسا تسمح بذلك، وأمام انعدام هذا القانون، فشرط التّحكيم يعتبر باطلاً، وعلى إثر ذلك اضطرّت الحكومة الفرنسية لإصدار هذا القانون، والذي نصّت مادته التاسعة بالسماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية، والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية، اللّجوء للتّحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وأن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أنْ يكون العقد دولياً، ومنه لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود الإدارية الوطنية.

أمّا في الجزائر وعلى الرغم من سلسلة التعديلات التي عرفها قانون الصفقات العمومية إلا أنّه بقي العمل بنص المادة 442-3 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 التي تمنع الأشخاص المعنوية العامّة اللّجوء إلى التّحكيم إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 الصادر سنة 1993.[3]

---

[1]بنور أسماء، التحكيم في الصفقات العمومية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة وهران2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر،2018-2019 ص15.

[2]Hocine Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thés de doctorat en droit, université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, Algérie, juin 2012, P108 .

[3]المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993 المعدل والمتمم.

ولمعرفة نظرة و فلسفة المشرِّع الجزائري على الخصوص وموقفه نستعرض التطورات التاريخية للنصوص القانونية التي من خلالها يظهر رأي التشريع الجزائري في هذا الشأن.

البند الأول: جوازية التّحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية رقم 93-09.

إنّ المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمّم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 جاء بأحكام تتعلق بالتحكيم تعتبر بمثابة شهادة ميلاد لنظام التّحكيم في الجزائر والذي ألغى المادة 442-3 من قانون الإجراءات المدنية السابق، حيث نصّت المادّة الأولى منه في الفقرة الثانية على أنّه: "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التّحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

هذا النص هو نموذج مأخوذ من موقف المشرِّع الفرنسي الذي أخذ المعيار الاقتصادي في بيانه لدولية التّحكيم بنصّ المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل لسنة 1981 والتي نصّت على أنّ التّحكيم الدّولي هو التّحكيم الذي يخصّ مصالح التجارة الدولية."[1]

بالعودة إلى التّشريع الجزائري، فقد نصّت المادة 458 مكرر على أنّه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التّحكيم الذي يخصّ المنازعات المتعلّقة بمصالح التّجارة الدّولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

إنّ الميزة التي جاء بها هذا المرسوم التّشريعي هي فتحه المجال أمام الأشخاص المعنوية العامّة لإمكانية اللّجوء إلى التّحكيم عندما يتعلق النّزاع بعلاقة تجارية دولية أي بمفهوم المخالفة أنّ التّحكيم فيما يخص العلاقات التجارية غير الدولية، يبقى محظورا على الأشخاص المعنوية العامّة، وعلى ذلك فإنّ الصفقات التي لا يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا، لا يجوز فيها التّحكيم بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنص المادة

[1]:houleux Dominique.Foyer jacques pro delle Gérard de creouffre ; droit international privé. Paris 1981.p 488et 55

السابعة من قانون الإجراءات المدنية[1]، ولقد حدّد المشرِّع طبيعة المنازعات بمعيارين معيار قانوني، ومعيار اقتصادي.

فالمعيار القانوني للعقد الدّولي يقوم على العنصر الأجنبي، إذ يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة وهذا ما جعله أكثر ملاءمة وانتشارا في العقود التجارية الدوليّة من غيره. كما يقوم على القانون الواجب التطبيق على التّحكيم، سواء الإجراءات أو الموضوع، خاصة إذا كانت قواعد قانونية أعدّت خصيصا لحكم العلاقات الدولية[2].

أمّا المعيار الاقتصادي فإنّه لا يأخذ بعين الاعتبار لا مكان التّحكيم، ولا القانون واجب التّطبيق، وإنّما يرتكز على طبيعة المنازعة في حدّ ذاتها، فمتى تعلّق النّزاع بمصالح التجارة الدّولية كان دولياً، أمّا إذا لم يتعلّق النّزاع بمصالح التّجارة الدّولية فإنّه في هذه الحالة يكون داخليًّا. وعلى ذلك فإنّ النزاعات ذات الطابع الداخلي أو المحلي أيْ الصفقات التي لا يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا لا يجوز فيها التّحكيم، بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنصّ المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمّم.

ومنه، فإنّ اعتبار المنازعة المطروحة على التّحكيم من منازعات التّجارة الدّولية هو مؤشر قويّ وحاسم في تحديد دولية التّحكيم، ومنازعات التّجارة الدوليّة هي تلك المنازعات ذات الطابع القانوني والمتعلّقة بمعاملة تجارية تتمّ على الصّعيد الدّولي سواء بين الأشخاص الطبيعيّة أو المعنوية من جنسيات مختلفة، أوبين الأشخاص العامّة كالدولة، أو إحدى مؤسساتها العامّة أو هيئاتها من جهة، وبين أشخاص خاصّة أجنبيّة طبيعيّة كانت أو معنوية. ومن أمثلة هذه المنازعات نذكر المنازعات التي تتمّ بين الدّول وشركات البترول، أوبين الدّول وشركات خاصة بنقل التكنولوجيا ذات الطابع التجاري

[1] الأمر 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 الملغى المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل المتمم، جريدة رسمية عدد 47 لسنة 1966.

[2] عبد القادر نريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص 49.

وكذلك المنازعات المتعلّقة بعقود التوريدات البترولية والقروض الدولية ومقاولات بناء المصانع والموانئ في بلاد أخرى، وكذلك البيوع الدّولية للمنقولات الدّولية وما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتّصل بالنّشاط التّجاري[1].

نستنتج ممّا سبق أنّ قانون الإجراءات المدنية القديم 93-09 أجاز التّحكيم بالنسبة للأشخاص المعنويّة عندما يكون التّحكيم دوليًّا، ويكون كذلك عندما يتعلق بمصالح التّجارة الدّولية، وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيمًا أوله موطن خارج الجزائر على الأقل طبقا لما تنصّ عليه المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.

أمّا في حالة عدم توفّر هاتين الحالتين معا، فإنّه لا يعدّ تحكيمًا دوليًّا، وبالتالي يكون غير جائز للأشخاص المعنويّة العامّة اللّجوء إلى التّحكيم لفضّ نزاعاتها.

البند الثاني: جوازية التّحكيم في ظلّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09.

لقد فتح هذا القانون للأشخاص المعنويّة العامّة المجال من أجل اللّجوء إلى التّحكيم في منازعاتهم مع أشخاص آخرين طبيعيين أو معنويين، من جنسية جزائرية أو أجنبية مقيمين في الجزائر أو خارجها. وتظهر هذه الجوازية في عدة مجالات نذكر منها:

أوّلا: بالنسبة للمؤسّسات العموميّة ذات الطابع الاقتصادي والتّجاري.

إنّ ما يصدق على المؤسّسات العموميّة ذات الطابع الصناعي والتّجاري يصدق على المؤسّسات العموميّة ذات الطّابع الاقتصادي؛ إذ نصّ المشرّع صراحة على خضوع عقود هذه المؤسسات لقانون الصفقات العموميّة، لكنّه اشترط في كليهما أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليًّا أو جزئيًّا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وفقا لما جاء في المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم.[2]

---

[1] هاني محمّد كامل المنايلي، اتّفاق التّحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم المرجع السابق ،ص 178.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،ج،ر،ج،ج، عدد 58 الصادر بتاريخ 07-10-2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01-03-2011 ج،ر،ج،ج عدد 14 لسنة 2011 .

لكن وبرجوعنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العموميّة وتفويضات المرفق العام[1] نجده قد نصّ صراحة في المادة 09 منه على أنّه لا تخضع المؤسسات العموميّة الاقتصاديّة لأحكام إبرام الصفقات العموميّة المنصوص عليها في هذا الباب، ومع ذلك يتعيّن عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين، وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

بمعنى أنّ القانون الجديد أخرج المؤسسات العموميّة ذات الطابع الاقتصادي من خضوعها لقانون الصفقات خلافا لما جاء به قانون 10-236، وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة لاسيما المادّة 1006 منه نجدها قد نصّت في فقرتها الأولى على حكمٍ عامٍ وهو جوازية التّحكيم بالنسبة لجميع الأشخاص في الحقوق التي لهم مطلق التصرّف فيها، فإنّ هذه المؤسّسات وانطلاقا من هذا المبدأ يجوز لها التّحكيم في كل منازعاتها ذات الطابع المحلي أو الداخلي.

أمّا فيما يخص منازعاتها ذات الطابع الدّولي فإنّه لا يمكنها أن تلجأ إلى التّحكيم فيها إلا إذا اعتبرت هذه المنازعات ضمن إطار العلاقات الاقتصادية المشار إليها في المادة 1006 والمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على اعتبار أنّ هذه المؤسسات عامّة، أيْ أنّ الدولة هي المساهم الوحيد في رأس مالها، وكذلك بوصفها مؤسسات أشخاص معنوية عامّة[2]، أما المنازعات المتعلّقة بالصفقات العموميّة الواردة في نص المادة 06 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العموميّة وتفويضات المرفق العام وهي المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التّجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليّا أو جزئيّا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية

[1] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج،ر،ج،ج،عدد 50 الصادر بتاريخ 20-09- 2015 .

[2] غلاب عبد الحق، التسوية الوديّة لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظلّ المرسوم الرّئاسي 15- 247، المرجع السّابق، ص101.

من الدّولة أومن الجماعات الإقليمية، فإنّ نزاعاتها يمكن اللّجوء فيها للتّحكيم استنادا إلى نصّ المادّة 1006 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة[1].

وبرجوعنا إلى المادة الثانية من المرسوم السابق 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العموميّة مقارنة مع المادة 06 من المرسوم الجديد 15-247 نجدها شاملة لجميع المؤسسات ذات الطابع الصناعيّ والتّجاريّ والاقتصاديّ، فإنّ نزاعاتها يمكن اللّجوء فيها للتّحكيم متى كيفت عقودها بأنّها صفقات عموميّة على خلاف المرسوم الجديد 15-247 الذي اقتصر على المؤسسات العموميّة الخاضعة للتّشريع الذي يحكم النشاط التّجاري، بحيث تطبق عليها أحكام قانون الصفقات بشرط أن تكلّف بإنجاز عملية ممولة كليًّا أو جزئيًّا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدّولة، أومن الجماعات الإقليمية وفقاً للمادة 6 فقرة أخيرة وشرط أن تزاول هذه المؤسّسات نشاطا يكون خاضعا للمنافسة وفقا لما جاء في نصّ المادّة 07 فقرة الثانية، فإنّه لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود المبرمة مع المؤسّسات العموميّة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادّة 06 أعلاه، عندما تزاول هذه المؤسّسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة[2].

ثانيا: مراكز البحث والتنمية والمؤسّسات العموميّة الخصوصيّة.

اعتمادا على نص المادّة الثانيّة من المرسوم الرئاسي السابق 10-236 فإنّ مراكز البحث والتّنمية والمؤسّسات العموميّة الخصوصيّة ذات الطّابع العلمي والتكنولوجي والمؤسّسات العموميّة ذات الطابع العلمي، والثقافي، والمهني، والمؤسسات ذات الطابع

[1] نصّت المادة 1006 من، ق، إ، م، إ، الجزائري على: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ،ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

[2] نصّت المادّة 6 من المرسوم 15-247 على: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ،عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

التقني تخضع لقانون الصفقات العموميّة شريطة أن تكلّف بإنجاز عملية ممولة كليًّا أو جزئيًّا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدّولة، وبالتالي فإنّ عقودها وما يترتب عليها من منازعات يمكن اللّجوء فيها إلى التّحكيم كبقية المؤسّسات العموميّة الأخرى ذات الطّابع الصناعيّ والتجاريّ والاقتصادي، لكن مع صدور المرسوم التشريعي الجديد 15-247 فإنّ العقود الخاضعة لقانون الصفقات هي العقود التي تبرمها المؤسّسات العموميّة الخاضعة للتشريع التّجاري.

وبالتّالي ما يصدق على المؤسّسات العمومية الاقتصاديّة يصدق على مراكز البحث والتنميّة والمؤسّسات العموميّة الخصوصيّة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني، والتقني، بحيث أنّ عقودها لا تطبّق عليها أحكام قانون الصفقات وبالتالي فلا يجوز فيها التّحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدوليّة وفقا لما جاء في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

ثالثا: الأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإداريّة.

لقد فرق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بين هذه الأشخاص بشأن طبيعة المنازعات التي تنشأ بينها، وبين باقي الأشخاص سواء كانوا جزائريين أو أجانب أشخاصا معنوية كانت أم طبيعية.

فبالنسبة للمنازعات العامّة أي التي تتعلّق بالصفقات العموميّة فإنّه يجب مراعاة ما إذا كانت المنازعة ناشئة عن علاقة داخلية، أو ذات طابع دولي، أي تتضمن عنصرا أجنبيا، فإذا كانت المنازعة ذات طبيعة داخلية من حيث كلّ عناصرها فإنّ هذا النّزاع يختصّ بالنظر فيه القضاء الإداري، ولا يجوز التّحكيم فيه على الإطلاق استنادا إلى نص المادتين 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة[1].

[1] نصّت المادة 975 من، ق، إ، م ، والإدارية الجزائري على:" أنّه لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 من هذا القانون أن تلجأ إلى التّحكيم إلّا في الحالات الواردة في الاتّفاقيات الدّوليّة التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

أمّا إذا كانت المنازعة ذات طبيعة دوليّة؛ أي أنّ أحد أطرافها عنصر أجنبي سواء كان النّزاع ماليًّا أو تجاريًّا أو اقتصاديًّا، فإنّه في هذه الحالة يجب التّمييز بين حالتين:

1-جوازية التّحكيم تطبيقا لاتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر.

إنّ التّحكيم في هذه المنازعات يكون ناشئاً عن نصٍّ اتّفاقي صادقت عليه الدّولة وليس عن إرادة الأشخاص أطراف العلاقة التعاقدية، فهو تحكيم إلزامي بدون عقد يستند فيه الاختصاص إلى الاتفاقيات الدّوليّة بين الدّول لحماية وتشجيع الاستثمارات والتي تحيل كلّها للتّحكيم، وهناك فرق بين العقود التّحكيمية التي تحيل النّزاعات إلى التحكيم في الحالات العادية المختلفة تطبيقا لسلطات إرادة الأطراف وبين إحالة الاتفاقيات الدّولية المنعقدة بين الدّول للخلافات على التّحكيم[1].

فالدّولة حين تبرم اتفاقيات لحماية الاستثمار وتشجيعه مع دولة أخرى، وتحيل إلى التّحكيم، تلتزم بأنْ تتضمن عقود الاستثمار التي تبرمها بنداً تحكيميًّا، فإذا تغاضت الدّول عن ذلك تكون الدّولة قد أخلت بالتزام دولي تتحمّل مسؤوليته طبقا لقواعد المسؤولية الدّولية، وعندها لا يمكن الحديث عن التّحكيم لحلّ النّزاع، هذه الاتفاقيات التي تتضمن بنودا تتعلّق بالتّحكيم في مجملها تتعلّق بالاتفاقيات الخاصة بالاستثمار، وهي العقود التي تبرم بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى الراغبين في الاستثمار بتلك الدّولة، ومن ثمّ فإنّ الدّولة المستقبلة لهذا الاستثمار وفقا لهذه الاتفاقيات عليها أن تقدّم هذه الضمانة حتى تتمكن من جلب الاستثمار الأجنبي إليها[2].

على هذا الأساس وتنفيذا والتزاما من الدّولة الجزائرية بهذه الاتفاقيات سواء كانت دولية أو إقليمية، فإنّ القانون الجزائري في المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصّ صراحة على جوازية لجوء الأشخاص العامّة إلى التّحكيم عندما تبرم عقودا

[1] يوسف حسن يوسف، التّحكيم الدّولي، المرجع السابق، ص242.

[2] عبد الحميد الأحدب، التحكيم الإلزامي، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس العدد 02، 2002، ص 14.

من هذا الشأن مع أجانب، وبالتالي يكون اللّجوء إلى التّحكيم تنفيذا للاتفاقيات الدّولية التي صادقت عليها الجزائر، وليست تنفيذا لعقود اتفاقية بين الأشخاص العامّة والأجانب.

2-جوازية التّحكيم بالنسبة للأشخاص العامّة عندما يتعلّق الأمر بعلاقات اقتصاديّة دوليّة.

المقصود بالعلاقة الاقتصاديّة الإطار الذي ينظم كلّ تعامل بين طرفين أو أكثر يكون الهدف منه تركيز الثروة وإنماء الاقتصاد؛ سواء أخذ شكل الاستثمار من خلال توظيف المال في المشروعات العامّة أو بالمشاركة في رأسمال إحدى المشروعات أوفي شكل توظيف المهارة والخبرة، أو إنجاز الدراسة[1].

والتّحكيم الدّولي هو التّحكيم الذي يتعلّق بمصالح اقتصاديّة لدولتين على الأقل حسب نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن يجري في الجزائر أو خارج الجزائر.

ومن ثمّ كلّما كان العقد يتعلّق بمصالح اقتصاديّة لدولتين، سواء كان تجاريًّا أو اقتصاديًّا أو ماليًّا، وكان أحد أطرافه شخصاً معنويًّا أجنبيًّا يعدّ التّحكيم تحكيمًا دوليًّا وهو جائز طبقا للقانون الجزائري، وهذا ما أخذ به المشرِّع الفرنسي أيضا، إذ أنّ معيار الدّولية لا يضع في الحسبان سوى موضوع النّزاع بمعنى العملية الاقتصاديّة ذاتها دون النظر أو التأثر بالعناصر الدولية الأخرى المستمدة من جنسية الأطراف وغيرها من العناصر.[2]

[1] رشدي المحمدي، التحكيم والصفقات العمومية، المجلة التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس، العدد 03، سنة 2005، ص 33.

[2] بو الصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010_2011، ص 31.

المطلب الثّاني: الاتّفاق على التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

قد يتّفق الأطراف على اللّجوء إلى التّحكيم لتسويّة منازعات الصفقات العموميّة قبل ظهور النّزاع، فيكون الاتّفاق هنا في عقد الصفقة، كما قد يكون الاتّفاق في صورة أخرى إذا نشب النّزاع بعد إبرام الصفقة، ويطلق على هذه الصورة مشارطة التّحكيم سواء كان النّزاع دوليًّا أو داخليًّا[1].

وقد فرقت بعض التشريعات العربيّة التّحكيميّة بين شرط التّحكيم والمشارطة التّحكيمية، ولم يفرق البعض الآخر من التشريعات، أمّا على الصّعيد الغربي فإنّ غالب التشريعات المنظمة للتّحكيم فرّقت بين الشّرط والمشارطة التّحكيمية، أمّا اتّفاقية التّحكيم العربية، فقد فرضت في مبادئها الثابتة على أنّ التّحكيم يكون بإحدى الطريقتين، الأولى بإدراج شرط التّحكيم والثّانية باتّفاق لاحق على نشوء النّزاع[2].

أمّا المشرِّع الجزائري فاعتبر أنّ أوّل خطوة في عملية التّحكيم هي حصول الاتّفاق بشأنه بين أطراف العقد، وذلك من خلال النص عليه عند إبرام العقد الأصلي وقبل نشوء أيِّ نزاع أو خلاف بين المتعاقدين، بحيث يهدفان من خلاله إلى عرض نزاعاتهم التي تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التّحكيم وهذا ما يسمى بشرط التّحكيم.

كما قد يحصل الإتّفاق على اللّجوء إلى التّحكيم لحلّ خلافاتهما عند نشوء النّزاع من خلال إبرام اتّفاق تحكيم مستقلٍ عن العقد الأصلي بما يسمّى بمشارطة التّحكيم وهذا الأسلوب هو المطبّق في الصفقات العموميّة في الجزائر.

المفهوم من اتّفاق التّحكيم أنّه يمكن أن يتّخذ إحدى الصورتين؛ شرط التّحكيم أو مشارطة التّحكيم، وهذا هوما نصّ عليه التّشريع الجزائري في المادتين 1007 و1011

[1] هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 154.

[2] بالنسبة للدول العربية نجد أن القانون الجزائري والمصري واليمني والسوري والإماراتي والعماني والأردني والبحريني أخذ بالتفريق بين الطريقين، أما القانون الكويتي والسعودي والقطري والسوداني والمغربي واللّيبي والتونسي والعراقي واللّبناني ، فلم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة فيما يخصّ التّحكيم الداخلي، والمادة 1040 فيما يتعلّق بالتّحكيم الدّولي، وعليه سنستعرض الصورتين بالتّطرق لتعرفيهما وشروط صحتهما ونبين كيفية إدراجهما في الصفقة العموميّة سواء بإبرامها بالنسبة للأوّل، وعند تنفيذها بالنسبة للثّاني.

الفرع الأوّل: صور اتّفاق التّحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العموميّة.

يتبيّن ممّا سبق ذكره أنّه يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العموميّة الاتّفاق على اللّجوء إلى التّحكيم لحلّ المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها، وذلك من خلال تضمينها شرط التّحكيم، وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدى التزام الأطراف بالخضوع له، قسَّمنا هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر كما يلي:

البند الأول: تعريف شرط التّحكيم.

المقصود بشرط التّحكيم هو الشّرط الوارد ضمن العقد الذي تبرمه الدّولة أو إحدى الهيئات التابعة لها مع المتعاقد معها. سواء كان صفقة عموميّة داخلية أو دوليّة[1]إذ يتّفق الأطراف على أنّ أيّ نزاع قد ينشأ عند تفسير الصفقة أو تنفيذها يتمّ الفصل فيه عن طريق نظام التّحكيم[2]، وعلى الأطراف التي اتّفقت على ذلك أنْ تمتنع على إقامة الدعوى أمام القضاء الإداري قبل أن ينظر في النّزاع من قبل المحكّمين.

من خلال ما سبق، فإنّ شرط التّحكيم عادة ما يدرج في العقد الأصلي، إلا أنّ هذا لا يمنع من الإتّفاق عليه في وثيقة مستقلة تعدّ بمثابة العقد الأصلي[3]، كما قد يتخذ شرط التّحكيم صورة أخرى وهي شرط التّحكيم بالإحالة الذي يتحقّق بإحالة الأطراف إلى عقد نموذجي يتضمّن شرط تحكيم أو إلى عقد أصلي سابق بينهم، حيث تعتبر الإحالة إليها

[1] قبايلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 122.

[2] محمود السيد عمر التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 12.

[3] شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة ، في ضوء أحدث الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع المصري والفرنسي، دار الفكر والقانون للتوزيع، مصر، 2011، ص 68 .

هـي الأسـاس الـذي يـتمّ الاسـتناد عليـه للقـول بوجـود اتّفـاق التّحكـيم، ولا يجـوز الاعتـذار بالجهل بشرط التّحكيم بالإحالة، حيث تصبح الوثيقة المحال إليها جزاءً لا يتجزأ من العقد و مندمجة فيه كما لوكان منصوصاً عليها بالكامل في العقد، وليس مجرّد الإشارة إليه فقط [1].

أمّـا فـي التّشـريع الجزائـري، فيعـرّف شـرط التّحكـيم بأنّـه الاتّفـاق الـذي يلتـزم بموجبـه الأطراف في معاملاتهم التي تدخل في مجال التّحكيم بعرض النّزاع الذي قد ينشب على التّحكـيم، وهومـا نـص عليـه قـانون الإجـراءات المدنيّـة والإداريّـة فـي الأحكـام المتعلّقـة بـالتّحكيم الـداخلي بـنصّ المـادّة 1007 علـى أنّ :" شـرط التّحكـيم هـو الاتّفـاق الـذي يلتـزم بموجبـه الأطـراف فـي عقد متصـل بحقوق متاحـة بمفهوم المـادة 1006 لعرض النّزاعـات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التّحكيم."

فشـرط التّحكـيم إذن هـو اتّفـاق سـابق يحـدّد الجهـة المكلّفـة بـالنّظر فـي نـزاع محتمـل بمناسـبة تنفيـذ عقـد أو صـفقة عموميّـة، ومتـى تـمّ الاتّفـاق علـى ذلـك لا يجـوز للأطـراف المتعاقدة اللّجوء إلـى القضـاء، إلا إذا فشـل التّحكيم، وللمدّعى عليـه أنْ يـدفع بعدم القبـول في حالة رفع دعوى قضائية مباشرة دون احترام شرط التّحكيم.[2]

أمّـا فـي الأحكـام المتعلّقـة بـالتّحكيم الـدّولي، فقـد نصّـت المـادّة 1039 مـن قـانون الإجراءات المدنيّـة والإداريّـة الجزائري علـى أنّ" التّحكيم يعدّ دولياً فـي مفهوم هذا القـانون التّحكـيم الـذي يخـصّ النّزاعـات المتعلّقـة بالمصـالح الاقتصـاديّة لـدولتين علـى الأقـل" ثـمّ أضـافت المـادّة 1040 من ذات القانون حكمين؛ واحد من حيث الشّكل، وآخر من حيث الموضـوع. فمـن حيـث سـريان اتّفاقيـة التّحكـيم، فإنّهـا تسـري علـى النّزاعـات القائمـة والمستقبلية، أمّـا مـن حيـث إبـرام اتّفاقيـة التّحكيم فيجـب تحـت طائلـة البطلان أن تبـرم

[1] صـديق بغـداد، اتفاقيـة التحكيم التجـاري الـدولي فـي ظـل القـانون الجزائـري والقضـاء التحكيمـي، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجستير ، فرع قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق تلمسان، 2002، ص 11 .

[2] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "قانون رقم09-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008، ط2 منشورات بغدادي، الجزائر، طبعة 2009، ص 539.

اتّفاقيـة التّحكـيم كتابـة، أو بأيّـة وسـيلة اتّصـال أخـرى تجيـز الإثبـات بالكتابـة، والـرّاجح أنّ المقصود بعبارة "بأية وسيلة اتّصال تجيز الإثبات بالكتابة "هو الإمضاء الالكتروني المنصوص عليه في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.[1]

أمّا من حيث الموضوع تكون اتّفاقية التّحكيم صحيحة إذا استجابت للشّروط التي يضعها القانون المتفق عليه والمختار من الأطراف وإذا استجابت للشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النّزاع والشّروط التي يضعها القانون الذي يراه المحكِّم ملائما ولا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتّفاقية التّحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

كما يعرف شرط التّحكيم كذلك بأنّه اتّفاق بين طرفين أو أكثر، يهدف إلى عرض الفصل في النّزاع القائم بينهم إلى محكِّم أو محكمين يتمّ تعيينهم بصفة منفصلة أو بصفة جماعية، وقد يكون هذا التعيين حرًّا أوضمن قائمة محدّدة من طرف مؤسسة مستقلة عن الأطراف[2]، وما يميّز شرط التّحكيم ليس وروده في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، ولكن كون النّزاعات التي يشملها شرط التّحكيم هي منازعات محتملة وغير محدّدة فهي لم تنشأ بعد.[3]

ممّا سبق بيانه، فإنّ شرط التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة قد يكون في شكل بندٍ أو نصٍّ من نصوص الصفقة المبرمة، والموافق عليها فيما بعد، أوقد يحرّر في وثيقة لاحقة ولكنّها تابعة لها، وهي جزء من عقد الصفقة بحيث يتمّ الإتّفاق فيها على الفصل في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا عن طريق التّحكيم[4].

---

[1] تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007 المعدل للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني على "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في طرف يحفظ سلامتها".

[2] سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري،، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر الجزائر طبعة 2015، ص265.

[3] محمد السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 232.

[4] هاني محمّد كامل المنايلي، اتّفاق التّحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، المرجع السابق ، ص 286.

البند الثاني: شروط صحّة شرط التّحكيم.

إنّ وقع اتّفاق التّحكيم في الصفقة العموميّة يترتّب عنه آثارا تؤدي إلى سلب الاختصاص من القضاء الطبيعي وإسناده إلى قضاء خاص وهو التّحكيم. من هنا وجب ضبطه بجملة من الشّروط، منها ما يتعلّق بشكل الصفقة، ومنها ما يتعلّق بموضوعها طالما أنّ شرط التّحكيم ما هو إلا عقد ضمن العقد الأصلي، يرتب على عاتق طرفيه التزامات وحقوق، وعليه أوجب المشرّع لهذا الإتّفاق جملة من الشروط الشّكلية والموضوعيّة، وهو ما يدفعنا إلى دراسة هذه الشروط والتّدقيق فيها، وهذا لأهميتها وفقا لما يلي:

أوّلا: الشّروط الشّكلية:

1- **الكتابة:** اتّفاق التّحكيم يؤثر مباشرة على منازعة الصفقة العموميّة ويؤدّي إلى سلب الاختصاص من القضاء الوطني للدّولة، ومنحه للهيئة التّحكيميّة. وهنا تكمن خطورته، وهذا ما أدّى إلى تباين مواقف الأنظمة منه، فظهر الاتّجاه الأوّل المؤيِّد بالأنظمة اللاّتينية وجعله تصرّفا شكلياً وجب كتابته، في حين نجد أنّ بعض التشريعات كالأنظمة الأنجلوسكسونية اعتبرته شرطا للإثبات فقط، وبالتالي يمكن أن يكون شفويا أو ضمنيا[1].

تأييداً للاتّجاه الأوّل، فقد نصّت اتّفاقية نيويورك لسنة 1958[2] في مادّتها الثّانية على أن" تعترف كلّ دولة متعاقدة بالاتّفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كلّ أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم للتّحكيم"، وعرّفت الفقرة الثانية من ذات المادّة المقصود باتّفاق التّحكيم بأنّه " الإتّفاق المكتوب أو شرط التّحكيم

[1] علاء محي الدين أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإداري الدولية، في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام محاكم التحكيم ،المرجع السابق، ص 262.

[2] اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المعترفة بالتحكيم لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 ، المؤرخ في 11-05-1988 ، ج،ر،ج،ج، عدد 48 لسنة 1988

المدرج في العقد أو اتّفاق التّحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الإتّفاق الذي تضمّنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"، ولقد اختلف الفقه في تفسير هذه المادة فرأى البعض بأنّ الكتابة ركن لصحة اتّفاق التّحكيم وليست بالعنصر الخارجي المتطلّب للإثبات فقط في حين رأى البعض الآخر بأنّ الكتابة وفقا لهذه الاتفاقية تعدّ شرط صحة وليست شرط إثبات، وأرجع شرط الكتابة المنصوص عليه في اتّفاقية نيويورك لتسهيل الاعتراف بقرارات التّحكيم خارج بلد المنشأ، وباعتبار أنّ هناك دولا كانت قوانينها الوطنية أكثر تحرّرا من هذه الاتفاقية بإجازتها أن يكون اتّفاق التّحكيم شفويا[1].

وهنا ذهب جانب من الفقه للقول بأنّ المادّة سالفة الذِّكْر هي الحدّ الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه ومتى كان القانون الوطني يتضمن نصوصاً أكثر شدّة ممّا جاء في الاتّفاقية، كما أنّ الاتّفاقية تمثِّل الحدّ الأدنى في ذات الوقت، والذي يتعيّن ألا يقبل ما هو أقلّ ممّا ورد فيها[2].

في حين ذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أنّ الدّول لها الإبقاء على قوانينها الوطنيّة إن كانت أكثر تحرّرا، واستندوا في ذلك على نص المادة 7 من الاتفاقية والتي تنصّ على أنه "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكِّمين وتنفيذها، ولا تحرم أيّ طرف من حقّه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكِّمين بالكيفية أو بالقدر المقرّر في تشريع البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

أمّا القانون الفرنسي، فقد نصّت المادة 1443 من مرسوم التّحكيم الداخلي لسنة 1980 " على وجوب كتابة شرط التّحكيم في العقد أوفي أيِّ مستند يحيل إلى ذلك

[1] عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2008، ص 151 .

[2] محمّد علي بني مقداد، المسلك السّليم لإصدار وتنفيذ حكم التّحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دروب للنّشر والتّوزيع، عمان الأردن، ط1، 2013، ص112.

وإلا كان التّحكيم باطلاً. ومن هنا يطرح السؤال عمّا إذا كانت هذه القاعدة تنطبق على اتّفاق التّحكيم في مجال التّحكيم الدّولي؟.

لقد أجابت عن هذا السؤال المادة 1495 من ذات المرسوم، والتي نصّت على أنّه "عندما يكون التّحكيم دوليًّا خاضعا للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأوّل والثّاني والثّالث من هذا الكتاب إلا إذا اتّفق الأطراف على خلاف ذلك، بمعنى أنّ شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة لصحة اتّفاق التّحكيم الدّاخلي لا يسري على التّحكيم الدّولي، إلا إذا اتّفق الأطراف على خلاف ذلك ما جعل بعض الفقه يذهب إلى القول أنّ القانون الفرنسي لم يأت بأيّ قاعدة تتعلّق بالشكل في التّحكيم الدّولي الشيء الذي يترتّب عليه أنّ الكتابة ليست شرطا لصحة اتّفاق التّحكيم، ما يجعل اتّفاق التّحكيم قد يكون مشافهة، وقد ينشأ ضمنيا[1].

غير أنّ هذا الرأي قد تعرّض للانتقاد من ناحيتين الأولى هي أننصّ المادة 1449 الذي يشترط لتنفيذ حكم التّحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لاتفاق التّحكيم.

أمّا النّاحية الثّانية، فتتمثّل في انضمام فرنسا لاتّفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتضمّن شرط الكتابة، ومن ثمّ فاتّفاق التّحكيم يجب أن يكون مكتوبا[2].

وهذا هو الرأي نفسه الذي اتّخذه القانون المصري، إذ اشترط بموجب قانون التّحكيم رقم 27 لسنة 1994 لصحة اتّفاق التّحكيم أن يكون مكتوباً، أيْ أنّ الكتابة في اتّفاق التّحكيم هي شرط لانعقاد التّحكيم وليس للإثبات فقط، حيث رتب القانون على تخلف الكتابة بطلان اتّفاق التّحكيم، وذلك طبقا لنصّ المادة 12 من ذات القانون والتي نصت على يجب أن يكون اتّفاق التّحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا"، وبذلك يكون المشرّع المصري قد أخرج اتّفاق التّحكيم من التصرّفات الرضائية واعتبره تصرّفا شكليًّا يستوجب الكتابة

[1] هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدّولية أمام المحكّم الدّولي، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، ط1، 2008، ص 108.

[2] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ،المرجع السابق، ص 96 .

والملاحظ أنّ المشرّع المصري أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلاً معيناً، واكتفى بوجود رسائل متبادلة أو برقيات مكتوبة تظهر بوضوح رغبة الأطراف للّجوء لقضاء التّحكيم[1].

أمّا المشرِّع الإنجليزي والتّشريعات التي سارت على نهجه فاشترط الكتابة كشرط لإثبات اتّفاق التّحكيم وليست كشرط لصحته، فقد نصّت المادة 07 من قانون التّحكيم الإنجليزي على أنّ" اتّفاق التّحكيم هو اتّفاق مكتوب ويشمل الاتّفاقات الضمنيّة عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات التي نشأت بين الطرفين أو ستنشأ مستقبلا للتّحكيم[2].

أمّا المشرِّع الجزائري فميّز بشأن الشّكل الذي يظهر فيه شرط التّحكيم بين ما إذا كان التّحكيم داخليا، وما إذا كان دوليا، فبالنسبة للتّحكيم الداخلي فقد نصّت المادّة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه:" يثبت شرط التّحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصليّة أوفي الوثيقة التي تسند إليها. "ولعلّ هذا النّص جاء صريحا ولا غموض ولا تأويلات فيه، فالوسيلة الوحيدة التي يظهر بها شرط التّحكيم هي أن يكون مكتوبا في عقد الصفقة، أوفي وثيقة مكتوبة لاحقة أو ملحقة بعقد الصفقة[3] وتبقى الكتابة شرطاً لصحة الشّرط التّحكيمي وليس لإثباته، فيجب أنْ تبرم اتّفاقية التّحكيم بموجب عقد كتابي وإلا فإنّها تقع باطلة، وهذه القاعدة هي قاعدة قانونيّة عامّة لا تقتصر على التّشريع الجزائري فقط[4].

---

[1] منير عبد المجيد، الأسس العامة للتّحكيم الدّولي والدّاخلي، المرجع السابق، ص33.

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التّحكيم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 265.

[3] نبيل صقر، الوسيط في شح قانون الاجراءات المدنيّة والإداريّة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر دون طبعة 2008، ص 570.

[4] على صادق قناص عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاويا ، ليبيا، عدد 8، السنة الرابعة جوان 2016، ص 163 .

أمّا في التّحكيم الدّولي فقد نص المشرِّع بنصّ المادّة 1040 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة على أنه:"... يجب من حيث الشّكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التّحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتّصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة..."، بمعنى أيّة وسيلة للاتّصال كالفاكس أو البريد الالكتروني تكون مقبولة في مجال التّحكيم الدّولي مع وجوب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التّحكيم، أمّا السّكوت فقد يعدّ مقبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التّحكيم شرطا فيها، أو إذا تعلّق الأمر بتجديد عقد يتضمّن شرط التّحكيم أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التّحكيم[1].

وبالتّالي، فالمشرِّع الجزائري اشترط الكتابة كرُكنٍ من أركان وجود التّحكيم، وليس للإثبات فقط[2]، وينطبق ذلك على التّحكيم الدّاخلي والدّولي أيضا. فالكتابة سبق للمشرِّع الجزائري وأنْ أقرّها شرطاً لإبرام الصفقة العموميّة، وبالتّالي فشرط التّحكيم فيها بالضرورة يكون مكتوباً[3].

كما أنّ المادّة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجبت توفر شرط الكتابة، إذ نصّت على أنه:" يثبت حكم التّحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتّفاقية التّحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها"، أمّا في فرنسا فنجد أنّ المادّة 1443 من قانون

[1] محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007 ص 59.

[2] تعويلت كريم، فعالية اتّفاق التّحكيم التّجاري الدّولي، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2017 ص134.

[3] نصت المادة الثانية من المرسوم الرئيسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ...".

الإجراءات المدنية الفرنسي يشترط الكتابة لإثبات شرط التّحكيم[1]، إلا أنّ هذا الحكم يسري على التّحكيم الدّاخلي دون الدّولي، وهذا ما أوردته المادة 1495 من ذات القانون[2].

2-**تعيين المحكِّم:** المحكّم هو المحور الأساسي في الخصومة التّحكيميّة، وبقدر تحرّي الدّقة في اختياره تكتب السّلامة لتلك الخصومة سواء من الناحية الإجرائية أو الناحية الموضوعية[3]، من هنا ولصحة الشّرط التّحكيمي استلزم المشرِّع الجزائري شأنه في ذلك شأن المشرِّع الفرنسي أن يتضمّن شرط التّحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكِّم أو المحكّمين، أو تحديد كيفيات تحديدهم، وفقا لما جاء في نص المادة 1008 فقرة ثانية، إذ أنه إذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التّحكيم يعيّن المحكِّم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد، أو محل تنفيذه وفقا لما نصّت عليه المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولم يجِد المشرِّع عن هذه القاعدة في التّحكيم الدّولي، حيث جعل تعيين المحكّمين أو تحديد شروط تعيينهم، وشروط عزلهم أو استبدالهم يخضع أيضا لمبدأ سلطان الإرادة وإذا خلا شرط التّحكيم من تحديد المحكّمين، أو تعذّر ذلك وكان التّحكيم يجري في الجزائر، فإنّه يتعيّن على الطرف الذي يهمّه التّعجيل أنْ يقوم برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر، أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التّحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وهذا وفقاً لما جاءت به المادة 1041 من ذات القانون الجزائري.

---

[1] نصّت المادة 1443 من، ق ،إ، ج، م، فرنسي على بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوباً إما في ورقة العقد الأصلي وإمّا في ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد ، هذه المادة معدلة بالقانون الصادر في 13-01-2011 بنفس الرأي.

[2] نصّت المادة 1495 من، ق ،إ، ج، م، فرنسي الصادر في 1980 المعدلة بالمادة 1507 من القانون الصادر بتاريخ 13-01-2011 على " عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي لا تطبق نصوص الباب الأول والثاني من هذا الكتاب إلا إذ اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

[3] أيمن بهي الدّين، المركز القانوني للمحكم، المرجع السابق، ص 26.

أمّا إذا لم تحدّد الجهة القضائية المختصة في اتّفاقية التّحكيم، فيؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ بما جاء في نص المادة 1042 من القانون نفسه.

3-التّشكيليّة الفردية: لأجل الوصول إلى إيجاد حلّ للنّزاع التّحكيمي في حالة انقسام آراء وقرارات المحكّمين، فإنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أضاف شرطا شكلياً؛ فقد نصّت المادة 1017 منه على " أنّ محكمة التّحكيم تتشكّل من محكّم أو عدّة محكّمين بعدد فردي"، فالمشرّع الجزائري ترك الحرية لأطراف النّزاع في تحديد عدد المحكّمين سواء اقتصر على واحد فقط أو أكثر، إلا أنّه في الوقت نفسه وضع شرطا لهذه الإرادة في حالة الاتّفاق على رفع عدد المحكّمين عن واحد، فاشترط أن يكون العدد فرديًّا وليس زوجيًّا، وإلا كان شرط التّحكيم أو الاتّفاق باطلين، فإذا لم يتفق الأطراف على تحديد عدد المحكّمين فوق الواحد كان العدد ثلاثة.[1]

ومبدأ الفردية معمول به في تشكيل أيّ هيئة أو جهة قضائية، وكذا المجالس المنتخبة أو المعيّنة، وهذا لتفادي تساوي الآراء فالعدد الفردي يضمن ترجيح رأي أو صوت دائما.

ثانيا: الشروط الموضوعية.

ككافة العقود يلزم لصحة شرط التّحكيم في الصفقات العمومية مجموعة من الشروط الموضوعية تتمثّل في التراضي بين الأطراف المتعاقدة، مع توافر أهلية وسلطة إبرام الاتّفاق حول محلّ يتمثل في المنازعة المعروضة للتّحكيم بغية تحقيق سبب مشروع وراء هذا الاتّفاق.

ونتناول هذه الشروط الموضوعية فيما يلي:

[1] بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، شعبة القانون الإداري، جامعة باجي مختار ، عنابة، 2010-2011، ص 79.

1-الرضا :

لا ينعقد شرط التّحكيم إلا بتوافر الرضا لدى كلّ من الطرفين[1]، وهذا بتوافر إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على حسم النّزاع الذي سينشأ بينهما عن طريق التّحكيم ويجب أن يكون التّعبير عن الإرادة صحيحا خاليا من عيوب الرضا، ومن ثمّ فالرضا المعبّر عنه من كلا الطرفين عند التّوقيع على الصفقة يشمل أيضا شرط التّحكيم المدرج في بنود عقد الصفقة المبرمة والموقعة والموافق عليها. ومن ثمّ فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الأفراد طرفا فيها عن طريق التّحكيم، لما في ذلك من مصادرة لحقّ الأفراد في التّقاضي أمام القاضي الطبيعي، وهو حق مكفول دستوريًّا[2] .

هذه الإرادة يجب أن تكون صادرة ممّن يملكها، ويجب ألّا تكون مشوبة بأي عيب كالغلط، والتدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال. وإلا كانت باطلة فشرط التّحكيم يمكن إبطاله وفقا لقواعد القانون المدني في الأنظمة القانونية الوضعية[3].

وقد ينشأ شرط التّحكيم عن طريق وجود اتّفاقية دوليّة بين طرفين، أو متعدّدة الأطراف استنادا إلى المادة 975[4] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمثلا انضمام الجزائر وتوقيعها سنة 1995 على اتّفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدّول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965[5]يجعلها ملزمة بجميع أحكامها بمجرّد انضمامها إلى هذه الاتّفاقية ومصادقتها عليها، فتكون قد قبلت ضمنيًّا الاختصاص

---

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، المرجع السابق، ص271.

[2] جمال أحمد هيكل، الاتّفاق على التّحكيم بين الإجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ،ط1 2016، ص 80.

[3] محمد السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014 ص 131.

[4] نصّت المادة 975 ق، إ، ج، م، إ، على:" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدّولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية".

[5]أبرمت هذه الاتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 18-03-1965 وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21-01-1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 1995.

التّحكيمي للمركز الدّولي لتسويّة منازعات الاستثمار التابع للبنك الدّولي وهذا ما يسمى بالتّحكيم الإلزامي.

2-المحل في اتّفاق التّحكيم:

إنّ محلّ التّحكيم هو موضوع المنازعة التي يطرحها اتّفاق التّحكيم على هيئة التّحكيم، ويتعيّن أن يكون هذا الموضوع من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التّحكيم[1]، وفقا لمصادر التّحكيم سواء الدّاخلية، أو الدولية، أو الإقليمية المشار إليها أعلاه، والتي هي في غالبها الماسّة بحالة الأشخاص والأهلية، والنظام العام، وسيادة الدولة. علمًا أنّ النّزاع قد يكون وقت إبرام الاتّفاق، أو يحتمل وقوعه في المستقبل[2] ويشترط فيه عدّة شروط؛ فيجب أنْ يكون المحلّ موجودا، أو قابلا للوجود، وأن يكون معيّنًا، أو قابلا للتّعيين، وأن يكون ممكنًا وغير مستحيل، هذا في القواعد العامّة.

أمّا المشرِّع الجزائري فقد عرّف المحلّ في اتّفاق التّحكيم بأنّه موضوع المنازعات التي اتّفق الأطراف على عرضها، أو حسمها عن طريق التّحكيم، ويجب تحديد محل هذا الإتّفاق حتى يمكن مراقبة مشروعيته، ويجب في كلّ الأحوال أن يكون موضوع النّزاع من الأمور أو المسائل التي يجوز فيها التّحكيم.

ووفقا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة نجد المشرِّع الجزائري لا يتطلب في محلّ التّحكيم سوى عدم مخالفته للنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، فكلّ ما يتعلّق بالنّظام العام غير قابل للتّحكيم[3]، وإن كانت فكرة النظام العام تختلف من دولة لدولة أخرى، ومن زمن لآخر فإنّ ما يجب الإشارة إليه أنّ فكرة النّظام العام تختلف في مفهومها الداخلي عن مفهومها الدّولي، ذلك أنّ النّظام العام الدّاخلي

[1] جمال أحمد هيكل، الإتفاق على التحكيم بين الإجراء والموضوع، المرجع السابق، ص83.

[2] سمير عبود فرحان، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي رسالة ماجستير ، قسم القانون الخاص، جامعة شرق الأوسط، لبنان، 2017، ص 53.

[3] زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً للقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة ماجستير جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2015-2016، ص 98.

يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخُلقيّة لمجتمع معيّن ودولة معينة. أمّا النّظام العام الدّولي فهو يتعلّق بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخُلقيّة للمجتمع الدّولي.[1]

ومن أمثلة المواضيع التي تتعلّق بالنّظام العام الدّولي والتي لا يجوز فيها التّحكيم الاتفاقات الخاصة ببيع الأسلحة دون موافقة الدّولة المعنية، أو الاتفاقات الخاصة بتهريب المواد المخدرة، كما لا يجوز التّحكيم في المنازعات المتعلّقة بأهلية الأشخاص كبطلان الزواج أو إثبات النسب[2]، والمنازعات الخاصة بحقوق الإرث، وهوما ذهب إليه كذلك المشرِّع الفرنسي في نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي التي نصّت على عدم اللّجوء إلى التّحكيم في مسائل الحالة المدنيّة، وأهلية الأشخاص، وما يتعلّق بالطلاق والانفصال الجسدي، وبوجه عام في كلّ الموضوعات المتعلّقة بالنّظام العام.[3]

وبموجب نصّ المادة 1006 فقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة أنّه لا يجوز للأشخاص المعنويّة العامّة مهما كانت طبيعتها أنْ تلجأ إلى التّحكيم في علاقاتها وتصرّفاتها المختلفة، ما عدا في حالتين؛ هما: علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية كما جاء في صريح المادة بمعنى أنّ أيّ تصرّف خارج هاتين الحالتين لا يمكن أنْ يكون محلًّا للتّحكيم.

إنّ المنازعة في مجال الصفقات العموميّة تقسّم إلى منازعة القضاء الكامل ومنازعة قضاء الإلغاء.[4] وعليه، فهل كلّ منازعات الصفقات العموميّة يجوز فيها الاتّفاق على التّحكيم؟

---

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ط2، 1998 ص 44.

[2] محمود مختار أحمد البريري، التّحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 54.

[3] محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتّحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق ص 372.

[4] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،ط1، 2007 ، ص 322.

من استقراء النصوص يمكننا القول أنّ هناك منازعات جائز فيها الاتّفاق على التّحكيم، وفي المقابل هناك منازعات لا يجوز فيها التّحكيم، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

أ-المنازعات غير الجائز فيها التّحكيم: نطاق اتفاق على التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة ليس واسعاً أو مطلقاً، فهناك بعض المنازعات ورغم أنّها تتعلّق بالصفقة العموميّة إلا أنّها تخرج من هذا النّطاق، ويمكن إجمالها كالآتي:

_ النزاعات التي تطرأ عند أو قبل إبرام الصفقة العموميّة: تحتاج الصفقة العموميّة مهما كانت، سواء صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات، أو دراسات إلى غلاف مالي يجب رصده لها مسبقا، وبعد ذلك تمرّ الصفقة العمومية بعدّة مراحل، منها: إعداد دفتر الشروط، وبعده مرحلة الإعلان في الجرائد ونشرة الصفقات العموميّة، مرورا على مرحلة إيداع العروض وما يصاحبها من إقصاء مؤقت أو كلّي، وذلك لا يكون إلّا بمقرّر تصدره المصلحة المتعاقدة وصولا إلى مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ثمّ مرحلة الإعلان عن المنع المؤقت، ثمّ اعتماد الصفقة والمصادقة عليها[1].

ولعلّ كلّ هذه المراحل والإجراءات قد تتخللها منازعات بين المصالح المتعاقدة والطرف المتعاقد، إلا أنّ هذه المنازعات لا يجوز فيها التّحكيم، ويجوز فيها الطّعن أمام القضاء الإداري الذي يكون في غالب الأحيان عن طريق الاستعجال المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

- **دعاوى إلغاء القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية:** الصفقة العموميّة تمرّ بعمليات مركبة، منها ما تصدره الإدارة منفردة، وهي بمثابة قرارات إدارية منفصلة، ومنها ما يصدر

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرّئاسي 15-247 المؤرّخ في 16-9-2015 جسور للنشر والتوزيع، القسم الأوّل، ط5،2017، الجزائر، ص302.

[2] ولد علي عمار ماسينيسا، الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العموميّة قبل إبرامها كركن من أركان المحاباة مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي ليابس، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة،2013-2014، ص 98.

بالمشاركة مع إرادة المتعامل المتعاقد[1]، هذه القرارات قد تتخذ قبل إبرام الصفقة، أو أثناء تنفيذها، أو حتى بعد إقفالها كالقرارات المتضمنة تعديلات في الصفقة بالزيادة أو النقصان أو الإلغاء. فهذه القرارات يجوز الطّعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القاضي الإداري لفحص مشروعيتها باعتبارها قرارات منفصلة، إلاّ أنّ دعوى الإلغاء غير جائزة ضدّ بعض الأعمال الإدارية المنفصلة مثل الجزاءات المقررة في تنظيم الصفقات العمومية، كقرار فسخ الصفقة وقرارات رفض الفسخ لكونها غير منفصلة عن الصفقة[2]، وهذا الرأي منبثق من المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الناصّة على أنّه "يمكن لكلّ شخص اللّجوء إلى التّحكيم في الحقوق التي له مطلق التّصرف فيها"، فالتّحكيم غير جائز في هذه الأحوال لانتفاء معيار المنازعة الإدارية القابلة للتّحكيم، ولعدم تعلقها بحقوق مالية قابلة للصلح أو التوفيق، وبالتالي فيجوز حصرياً فيها التقاضي من دون التّحكيم الذي هو غير جائز في المسائل المتعلّقة بالنّظام العام، ودعوى الإلغاء تمسّ بالنظام العام ومنوطة للقضاء الإداري لفحص المشروعية، وعليه فالطبيعة الاتّفاقية لأسلوب التّحكيم تجعله يتنافى مع منازعة مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة[3]، هذه القرارات قد تصدر قبل إبرام الصفقة، أو أثناء التنفيذ، أو عند الإقفال. وكلّها تخضع للقضاء الإداري ولا تحكيم فيها[4].

---

[1] جبايلي صبرية ، بوعبد الله مختار، مقال التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء ق، إ، ج، م، إ، 08-09 ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة قسنطينة ، الجزائر، عدد 43 ، جوان 2015 ص 223.

[2] رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الدعاوى وطرق الطعن العادية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ط2،ج2، 2013، ص 79.

[3] عمامرة حسان، المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، لبنان ،عدد 18، جوان 2017، 205.

[4] بوحادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر 2011، ص 196.

- **النزاعات الناشئة في مرحلة التنفيذ:**

انطلاقا من أنّ الصفقات العموميّة هي عقود إدارية[1]، فإنّ النصوص المنظمة لها تفرض نظاما استثنائيّا غير مألوف في القانون الخاص، ويظهر ذلك من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة أثناء الإبرام والتنفيذ، ومن خلال الإجراءات التي تمرّ بها عملية الإبرام وما تنطوي عليه من عمليات مركبة، فأثناء مرحلة تنفيذ الصفقة قد تظهر منازعات ، منها أنّه قد تطرأ مستجدات تؤدي إلى تعديل بنود الصفة بإبرام ملاحق، وقد يلجأ إلى صفقات التسوية قصد تسوية المعاملات التي تكون قد دعت لها ظروف الاستعجال، كما انّ طبيعة الخدمات أو الأشغال محل الصفقة قد تفرض إسناد جزء منها إلى متعامل ثانوي.[2]

فهذه المظاهر الثلاثة قد ينجرّ عنها منازعات يختصّ بها القاضي الإداري دون سواه ولا يمكن اللّجوء إلى آلية التّحكيم في هكذا منازعات.

ب – المنازعات التي لا يجوز فيها التّحكيم: لقد أجازت المادة 1006 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الجزائري التّحكيم في المنازعات المرتبطة بالحقوق غير القابلة للتّصرف فيها، والمتمثلة في حالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المقترنة بالنّظام العام فكلّ هذه المسائل لا تحكيم فيها، وبالتالي فكلّ الجوانب الماليّة يجوز فيها التّحكيم على شرط ألّا تتعارض مع النّظام العام.[3] ومن هذه المنازعات نذكر تلك المتعلّقة باستفاء مبالغ مالية النّاجمة عن الأشغال، والملاحق المتضمّنة الأشغال الإضافية، والتعويض عن التماطل

---

[1] عرّفها قانون الصفقات الفرنسي الصادر سنة 2001 بأنّها:" عقود إدارية مبرمة بين الأشخاص العامّة، أو بين شخص عام وشخص خاص، إلّا أنّ المشرع الجزائري لازال التعريف الذي أعطاه لها يكتنفه الغموض، إذ أشارت المادة 4 من المرسوم 10-236 على أنّ الصفقات العموميّة هي عقود مكتوبة فقط، فيما أشار المرسوم الأخير 15-247 إلى أنّها عقود مكتوبة طبقا للتشريع الجاري العمل به.

[2] طاهير العيد، الاخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء تنفيذها كركن من أركان جريمة المحاباة رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، سيدي بلعباس، الجزائر 2013-2014 ص 66.

[3] كلوفي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية ، دار النشر، جيطلي ، الجزائر، 2012،ص 111.

أو مراجعة الأسعار وتحينها، أو الغرامات التأخيرية واسترجاع الكفالات الضمان أو دعاوى وقف الأشغال لعدم وجود الأرصدة المالية المخصصة لإنجاز الصفقة.[1]

3- شرط الأهلية:

يجب أن تتوافر لدى الأطراف المحتكمة للتّحكيم الأهليّة اللّازمة لصحة اللّجوء إلى التّحكيم للفصل في منازعاتهم المحتملة، أو القائمة لحظة إبرام الاتّفاق على التحكيم فالأهليّة هي صلاحية الشّخص لوجوب الحقوق له أو عليه، وللتعبير عن إرادته تعتدّ به الأنظمة القانونية الوضعية[2]، وهنا يمكن التمييز بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، فكل إنسان له حقوق وعليه واجبات، وتتثبت هذه الأهليّة من يوم ميلاده إلى حين وفاته، على شرط ألّا يصيبه عارض من عوارض الأهلية؛ كالحجر عليه مثلا لإصابته بمرض، أو شيء من هذا القبيل. أمّا أهلية الأداء فيها صلاحية الشّخص لاستعمال الحقّ، أو قدرته على التّعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثار قانونية له أو عليه.[3]

من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتّضح لنا أنّ المشرِّع قد أبقى على شرط أهلية التّصرف في الحقوق لإبرام عقد التّحكيم، وليس مجرد أهلية التّقاضي.

فيكون المشرّع بذلك لا يزال يعتبر التّحكيم طريقاً بديلاً للتّقاضي، شأنه في ذلك شأن العديد من الدّول كالمغرب وتونس، لبنان وفرنسا، بحيث أنّه بإمكان الدّولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللّجوء إلى التّحكيم في العقود التي خصّها المشرِّع بوصف الصفقات العمومية، أمّا خارج مجال الصفقات العموميّة فإنّ شرط إجازة التّحكيم لأشخاص القانون العام يتوقّف على كون الدّولة طرفا

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ، ص 323.

[2] محمد السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص 225.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد الأول، ط 1981، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر، ص 342.

في الاتفاقيات الدّولية التي تفرض اللّجوء إلى التّحكيم، وفي إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.[1]

4- شرط السبب:

المقصود به الغرض الذي من أجله يلجأ للتّحكيم، فقد اعتبره البعض ركناً في العقد بينما اعتبره آخرون ركناً في الالتزام، فبعض الفقهاء ومنهم السنهوري اعتبره عنصراً في الالتزام العقدي، دون غيره وهو متّصل بالإرادة، وليس عنصرا من عناصرها. فسبب إبرام اتّفاق التّحكيم هو اللّجوء إلى التّحكيم كعدالة خاصة، لما فيها من مميزات وتفادي قضاء الدولة، لما فيه من تعقيدات إجرائية ووقتيّة، ولما يحقّقه من سرية وتخصص، ولما يوفّره من وقت وجهد ومال[2].

البند الثالث : كيفيّة إدراج شرط التّحكيم في الصّفقة العموميّة :

إنّ الاتّفاق على التّحكيم وكيفية إدراجه كشرط في الصفقات له وضع خاصّ يميِّزه عن غيره من العقود، ذلك أنّه وباعتبار الصفقات العموميّة عقود إدارية ترتكز أساساً على المال العام، استلزم الوضع وجوب تدخل المشرِّع بوضع قواعد وإجراءات خاصة ابتداءً من مرحلة الإبرام إلى غاية المصادقة عليها من جانب الهيئة المختصة.

وتعرِّف المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247[3] الصفقات العموميّة بأنّها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، ولمّا كانت الصفقات العموميّة ذات صلة بالخزينة العمومية

3Mohand issad, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international. Revu de l'arbitrage 2008, n°3, p420.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق، ص 293.

[3] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ح ،ر،ج، ج، رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

وبمخططات التنمية، كان واجبا تحديد طرق خاصة لإبرامها حفاظا على المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العموميّة[1].

تبرم الصفقة العمومية في الجزائر وفقا للإجراءين المشار إليهما في نصّ المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي إجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامّة أو وفق إجراء التراضي[2].

أوّلا: إجراء طلب العروض.

يعتبر إجراء طلب العروض[3] الأصل أو القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية وتعرّفه المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها :"طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدّة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات المتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"

[1] نصّت المادة 3 من المرسوم 10- 236 على ما يلي: " لضمان نجاعة الطلبات العموميّة والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقة العموميّة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام كامل أحكام هذا المرسوم." وهي نفس المبادئ التي جاءت في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 في مادته الخامسة.

[2] عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المرجع السابق ، ص 139 .

[3] المرسوم الرئاسي 15-247 استعمل مصطلح إجراء طلب العروض بدل مصطلح المناقصة الذي كان مستعملا في كل المراسيم السابقة، فمصطلح المناقصة كان يفهم منه أن معيار المفاضلة بين العارضين هو المعيار المالي وحده وهذا فيه قصور كبير والمصطلح لم يكن دقيقاً، فاستحدث المشرع مصطلح طلب العروض وهو مصطلح أدق وأبلغ والمقصود منه أن المصالح المتعاقدة تطلب عروضاً من العارضين، هذا وكان المرسوم 82-145 السابق قد استعمل مصطلح أكثر دقة وهو "الدعوة للمنافسة" وهذا ما أشارت إليه المادة 26 وما بعدها من المرسوم82-145 المؤرخ في 10-04-1984 ج، ر،ج،ج، عدد 15 الصادرة بتاريخ 13-04-1982.

ويتّخذ إجراء طلب العروض عدة أشكال وفقا للمادة 42 من المرسوم15-247 تتمثّل في طلب العروض المفتوح، مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود والمسابقة[1].

وتمرّ الصفقات العموميّة التي تبرم وفق إجراء طلب العروض بعدّة مراحل تبدأ من الإعلان عن طلب العروض، ثمّ مرحلة إيداع العروض تليها مرحلة فحص العروض وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين، لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشّكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يدرج فيها شرط التّحكيم[2].

وهذه المرحلة هي مرحلة قانونية جدّ هامّة حيث يتمّ فيها الاطّلاع على إرادة الطرفين، والتي تتجسّد لاحقا في الإتّفاق على بنود الصفقة باعتبارها عقدا كبقية العقود تتضمن جملة من المواد تتعلق بكل جوانب الصفقة المالية والتقنية، والتعاقدية وغيرها.

ومن ضمن هذه المواد أو البنود المادة التي تتعلّق بتسوية الخلافات التي تنشأ بين الطرفين.[3] وهنا قد يتّفق الطرفان على حلّ خلافاتهم المستقبلية باللّجوء إلى التّحكيم. وذلك من خلال وضع شرط التّحكيم.

ثانيا: أسلوب التّراضي.

إنّ القاعدة العامّة لإبرام أيّ صفقة عموميّة هو أسلوب طلب العروض لما فيه من حماية لحقوق المشاركة، وضمان، وشفافية، ونزاهة، واتقاء لمظاهر الفساد، وحماية للمال العام من الهدر والتبديد، إلا أنّه واستثناءً عن القاعدة العامّة يمكن للمصالح المتعاقدة

[1] لمزيد من التفاصيل في أشكال طلب العروض يراجع ، عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 ، المرجع السابق، ص 197 .

[2] عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع نفسه، ص 205 .

[3]Patrick schultz.les marchés publics l.g.d.j .France 2003 p 100.

اختيار المتعامل معها بالتراضي لظروف معينة ومحددة بنص دون الحاجة لإجراءات الإشهار والإعلان، وهذا الأسلوب هو من أقدم أساليب التعاقد[1].

وفقا لنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي15-247 فإنّ إبرام الصفقات العموميّة يتمّ وفق إجراء طلب العروض المناقصة سابقاً، الذي يشكل القاعدة العامة[2] أو وفق إجراء التراضي الذي يعدّ استثناءً يمكن للإدارة اللّجوء إليه، وقد عرَّفت المادّة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التراضي بأنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط، أو شكل التراضي بعد الاستشارة.

والأصل أنّ الإدارة المتعاقدة في حالات التّراضي لا تلزم إتباع إجراء معين مثلما هو الحال لطلب العروض الذي يستدعي فيه المشرّع جملة من المراحل والإجراءات الطويلة. وبالتالي يبقى هذا الأسلوب، أي التراضي هو المجال الخصب لإدراج شرط التّحكيم.

الفرع الثّاني: الاتّفاق على التّحكيم (مشارطة التّحكيم) عند تنفيذ الصفقة العموميّة.

تتمثل الصورة الثانية لاتّفاق التّحكيم في مشارطة التّحكيم التي يعني اتّفاقاً تبرمه جهة إدارية مع المتعاقد معها على اللّجوء إلى التّحكيم بصدد نزاع قائم فعلا بينهم بشأن تنفيذ أو تفسير صفقة عمومية داخلية أو دولية، وتحت طائلة البطلان. و يجب أن يتضمن تحديد موضوع النزاع، وأسماء المحكّمين أو كيفية تعيينهم[3] إذا كنّا بصدد اتّفاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية المقصود بها الصفقات العمومية الداخلية أمّا في إطار

[1] عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق، ص 184.

[2] أحمد شعبان علي الحلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01 سنة 2015، ص 71.

[3] المادة 1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-04-2008 المتضمن ق ،إ،ج، م، إ، الجزائري ج، ر،ج،ج عدد 21 الصادرة بتاريخ 22-05-2008.

التّحكيم في منازعات العقود الإداريّة الدوليّة أي الصفقات العموميّة الدّولية فيجب أن تتضمن الاتفاقية الشروط التي يضعها القانون المطبق[1].

فالقاعدة العامّة أن يلتزم كلّ طرف من طرفي عقد الصفقة بتنفيذ التزاماته بحسن نية، وإذا أخلّ أحد الطرفين بالتزاماته سيؤدي ذلك إلى نشوب نزاع، فإذا لم يسبق للطرفين إدراج اتّفاق التّحكيم عند إبرام الصفقة كبند من بنودها، فإنّه يجوز لهما عند تنفيذ الصفقة أن يقوما بإبرام اتّفاق تحكيم (مشارطة التّحكيم)، وذلك بعد محاولة حلّ الخلاف بينهما بالطرق الودية الأخرى المنصوص عليها قانونا.

بناءً على ما تقدّم وجب علينا البحث في مفهوم اتّفاق التّحكيم شكله ومحتواه وكيفية إدراجه في الصفقة العموميّة، كلّ ذلك وفقا لما يلي:

البند الأوّل: تعريف اتّفاق التّحكيم (مشارطة التّحكيم).

يتّخذ الإتّفاق على التّحكيم صورة ثانية من صور الإتفاق، تختلف عن الصورة الأولى في توقيته؛ ففي الصورة الأولى يكون الاتّفاق قبل نشوب النّزاع ومتزامنا مع توقيع العقد أو بعده، المهم قبل النّزاع، أمّا في هذه الصورة الثّانية فيبرم اتّفاق التّحكيم في وثيقة مستقلّة عن العقد الأصلي وبعد نشوب النّزاع[2].

أمّا في التّشريع الجزائري فمشارطة التّحكيم أو اتّفاق التّحكيم باعتباره اللّفظ الذي استخدمه المشرّع[3]، تعني اتّفاق أطراف علاقة قانونية على اللّجوء إلى التّحكيم للفصل في نزاع نشأ بينهم بالفعل وفقا لما جاء في نص المادة 1011من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة الناصّة على أن:" اتّفاق التّحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التّحكيم."

[1] المادة 1040 من نفس القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-04-2008 .

[2] هاني محمد المنايلي، اتّفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، المرجع السابق، ص 158.

[3]Mohamed issad.op.cit.p 422.

ويجب أن يحدد اتّفاق التّحكيم باعتباره يأتي بعد نشوء النّزاع كافة المسائل الجوهرية من نقاط الخلاف بين الأطراف وادّعاءات الخصوم وطلباتهم، ويعتبر اتّفاق التّحكيم عقداً جديداً يبرم بين المتعاقدين بخلاف العقد الأصلي، وهو ما يدعم مبدأ استقلال اتّفاق التّحكيم، وعدم تأثره بما يلحق العقد الأصلي من عيوب قد تؤدي إلى بطلانه[1].

وما يمكن الإشارة إليه أنّ الغالبية الساحقة من القضايا التّحكيمية خاصة الدّولية منها تنشأ استنادا إلى شرط تحكيمي سابق للنّزاع، وعدد قليل منها ينشأ بالاستناد إلى اتّفاق تحكيمي لاحق للنّزاع (مشارطة التّحكيم)، إذ بيّنت أغلب الدراسات بأنّ شرط التّحكيم يعدّ أهمّ مصدر من مصادر التّحكيم، سواءً الداخلي أو الدولي، حيث تبيّن بأنّ ما يقارب 80 % من عقود التّجارة الدّولية أصبحت تتضمن شرطاً تحكيميّاً[2].

البند الثاني : شكل ومحتوى اتّفاق التّحكيم.

يهدف اتّفاق التّحكيم إلى عرض النّزاع القائم بين الأطراف على التّحكيم، ويجب أن يتمّ إبرام اتفاقية التّحكيم كتابة وإلا كانت باطلة، غير أنّ الكتابة المطلوبة هنا لا يشترط أن تكون رسمية، إذ يكفي أن تكون الكتابة ولو عرفية، وهذا أخذاً من اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها 2-3 المشار إليها سابقاً، والسارية المفعول في الجزائر التي وسعت من مفهوم الاتفاقية المكتوبة، حيث تعتبر كلّ شرط مدرج في العقد أو اتّفاق التّحكيم الموقّع من الأطراف، أو المتضمن في رسائل أو برقيات بمثابة اتّفاقية مكتوبة فمتى تضمّن العقد اتفاقية التّحكيم بهذا الشكل وجب على القضاء الوطني المُنظمة دولتُه إلى الاتفاقية الاستجابة للدّفع بعدم اختصاصه للنظر في النزاع متى تمسك أحد الأطراف بذلك.[3]

---

[1] جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التّحكيم بين الإجراء والموضوع، المرجع السابق ، ص39.

[2] نور الدين بوكلي ، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 265 .

[3] أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي في القانون الجزائري مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، المرجع نفسه، ص 250 .

أمّا المشرِّع الجزائري فقد اشترط جملة من الشروط الواجب توافرها في اتّفاق التّحكيم حتى يعتبر صحيحاً، وتخلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلانه لاسيما فيما يخصّ تحديد موضوع النّزاع بالإضافة إلى تعيين المحكّمين أو كيفية تعيينهم[1]، وهو الوارد في نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة التي أشارت إلى أنّ اتّفاق التّحكيم يحصل كتابياً، ويجب أن يتضمّن اتّفاق التّحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النّزاع وأسماء المحكّمين أو كيفية تعيينهم، وإذا رفض المحكّم المعيَّن القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة".

وبموجب هذه المادة نجد أنّ المشرِّع الجزائري استلزم الكتابة لاتفاق التّحكيم حتى يكون صحيحا، بحيث يعتبر الكتابة شرطاً لصحّة اتّفاق التّحكيم، وليست مجرّد وسيلة للإثبات، أمّا على مستوى التّحكيم الدّولي فلا تعدو الكتابة سواء بالنسبة لشرط التّحكيم أو اتّفاق التّحكيم (مشارطة التّحكيم) إلا وسيلة للإثبات، طبقا لما جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ يجوز إبرام اتّفاق التّحكيم شرطا كان أم مشارطة بالكتابة أو بأي وسيلة اتّصال أخرى. هذا من الناحية الشكلية[2].

أمّا من الناحية الموضوعية فإنّ المشرِّع الجزائري شأنه شأن المشرِّع الفرنسي أوجب ضرورة أن يكون موضوع النّزاع محدّداً حتى يكون اتّفاق التّحكيم صحيحاً، وينتج عن هذا الوجوب أثران فالامتناع عن تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى بطلان اتّفاق التّحكيم كما أنّه يتعيّن على المحكّم أو المحكّمين التقيّد بموضوع النّزاع، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1975، ص 480 .

[2] عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، ج1،2009، قسم الوثائق الجزائر، ص 70.

أوّلا: تحديد موضوع النّزاع في اتّفاق التّحكيم.

يجوز الإتّفاق على التّحكيم في جزء من نزاع معين، كما يجوز الإتّفاق على التّحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ صفقة عمومية أو عقد إداري، ولا يثبت التّحكيم إلا بالكتابة ، ولا يجوز التّحكيم في المسائل التي تمسّ بالنّظام العام، ولا يصحّ التّحكيم إلا ممّن أهلية التصرّف في الحقوق محلّ النزاع ويجب أن يحدّد موضوع النّزاع في الإتّفاق على التّحكيم وإلا كان التّحكيم باطلاً،[1] ولمّا كان موضوع النّزاع معلوماً بصفة عامة في الإتّفاق على التّحكيم طالما أنّه عنصر من عناصر عقد معين، فقد لا يكون معلوماً أحيانا في الشرط لذا أوجبت القوانين إلزام الخصوم بتحديد موضوع النّزاع ولو بوجه عام دون تفصيل في كل أوجه النّزاع[2].

ويتحدّد موضوع النّزاع في الاتّفاق التّحكيمي عبر الموقف الذي يتّخذه كلّ الأطراف لحظة توقيع مشارطة التّحكيم، وفي هذه الحالة يجب تحديد موضوع النّزاع في إعلان الدّعوى الذي يقدّمه المحتكم عند بدء إجراءات التّحكيم، وإن كان التّحديد النهائي للمسائل المتنازع فيها، والتي تتحدد على أساسها ولاية محكمة التّحكيم، يتمّ لاحقا على ضوء ما يقدّمه الخصوم من طلبات أثناء سير الخصومة، مع مراعاة أنتكون هذه الطلبات في حدود ما نصّت عليه مشارطة التّحكيم، ويعتبر خارجا على موضوع النّزاع كلّ طلب جديد ومضاف من قبل الأطراف إلى الادّعاءات الأساسيّة أثناء سير الخصومة ولا يخضع بذلك لصلاحية المحكمة التّحكيمية إلا إذا اتّفق الأطراف على هذه الإضافة.

[1] أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية ، ط 2015 ، مصر، ص 14 .

[2] أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، المرجع نفسه، ص 30.

ثانيا: وجوب التقيّد بموضوع النّزاع المحدّد في اتّفاق التّحكيم.

يتوجب على المحكّم عدم تجاوز حدود الوقائع ويتعيّن عليه الفصل في كل الطلبات المقدَّمة من الأطراف، مثلما هو معبّر عنها في اتّفاق التّحكيم(مشارطة التّحكيم) ولا يجوز له أن يحكّم بأكثر ممّا هو مطلوب منه[1]، وينبغي أن يكون موضوع النّزاع من المواضيع التي يجوز فيها التّحكيم، ولا تخالف النّظام العام وبالتالي فكلّ اتّفاق شرط أو مشارطة يكون مخالفا للنّظام العام يعتبر باطلا وكأنّه لم يكن[2].

أمّا بالنّسبة للتّحكيم الداخلي، فالمشرّع الجزائري في القانون الجديد لم يخرج عن الشرط الذي وضعه القانون القديم فيما يخصّ صحة اتّفاق التّحكيم، والذي يقتضي أنْ يتضمن تحت طائلة البطلان اسم أو أسماء المحكّمين، والنص على كيفية تعيينهم ويكون بذلك قد ساير منهج المشرّع الفرنسي الذي استلزم هو الآخر إلى جانب تحديد موضوع النّزاع تضمين اتّفاق التّحكيم أسماء المحكِّمين أو كيفية تعيينهم، وإلا اعتبر الاتّفاق التحكيمي باطلاً.

أمّا فيما يخصّ التّحكيم الدّولي فإنّ صحة الاتّفاقية التّحكيمية ليست مرتبطة بشرط تعين المحكّمين، أو أن تكون كيفية تعينهم محددة، فلقد أشارت المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في هذا الصدد، إلى أنّه بالإمكان تعيين المحكّمين، وبالتالي فتلك إمكانية، وفيها اعتراف بمبدأ الحرية الكاملة لأطراف الاتّفاقية التّحكيمية[3].

أمّا المشرّع الجزائري فلم يستوجب على الأطراف اتّباع قاعدة معينة فيما يتعلّق بتعيين المحكّم أو موضوع النّزاع، واكتفى بالنص في المادة 1041من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكّمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، غير أنّه في حالة عدم

[1] عبد الحميد الأحدب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، المرجع السابق، ص49 .

[2] شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، أحمد محروس علي ناجي ، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 69 .

[3] عبد الحميد الأحدب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ،المرجع السابق، ص 53 .

تعيين المحكّم، أو تعذر ذلك فإنّه أجاز للطرف الذي يهمّه الأمر رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التّحكيم إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التّحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وفضلا على ذلك فقد أجاز المشرِّع للأطراف في حالة رفض المحكّم لأداء مهمته طلب استبداله عن طريق رفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة، ويكون بهذه القاعدة قد أخذ بنمط مغاير لما جاء به قانون التّحكيم الداخلي الفرنسي الذي يقضي ببطلان اتّفاق التّحكيم[1]، إذا رفض المحكّم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، وبالتالي لم يترك المجال لأيّ تدخل من الجهات القضائية لإنقاذ التّحكيم.

أمّا على المستوى الدولي فإنّ المشرِّع الفرنسي لم يحدِّد حالة بطلان اتّفاق التّحكيم تبعا لرفض المحكّم لمهمته، حيث منح للأطراف حرية واسعة في اختيار المحكّمين واستبدالهم وعزلهم[2].

وقد منح المشرِّع الجزائري الأطراف في التّحكيم الدّاخلي، شأنه في ذلك شأن المشرّع الفرنسي إمكانية إبرام اتّفاق التّحكيم حتى ولوكان ذلك أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية.[3]

ويستنتج من ذلك أنّ النّزاع المعروض على أيّ جهة قضائية مهما كانت درجتها يمكن إعادة توجيهه إلى التّحكيم باتّفاق الأطراف، مع الإشارة إلى أنّه وفي كل الأحوال ما تمّ الفصل فيه من نزاع قائم بين الأطراف على مستوى القضاء يبقى محتفظا بقوة

[1] المادة 1493 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، تعتبر أن الإتفاق التحكيمي باطلاً إذ رفض المحكم المعين القيام بمهمته، ولكن البطلان لا يعني الإلغاء في التحكيم الدولي، التي لم يحدد بشأنها حالات البطلان الإتفاق التحكيمي تبعاً لرفض المحكم لمهمته، وبالتالي فالمشرع الفرنسي ترك الباب مفتوحاً على كل تدخل قانوني من قبل المحاكم القضائية التابعة للدولة بهدف إنقاذ التحكيم في الحالات التي يواجه فيها تشكيل المحاكم التحكيمية مصاعب من هذا النوع.

[2] نور الدين قارة ، قانون التحكيم ، المرجع السابق، ص65 .

[3] المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المصدر السابق .

الشيء المقضي فيه، ولا يتابع التّحكيم إلا بشأن المسائل المتبقية، إلا إذا عمد الأطراف واتفقوا على عدولهم عن قبول القرارات القضائية والتوجه إلى محاكمة جديدة شاملة عن طريق التّحكيم، وهذه القاعدة التي يطرحها قانون التّحكيم الدّاخلي هي مطبقة كذلك في قانون التّحكيم الدّولي[1].

الفرع الثّالث: استقلالية اتّفاقية التّحكيم عن الصفقة العموميّة.

إنّ بحث مسألة استقلالية اتّفاق التّحكيم عن العقد الأصلي ظهر نتيجة لضرورات عملية فنجد أنّ القضاء الفرنسي أقرّ مبدأ استقلالية اتّفاقية التّحكيم عن الصفقة الأم منذ سنة 1963 واستقر على هذا المبدأ ولم يخالفه أي تشريع في ذلك.[2]

ولعلّ الآثار المترتبة عن مبدأ الاستقلالية هي التي دفعت إلى البحث في هذه المسألة، وتبرز هذه الآثار عند التمسك ببطلان الصفقة من أحد أطرافها أو المطالبة بفسخها. فهنا هل يتأثر اتّفاق التّحكيم بما قد يلحق بالصفة من أسباب البطلان أو الفسخ؟. وهل تمتد هذه الأثار إلى اتّفاقية التّحكيم؟، كما أنّه يمكن لأحد الأطراف الدفع كذلك بعدم صحة اتّفاق التّحكيم. فهل يتأثر عقد الصفقة بما يلحق باتّفاق التّحكيم من بطلان؟[3].

هذا الجدل هوما دعا إلى ضرورة إعطاء اتّفاق التّحكيم استقلالية وحصانة من ذوي النوايا السيئة، وهوما دفع بمعظم القوانين الداخلية للدول إلى الأخذ بهذا المبدأ.

فلقد قرّر المشرّع الجزائري في الأحكام المتعلقة بالتّحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإداريّة استقلالية اتّفاقية التّحكيم عن الصفقة العموميّة، وهوما سنبيِّنه فيما يلي:

---

[1] مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، المرجع السابق، ص 121 .

[2] لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي، وفق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، المرجع السابق ص 77.

[3] مراد محمّد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ط1 2010ص 122.

البند الأوّل: مفهوم الاستقلالية.

يقصد باستقلالية اتّفاق التّحكيم عدم تأثيره في العقد الأصلي، لا من حيث الصحة ولا من حيث البطلان، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق، وهذا المبدأ قبل أن يكون قاعدة قانونية معتمدة في القوانين الداخلية كان قاعدة من القواعد الموضوعية الدولية[1] فاللّجوء إلى التّحكيم قد يكون سواء عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرفي العلاقة التعاقدية التي سينشأ عنها النّزاع، وهوما يسمى بشرط التّحكيم، أوعن طريق اتّفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يمثّل العلاقة القانونية التي أثير بشأنها النّزاع المراد حسمه، وهوما يطلق عليه باتّفاق التّحكيم، فمشارطة التّحكيم هي اتّفاقيات لاحقة على قيام النّزاع، ومتعلّقة بنزاع محتمل لم تتحدّد ملامحه[2].

وما يمكن الإشارة إليه أنّ الصفقة إذا تعرّضت إلى سبب أدّى إلى بطلانها أو فسخها فإنّها تزول بكلّ ما تضمنته، وبالتالي ينتهي شرط التّحكيم عن العقد الأصلي فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التّحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط صحته الخاصة به[3].

ولقد أخذت معظم التّشريعات الحديثة بمبدأ الاستقلالية بينما اكتفت دول أخرى بالنص عليه بشكل عرضي، وذلك بالتأكيد على عدم ارتباط مصير شرط التّحكيم بمصير العقد الأصلي.

فنجد المشرّع الفرنسي لم ينص عليه صراحة في قانون الإجراءات المدنية، وترك ذلك للقضاء، فقد كانت هذه المسألة محلّ تردد يوم كانت الصبغة التعاقدية هي الغالبة على طبيعة التّحكيم في العقود الإدارية، ولكن مع تطور التّحكيم وصيرورته قضاءً بديلا لحلّ المنازعات أصبح شرط التّحكيم يتمتع بالاستقلالية، فلقد أكدت محكمة النقض

[1] بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منارات العقود الإداريّة، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن ط1، 2005،ص 96.

[2] فؤاد محمد أبوطالب ، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية، المرجع السابق، ص 295.

[3] محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص69.

الفرنسية على أنّ اتّفاق التّحكيم، سواء كان منفصلا، أو كان يتضمنه التصرف القانوني فإنّه يتمتع دائما فيما عدا الظروف الاستثنائية باستقلال قانوني تام وهو بمنأى عن أية آثار محتملة لعدم صحة التصرف القانوني[1]، ولقد أيّد القضاء الفرنسي هذا المبدأ في عديد أحكامه.[2]

أمّا المشرّع المصري فحسم مبدأ الاستقلالية في قانون التّحكيم الصادر سنة 1994 إذ نصّت المادة 23 منه على أنّ " شرط التّحكيم اتّفاق مستقل عن شروط العقد الأخرى ولا يترتّب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التّحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".[3]

أمّا المشرِّع الجزائري فلم يتبنَّ في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التّحكيم ولم يورد لها أيّ نصٍّ صريح، ولم يشر لها تماما[4]، ما يؤدي بالقول أنّ منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشمل اختصاص المحكّمين، ويعود الاختصاص إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضي بصحة العقد صحّ معه بالتبعية الشرط التّحكيمي أو التّحكيم بصفة عامة. أمّا إذا قضي بغير ذلك فإنّ القضاء هو المختصّ بنظر النّزاع التعاقدي.

أمّا في التّحكيم الدّولي فقد أقرّ المشرِّع الجزائري مبدأ استقلالية اتّفاق التّحكيم حيث نصّت الفقرة 4 من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقيّة التّحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي". فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم، الذي لم يتبنَّ نظرية استقلال شرط التّحكيم في التّحكيم الدّاخلي، وتبنّاها في التّحكيم الدّولي بشكل صريح وواضح.

---

[1] جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الإجراء والموضوع ، دراسة مقارنة ،المرجع السابق، ص124.

[2] أبوزيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، مصر 1981، ص 38.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، ط2، 2000، مصر ، ص 95 .

[4] لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والقوانين المقارنة ، المرجع السابق ص 79.

وفي هذا المجال وجب على المشرّع الجزائري اتّخاذ موقف حاسم تجاه مبدأ استقلالية اتّفاق التّحكيم عن العقد الأصلي في مجال التّحكيم الدّاخلي في العقود الإدارية ككلّ، ومنها الصفقات العمومية.

البند الثاني: نتائج الاستقلاليّة.

يترتّب على استقلاليّة اتفاقية التّحكيم عن عقد الصفقة العمومية نتائج حتمية هي نفس النتائج الموجودة في العقود الإدارية ككل.[1]

إنّ عدم مشروعية العقد الأصلي، أو عدم صحّته أو بطلانه، لا يؤثر على شرط التّحكيم أو اتّفاق التّحكيم[2]، وأساس هذا المبدأ أنّ اتّفاق التّحكيم أو شرط التّحكيم يعالج موضوعا يختلف تماما عن موضوع العقد الأصلي، إذ أنّ اتّفاق التّحكيم أو شرط التّحكيم تصرف قائم بذاته، ويترتّب على استقلالية اتّفاقيّة التّحكيم عن عقد الصفقة العمومية نتائج، فإذا أبطلت الصفقة أوتمّ فسخها لسبب ما كمخالفتها لإجراء جوهري من إجراءات إبرامها، أو كان موضوعها مخالفا للنظام العام فإنّ شرط التّحكيم يظلّ صحيحا.

ومن ثمّ يمكن السير في إجراءات التّحكيم، وحسم النّزاع حول مدى صحتها من قبل المحكّم وليس من قبل المحكمة، إذ أنّ بطلان الصفقة، أو بطلان اتّفاق التّحكيم، لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، وعليه يمكن القول أنّ هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وفيه تدعيم اتّفاق التّحكيم، ثمّ أنّ مبدأ استقلال اتّفاق التّحكيم يعطي للمحكِّم سلطة النظر في اختصاصه بنظر النّزاع، كما يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم اتفاق التّحكيم، إذ ليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتّفاق التّحكيم.[3]

---

[1] فؤاد محمد أبوطالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، المرجع السابق، ص 298 .

[2] محمّد الحبيب، القضاء والتحكيم أيّة صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص237.

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص260.

ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ فإنّ اتّفاق التّحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إذ يمكن تطبيق المبادئ العامّة على اتّفاق التّحكيم بغضّ النظر عن القانون المطبق على العقد الأصلي.[1]

أمّا اتّفاقية نيويورك المتعلّقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التّحكيم الأجنبية فنصّت بأنّ تنفيذ القرار التّحكيمي يمكن أن يرفض إذا أثبت الطرف المتمسِّك بالبطلان أن اتّفاق التّحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتّفاق التّحكيم، وبهذا تكون اتّفاقية نيويورك قد أقرّت بمبدأ الاستقلالية ضمنيا[2]، وهذا يعتبر من آثار اتّفاق التّحكيم التي سنتطرق لها فيما يلي:

البند الثالث: آثار الاستقلاليّة .

يترتب على استقلالية اتّفاقية التّحكيم عن الصفقة العمومية آثار مباشرة وأخرى غير مباشرة. وأثار إجرائية نوردها كما يلي:

أوّلا: الآثار المباشرة:

من الآثار المباشرة المترتبة على استقلاليّة اتّفاقية التحكيم عن الصفقة الأم نذكر ما يلي:

1- **عدم ارتباط مصير اتّفاق التّحكيم بمصير الصفقة:** هو أهمّ أثر يرتبه مبدأ استقلالية شرط التّحكيم عن العقد الأصلي، ما يجعله أكثر فعالية في حلّ النّزاع عن طريق التّحكيم، ويعني ذلك أنّ اتّفاق التّحكيم لا يتأثر بمصير العقد الأصلي. ويشترط لكي يترتب على اتّفاق التّحكيم هذا الأثر أن يكون هذا الاتّفاق في حدّ ذاته صحيحا.

2- **إمكانية خضوع اتّفاق التّحكيم لقانون يختلف عن القانون المنظم للصفقة العموميّة:** إنّ إعمال هذا المبدأ يترتّب عليه إمكانية إخضاع اتّفاق التّحكيم لنظام قانوني يختلف في طبيعته وفي مصادرة عن ذلك الذي يحكم العقد، سواء تمّ إخضاع اتّفاق التّحكيم إلى قواعد الإسناد التقليدية، أو تمّ إخضاعه إلى قواعد إسناد حديثة، فلا يشترط

[1] رنا محمّد راضي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص119.

[2] قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 216.

أن يخضع اتّفاق التّحكيم لنفس القواعد القانونية التي تحكم الصفقة، فيجوز للأطراف اختيار قانون معيّن يحكم العقد وآخر يحكم اتّفاق التّحكيم، كما يجوز أن يخضع اتّفاق التّحكيم لقاعدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون واجب التطبيق.

ولقد كرّس القانون الجزائري هذه النتيجة في قانون الإجراءات المدنية السابق إذ نصّت المادة 458 مكرر1 فقرة 3 على " أنّ اتّفاقية التّحكيم ... تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للقانون الذي اتّفق الأطراف على اختياره، وإمّا القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإمّا القانون الجزائري..".

أمّا في القانون رقم 08-09 فنصت المادة 1040 منه على تكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم اتّفاق التّحكيم، حيث أنّه حذف القانون المطبق على العقد كما حذف القانون الجزائري[1]، وهذا ما جعله يعمل بالاتّجاه الجديد للقانون الدّولي.

ثانيا: الآثار غير المباشرة.

يمكن إجمالها في عنصرين كما يلي:

1- **اختصاص المحكّم بالفصل في اختصاصه:** الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الأثر هي أنّه ليس هناك مبرر للتشكيك سلفا بالمحكمين بأنهم غير قادرين على التوصّل إلى قرار يكون في نفس الوقت عادلا وغير ماس بالنظام العام، ويعتبر المبدأ الذي يمنح للمحكّم سلطة الفصل في مدى اختصاصه قاعدة من القواعد الأساسية في قانون التّحكيم إذ يرى بعض الفقهاء بأنّ هذا الأثر ملازم لمبدأ استقلالية اتّفاق التّحكيم، لأنّ منح اتّفاق التّحكيم استقلالية في مواجهة العقد والقانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية إذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التّحكيمية. فتبقى هذه

[1] نصّت الفقرة 03 من المادة 1040 من، ق، إ، م، والإدارية الجزائري على: " ...تكون اتّفاقية التّحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إمّا القانون الذي اتّفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما."

الاستقلالية ناقصة ودون فائدة[1]، وقد كرّس القانون الجزائري هذا الأثر بنص المادة 1044 من القانون رقم 08- 09[2].

و لعلّ هذه المادة جاءت مطابقة لنص المادة 458 مكرر 07 من قانون الإجراءات المدنية السابق[3]، في حين ذهب رأي آخر من الفقه إلى أنّ مبدأ الاستقلالية ومبدأ اختصاص المحكّم بالفصل في اختصاصه هما قاعدتان منفصلتان، حيث أنّ مبدأ الاختصاص للنظر بالاختصاص يجيز للمحكمة التحكيمية متابعة مهمتها حتى ولوكان العقد التّحكيمي موضع نزاع أو طعن فاستقلالية الشرط التّحكيمي عن الصفقة الأصلية تجيز للمحكّم الذي يستمد اختصاصه من الشرط التّحكيمي أن يتابع مهمّته، ولكنه غير قادر على تبرير متابعة السير بالدعوى واعتبار نفسه مختصا إذ كان الشرط التّحكيمي ذاته هو موضع الطعن[4].

2- **استقلالية اتّفاق التّحكيم عن أيّ قانون وطني:** لقد جاء مبدأ الاستقلالية ليعزل اتّفاق التّحكيم عمّا يمكن أن يصيب العقد الأصلي من عيوب، وليكمل هذه الغاية وهو ما ترتّب عنه نتيجة جديدة جاءت في نفس المسعى وهي إفلات هذا الاتفاق من القوانين الوطنية، وهذا ما يجعل هذا الإتفاق صحيحا بمجرد وجوده في العقد الدّولي

---

[1] محمّد الحبيب، القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 236

[2] نصّت المادة 1044 من، ق، إ، م، والإدارية الجزائري على: " تفصل محكمة التّحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. وتفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النّزاع".

[3] كانت المادة 458 مكرر 07 من، ق، إ، م، والإدارية السابق، الصادر بموجب الأمر رقم 66. 154 المؤرّخ في 08-07-1966 ج، ر، عدد 47 الصادرة بتاريخ 9-7-1966 المعدلة بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المادة 2 منه الصادر بتاريخ 25-04-1993 ج، ر، عدد 27، الصادرة بتاريخ 27-04-1993 تنص على:" تفصل محكمة التّحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص من قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع تفصل محكمة التّحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النّزاع".

[4] محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص65 .

بموجب إرادة الأطراف، ولقد أقرّت اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 هذا الأثر صراحة.[1]وقد كرّس القانون الجزائري هذا المبدأ في المادة 1040 من قانون 08-09 كما كان ينص عليه في القانون السابق بالمادة 458 مكرر 1، التي كانت تعتبر مبدأ استقلالية اتّفاق التّحكيم صمام أمانٍ له.[2]

ثالثا: الآثار الإجرائية لاتّفاق التّحكيم.

الأكيد أن لإبرام اتّفاق تحكيم صحيح مستوفي لجميع الشّروط الموضوعية والشّكلية السابق ذكرها، أثار منها الأثر المانع لاتّفاق التّحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث تبنّت غالبية التّشريعات الوطنيّة ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة هذه الأثار وجسدتها تشريعيا، وهذا ما سنوضحه فيما يلي :

1- الأثر المانع لاتّفاق التّحكيم: يترتّب على اتّفاق التّحكيم، أيًّا كانت صورته شرطا أو مشارطة أثران هامّان أثر إيجابي هو حقّ كلّ من طرفيه في الالتجاء إلى التّحكيم وأثر سلبي هو التزام طرفيه بعدم الالتجاء إلى قضاء الدّولة لنظر المنازعة محلّ التّحكيم وإعمالا لهذا الأثر الأخير، يلتزم كلّ من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطّرف الآخر لحقّه في اللجوء إلى التّحكيم، كما تلتزم محاكم الدّولة بالامتناع عن نظر النّزاع المتّفق على التّحكيم بشأنه، فإذا أبرم اتّفاق التّحكيم صحيحا وفقا للقانون الواجب التطبيق تولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللّجوء إلى قضاء الدولة المنعقد الاختصاص لمحاكمها وإذا رفع النّزاع أمام قضاء الدّولة تعين عليه التخلي عنه احتراما لوجود اتّفاق التّحكيم وذلك أيًّا كان الوقت الذي اتّصل فيه النّزاع سواء قبل بدء الإجراءات أو بعد ذلك، وهو ما أخذ به المشرِّع المصري في المادة 13 من قانون التّحكيم، فيجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتّفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدّعوى إذا دفع المدّعى عليه

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص 86.

[2] كانت المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 ،ق، إ، م، والإدارية السابق 66- 154 تنص على: " ....لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتّفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح".

بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التّحكيم أو الاستمرار فيها أو أصدر حكم التّحكيم".

وقد تبنى المشرِّع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتّفاق التّحكيم حيث نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية على أنّه " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النّزاع إذا كانت الخصومة التّحكيمية قائمة، أو إذا تبيّن له وجود اتّفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

وفي هذا الصدد نجد أنّ المشرِّع الجزائري قد أخذ بمبدأ الأثر المانع لاتّفاق التّحكيم، والذي يترتّب على وجود اتّفاق تحكيم سليم شكلاً وموضوعًا، حسب الأحكام الواردة في هذا القانون فوجود اتّفاق التّحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النّزاع الذي يوجد بشأنه اتّفاق التّحكيم، فإذا علم القاضي أنّ النّزاع المطروح أمامه قد سبق لأطرافه الاتّفاق على تسوية ما يثور بشأن علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التّحكيم، فوجب عليه الحكم بعد قبول الدّعوى خاصة إذا تمّ البدء في إجراءات التّحكيم وشكّلت هيئة التّحكيم وبدأ النزاع، وقد اشترط المشرّع الجزائري امتناع القاضي عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتّفاق تحكيم أن يدفع أحد أطراف النّزاع بأنّه يوجد اتّفاق تحكيم بشأنه، بحيث إذا تجاهل أحد الطرفين اتّفاق التّحكيم ورفع دعوى إلى القضاء بخصوص النزاع فإنّه يجب تنبيه المحكمة إلى وجود هذا الإتّفاق، وبالتالي تمتنع عن الفصل في النزاع[1]، وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد سلك مسلك غالبية تشريعات التّحكيم التي تبنّت مبدأ الأثر المانع لاتّفاق التّحكيم.

2- **مبدأ الاختصاص بالاختصاص:** يعدّ هذا المبدأ من أهمّ آثار اتّفاق التّحكيم من الناحية الإجرائية، حيث أنّه ينقل الاختصاص من قضاء الدّولة إلى قضاء خاص أنشأه أطراف اتّفاق التّحكيم، حيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النّزاع

[1] مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون إ، م، إ، الجزائري، المرجع السابق،ص109.

المبرم بشأنه اتّفاق التّحكيم، وبهذا يتخلى قضاء الدّولة المختص أصلا بنظر النّزاع بموجب هذا الأثر إلى القضاء الاتّفاقي الذي أراده الأطراف، الذي يثبت له سلطة الفصل في النّزاع.

فأوّل مسألة إجرائية يجب لهيئة التّحكيم أن تبثّ فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النّزاع المبرم بخصوصه اتّفاق التّحكيم، حيث أنّه يمكن لأحد طرفي التّحكيم الذي يرغب في التنصّل من الالتزامات الناشئة عن اتّفاق التّحكيم، إثارة مسألة بطلان اتّفاق التّحكيم، أو غموضه وتعذر إعماله أو تنازلهم عنه صراحة باتّفاقهم على ذلك، أو اللّجوء إلى القضاء المختصّ في نظر النّزاع أصلا على نفي أساس اختصاص هيئة التّحكيم، وبالتالي يثور تساؤل حول مدى سلطة هيئة التّحكيم في البت في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتّفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه[1]، فمن الواضح أنّ هذا المبدأ يعطي لهيئة التّحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع، ولكنه لا يسلب ولا يستطيع أن يسلب اختصاص القاضي بالفصل في هذا النّزاع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسّك طرف باتّفاق التّحكيم، ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتّفاق، فقاضي الدعوى هو قاضي الدفوع، ولا يتصور إلزام القاضي بالحكم بعد قبول الدعوى استنادًا إلى تمسك أحد أطراف اتّفاق التّحكيم اكتشف القاضي بطلانه.

ولقد أخذ المشرّع الجزائري بهذا المبدأ في نصّ المادّة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي وباستقرائها يظهر جليا اعتراف المشرّع الجزائري به، حيث نصّت على أنّه " تفصل محكمة التّحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعد الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، وتفصل محكمة التّحكيم في اختصاصها بحكم أوّلي، إلا إذا كان الدّفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النّزاع"، فالواضح أنّ تبنّي المشرّع الجزائري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس مطلقا؛ حيث أنّه اشترط

[1] شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، أحمد محروس على ناجي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية،ط2012،01،ص83.

لكي تفصل هيئة التّحكيم في اختصاصها بنظر النّزاع عدم قيام أيّ طرف من أطراف التّحكيم إبداء أيّ وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها مهمة الفصل في النزاع وبالتالي فإنّه عند مباشرة هيئة التّحكيم مهمة الفصل في النزاع، فإنّه يتحتّم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان، أو عدم وجود اتّفاق التّحكيم، الحكم بعدم الاختصاص.

أمّا إذا لم تتصل هيئة التّحكيم بالنّزاع فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتّفاق التّحكيم، ورفض الحكم بعدم الاختصاص فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح اتّفاق التّحكيم واستعادة اختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود اتّفاق تحكيم صحيح، وهذا ما أخذ به المشرِّع الفرنسي كذلك.

كما وضع المشرّع الجزائري قيدا ثانيا على سلطة هيئة التّحكيم للبتّ في اختصاصها، حيث اشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التّحكيم فيما يخصّ تحديد اختصاصها حكما أوليا، إلا أنّه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النّزاع، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي[1].

[1] غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري ، في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 96.

المبحث الثّاني: الأحكام الإجرائيّة للتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

بما أنّ المشرِّع قد فتح المجال لآليّة التّحكيم كوسيلة لحلّ منازعات الصفقات العموميّة، فإنّه كان واجبا عليه أن ينظّم هذه الآليّة ويخصّها بإجراءات قانونيّة فالخصومة التّحكيميّة مثلها مثل الدّعوى القضائية تبدأ بإجراءات تنعقد بها الخصومة ويتمّ التّحقيق في الدّعوى التّحكيميّة، وذلك قصد صدور الحكم أو القرار التّحكيمي المنهي للنّزاع، وبعد ذلك هناك إجراءات لأجل تنفيذه وطرق الطعن فيه.

وفي حقيقة الأمر أنّ الطبيعة المميِّزة للتّحكيم عن القضاء تجعل الكثير من المسائل لا تقبل التّطبيق بشكل مماثل بين النظامين لاسيما أمام القضاء الإداري ذلك أنّه في مجال التّحكيم لا توجد هيئة لها مقر وقضاة ثابتون وكتابة ضبط يلجأ إليها الأطراف مثل المحكمة الإدارية، كما لا توجد مصلحة إدارية مهمّتها تسجيل الدّعاوى التّحكيميّة، حتى ولو وقع الاختيار على مركز تحكيم، وبالتالي فإنّ الأوضاع المتعلّقة بقيد الدعاوى وفقا للمادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] لا نجد لها تطبيقا في خصومه التّحكيم.

وعليه فإنّ التّحكيم أو الخصومة التّحكيمية، تبدأ من خلال قيام أحد الأطراف بتوجيه طلب التّحكيم إلى الخصم، أو الطرف الثّاني عن طريق محضر قضائي لتبليغه به طبقا للمادة 18 و19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، مع الإشارة إلى أن المادة 19 فقرة 05 تتكلم عن تسليم التكليف بالحضور مرفقا بنسخة من العريضة مؤشرا عليها من أمين الضبط، أمّا الخصومة التّحكيميّة فتنعقد بتسليم التكليف إلى المبلغ له مرفقا بنسخة من طلب التّحكيم، والذي لا يكون مؤشرا عليه من أيّ جهة كانت كما لا نسميه تكليفا

[1] تنص المادة 16 من ق،إ،م،إ، على أنه:" تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أوّل جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية وتسليمها للمدّعي بغرض تبليغها رسميّاً للخصوم..."

[2] لقد نظمت المادتين18 و19 من، ق، إ، م، والإدارية الجزائري شكل وبيانات محضر التكليف بالحضور بصفة عامة وكيفية تسليمه فيما بيّنت المواد 406 إلى 416 من نفس القانون عقود التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والأحكام والأوامر أو القرارات القضائية.

بالحضور للجلسة، إنّما هو تبليغ طلب التّحكيم للخصم وهذا طبقا لنص المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

وللأطراف مطلق الحرية حسب نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] في تحديد كيفية بدء الإجراءات سواء كان ذلك في شرط أو اتّفاق التّحكيم وسواء تمّ بإرسال طلب التّحكيم مباشرة عن طريق رسالة مضمنة الوصول، أوعن طريق تبليغها بواسطة محضر قضائي، أوعن طريق رسالة إلكترونية أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتّصال التي تثبت بالكتابة.

بعد انعقاد الخصومة التّحكيميّة تبدأ خطوات تشكيل هيئة التحكيم ويتبع ذلك بإجراءات تأخذها الخصومة هذه الإجراءات محدّدة بقواعد قانونية وأخرى عرفية وعليه بات واجبا علينا البحث في هيئة التّحكيم والإجراءات التّحكيميّة التي تباشر أمامها وهو ما سنتناوله في المطلب الأوّل على أن نعالج في المطلب الثاني الحكم أو القرار التّحكيمي وكيفية صدوره وتنفيذه. كلّ ذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأوّل: هيئة التّحكيم والإجراءات التّحكيميّة المباشرة أمامها.

التّحكيم تقنية قانونية تسند لهيئة تحكيم قد يكون محكّما أو عدّة محكّمين بهدف إعطاء حلّ لنزاع معين بين الأطراف بحيث تتمتع هذه الهيئة التّحكيميّة بسلطة الحكم أي القضاء. هذه السلطة ليست تفويضا من دولة ولا من سلطة تشريعية، بل تستمد ولايتها من اتّفاق الأطراف على التّحكيم، هؤلاء الأطراف يتبعون جملة من الأعمال والإجراءات

[1] نصت المادة 1010 من، ق، إ، م، والإدارية على: يعرض النزاع على محكمة التّحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل."

[2] نصت المادة 1043 من، ق، إ، م، والإدارية الجزائري على:" يمكن أن تضبط في اتّفاقية التّحكيم الإجراءات الواجب إتّباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي تحدّده الأطراف في اتّفاقية التّحكيم، إذا لم تنص الاتّفاقية على ذلك تتولى محكمة التّحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التّحكيم".

المتوالية ترمي إلى صدور حكم من الهيئة المعنية والتي تسمّى محكمة التّحكيم وعليه وجب دراسة هذه الهيئة والبحث عن كيفية تشكيلها والإجراءات المتّخذة أمامها.

الفرع الأوّل: محكمة التّحكيم.

المشرِّع الجزائري كما الفرنسي سمّاها محكمة التحكيم سواءً كانت مشكلة من محكّم فرد، أومن عدد من المحكّمين، على أنّه يشترط أن يكون عدد المحكّمين وِتراً وتتميّز هذه المحكمة بطابعها المؤقت لارتباطها بنزاع محدّد وتنتهي بإصدارها للحكم الفاصل في النزاع، كما تتميّز بخضوع تشكيلها إلى إرادة الأطراف ولكن بضوابط قانونيّة حدّدها المشرّع.[1]فكيف تشكّل هذه المحكمة، وماذا يجب أن تتوافر في المحكِّم من مؤهلات وشروط؟.

البند الأول: تشكيل هيئة التّحكيم .

من أهمّ مراحل العمليّة التّحكيمية تشكيل محكمة التّحكيم ذلك لأنّ صدور حكم تحكيمي عادل مرتبط بحسن تشكيل هيئة التّحكيم، ولعلّ هذه الأهميّة هي التي جعلت كلّ التشريعات تهتم بهذه المرحلة، كما اهتمّت بها أيضا المواثيق الدّوليّة المنظمة للتّحكيم بصفة عامّة، فقد عالج المشرّع الجزائري مسألة تشكيل هيئة التّحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 وفرّق بين التّحكيم الدّاخلي والتّحكيم الدّولي.

بالنسبة للتّحكيم الدّاخلي تتشكل محكمة التّحكيم من محكّم أو عدّة محكّمين بعدد فردي[2] دون أن يضع المشرّع حدّاً أقصى للعدد. ولعلّ اشتراط العدد الفردي لكون أحكام التّحكيم تصدر بأغلبية الأصوات، ولا يمكن الحصول على الأغلبية دون أن يكون العدد

[1] خالد محمّد القاضي، موسوعة التّحكيم التّجاري الدّولي في منازعات المشروعات الدّولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، المرجع السابق، ص 204.

[2] المادة 1017 من، ق، إ، م، والإدارية الجزائري، المصدر السابق.

فرديا، ولا يعد تشكيل محكمة التّحكيم صحيحا وقانونيا إلا بعد القبول الصريح للمحكّم أو المحكّمين بالمهمة المسندة إليهم.[1]

الملاحظ أنّ إرادة طرفي النّزاع معيبة في نص المادة 1017 من القانون الجزائري لأن هذا النص أكّد على ضرورة أن يكون عدد المحكّمين وِتراً في حالة زيادة العدد عن ثلاثة، فيكون النص القانوني قد اختار العدد الوتر في التّحكيم الداخلي ترجيحا للطبيعة القضائية للتّحكيم وبغية الوصول إلى حسم النّزاع.

أمّا بخصوص التّحكيم الدّولي فقد ترك الأمر لسلطان الإرادة، ولم يضع قيدا على عدد المحكّمين. وهو الملاحظ من المادة 1041 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

وقد يحدث أحيانا أن تعترض صعوبة في تشكيل محكمة التّحكيم، ما يؤدي بالتأكيد إلى مشكلات تحول دون تطبيقه، لكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تصدى لذلك وعالج المشكل قبل ظهوره مهما كانت أسبابه، فإذا كان التّحكيم دوليا وظهرت صعوبة تعيين المحكّمين فعلى الطرف الذي يهمه التعجيل أن يقوم برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التّحكيم، إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر، أمّا إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فعلى الطرف الذي يهمّه التّعجيل رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر وهذا ما أشارت إليه المادة 1041 فقرة 2 من نفس القانون.

وإذا لم تحدّد الجهة القضائية المختصة في اتّفاقية التّحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، وهذا وفقاً لنص المادة 1042 من القانون ذاته.

---

[1] المادة 1015 من نفس القانون الجزائري، المصدر نفسه.

[2] نصّت المادة 1041 ق ،إ، م، والإدارية على: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكّم أو المحكّمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم وردّهم".

وطالما أنّ تشكيل هيئة التحكيم يخضع لإرادة الأطراف، فإنّه إذا لم يحصل اتّفاق بينهم فإنّ الاختصاص في هذه الحالة يعود إلى القضاء، وطالما أنّنا أمام منازعة تتعلق بصفقة عمومية، فالاختصاص فيها يعود إلى القضاء الإداري دون سواه، ويتمّ ذلك برفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية، بموجب أمر على عريضة يودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية[1].

أمّا عن الاختصاص المحلي، فإنّه يعود للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الصفقة أو مكان تنفيذها، والأمر الصادر عن رئيس المحكمة بتعيين محكّم أو محكّمين هو أمر ولائي غير قابل لأيّ طعْن.

أمّا على المستوى الدولي تمّ إنشاء المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بمقتضى اتّفاقية واشنطن التي تعالج تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي قد تنشأ بين دولة ورعايا دولة أخرى موقّعة على الاتّفاقية، وتنظم قواعد المركز وسائل تسوية الخلافات بطريق التّوفيق أو التّحكيم، ففي مجال التّحكيم فإنّ طلب التّحكيم يقدّم من أحد الأطراف إلى أمانة المركز التي لها صلاحية قبول الطلب أو رفضه إذا ثبت لها أنّ النّزاع ليس من اختصاص المركز، كأن تكون الدولة ليست طرفا في الاتّفاقية أمّا إذا تمّ قبول الطلب بعد التحقق من توافر الشروط التي يتطلبها المركز وانعقد الاختصاص له فإنّه يتمّ تشكيل محكمة التّحكيم من محكّم واحد أو محكّمين بعدد فردي وفقا لاتّفاق الأطراف[2].

أمّا لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدّولي فقد حدّدت قواعد في حالة عجز الأطراف عن تشكيل محكمة التّحكيم. وخلال مدة تسعين يوما التالية لإعلان تسجيل الطلب إذ يتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة مركز بناءً على طلب أحد الأطراف، وبعد التشاور مع الأطراف إذا أمكن تعيين المحكّم أو المحكّمين الذين لم يتم

[1] سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

[2] محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، طبعة 1999 ص 118.

تعيينهم على ألا يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النّزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني.[1]

وقد تكون المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية ذات طابع دولي، وتكون الجزائر دولة مضيفة لهذا المستثمر، وحينها إذا تمّ إبرام الصفقة من طرف إحدى الوزارات بصفتها سلطة عامة ممثلة للدولة، فإنّه يجوز لهذا الأخير أن يقدّم طلبا إلى هذا المركز من أجل الفصل في النّزاع عن طريق التّحكيم حتى ولولم يحصل اتّفاق مسبق على التّحكيم، ولكن يكون الأساس في ذلك هو مصادقة الجزائر على هذه الاتّفاقية حتى ينعقد الاختصاص لهذا المركز بالفصل في النّزاع الناشئ عن الصفقة العموميّة المبرمة بين الطرفين، وكثيرة هي المشاريع التي تبرم وفق هذا الأسلوب لاسيما صفقات الأشغال العامّة وغيرها[2].

البند الثاني: الشّروط الواجب توافرها في المحكّم أو المحكّمين.

المشرّع الجزائري لم يعرف لا المحكّم ولا هيئة التّحكيم أسوة بأغلب التّشريعات التي تركت الأمر للفقه والقضاء، فالمحكّم هو شخص يتمتّع بثقة الخصوم أو له عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم، فهو الشخص الذي تناط له مهمّة الفصل في نزاع حال أو محتمل الوقوع ويتمتع بالصفات الواجبة قانوناً.[3]

إنّ لكلّ مهنة قواعدها وآدابها الأخلاقية سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة، فللمحاماة علمها ومناقبها، وللقضاء نزاهته واستقلاله، أمّا التّحكيم فيقوم على الثقة

[1] المادة السابعة من قواعد التّحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدّولي.

[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص90.

[3] عيسى بادي سالم الطراونة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، لبنان 2011، ص 20.

في المحكّمين، ولكنّه أيضا صراع كثيرا ما تدور حوله مصالح ضخمة متعارضة.[1] وبما أنّ منازعات الصفقات العمومية هي ذات طابع تقني، فإنّ المؤهلات المتطلبة في المحكّم الذي يفصل في هذه المنازعات يجب أن تتلاءم مع هذه الصفات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النّزاع.

ويمكن أن يكون المحكِّم قانونيا، كما يمكن ألّا يكون كذلك، فقد يستدعي الحال مثلا في عقد أشغال أن يكون المحكّم مهندسا أو خبيرا إذا تضمن النّزاع نواحي هندسية حتى تتمكن هيئة التّحكيم من الفصل في العناصر الفنية للنّزاع، والمحكّم باعتباره قاضياً في النّزاع المطروح أمامه، فإنّه يتعيّن عليه أن يكون ملمًّا بنظرية العقد وأصولها وأسسها القانونية وقواعد الإثبات فيها ونظرياته العامة، كما يستطيع أن يستمد اقتناعه من الأدلة المقدّمَة من الأطراف[2].

كما أنّ الفصل في منازعات الصفقات العمومية الدولية يستوجب على المحكّم أن يكون ملمًّا باللغات الأخرى حتى يتمكّن من الاطلاع على مستندات النّزاع إذا كانت بلغة تختلف عن لغته الأم، وكذا المذكرات المقدَّمة من الأطراف والمراجع ذات الأهمية في حسم النّزاع، إضافة إلى ذلك أن يكون المحكِّم ملمًّا بنواحي التجارة الدّولية والاقتصاديّة.

إضافة إلى ذلك وجوب تمتّع المحكّم بالمؤهلات العامّة المتطلبة في سائر المحكّمين، بحيث يجب ألّا يكون قاصرا، أو محجورا، عليه أو محروما في حقوقه المدنية كأن يكون محكوما عليه في جناية أو جنحة مخلّة بالشّرف. وأهلية المحكّم يحدّدها القانون

[1] بدوى حنا، التّحكيم، منشورات زين الحقوقيّة، مركز الشرق الأوسط الثقافي، بيروت لبنان، الطبعة01، 2012 ص 253.

[2] علي إسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم في التحكيم، في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015 ص 09.

الذي يحكم حالته الشخصية[1]. والأهلية المعتمدة التشريع الجزائري نظمتها المادة 40 من القانون المدني.[2]

كما يجب ألّا يكون المحكّم خصماً في النّزاع المعروض عليه، أو سبق له إبداء رأي فيه، ومثال ذلك المهندس الذي أشرف على القيام بعمل لصالح مقاول ما، فلا يجوز لهذا المهندس أن يكون محكّما في الخصومة بين المقاول الذي نفذ العمل لصالحه وبين المصلحة المتعاقدة.

وشروط المحكّم في الإسلام وردت في أنّ المحكّم بمنزلة القاضي، ولا يصلح لذلك إلا لمن شهد له إلى غاية وقت التّحكيم ويجب أن يكون رجلا عدلا، مسلما، حرًّا عاقلا عالما بما يحكم به لأنّ التّحكيم في الإسلام نوع من القضاء.[3]

أمّا بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي فقد نصّت المادّة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه" لا تسند مهمة التحّكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية، وإذا عينت اتّفاقية التّحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكّم." أمّا في التحكيم الدولي فالأمر متروك لإرادة الأطراف طبقا للمادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيجوز لهم الاتّفاق على هيئة دائمة تتولى تعيين المحكمين.[4]

كما يشترط أيضا في المحكّم أن يكون قابلا للرد حتى لا يتمّ إبعاده عن النظر في النّزاع والفصل فيه، وإذا علم المحكّم بأنّه قابل للرّد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم وهو ما نصّت عليه المادة 1015 فقرة 02 من قانون

---

[1] نصّت المادة 10 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75- 58 المؤرّخ في 26-9- 1975 المعدل والمتمم على: " يسري على الحالة المدنية الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...."

[2] نصّت المادة 40 من القانون المدني الجزائري .....على كلّ شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

[3] حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعة الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 128.

[4] إلياس عجابي، النظام القانوني للتّحكيم التجاري الدّولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد السابع، 2010، ص 194.

الإجـراءات المدنيــة والإداريــة ولا يجـوز طلـب ردّه مـن الطـرف الـذي عينــه أو شـارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين. وهو الظاهر من المادة 1016 فقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثـمّ إنّ المـادة نفسـها فـي فقرتهـا الأولـى بيّنـت حـالات ردّ المحكّـم، إذ يـتمّ ردّه فـي الحالات الآتية:

– عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتّفق عليها بين الأطراف.

– عنـدما لا يوجـد سـبب رد منصـوص عليـه فـي نظـام التّحكـيم الموافـق عليـه مـن قبـل الأطراف.

– عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما سبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد مباشر أو عن طريق وسيط.

وفـي حالـة النّزاع حول الرد، ولـم يكن نظـام التّحكيم يتضـمن كيفيـات تسويته أو لـم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، فهنا يفصل القاضـي فـي ذلك بأمر بنـاءً علـى طلب من يهمه التعجيل، وهذا الأمر غير قابل للطّعن[1].

ويلـزم المحكّم أو المحكّمين بإتمـام مهمّتهم التـي شرعوا فيهـا فـي ظـرف أربعـة أشـهر إذا لـم يحدّد أجـلا لإنهائه، وتبدأ هذه المدة من تـاريخ تعيينـهم أومن تـاريخ إخطـار محكمـة التّحكيم كما يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وإذا لم يتمّ الاتّفاق علـى ذلك، فيتمّ التمديد وفقا لنظام التّحكيم وفي غياب ذلك يتمّ من طرف رئيس المحكمة المختصة.

ولا يجـوز عـزل المحكّمـين خـلال هذا الأجـل إلا باتّفـاق جميـع الأطـراف بمعنـى منـع عزل المحكّم بالإرادة المنفردة، حتى ولو كانت هي إرادة الطرف الذي تولى اختياره[2].

[1] الفقرة الأخيرة من المادة 1016 ق، إ، م، وإدارية الجزائري.

[2] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 543 .

الفرع الثاني: الإجراءات التّحكيميّة.

تطبق على الخصومة التّحكيمية الأشكال والآجال التي تطبّق أمام الجهات القضائية ما لم يتمّ الاتّفاق على خلاف ذلك قصد تخفيف هذه الأشكال أو تقليص الآجال[1]

كما أنّ سير الخصومة التّحكيمية مثلها مثل الخصومة القضائية تحكمها مبادئ أساسيّة وجوهريّة يجب أن تراعى عند سير إجراءات التّحكيم، وإلا تعرّض حكم التّحكيم لدعوى البطلان لاحقا أو الاعتراض على الاعتراف به أو تنفيذه، وعليه يجب على الأطراف بما فيهم المحكّم مراعاة هذه المبادئ التي تحكم الخصومة التّحكيمية.

البند الأوّل: مبادئ وقواعد الخصومة التّحكيميّة.

تحكم الخصومة التّحكيمية في كافة مراحلها مبادئ أساسية يجب مراعاتها وهذه المبادئ منها ما هو منصوص عليه قانونا، ومنها ما لا يحتاج إلى نص يقررها. ومن هذه المبادئ نذكر:

أوّلا: مبدأ المساواة.

يشكّل مبدأ المساواة ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي وهو مبدأ دستوري منصوص عليه في المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على أنّه :" يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم" ، ويصدق تطبيق هذا النص أمام محكمة التّحكيم كما يصدق تطبيقه أمام القاضي، لأنّه جاء في مفهوم الأحكام التّمهيدية من هذا القانون. فالمساواة سمة من سمات العدل.[2]

[1] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر 2012،ص 522.

[2] عدنان يوسف الحافي، النظام القانوني للتحكيم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني. أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدّراسات العربية، قسم البحوث والدّراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 317.

ويجب أنْ يراعى هذا المبدأ بين الإدارة والمتعاقد معها بشأن منازعة تتعلق بإبرام صفقة عمومية أو تنفيذها أيًّا كان شكل إبرامها، وممّا لا شك فيه أنّ استقلالية محكمة التّحكيم عن الأطراف الذين قاموا بتعيينها هوما يضمن المساواة بين الأطراف.

ثانيا: مبدأ احترام حقوق الدّفاع:

إنّ احترام حقوق الدفاع يعدّ من المسائل الجوهريّة في منازعات الصفقات العموميّة ذلك أنّ إجراءات الخصومة التّحكيمية في الكثير من المسائل يقتضي الأمر فيها العودة إلى المحكمة الإدارية المختصّة، وهذه الأخيرة تستوجب في كل الإجراءات والدعاوى والأوامر التي ترفع أمامها أن يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة في صفقة عمومية ممثلا من قبل محام، وفي هذا الشأن نصت المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام".

فيما تنصّ المادة 827 على أنّه: "تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الادّعاء أو الدفاع أو التدخل المقدَّمة باسم الدّولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه من طرف الممثل القانوني" وهي نفس الأحكام التي تطبق على خصومة التّحكيم في نزاع ناشئ عن صفقة عمومية. فعلى المحكّم أن يكفل للأطراف كافة حقوقهم المتعلّقة بالضمانات الأساسية للتقاضي المتمثلة في حق الدفاع، وحق الإثبات، وحقّ المرافعة[1].

[1]Loquin ,E , les obligations de confidentialie dans l'arbitrage,revue de L'arbitrage,2006, p 152.

ثالثا: احترام مبدأ المواجهة.

من المبادئ الجوهرية في التقاضي وجوب حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم إذ يتعيّن على كلّ خصم إطلاع خصمه بكافة الإجراءات وعناصر الخصومة وهذا المبدأ لا يتحقق إلّا باقترانه بمبدأ حريّة الدّفاع.[1]

و لهذا المبدأ أهمية كبيرة في مجال التّحكيم، حيث يعدّ من النّظام العام الدّولي والحكم الذي يتجاوز عن مقتضيات هذا المبدأ هو حكم معرّض للإبطال، حتى ولو تمّ الإتّفاق على مخالفته، ويقصد بمبدأ المواجهة تمتّع كلّ خصم بمزايا قانونية تشكل التزامات على عاتق الطرف الآخر، وعلى محكمة التّحكيم في نفس الوقت، بحيث يحق لكلّ طرف من أطراف التّحكيم أن يكون على علم في الوقت المناسب بكلّ ما يقدّم ضدّه من إجراءات.

ولا يمكن تجاهل هذا المبدأ في إجراءات التّحكيم الدّاخلي، وإن كانت قواعده لم تأت على ذكر قاعدة الوجاهية، لأنّها تبقى حتما جزءً من النّظام الداخلي وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية.

أمّا قواعد التّحكيم الدّولي فقد نصّت صراحة على إبطال حكم التّحكيم الدّولي إذا لم يراعِ مبدأ الوجاهية، وهذا ما كرّسه قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، إذ نصّت المادّة 1058 منه إذ " أنّه يمكن أن يكون حكم التّحكيم الدّولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه " وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجدها تنصّ على أنّه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ....".

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص 197.

وتكريساً لذلك ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بأنّ احترام مبدأ الوجاهة هو القيد الوحيد الذي يرد على الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف والمحكّم عند تحديد إجراءات التّحكيم.[1]

البند الثاني: سير إجراءات التّحكيم.

تنعقد جلسات محكمة التّحكيم في المكان والزمان المتّفق عليهما في اتّفاقية الأطراف، أوفي المكان المحدّد وفقا لنظام تحكيمي، أو الذي تحدّده محكمة التّحكيم.

وتخضع الخصومة التّحكيمية إلى أحكام المواد من 1010 إلى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تتعلّق هذه الأحكام بجملة من الإجراءات يتعيّن إتّباعها أثناء النظر في النّزاع من طرف هيئة التّحكيم، وذلك من طرح النّزاع أمامها إلى غاية تنفيذ حكم التّحكيم الصادر عنها. وعليه سنحاول ذكر هذه الإجراءات وفقا لما يلي:

أوّلا: طرح النّزاع أمام هيئة التّحكيم

تبدأ إجراءات التّحكيم بطلب تحكيم يقدّمه أحد الأطراف المتنازعة يتضمن مجموعة من البيانات الشّكليّة، ورغم أنّ المشرّع الجزائري لم يشر إلى البيانات الواجب توافرها في طلب التّحكيم إلّا أنّه بالمقارنة مع النظم القانونيّة الأخرى يمكننا القول أنّ طلب التّحكيم يجب أن يشير إلى اسم المدّعي وعنوانه، واسم المدّعى عليه وعنوانه إن كان شخصاً طبيعيّاً، أمّا إن كان شخصاً معنويّاً فيجب ذكر ممثّله القانونيّ، كما يجب الإشارة إلى الصفقة العموميّة محلّ النّزاع فضلاً عن الإشارة إلى شرط التّحكيم أو مشارطة التّحكيم الذي يستند إليه طلب التّحكيم، وكذا تحديد الطلب التّحكيمي بدقّة.[2]

وبعد توافر الشّروط الشّكلية والموضوعية للتّحكيم، وكذا التّشكيل الصحيح لهيئة التّحكيم تنعقد جلسة التّحكيم وتباشر إجراءات الخصومة التّحكيمية أمام هيئة التّحكيم وذلك بلقاء الخصوم أو ممثّليهم أمام محكمة التّحكيم التي تفصل في النّزاع خلال الوقت

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 168.

[2] فتحي والي، قانون التّحكيم في النّظريّة والتّطبيق، منشأة المعارف، مصر، ط1، 2007،ص 318.

والمكان الذي يحدّده اتّفاق الخصوم أو محكمة التّحكيم. ويتحدّد مكان إجراء التّحكيم إمّا بإرادة الأطراف، وإن لم يتّفقوا فتتولّى هيئة التّحكيم تحديده مع مراعاة ظروف المنازعة كأن يتمّ اختيار المكان الأقرب للأطراف أو المحكّمين أو الشّهود أو مكان تنفيذ الصفقة لتسهيل المعاينة وغيرها من الظروف التي تقدّرها هيئة التّحكيم بما لها من سلطة.

أمّا عن اللّغة المستعملة في المنازعة التّحكيميّة، فنجد أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد لغة معيّنة لاستعمالها في التّحكيم على خلاف بعض النظم كالمشرّع السّعودي الذي جعل اللّغة العربيّة هي وحدها لغة التّحكيم دون سواها، وألزم الأجنبي الذي لا يتقن العربيّة بإحضار مترجم[1]، والمشرّع المصري الذي جعل لغة التّحكيم هي العربيّة في حال عدم اتّفاق الأطراف على تحديدها.[2] ونجد أيضا أنّ اتّفاقيّة عمان للتّحكيم التّجاري قصرت لغة التّحكيم على العربيّة، وجعلتها هي لغة الإجراءات والمرافعات والحكم أيضا.[3]

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد لغة التّحكيم، وهو أمر إيجابي لأنّه لو فعل لكان قد حدّ و قزم من آفاق التّحكيم ككلّ كما أنّ ذلك كان سينعكس على فعالية التّحكيم، إذ أنّ اللّغة كانت ستقف أمام اختيار محكّمين أجانب رغم كفاءتهم العالية وتخصصهم إضافة إلى زيادة تكاليف التّحكيم في حالة ترجمة الوثائق وهو ما يعدّ خلافا لميزات التّحكيم المشار إليها أعلاه.

ثانيا: سير الخصومة التّحكيميّة والتّحقيق فيها.

بعد انعقاد الخصومة التحكيمية يتمّ استعراض الأدلّة والمذكرات المتبادلة بين الخصوم أو أن يكون الخصوم قد مُكِّنوا من الاطّلاع عليها، أو العلم بها لإجراء المناقشة حولها، احتراما لمبدأ المواجهة.

---

[1] المادة 24 من نظام التّحكيم السّعودي المتمثّل في المرسوم الملكي رقم 46 الصادر في 12-07-1403هـ،المنشوربجريدة أم القرى العدد2969 الصادر بتاريخ 21-06-1403 هـ.

[2] المادة 29 فقرة 01 من قانون التّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المصدر السابق.

[3] المادة23 فقرة 01 من اتّفاقية عمان للتّحكيم التّجاري.

ونظرا لطبيعة التّحكيم، والذي يكون مرتبطا بآجال قانونية متّفق عليها، وفي حالة غياب الاتّفاق فإنّه وفقا لنص المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب على كلّ طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التّحكيم بخمسة عشر يوما على الأقل، وإلا فصل المحكّم بناءً على ما قدّم إليه خلال هذا الأجل.

أمّا في التّحكيم الدّولي فإنّ المشرّع لم ينص صراحة على هذا الأجل وهذه الإجراءات، ولكن ترك الأمر لاتّفاق الأطراف وفقا للأحكام الواردة في نص المادّة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث تضبط هذه الإجراءات في اتّفاقية التّحكيم أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي، كما يمكن أن تخضع إلى قانون إجراءات معيّن يحدّده الأطراف في اتّفاق التّحكيم، وإذا لم يحصل أيّ اتّفاق بشأنها فيعود الأمر إلى محكمة التّحكيم.

كما أنّ هيئة التّحكيم في المنازعة الدّولية هي التي تتولى البحث عن أدلة الإثبات ويعرف الإثبات في المنازعة الإداريّة بأنّه تلك الميكانيزمات التي تؤدّي إلى الكشف عن الحقيقة[1]، وتتمثّل وسائل الإثبات في الانتقال للمعاينة وشهادة الشّهود، والقرائن وتوجيه اليمين أو الاقرار كما أنّ هناك وسائل أخرى ظهرت حديثا كالتسجيلات، البريد الإلكتروني وغيرها من الوسائل المستحدثة، والمحكّم شأنه شأن القاضي الإداري له دور إيجابي في الخصومة التّحكيميّة، فلا يترك مهمّة البحث في وسائل الإثبات للخصوم وحدهم وإنّما يقع على عاتقه هذا البحث في ظلّ احترام إرادة الأطراف.[2]

وبما أنّ الصفقات العموميّة هي عقود مكتوبة، فإنّ أهمّ وسيلة من وسائل الاثبات هي الكتابة المتمثّلة في المحاضر والمخططات والفواتير، ووضعيات الأشغال، هذه الوثائق غالبا ما تمتنع الإدارة عن الاستظهار بها.

[1] بوزيان سعاد، طرق الاثبات في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص 15.

[2] الحسين لعوبي، سلطة القاضي الإداري في الاثبات والتحقيق في الدّعوى الإداريّة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة محمّد بوضياف، المسيلة،2014، 2015، ص66.

فإذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلّة أو تمديد مهمّة المحكّمين أو تثبيت الإجراءات، أوفي حالات أخرى جاز لمحكمة التّحكيم أو للأطراف بالاتّفاق مع هذه الأخيرة، وللطرف الذي يهمّه التّعجيل بعد التّرخيص له من طرف محكمة التّحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.[1]

وقد خوَّل قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحكمة التّحكيمية أنْ تتّخذ تدابير مؤقتة لتنظيم حالة مستعجلة مثلا، أو تدابير تحفظية لحماية أموال، أو لصون حقوق أو غير ذلك، إلى غاية صدور قرار تحكيم نهائي، أو الوصول إلى تسوية نهائيّة.[2]

غير أنّه لا يمكن للمحكِّم أن يتمتّع بسلطة الإلزام المخصّصة للمحاكم، وعليه فإنّ فعالية إجراء هذه التدابير تخضع لإرادة الأطراف، وبالتّالي في حالة رفض أحدهم الامتثال لذلك يمكن للمحكّم طلب مساعدة القاضي المختص. وبالتالي فإنّ اتّفاق التّحكيم لا يمتدّ إلى سلب الاختصاص من القاضي في التدابير التحفظية[3]

ويمكن لهيئة التّحكيم كذلك الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير شفوي أو كتابي في النّزاع، حيث تقوم بإخطار طرفي النّزاع بمحتوى هذا التقرير مع منحها فرصة إبداء ملاحظاتها لما ورد به.[4]

---

[1] نصّت المادة 1048 من ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على:" إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلّة أو تمديد مهمة المحكّمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التّحكيم أو للأطراف بالاتّفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمّه التّعجيل بعد التّرخيص له من طرف محكمة التّحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختصّ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

[2] عبد العزيز محيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التّحكيم التّجاري الدّولي، دراسة مقارنة مع القضاء الدّولي، المؤتمر السّنوي السّادس عشر، التّحكم التّجاري الدّولي أهمّ الحلول البديلة لفضّ المنازعات الاقتصاديّة كليّة القانون، جامعة الامارات العربيّة المتّحدة، 28، 30 أبريل 2008، ص 744.

[3] عبد المنعم زمزم، الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التّحكيم، دار النهضة العربيّة، مصر د ط، 2007، ص 11.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية،، المرجع السابق، ص 351.

كما يقوم جميع المحكّمين بإنجاز أعمال التّحقيق والمحاضر إلا إذا كان الاتّفاق يجيز سلطة ندب أحدهم للقيام بذلك وفقا لما جاء في نص المادة 1020من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

وقبل ذلك يجب على محكمة التّحكيم أنْ تفصل في اختصاصها قبل أيّ دفاع في الموضوع وفقا لما جاء في نص المادّة 1040من نفس القانون.[2]

ثالثا: عوارض الخصومة التّحكيميّة.

الخصومة التّحكيميّة شأنها شأن الخصومة القضائية قد تعترضها عوارض، فهو أمر طبيعيّ كالسقوط أو الترك أو الانقطاع أو الوقف أو الشطب، إلّا أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق إلى عوارض الخصومة التّحكيميّة بالتفصيل الذي جاء به الخصومة القضائية واكتفى بالإشارة إلى عارض واحد فقط وهو الوقف الواردة في نصّ المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إلا أنّ المادة 1019 من القانون نفسه جعلت الخصومة التّحكيميّة تطبق عليها الآجال والأوضاع المقرّرة أمام الجهات القضائية ما لم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما يجعلنا نقول أنّ كلّ عوارض الخصومة القضائيّة يمكن تصوّر حدوثها في الخصومة التّحكيميّة. ونكتفي بشرح الوقف المشار إليه في المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية أعلاه.

إذ توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها طبقا لنص المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا ما طعن بالتّزوير أو حصل عارض جنائي.

---

[1] نصّت المادة 1020 ق،إ،ج، م، وإدارية على: " تنجز أعمال التّحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكّمين، إلا إذا أجاز اتّفاق التّحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها".

[2] نصّت المادّة 1040 ق،إ،ج، م، والإدارية على أنّه: " تسري اتّفاقية التّحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتّفاقية التّحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتّصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. تكون اتّفاقية التّحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إمّا القانون الذي اتّفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النّزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحّة اتّفاقية التّحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

أمّا في القواعد القضائية فتوقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو شطبها من الجدول.[1] والشطب هو جرّاء تماطل المدعي في القيام بالإجراءات الكليّة المأمور بها.[2] إلا أنّ الخصومة التّحكيميّة لا تخضع لعارض الشطب لأنّ المحكّم يقضي بما قدّم له من الخصوم.[3]

فالوقف هو عدم السير في الخصومة التّحكيمية إلى غاية زوال السبب الذي أدّى إلى الانقطاع أو زوال المهلة المحدّدة له وقد يكون باتّفاق الخصمين.[4]وقد يكون وقفاً قانونيّاً؛ كأن يتوفى المحكّم أو المحتكمين.

رابعا: إحالة القضية على المداولة.

إنّ الهدف من إحالة القضية على المداولة هو أن تصبح القضية بين أيدي المحكّمين القضاة للنظر فيها، ويتمّ هذا الإجراء متى تبين للمحكّمين أنّ إجراءات التّحكيم استوفت جميع مراحلها، وأنّ القضيّة أصبحت جاهزة للفصل فيها، وهنا تنقطع صلة الخصوم بالقضية بعد الإعلان عن انتهاء التّحقيق، بحيث تبدأ عملية المداولة سواء في نفس اليوم بعد انتهاء المرافعة ليتمّ النطق بالحكم التّحكيمي، وإمّا إجراء المداولة بالتّشاور مع أعضاء المحكمة إذا كانت القضية تستدعي دراسة معمّقة.[5]

وتعدّ المداولة إجراءً جوهريّاً لصحّة إجراء إصدار الحكم التّحكيمي، وهي إجراء واجب رغم غياب نص صريح، فالقانون الجزائري سكت عنها، ولم يبين كيفية إجرائها

---

[1] نصّت المادة 213 من، ق،إ،ج، م، وإدارية على أنّه: " توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو شطبها من الجدول".

[2] نصّت المادّة 216 من، ق،إ،ج، م، وإدارية على أنّه: " يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها. كما يمكن له الأمر بشطب القضية بنا على طلب مشترك من الخصوم".

[3] نصّت المادة 1022 من، ق،إ،ج، م، وإدارية على أنّه:" يجب على كلّ طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التّحكيم بخمسة عشر 15 يوما على الأقل، وإلا فصل المحكّم بناء على ما قدّم إليه خلال هذا الأجل".

[4] محمّد عي عويضة، حقّ الدّفاع كضمانة إجرائية في خصومة التّحكيم، منشأة المعارف، مصر، د ط 2008 ص 232.

[5]نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامّة للتّحكيم، المرجع السابق، ص 610.

تاركاً أمرها لمحكمة التّحكيم، لكنه نصّ في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب أنْ تكون مداولات المحكّمين سريّة.[1]

إنّ قاعدة السريّة ملزمة للقضاة والمحكّمين على حدٍّ سواء، ودون حاجة إلى نص خاص ولكن لا يترتب على إفشائها بطلان قرار أوحكم التّحكيم، غير أنّ إفشاء السر في منازعات صفقة عمومية يتمّ تسويتها تحكيما أمر خطير، لأنّ أطراف هذه الصفقة أشخاص مهمة باعتبارها أشخاصاً معنويةً عامّةً أو حتى خاصّة، كما أنّ الصفقة لها اتّصال وثيق بالمال العام، لذا لا يجدر بالمحكمين إفشاء السريّة، وفي حالة قيامهم بذلك يفترض بطلان حكم أو قرار التّحكيم ويتعدّى الأمر ذلك بمعاقبة المحكّمين على إفشاء السّر. فوظيفة المحكّم قضائية من طبيعة خاصّة، وهذه الطّبيعة تؤثّر في تحديد نطاق مسؤوليته وبالتالي ينجرّ عنها مسألة مدنيّة و أخرى جزائيّة.[2]

ومن خلال ما تقدّم فإنّ المداولة هي حق لأطراف النّزاع لمناقشة قضيّتهم بواسطة هيئة التّحكيم، وحاصل هذه المناقشة هو اتّخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف الدعوى[3]، وعدم الإشارة إلى إحالة النّزاع على المداولة يعرِّض الحكم التّحكيمي للإبطال ككل[4].

---

[1] نصّت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: " تكون مداولات المحكّمين سريّة."

[2] لتفصيل أكثر عن مساءلة المحكّم مدنيا وجزائيّا يراجع: علي إسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكّم في التّحكيم المرجع السابق ص 389.

[3] بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسويةالنزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق ص 351.

[4] بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2007،2008، ص 86-93.

المطلب الثّاني: حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة وكيفية تنفيذه.

الحكم التّحكيمي هو تتويج للعملية التحكيمية، فالتحكيم أوّله اتّفاق وأوسطه إجراء وآخره اتّفاق، فإذا انتهت إجراءات التّحكيم بشكل طبيعي تصدر هيئة التّحكيم حكماً تحكيميّاً فاصلاً في موضوع النّزاع، وهذا ما يدفعنا إلى البحث في مفهوم الحكم التّحكيمي ومضمونه، وكيفيّة تنفيذه.

الفرع الأوّل: مفهوم الحكم أو القرار التّحكيمي.

أغلب التّشريعات الوطنيّة لم تتطرّق لتعريف الحكم التّحكيمي ولا إلى مفهومه[1] إلّا أنّه واعتبارا لأهميّة هذا الرّكن لما له من انعكاسات على طرق الطّعن والآجال المقيّدة لها وجب البحث عن تعريف الحكم التّحكيمي من خلال المعاهدات الدّوليّة وأنظمة المؤسسات التّحكيميّة، والبحث عن أنواع الأحكام المحتمل صدورها في منازعات التحكيم وعن مشتملاته، وبياناته الجوهرية. كلّ ذلك وفقا لما يلي:

فلقد عرّفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التّجاري الدّولي بأنّه:" كلّ حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التّحكيم، وأيضاً كلّ قرار آخر صادر عن محكمة التّحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلّق بموضوع النّزاع أيّاً كانت طبيعتها، أو الفصل في مسألة اختصاص محكمة التّحكيم أو أيّ مسألة أخرى تتعلّق بالإجراءات"[2].

أمّا اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلّقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وكيفيّة تنفيذها، " فيقصد بأحكام المحكّمين ليس فقط الأحكام الصّادرة من محكّمين معيّنين للفصل في حالات محدّدة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف"[3]. ولعلّ عدم اهتمام المشرّعين بإعطاء تعريف للحكم التّحكيمي أتاح إمكانية

[1] سليم بشير، الحكم التّحكيمي والرقابة القضائية عليه، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 54.

[2] حفيظة السيّد حداد، الموجز في النظرية العامة في التّحكيم التّجاري الدّولي، المرجع السابق، ص 289.

[3] المادة الأولى الفقرة 2 من اتّفاقيّة نيويورك المبرمة بتاريخ 10-06-1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكّمين.

للفقه الذي تدخل في الأمر، فقد عرّف الفقيهE GAILLARالحكم التّحكيمي بأنّه :" الحكم الصادر عن المحكّم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلّي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلّق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتّصل بالإجراءات أدّت بالمحكّم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"[1].

أمّا بالنسبة للقضاء فقد وضعت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 25 مارس 1994 في قضية SARDIUD تعريفا مشابها لحكم التّحكيم بقولها أنّ: " أعمال المحكّمين التي تفصل بطريقة نهائية في كلّ جزء من النّزاع المعروض عليهم سواء في أساس النّزاع، أو في الاختصاص، أو في إجراءات المحاكمة، وتقضي لوضع حدّ نهائي للدعوى"[2].

الفرع الثاني: أنواع أحكام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

يمكن تقسيم أحكام التّحكيم بالاعتماد على طبيعة العمل الذي قام به المحكّم إلى:

أوّلاً: الأحكام القطعيّة.

الأصل أنْ تصدر هيئة التّحكيم حكماً نهائياً في موضوع الدّعوى ينهي الخصومة كلّها، فتفصل في الطلبات والدفوع المقدَّمة لها من الأطراف بحكم واحد. ويعتبر هذا الحكم التّحكيمي حكماً نهائياً يستنفذ ولاية المحكّم، ولكن قد يستخدم مصطلح نهائي ليس فقط للأحكام التي تفصل في المنازعة ككل.

بل حتى لأحكام التّحكيم التي تفصل في جزءٍ منها متى فصل الحكم في المسألة المعروضة عليه[3] وبالتالي تلك المسألة لا يجوز إعادة النظر فيها. هذا النوع أشار إليه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 1035 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

---

[1] سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، المرجع السابق ، ص 49.

[2] عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ، ص 302.

[3]علي إسماعيل دياب غازي ، موسوعة المحكم في التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، المرجع السابق ، ص 304.

ثانيّا: الأحكام الجزئية.

هي تلك الأحكام التي تفصل في بعض الطلبات الموضوعية، ولا تنهي الخصومة كلّها، وطالما أنّ الصفقات العموميّة هي عقود مركبة ومعقدة فإنّ منازعاتها تستدعي التّحكيم فيها إصدار أحكام تحكيم جزئية كما في حالة الفصل في مسألة تتعلّق بالتأخير في إنجاز الأشغال، أو للفصل فيما تمّ تنفيذه من أشغال، مع العلم أنّه قد يكون المتعامل المتعاقد مازال مستمراً في تنفيذ الصفقة العموميّة. وهذا ما جعل المشرّع الجزائري ينصّ على هذا النوع بالمادّة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

ثالثا: الأحكام التّحضيريّة.

الحكم التّحضيري لا يفصل في الموضوع لا كلياً ولا جزئياً وليس منهياً للخصومة كما أنّه لا يتضمّن طلباً وقتيّاً أو تحفظيّاً، مثلا كأنْ يتضمّن تعيين خبير أو إجراء معاينة ولقد أشار التّشريع الجزائري إلى حكم التّحكيم التّحضيري بموجب المادة 1035 منه بحيث جعله قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الصادر في دائرة اختصاصها ممّا يعني إمكانية تنفيذ هذا الحكم جبراً بعد إيداعه في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمّه التعجيل. وهذا ما يبرز التعاون بين هيئات التّحكيم والجهات القضائية للدّولة التي تساعدها في تنفيذ أحكامها التحضيرية لضمان السير العادي للإجراءات، والوصول لحلّ عادل للنّزاع.

---

[1]نصت المادة 1035 من ،ق،إ،ج،م،و،إ، على :"يكون حكم التّحكيم النّهائي أو الجزئي أو التّحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمّه التّعجيل، يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم. يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي".

[2]نصّت المادّة 1049 من ،ق،إ،ج، م، و، إ، على أنّه: " يجوز لمحكمة التّحكيم إصدار أحكام اتّفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

رابعا: الأحكام الغيابيّة.

إن غياب الأطراف عن جلسات التّحكيم لا يتسبب في تعطيل سير الإجراءات، بل يكفي أنْ يقدّم كلّ طرف دفاعه ومستنداته[1] كما لا يحول غياب أحد الأطراف دون صدور الحكم التّحكمي الذي لن يتميز بأيٍّ خصوصيّة عن الحكم الصادر بحضور جميع الأطراف، فكلاهما احترم فيه مبدأ المواجهة[2].

لم يشر التّشريع الجزائري لأحكام التّحكيم الغيابية إلّا أنّه نصّ في المادة 1032 منه على أنّ:" أحكام التّحكيم غير قابلة للمعارضة "، وبما أنّ المعارضة تهدف إلى مراجعة الحكم الغيابي[3] فالمشرّع اعتبر أحكام التّحكيم الغيابيّة تعامل نفس معاملة الأحكام الحضوريّة.

خامسًا: الأحكام الاتّفاقيّة.

أشار التّشريع الجزائري إلى هذا النوع من الأحكام بموجب المادة 1049 سالفة الذِّكْر والتي أجازت لهيئة التّحكيم إصدار أحكام اتّفاق الأطراف، فإذا ما اتّفق الأطراف على تسوية معيّنة للنّزاع القائم بينهم، والمعروض أمام هيئة التّحكيم يمكن لهم إنهاء إجراءات التّحكيم بطريقتين إمّا بإفراغ التّسوية المتّفق عليها بينهم في عقد و يطالبوا بإنهاء إجراءات التّحكيم. أو بمطالبة هيئة التّحكيم إصدار حكم تحكيميّ يقرّر هذه التسوية.

إلّا أنّ الملاحظ أنّ هذه المادّة تركت الأمر جوازيّا للمحكم وهو ما يتنافى مع غاية التّحكيم المبنية على اتّفاق الأطراف.

---

[1] نصّت المادة 1022 من،ق، إ، م، و، إ، على أنّه:" يجب على كلّ طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التّحكيم بخمسة عشر 15 يوما على الأقل، وإلا فصل المحكّم بناء على ما قدّم إليه خلال هذا الأجل".

[2] حفيظة السيد حداد ،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ، ص 312.

[3] المادة 327 من ،ق، إ،م،إ، الجزائري ،المصدر السابق.

سادسًا: الأحكام التّفسيريّة والتّصحيحيّة.

نصّت المادّة 1030فقرة 2 من القانون الجزائري على:" غير أنّه يمكن للمحكّم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء الماديّة و الاغفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

فقد يصدر حكم التّحكيم بعبارات غامضة ما يحول دون تنفيذه، وهو ما يتيح لهيئة التّحكيم التي أصدرته تفسره، وذلك بغرض تحديد مضمونه وتوضيح مدلوله لكن بشرط ألّا يتسبب التغيير في تعديل ما قضي به الحكم من حقوق والتزامات الأطراف[1].

كما قد تقع في الحكم أخطاء مادية كالغلط في الحسابات أو أخطاء كتابية، فتصدر هيئة التّحكيم حكما تصحيحياً، كما أشارت المادّة إلى تصحيح الاغفالات والمقصود هنا أنّ الإغفال كان مرتبطا بواقعة معيّنة ولا يعني أنّ هيئة التّحكيم قد أغفلت الفصل في أحد الطلبات أو جزء منها[2]، هذه الحالة الأخيرة يفترض أن يتمّ الفصل فيها بحكم تحكيم إضافي أو تكميلي يكون في الجزء من الطلب الذي وقع السهو عنه في الحكم وهذا النّوع الأخير من أحكام التّحكيم لم يشر إليه المشرّع الجزائري بينما أشارت إليه تشريعات أخرى[3].

في الأخير يمكننا القول بأنّ أحكام التّحكيم على اختلاف أنواعها لا بدّ من توفر شروط معيّنة لصدورها، وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثالث.

[1] بربارة عبد الرحمان ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ، المرجع السابق ، ص 2019.

[2] هو الواضح من نص المادة 286 الذي أشار إلى إمكانية تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال أي ربط بين الإغفال والتصحيح بينما عدم الفصل في طلب لا يصحح بل يتمم بحكم إضافي.

[3] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 أشار إلى التحكيم الإضافي بموجب المادة 51 منه.

الفرع الثالث: شروط إصدار الحكم التّحكيمي.

من الضروري توافر مجموعة من الشروط التي أوجبها المشرّع الجزائري عند إصدار حكم التّحكيم، وذلك بموجب الفصل الثالث من الباب الأول، والذي جاء تحت عنوان " في أحكام التّحكيم " في المواد من المادة 1025 إلى المادة 1029 ولقد أشارت هذه المواد إلى المقتضيات الأساسية لحكم التّحكيم، وكذا بياناته الشّكلية والموضوعيّة.

البند الأوّل: الشروط و المقتضيات الشكلية.

اشترط التّشريع الجزائري شروطا شكلية يجب توافرها في حكم التّحكيم، فيجب أن يصدر حكم التّحكيم وفقا لشكليات معيّنة تحت طائلة البطلان، وتتمثل في:

أوّلا: المداولة: أشارت إليها المادّة 1025 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء نصّها كالآتي: "تكون مداولات المحكّمين سريّة"، ويقصد بها: "أن يتبادل المحكّمون الرأي فيما بينهم سواء بالنسبة للوقائع والقواعد واجبة التّطبيق والقرار الذي ينتهي إليه كلّ منهم بالنسبة لتطبيق القانون على تلك الوقائع، والنتيجة التي يخلصون إليها حسماً للنّزاع".

والمداولة تشترط عندما تكون هيئة التّحكيم جماعية ولا يمكن أن تشرط في حالة المحكّم الوحيد الاتّفاق على إصدار الحكم دون مداولة. ويشترط في المداولات أن تكون سريّة وحصرية على المحكّمين فقط دون سواهم، فلا يمكن السّماح لأيّ شخص مهما كانت صفته بالمشاركة في المداولة. مهما كانت صفته حتى ولو كان رئيس الهيئة المنظمة للتّحكيم بالنسية للتّحكيم المؤسّساتي[1].

ثانيا: الأغلبية.

أشارت إليها المادّة 1026 من، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها:" تصدر أحكام التّحكيم بأغلبية الأصوات"، وذلك ما أشارت إليه أغلب التّشريعات[2]

[1] فتحي والي ،قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،المرجع السابق،ص 429.

[2] كالتشريع المصري ، بموجب المادة 40 من القانون التحكيم ، والقانون الكويتي والفرنسي .

ويقصد بالأغلبيّة أنّ غالبيّة المحكّمين العددية قد وافقت على حكم التّحكيم ولم توافق عليه الأقليّة،[1]وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت رئيس المحكمة.

ثالثا: الكتابة.

هذا الشّرط وارد في مختلف القواعد الدّولية ومثال ذلك ما نصّت عليه المادّة 34- 2 من قواعد اليونسترال التي ورد فيها: " يصدر قرار التّحكيم كتابة...".

أمّا التّشريع الجزائري لم ينص صراحة على كتابة الحكم التّحكيمي عكس قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الملغى، الذي نصّ على الكتابة صراحة[2]، ولكن هذا ليس معناه أنّها غير واجبة، وإنّما أوجبها بطريقة غير مباشرة[3]، فيمكن أن يستنبط مبدأ الكتابة في نصوص المواد المختلفة التي أشارت إلى البيانات الواجب توافرها في حكم التّحكيم بالمادّة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا ضرورة توقيع حكم التّحكيم بالمادّة 1029 من نفس القانون، كذلك ضرورة إيداع أصل حكم التّحكيم في أمانة المحكمة المختصّة لتنفيذه بالمادّة 1035 وإثبات حكم التّحكيم بتقديم الأصل بالمادّة 1052، ولا يتصور التّوقيع والإيداع أو وضع أمر التنفيذ إلا بالنسبة لورقة مكتوبة.

فقد اشترطت قوانين التّحكيم والمعاهدات الدولية كتابة حكم التّحكيم على غرار القوانين الداخلية بحيث نصت عليه قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بموجب المادة 32[4]وكذا اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ

---

[1] فتحي والي ،قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق ، ص 432.

[2] لقد كانت المادّة 458 مكرّر 13 الفقرة 3 من القانون السابق تنص على ما يلي: " يكون القرار التّحكيمي مكتوبا مسببا، معين المكان، مؤرّخا، وموقّعا".

[3] سليم بشير ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، المرجع السابق ، ص 145.

[4] تنص المادة 32-2 على ما يلي :" يصدر قرار التحكيم كتابة ، ويكون نهائيا وملزماً للطرفين ، ويتعهد الطرفان بالمبادرة على تنفيذه دون تأخير".

أحكام المحكّمين الأجنبية في المادة4 الفقرة الأولى[1] و اتّفاقية عمان للتّحكيم التجاري الدولي بالمادة 31 الفقرة 6[2].

فشرط كتابة حكم التّحكيم هو شرط وجود لا إثبات فقط، وعليه فصدور حكم التّحكيم شفاهة لا يعطيه الصّفة الحقيقيّة للحكم، لأنّ جميع القوانين تستلزم لتنفيذ حكم التّحكيم تقديم صورة أصلية مع طلب التنفيذ[3].

البند الثّاني: مضمون الحكم التّحكيمي.

على غرار التّشريع الفرنسي في مادّته 1481 فقد أوجب المشرع الجزائري تضمين حكم التّحكيم بيانات معيّنة حدّدتها المادّة 1028 كالآتي:

أولا: أسماء المحكّمين والأطراف والمحامين: أوجب المشرِّع ضرورة أنْ يتضمّن حكم التّحكيم اسم ولقب المحكّم أو المحكّمين فقط، ولم يشر إلى ضرورة أن يتضمّن الحكم عناوينهم وجنسياتهم أو صفاتهم كما فعل المشرّع المصري[4]، وقد ترد أسماء المحكّمين في ديباجة الحكم أو عند التّوقيع، أمّا بالنسبة للأطراف فأوجب ذكر أسمائهم وألقابهم ومواطن كلّ منهم. إضافة إلى ذكر المقرّ الاجتماعي للأشخاص المعنويّة والغرض من ذكر الموطن هو معرفة العنوان الذي يمكن تبليغهم أو تكليفهم بالحضور فيه، في حالة الطعن في الحكم بدعوى البطلان[5].

ثانيا: تاريخ ومكان صدور الحكم:

تاريخ صدور حكم التّحكيم له أهمية، إذ يمكن معرفة مدى احترام هيئة التّحكيم للآجال المقرّرة للعملية التّحكيميّة وله أثر على مواعيد الطعن كذلك.

---

[1] تنص المادة الرابعة على ما يلي :" ... على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يتقدم مع طلب مرفوقابأصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند".

[2] تنص المادة 35 على ما يلي :" بدون العضو المخالف رأيه على ورقة مستقلة و يرفق مع القرار"

[3] سليم بشير ، الحكم التّحكيمي والرقابة القضائية ، المرجع السابق ، ص 146.

[4] المادة 43 الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري.

[5] أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه ،دراسة مقارنة دار الثقافة، الأردن،2011 ص 167.

كما أنّه على المحكّم التّخلي عن النّزاع منذ ذلك التاريخ، ما عدا ما تعلّق بالتصحيح أو التّفسير.

أمّا بالنسبة لمكان التّحكيم فيمكننا من تحديد الصلاحية المكانيّة للقرار، والتي يتعلّق بها مصير الصيغة التنفيذيّة للحكم[1]، فحكم التّحكيم الدّاخلي تنصّ المادّة 1035-1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه يكون قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها. أمّا حكم التّحكيم الدّولي ففرّق المشرّع فيه بين الأحكام الصادرة في الجزائر، وتلك الأحكام التي أصدرتها محكمة تحكيم موجود مقرّها خارج الإقليم الوطني.[2]

ثالثا: توقيع المحكّمين على الحكم.

إضافة إلى البيانات التي جاءت في المادّة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أشار التّشريع الجزائري إلى التّوقيع بموجب المادّة 1029 منه والتي تنصّ على ما يلي:" توقع أحكام التّحكيم من قبل جميع المحكّمين، وفي حالة امتناع الأقليّة عن التوقيع يشير بقية المحكّمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعاً من جميع المحكّمين". الواضح من نصّ المادّة أنّ توقيع حكم التّحكيم إلزامي، غير أنّه يكون الحكم صحيحا حتى ولو لم يتمّ توقيعه من قبل جميع المحكّمين شرط أن تتمّ الإشارة

[1] أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الاختياري والاجباري ، المرجع السابق ، ص 150.

[2] المادة 1051 فقرة 2 من ،ق،إ،ج، م، إ، الجزائري، المصدر السابق.

إلى ذلك في الحكم وهو ما سار عليه كلّ من المشرّع الفرنسي[1]، وكذا المشرع المصري غير أنّ هذا الأخير اشترط إثبات سبب عدم توقيع الأقليّة.[2]

البند الثالث: البيانات الموضوعية لحكم التّحكيم.

المشرّع الجزائري، وإضافة إلى البيانات الشّكليّة استلزم كذلك ضرورة توافر بيانات أخرى متعلّقة بموضوع الحكم التّحكيمي، وتتمثّل في:

أولا: ملخّص لادّعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم.

لقد نصّت المادّة 1027 التشريع الجزائري على أنّه: " يجب أن تتضمّن أحكام التّحكيم عرضا موجزا لادّعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم"، والإيجاز هنا يعني ذِكر ما هو جوهري ومؤثر في الحكم. ولعلّ المادّة جاءت بصيغة الوجوب، بمعنى أنّه وفي حالة عدم ذِكر ملخص الادّعاءات وأوجه الدّفاع، فإنّ الحكم التّحكيمي يصبح عرضة للإبطال.

ثانيا: منطوق الحكم.

هو الجزء النهائي من الحكم الذي يفصل في المسائل المتنازع عليها[3] أيْ القرار الذي تصدره هيئة التّحكيم أيّاً كان مضمونه، سواء كان قبل الفصل في الموضوع

---

[1]Art. 1480- la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

« Elle est signée par tous les arbitres.

«si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même

Effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

[2] نصت المادة 43 من قانون التحكيم المصري على أنه :" يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية".

[3] أحمد بشير الشرايري ، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص 178.

أو فصلاً فيه، وسواء فصل في جزء من الطلبات أو كلّها[1] كما يجب أن يكون المنطوق واضحاً دون لبس أو غموض.[2]

المشرّع الجزائري لم يورد في تنظيمه للتّحكيم منطوق حكم التّحكيم، وإنّما أشار إلى تناقض الأسباب بمصطلح " إذا وجد تناقض في الأسباب"[3] وجعله من أسباب بطلان حكم التّحكيم، وعليه ينبغي أن يكون لحكم التّحكيم منطوق صريح، لكن يمكن الاكتفاء بالمنطوق الضمني، كقيام هيئة التّحكيم مثلاً بتبرير طلبات المدّعي ثمّ تذكر في منطوق الحكم أنّها قد حكمت لصالح المدّعي بجميع ما يطلبه.

ثالثا: تسبيب الحكم.

يقصد بالتّسبيب بيان الحجج و الأدلّة القانونية والواقعيّة التي بنى عليها القاضي منطوقه الصادر عند النطق بالحكم،[4] ويعتبر بعض الفقه التّسبيب بأنّه مبدأ إجرائي عام وليس مجرد قاعدة إجرائية عامّة، وفيه مراعاة واحترام لحقوق الدّفاع، وبالتالي فالالتزام به لا يحتاج إلى نصٍّ قانوني لتقريره.

ولقد أشار المشرِّع الجزائري إلى وجوب التسبيب بموجب المادّة 1027 في فقرتها الثّانية والتي جاء فيها:" يجب أن تكون أحكام التّحكيم مسبّبة". يتّضح من النص أعلاه أنّ تسبيب الحكم من الالتزامات الجوهريّة للمحكّم وانعدام التسبيب يترتّب عليه البطلان.[5]

فالتسبيب يضمن حسن أداء المحكّمين لمهمّتهم، وكذا التّحقق من مدى استيعابهم لوقائع النّزاع، فيجبأن يرد حكم التّحكيم عن كل دفع طلب مقدّم من الخصوم ويبيّن الوسائل التي اقتنعت بها هيئة التّحكيم، والقواعد والنصوص المطبّقة والمعتمد عليها.

---

[1] ناصر محمد الشرمان ،المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية، القاهرة مصر الطبعة الأولى،2015، ص123.

[2] عباس ناصر مجيد ،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية لبنان، ط،1، سنة 2011 ، ص 179.

[3] المادة 1056 من، ق، إ، م، و،إ ،الجزائري، المصدر السابق.

[4] سليم بشير ،إصدار الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ، ص 162.

[5] لزهر بن سعيد، التّحكيم التّجاريّ الدّوليّ، المرجع السابق، ص 345.

فالمحكّم مثلُ القاضي؛ كلاهما ملزم بالتسبيب. ومع ذلك فالمحكّم لا يؤخذ بما يؤخذ به القاضي في صدد الدّقة المقرّرة في التّسبيب، فيكفي بيان نصوص القانون التي اعتمد عليها لتكوين عقيدته وترجمتها في الحكم الذي انتهت إليه الهيئة التّحكيميّة.[1]

هذا وقد انقسمت التّشريعات بشأن بطلان حكم التّحكيم غير المسبّب من عدمه إذ ذهبت الأنظمة الأنجلوسكسونية مثل أنظمة الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا بالقول إلى أنّ حكم التّحكيم صحيح ولو لم يسبب، وعليه فيمكن لهيئة التّحكيم أن تصدر حكم تحكيم دون تسبيب، وبالتّالي فالمحكّم لا يلزم به إلّا إذا اتّفق طرفاَ التّحكيم على تسبيبه.

في حين اعتبر التّشريع الفرنسي التسبيب في التّحكيم الداخلي من النّظام العام، وفي حال غيابه يكون عرضة للبطلان، وذلك بالمادة 1492[2].أمّا في التّحكيم الدّولي فلم يرتّب القانون بطلان حكم التّحكيم إذا كان غير مسبّب، إلا أنّه اعتبر الحكم قابلا للإبطال إذا كان الاعتراف به أو تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدّولي.[3]

ونتيجة لما سبق ظهر اتّجاه ثالث كرّسه التّشريع المصري بموجب المادّة 43 من قانون التّحكيم في فقرتها الثانية[4]، ولقد حاول الجمع بين الاتّجاهين السّابقين وهو يرى أنّه على هيئة التّحكيم تسبيب أحكامها لكن يجوز اتّفاق أطراف النّزاع على عدم التّسبيب، كما أخذت به كذلك قوانين التّحكيم الدّولية[5].

---

[1] هدى محمّد عبد الرحمان، دور المحكّم في خصومة التّحكيم وحدود سلطاته، أطروحة دكتوراه، كليّة الحقوق جامعة القاهرة، مصر 1997، ص 175.

[2] Art.1492 – le recours en annulation n est ouvert que si :60 la sentence n'est pas motivée ou ……»

[3] Art.1520 – le recours en annulation n est ouvert que si : 50 la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à ordre public international.»

[4] تنص المادة 43 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994 على ما يلي :" يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتّفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

[5] لقد نصت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 في المادة 32 الفقرة 03 على أنه "يجب أن تسبب هيئة التحكيم القرار ، ما لم يكن الطرفات قد اتفقا على عدم تسبيبه".

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري فموقفه اقترب من الاتّجاه الثّاني، لأنّ المادّة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت بصيغة آمرة، كما أنّها لم تشر إلى إمكانية اتّفاق الأطراف على مخالفتها ممّا يعني أنّ صدور حكم تحكيم بدون تسبيب يعرّضه للبطلان. هذا بالنسبة للتّحكيم الدّاخلي، أمّا بالنّسبة للتّحكيم الدّولي فقد أشارت المادّة 1056 منه والتي تحيلنا إليها المادّة 1058 والمرتبطة بحالات رفع الطعن بالبطلان في أحكام التّحكيم الدّولي الصادرة في الجزائر، ومن بين الأوجه التي ذكرتها في فقرتها الخامسة: إذا لم تسبب محكمة التّحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب".

الفرع الرابع: الاعتراف وتنفيذ حكم التّحكيم.

تنفيذ الحكم هو الهدف النّهائي من نظام التّحكيم ككل، فكلّ ما يمرّ به نظام التّحكيم من مراحل تصبّ في هذه المرحلة الأخيرة، ولا شك أنّ الطرف الذي صدر حكم التّحكيم لصالحه هو الذي يسعى للتنفيذ[1]، والأصل أنّ الأطراف تنفذ الحكم طواعية.

ولكن في حالة الامتناع عن التنفيذ يتمّ اللّجوء إلى التنفيذ الجبري، وذلك باللّجوء إلى القضاء الإداري من أجل إصدار الصيغة التنفيذية و الهدف من ذلك إجبار المنفَّذ عليه لتنفيذ الحكم، وإن اقتضى الأمر الاستعانة بالقوة العموميّة.

غير أنّ لتنفيذ حكم التّحكيم المتعلّق بالمنازعات الاقتصاديّة الدّولية يتطلب الاعتراف بها أوّلا من قبل القضاء الإداري، وعليه فهناك فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وهو ما يجب إبرازه فيما يلي:

أوّلا: تنفيذ حكم التّحكيم الدّاخلي.

نصّ المشرّع الجزائري في المواد 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على قواعد تنفيذ أحكام التّحكيم الداخلية، ويكون حكم التّحكيم الداخلي النّهائي

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم ،التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص 25.

أو الجزئي أو التّحضيري الصادر في المادة الإدارية قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الإدارية الصادر في دائرة اختصاصها.

كما يقتضي لتنفيذ حكم التّحكيم الفاصل في منازعات الصفقات العمومية إيداع أصلها بأمانة ضبط المحكمة الإدارية الصادرة بدائرة اختصاصها من قبل الطرف الذي يهمّه التعجيل.

بعد إصدار رئيس المحكمة الإدارية أمره بتنفيذ حكم التّحكيم يسلم رئيس أمناء الضبط تبعا لذلك نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية، وذلك لمن يطلبها من الأطراف[1]، وأمّا ما تعلّق بقواعد النّفاذ المعجّل فإنّ أحكام التّحكيم يطبّق بشأنها هذه القواعد كذلك عندما تكون مشمولة بالنّفاذ المعجّل وفقا لما هو مقرر للأحكام القضائيّة[2].

ثانيا: الاعتراف وتنفيذ حكم التّحكيم الدّولي.

يقصد بالاعتراف أنّ القرار قد صدر بشكل صحيح و ملزم للأطراف، أمّا التنفيذ فيعني توجيه الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضدّه بأن ينفِّذ ما جاء في حكم التّحكيم، وفي حالة امتناعه عن ذلك يجب إجباره بموجب إجراءات التنفيذ لقانون الدّولة المراد تنفيذ القرار فيها.

يتمّ تنفيذ حكم التّحكيم وفقا للإجراءات الوطنيّة مع الأخذ بعين الاعتبار نصوص الاتّفاقيات إذا كانت الدّولة المراد تنفيذ القرار فيها منظمّة إليها، وهو ما قضت به المادّة 3 من اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 التي أوجبت :"على كلّ دولة متعاقدة بحجيّة حكم التّحكيم أن تعترف به وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتّبعة في الإقليم المطلوب إليه التّنفيذ"، وقد أرست اتّفاقية نيويورك مبدأ المعاملة الوطنيّة أي التزام الدولة الموقّعة

[1] المادة 1035 و 1036 من ق،إ،ج،م،إ، الجزائري.

[2] تنص المادة 1037 من، ق،إ،ج، م، إ، على : " تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل ".

بالاعتراف، و تنفيذ أحكام التّحكيم وفقا لقواعد المرافعات السارية دون تمييز أو إخضاع الأحكام الأجنبيّة لشرط أكثر تشديدا أو لرسوم أكثر تكلفة.[1]

أمّا المشرّع المصري في ظلّ قانون التّحكيم رقم 27-1994 لم يورد ما يفيد الاعتراف بأحكام التّحكيم واكتفى بالأمر بالتنفيذ مباشرة بالنسبة للأحكام الصادرة في مصر والصادرة في الخارج.

بخصوص المشرع الجزائري فقد أعطي اختصاص منح الاعتراف للمحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التّحكيم، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقرّ محكمة التّحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني، وهو ما أشارت له المادة 976[2] والمادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، شرط إثبات وجود الحكم ومطابقته للنظام العام الدولي دون الداخلي.

---

[1] المرسوم رقم 88-233 المورخ في 05-11-1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10-06-1958 والخاص باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ج،ر،ج،ج،عدد48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988 .

[2] نصت المادة 976 من،ق،إ،م،إ،ج،على: "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني .وعندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

[3] نصت المادة 1051 من،ق،إ،م،إ،ج،على:"يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ،وكان الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط ،بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

الباب الثّاني

الرقابة القضائيّة على التّحكيم في الصفقات العموميّة.

أصبح التّحكيم في عصرنا الحالي أمراً حقيقيّاً وواقعيّا فرضته الظروف الاقتصاديّة وحاجيات المجتمع الدّولي خاصّة في ظلّ تشعّب العقود الاقتصاديّة الوطنيّة والدوليّة.

هذه العقود والصفقات لابدّ أن تخضع لرقابة القاضي الذي له دور مهمّ في تفعيل ومراقبة قواعد التّحكيم سواء تلك غير المقنّنة أو تطوير القواعد المقنّنة والموثقة سلفاً.

والرقابة على التّحكيم في الصفقات العموميّة تبدأ منذ لحظة اتّفاق التّحكيم بين أطرافه وتستمر وتلازم الإجراءات الموالية لاتّفاق التّحكيم وكذا مرحلة التنفيذ وكافة المراحل الأخرى التي يتطلّبها العمل التّحكيمي[1]، هذا التداخل شغل فعلاً أذهان الفقهاء وأثار جدلاً كبيرًا حول أساس هذه العلاقة وطبيعتها، وهل يغلب عليها طابع المساعدة أم الطابع الرقابي[2].

وعليه، فإنّ بعض الدارسين اعتبروا تدخل القضاء في التّحكيم غير مرغوب فيه ولم يحبِّبوه. في حين يرى البعض الآخر العكس تماماً مؤمنين بأنّ تدخل القضاء ورقابته للعمل التّحكمي فيه تعزيز لدور التّحكيم وحماية لأطرافه من الضرر، أو الغبن الممكن أنْ يلحق بأحدِ أطراف اتّفاقية التّحكيم، كما أنّ هناك تخوُّفاً من أن يكون اتّفاق التّحكيم وإجراءاته فيها مخالفة للنّظام العام للدولة المجرى فيها التّحكيم.

من خلال كلّ هذه المخاوف ظهرت فكرة وجوبية تدخل القضاء في العمل التّحكيمي باعتباره سلطة عامّة لها من الآليات ما لها لإلزام الخصوم والأمر بتنفيذ أحكام المحكّمين فالقضاء كما نعرف هو من يحتكر سلطة الالزام بالتنفيذ دون غيره من باقي السلطات والهيئات، وهو الذي يمدّ التّحكيم بأسباب الفعالية والنجاعة للوصول إلى الغاية

[1] محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص129.

[2] حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، دراسة مقارنة المركز العربي للنشر، للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، مصر، ط1،2017، ص 61.

المرجوة، وهي تحقيق العدالة أو التقرب منها[1]، وذلك بفرض رقابة قضائيّة عليه طالما أنّ التّحكيم يتمّ تحت مظلّة النّظام القانوني للدّولة.

ولدراسة مظاهر هذه الرقابة وجب علينا البحث في مرحلتين؛ يمكن أنْ تتجلى فيهما الرّقابة القضائيّة على التّحكيم؛ أولاهما هي مرحلة ما قبل صدور حكم التّحكيم وهي تسمّى بالرقابة السّابقة وتؤدي دوراً وقائيًّا يتمثّل في الحرص على التطبيق السّليم للقانون والثّانية هي مرحلة ما بعد صدور حكم التّحكيم، ويعبّر عنها بالرقابة اللاحقة وهي تؤدي دوراً علاجيًّا يتمثّل في إبطال الحكم التّحكيمي أو رفض تنفيذه. وعليه قسّمنا هذا الباب إلى فصلين؛ نشرح في الأوّل الرقابة السّابقة، وفي الثّاني الرقابة اللاحقة.

[1] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعة الإدارية وآثاره القانونية ، المرجع السابق، ص 177.

الفصل الأول:

الرّقابة القضائيّة السابقة لصدور حكم التّحكيم

إنّ حكم التّحكيم وقبيل صدوره تسبقه مرحلة اتّفاق أطرافه، التي يكون لأركان التراضي والمحل والسبب فيها أهمية كبيرة لصحّة الاتّفاق. ويُتبع الاتّفاق بإجراءات أخرى كإظهار كلّ طرفٍ لوسائل الاثبات، وجدولة مواعيد الجلسات، والمرافعات، وما إلى ذلك. وطالما أنّ الأصل العام هو عرض أيّ نزاع على القضاء المختصّ، أمّا اللّجوء إلى التحكيم هو إجراء استثنائي وطريق بديل اختاره أطراف العقد، ولكن ذلك لا يعفيهم من رقابة القضاء، وبالتالي تخضع كلّ هذه الإجراءات إلى رقابة القضاء بغرض الحفاظ على سلامة و جوهر المنازعة التّحكيمية[1].

تتمّ الرقابة القضائية السابقة غالباً من خلال تصحيح الإجراءات المحتمل اختلالها أثناء الخصومة التّحكيمية، وكذا مراقبة صحة اتّفاقية التّحكيم ومدى توافر شروطها الشّكلية والموضوعية، وكذا فحص مشروعية تعين المحكّمين ومعالجة أيّ نزاع يثور حول تشكيل هيئة التّحكيم ومراقبة سير الخصومة التّحكيمية، وما إلى ذلك من الإجراءات الأخرى، بما للقضاء الرّسمي من سلطة إلزام لا تتمتّع بها هيئة التّحكيم، ومن ذلك أيضا مساعدتها في تنفيذ التدابير المؤقتة، أو التحفظيّة والحصول على الأدلة لتحقيق حكم عادل.

ولأجل تحقيق هذا الهدف السامي نجد أنّ معظم الدّول نظّمت العلاقة بين القضاء والتّحكيم لتوضيح أوجه المؤازرة بينهما من جهة، ومن جهة أخرى لتبيان حدود الرقابة والإشراف على التّحكيم، ولتجاوز العقبات التي قد تعترض التّحكيم قبل صدور حكم التّحكيم[2].

[1] هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ،المرجع السابق، ص 322 .

[2] حفيظة السيد حداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، ط 2000، ص35.

ونجد أنّ المشرِّع الجزائري حذا هذا الحذو ونظّم التّحكيم في الباب الثّاني الفصل السّادس من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، وحرص على مواكبة الاتّجاهات الحديثة سيما تلك الرّامية إلى حرية الأطراف والسّريّة والاستقلالية.

إنّ دراسة الرقابة القضائية السابقة لصدور حكم التّحكيم في الصفقات العموميّة استدعى منّا حصر نطاق هذه الرقابة في المبحث الأوّل، على أن نبحث عن مظاهر الرقابة في المبحث الثّاني، وذلك على النّحو الآتي:

المبحث الأوّل: نطاق وحدود الرقابة القضائية على اتّفاق التّحكيم.

سبق وأنْ ذكرنا آنفاً بأنّ ركون الأطراف إلى التّحكيم واتّفاقهم عليه معناه أنّهم تنازلوا عن حقِّهم في اللّجوء إلى القضاء العام، وبذلك تكون الدعوى القضائيّة الأصليّة قد فقدت شرطا شكلياً من شروط قبولها، ما يجعل المحكمة تقضي بعدم قبولها شكلاً في حالة اللّجوء إليها.

من هنا، ومن خلال هذا التقديم نستخلص بأنّ الدفع بوجود الاتّفاق على التّحكيم هو دفع ينصبّ حول عدم قبول الدعوى القضائية[1]، فإذا ما اتّفق الأطراف على ذلك وأعلنوا رغبتهم في قبول التّحكيم، فيحقُّ لأحدهم إنكار سلطة خصمه في اللّجوء إلى القضاء بسبب رضاه المسبق بعرض النّزاع على هيئة تحكيم تتشكّل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية، وبسبب تنازله عن حقِّه في طرح النّزاع أمام القضاء العام وقبول هذا التنازل يعطي الحقَّ للطرف الآخر بالدّفع بعدم قبول الدعوى.[2]

[1] لقد نظم المشرع الجزائري الدفوع الرامية إلى عدم قبول الدعوى في نص المادة 67 من ق،إ،م،و،إ، التي تنص على: "الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه ، وذلك دون النظر في موضوع النزاع ".

[2] عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية والحجوز والتحفظ ، مطبعة الاعتماد القاهرة ، 1921، ص922 .

رغم ذلك إلا أنّ الاتّفاق على التّحكيم لا يمكنه أنْ يلغي ولاية القضاء تماماً ولا يسلبها بل يبقى القضاء مختصاً في الكثير من المسائل، لأنّ اتّفاق التّحكيم ما هو إلا عائق مؤقت[1].

ثمّ إنّ اتّفاق التّحكيم يستمد مشروعيته من إرادة الخصوم وإقرار المشرِّع لها وعدم مخالفتها للنّظام العام والآداب العامة.[2]

إنّ الدّولة بما لها من سلطات هي من أنشأت السلطة القضائيّة للفصل بين الأفراد والجماعات فيما قد ينشأ بينهم من خصومات، وهي أيضا مَنْ أقرَّت التّحكيم كطريق بديل أو استثنائي لحلّ المنازعات، إلا أنّها لم تتنازل عن السُّلطة القضائيّة كونها هي الأصل في التقاضي وفي فضّ الخصومات، واحتفظت بحقِّ الرقابة والإشراف.

ينشأ اتّفاق التّحكيم من خلال اتّفاق أطرافه عليه، ومتى نشأ هذا الاتّفاق أصبح اللّجوء إليه إجبارياً في حالة حدوث منازعة حول عقد إداري أو صفقة عموميّة إذ أنّ نفاذ أحكامها لا يكون إلاّ بحكم قضائي.

من هنا بات واجبا علينا حصر مفهوم اتّفاق التّحكيم وتبيان طبيعة الدّفع به أمام القضاء.

[1] أمينة مصطفى النمر، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المكتبة القانونية، الإسكندرية مصر، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1992، ص 145.

[2] محمود مرسي، شرح القانون المدني المصري ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ج01 ، ص 546.

المطلب الأوّل: مفهوم اتّفاق التحكيم وصوره في منازعات الصفقات العمومية.

التّحكيم هو نظام استثنائي أقرّه المشرِّع كطريقٍ بديلٍ عن القضاء لفضّ نزاعات العقود الإداريّة ومنها الصفقات العموميّة، أمّا اتّفاقيّة التّحكيم فهي عقد بين المتنازعين يعبِّرون فيها عن رضاهم باختيار نظام التّحكيم لحلِّ ما بينهم من نزاع بشأن عقد إداري أو صفقة عمومية[1]، فاتفاقية التّحكيم هي في مقام العقد الملزم لجانبين[2].

من أجل الوصول إلى الطبيعة القانونيّة للدفع بوجود اتفاقيّة التّحكيم أمام القاضي في حالة اللّجوء إليه، وجب علينا المرور بإيجاز عن مفهوم اتّفاق التّحكيم حتى يتأتّى لنا تحديد موقف الفقه، والقضاء، وكذا موقف المشرِّع الجزائري من طبيعة الدّفع بوجود اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

الفرع الأوّل: مفهوم اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

اتّفاقية التّحكيم هي عقد رضائي أساسه إرادة الأطراف الحرّة التي اختارت التّحكيم كوسيلة لحلِّ النِّزاع القائم، أو المستقبلي وفقاً لنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة الجزائري، إذ نصَّت على أنّه:" تسري اتّفاقية التّحكيم على النزاعات القائمة والمستقبليّة، يجب من حيث الشّكل وتحت طائلة البطلان أنْ تُبرم اتّفاقية التّحكيم كتابةً، أو بأيّة وسيلة اتّصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، تكون اتّفاقيّة التّحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشّروط التي يضعها، إمّا القانون الذي اتّفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النّزاعات، أو القانون الذي يراه المحكِّم ملائما لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقيّة التّحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

[1] عماد محمد عبد الله، اتّفاق التحكيم وإجراءات المحكم ، مكتبة الصباح ، بغداد، العراق، 2013، ص31 .

[2] نظمت المواد 119 حتى 123 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتم العقود الملزمة لجانبين .

من خلال النّص يمكننا القول كذلك بأنّ اتّفاق التّحكيم هو اتّفاق الطرفين على اللّجوء إلى التّحكيم لتسوية كلّ أو بعض المنازعات التي تنشأ، أو يمكن أنْ تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة.

أو هو ذلك العقد الرضائي الذي يتّفق بمقتضاه أطرافه على حلّ النّزاع الناشئ أو النّزاع المحتمل نشوبه بواسطة التّحكيم، ويمنح التّحكيم سلطة الفصل فيه بحكم ملزم وفي المقابل يمنع قضاء الدولة من النظر فيه، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس اتّفاق التّحكيم ومصدر سلطة المحكّمين، ويجب أن تنصرف هذه الإرادة إلى إعمال التّحكيم صراحة فلا يجوز استخلاص ذلك ضمنياَ، أو من خلال سكوت إحدى الأطراف عن طلب التّحكيم المقدّم من الطرف الآخر، فاتّفاق التّحكيم يجب ألا يفترض[1]، لتوضيح مفهوم اتّفاق التّحكيم أكثر وجب شرح صوره.

الفرع الثّاني: صور اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

يأخذ اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية صورتين منصوص عليهما قانونًا وبنصّ صريح؛ وهما شرط التّحكيم أو اتّفاق التّحكيم، زيادة عن صورة ثالثة استلهمت من الجانب العملي وفقاً لما سنورده فيما يلي:

البند الأول: شرط التّحكيم.

بيّنت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، بأنّ شرط التّحكيم لا يثبت إلا بالكتابة في الاتفاقية الأصلية، أو الوثيقة التي تستند إليها تحت طائلة البطلان، كما يشترط لصحة شرط التّحكيم وتحت طائلة البطلان دائما تعيين المحكّم أو الهيئة التحكيمية، أو كيفيات تعين المحكم أو الهيئة، وعيله فشرط التّحكيم يرد في العقد الأصلي كتابة ويتّفق طرفاه على ما سينشأ من نزاع مستقبلي بشأن صفقة عمومية ويتفقان

[1] محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، المرجع السابق، ص 132 .

على حلِّه باللّجوء إلى التّحكيم وليس القضاء، فالشرط هنا متعلق بنزاع محتمل وهذا ما عبّرت عنه المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1].

البند الثاني: اتّفاق التّحكيم.

هو الاتّفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرضًا قائمًا بالفعل بينهم على التّحكيم بمعنى أنّه اتّفاق لاحق عن العقد الأصلي، ويمكن أن يتمّ هذا الاتّفاق كذلك بعد حصول النّزاع ورواجه أمام المحكمة الإدارية، وقتها يجوز للطرفين الاتّفاق على حلِّه عن طريق التّحكيم فإذا وافقت المحكمة على ذلك يجب عليها أن ترجئ الفصل في الدعوى القضائية إلى حين صدور الحكم التّحكيمي[2]، ووفقا للمادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يحصل الاتّفاق على التّحكيم كتابيا، ويجب تحت طائلة البطلان أن يتضمّن موضوع النّزاع وأسماء المحكّمين، أو كيفية تعينهم شأنه في ذلك شأن شرط التّحكيم.

البند الثالث: شرط التّحكيم بالإحالة.

هناك صورة أخرى كشفت عنها الممارسات العمليّة يطلق عليها شرط التّحكيم بالإحالة، أو شرط التّحكيم بالإشارة[3]، فقد لا يرد شرط التّحكيم في العقد الأصلي، ويكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التّحكيم، ويستوي أن تكون الوثيقة المحال إليها اتّفاقا بين الطرفين، أو وثيقة صادرة من أحدهما، أو من أي شخص آخر، أو عقدا

---

[1] نصت المادة 1040 من، ق، ا، م، وإدارية الجزائري على :"تسري اتّفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة. تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

[2] آدم وهيب البداوي، المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، العراق، ط3، 2011، ص 295 .

[3] حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، المرجع السابق، ص 10 .

نموذجيا، أو لائحة لمركز تحكيم. وهنا الإحالة تعتبر اتّفاقا على شرط التّحكيم[1]، هذه الصورة نجدها أكثر إعمالاً في القانون المصري على عكس باقي القوانين الوضعية.

ويعتبر اتّفاق التّحكيم مستقلا عن العقد الوارد فيه، وبذلك يعتبر عقدا مدنيا يستقل عن العقد الأصلي في مضمونه فلا يتأثر بصفته وكونه عقداً إدارياً، فاتّفاق التّحكيم يحدّد الأصول والقواعد الواجب اتّباعها للفصل في المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ عن العقد الأصلي. أمّا العقد الأصلي فيحدّد حقوق وواجبات أطرافه ويترتّب على ذلك أنّ اتّفاق التّحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد من الناحية الماديّة في العقد الأصلي.

ولعلّ استقلال اتّفاق التّحكيم عن العقد الأصليّ يجعله يخضع إلى نظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، فيجب على أطراف النّزاع التقيّد بالاتّفاق المبرم بينهما، وعليهم الالتزام بحسم النّزاع عن طريق التّحكيم، وبالتالي اتّخاذ كل الإجراءات المؤدية إلى تطبيق آثار اتّفاق التّحكيم مهما كان وبأي صورة من الصور وهذا هو الأثر الإيجابي لاتّفاق التّحكيم، وفي المقابل على القضاء الامتناع عن نظر النّزاع عند الدفع أولياً بوجود اتّفاق التّحكيم، من أحد الأطراف إذا ما تبيّن له صحة هذا الاتّفاق وعدم مخالفته للنظام العام. أمّا إذا لم يثار هذا الدفع قبل التطرق للموضوع فللقضاء الاستمرار في نظر النّزاع رغم وجود اتّفاق التّحكيم صحيحاً، ولكن وجب على المحكّم في هذه الحالة، إذا ما رفعت الدعوى التّحكيمية أمامه وباشرها، إنهاء الإجراءات التي قد تكون بدأت[2].

[1] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص188.

[2] محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 130.

المطلب الثّاني: طبيعة الدفع بالتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

حقّ الدّفاع من أهمّ المبادئ المكفولة في أنظمة التّقاضي ككل. والدفوع هي وسيلة أجازها المشرِّع للمدّعى عليه لدحض ادّعاءات المدّعي حتى يتفادى الزامه بما يدّعيه خصمه. فالدفوع هي من الوسائل المتاحة لعموم الأطراف للدّفاع عن حقوقهم ومراكزهم القانونيّة أمام القضاء.[1]

والدفوع بمفهومها الواسع ليست حكرا على المدّعى عليه فقط الذي يمكنه التحوّل أثناء سريان الخصومة القضائية إلى مدّعى مقابل[2]، أو مستأنف فرعياً[3] وقتها يمكن لخصمه المدّعي الأصلي استعمال الدفوع هو الآخر.

والدفوع تختلف عن الطلبات، إذ نجد أنّ المشرّع أتاح للمدّعي طريق الطلب لمباشرة دعواه ورسم للمدّعى عليه طريق الدفع.

فالطلب هو الإجراء الذي يبادر به المدّعي إلى القضاء عارضا دعواه بغية الحكم على خصمه، فهو وسيلة هجوم أمّا الدفع فهو وسيلة دفاع.[4]

وللدفوع أنواع، فنجد الدفوع الشّكلية، والدفوع الرامية إلى عدم القبول، ثمّ الدفوع المتعلّقة بالموضوع، هذه الأخيرة هي تلك الدفوع النافية لحقّ المدّعى ككل، وترمي إلى رفض دعواه.

---

[1] خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، المرجع السابق ،ص 49 .

[2] لقد عرفت المادة 25 فقرة 5 من، ق،إ،ج، م، و، إ،الجزائري الطلب المقابل بأنه : "الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة ، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه ".

[3] نصت المادة337 من نفس القانون على : "يجوز للمستأنف عليه ، استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة ،ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي، لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول... ".

[4] إبراهيم محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1981، ص 818 .

أمّا الدفوع الشّكلية، فهي التي يقصد بها المدّعى عليه تفادي الحكم عليه ولو مؤقتا بما يدّعيه خصمه، كأن يدفع بعدم انتظام إجراءات الخصومة، أو بعدم الاختصاص النوعي، أو الإقليمي. وهذه الدفوع يجب أنْ تثار قبل أي دفاع أو تطرق للموضوع[1].

أمّا الدفوع الرامية إلى عدم القبول فهي تلك الدفوع التي يمكن بها على الخصم حقه في اللّجوء إلى القضاء لعدم توافر شروط قبول الدعوى [2].

ويرى بعض الفقه بأن الدفع بعدم القبول دفع لا ينصرف إلى إجراءات الخصومة كما هو الحال في الدفوع الشّكلية، ولا إلى الحق المدّعى به كما في الدفوع الموضوعية وإنّما ينصرف إلى حق الخصم في رفع الدعوى ويهدف إلى منع المحكمة من نظرها كفوات الميعاد أو سبق الفصل، وللتفريق بين الدفوع أهمية بالغة تنعكس على وقت إبدائها[3]لأجل الوقوف على طبيعة الدّفع بالتّحكيم، لابدّ من التّعريج على موقف الفقه والقضاء ومقارنتهما بموقف المشرِّع الجزائري.

الفرع الأوّل: موقف الفقه والقضاء المقارن.

إنّ رقابة القضاء على اتّفاق التّحكيم وصحّته تتّخذ عدّة صور وأشكال، إذ يجوز لصاحب المصلحة من أطراف التّحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتّفاق التّحكيم أمام القضاء تحسبا لتمسّك الطّرف الآخر به، وذلك إسنادا للقواعد العامّة في الأحوال التي يكون فيها التّحكيم باطلا لانعدام الأهلية اللازمة لعقد الاتّفاق، أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيبٍ من عيوب الرضى، أو إذا كان محل اتّفاق التّحكيم مخالفا للنّظام العام، أو ممّا لا يجوز اللّجوء بشأنه إلى التّحكيم بنص القانون .

---

[1] أحمد السيد ضاوي، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 1979، ص 143 .

[2] إبراهيم حرب محسين، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمقارن دار موتة للبحوث والدارسات ، الأردن، عدد 1، 1997، ص 35 .

[3] لتفصيل أكثر في أهمية التفريق بين الدفوع ينظر : خالد ابراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وآثاره على الدعوى القضائية، المرجع السابق، 62 .

ثم إنّ الهدف من الرقابة القضائية السّابقة على التّحكيم هو توقي المنازعات المتعلقة بالبطلان لأسباب ترتبط باتّفاق التّحكيم، هذا وقد اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونيّة للدفع بوجود اتّفاق التّحكيم متى تمسّك المدّعى عليه بوجوده، وقد تفاوت هذا الخلاف بين اعتبار هذا الدّفع دفعا أوّليا بعدم القبول وبين اعتباره دفعا بعدم الاختصاص، أو دفعا بالتّخلي عن نظر الدّعوى، وهذا ما سنبيّنه فيما يلي:

البند الأوّل: الدفع باتّفاق التّحكيم دفع بعدم القبول.

يرى البعض أنّ الدّفع الذي يبدي أمام قضاء الدولة بوجود اتّفاق التّحكيم يعتبر من قبيل الدّفع بعدم قبول الدّعوى سواء تعلّق الأمر بتحكيم وطني، أو بتحكيم دولي؛ فالقضاء المصري اعتبر الدّفع باتّفاق التّحكيم دفعا بعدم قبول الدّعوى وغير متعلّق بالنّظام العام فالمحكمة لا تثيره من تلقاء نفسها اللهمّ إلّا إذا تمسك به المدّعى عليه وأثاره قبل أيّ دفاع في الموضوع[1].

في حين تأرجح القضاء الأردني لمدّة طويلة بين اعتبار الدفع باتّفاق التّحكيم دفعا بعدم الاختصاص، وبين اعتباره دفعا بعدم القبول.

هذا، وقد اختلف الفقه من جانبه حول تحديد موقع الدّفع بالتّحكيم بين الدفوع الأخرى، وانقسم إلى ثلاثة آراء؛ رأي منه ألحق هذا الدّفع بالدّفوع الرامية إلى عدم القبول إذ يرى أنصار هذا الرأي أنّ اتّفاق التّحكيم لا يمسّ بالشروط الشّكلية المتعلقة بالاختصاص، وإنّما يمسّ بسلطة المحكم في اللّجوء إلى القضاء ويشكل عائقاً مؤقتا قد يمنع المحكمة نظر الدعوى وبالتالي فشرط التّحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنّما يمنعها فقط من نظره، وبذلك يكون من قبيل الدفع بعدم القبول[2].

---

[1] نصت المادة 13 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

[2] أحمد أبو الوفاء ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، ط13، 1980 ص 125.

البند الثّاني: الدفع باتّفاق التّحكيم دفع بعدم الاختصاص النّوعي.

ويعرّف الاختصاص على أنّه مجموعة القواعد والنصوص التشريعية التي قرر بموجبها المشرِّع اختصاص كل جهة قضائية نوعيا وكذا اختصاصها إقليمياً، والمتعارف عليه في أغلب التشريعات أنّ الدفع بعدم الاختصاص النوعي هو دفع من النظام العام ومعنى ذلك أنّه يمكن الدّفع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة لأوّل مرّة، في حين أنّ عدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام ويجب أن يثار قبل التعرّض للموضوع[1]، ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته[2].

ومن أنصار هذا الاتّجاه القانون الفرنسي الذي اعتبر الدّفع باتّفاق التّحكيم دفعا بعدم الاختصاص النوعي[3]، وقد أيّد هذا الرأي الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية إذ يمنع على قضاء الدولة نظر النزاع الذي يرد في شأنه اتّفاق تحكيم بين طرفيه لعدم اختصاصه وذلك إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك ويحيل القضاء الأطراف إلى هيئة التّحكيم لاختصاصها بنظر النزاع لوجود اتّفاق تحكيم سابق[4].

وقد ساير هذا الرأي الفقه والقضاء الإيطالي أيضا إذ يرون أنّه دفع بعدم الاختصاص، وأنّ الاتّفاق على التّحكيم يحجب سلطة المحاكم في نظر النزاع وهو ما يؤدي إلى عدم اختصاصها النوعي إلا أنّه غير متعلق بالنظام العام.

---

[1] نصت المادة 47 من،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على: "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو بعدم القبول".

[2] نصت المادة 46 من ،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا..."

[3] نصت المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم75-1123 المعدل بالمرسوم الصادر في13-01-2011 رقم 48-2011 على أنه:" عندما ترفع دعوى قضائية أمام إحدى محاكم الدولة تتعلق بنزاع مطروح أمام هيئات التحكيم بموجب اتفاق التحكيم وجب على هذه المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها" .

[4] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، مصر 2010، ص 195.

هذا الرأي وجِّهت له عدة انتقادات منها استحالة تحديد نوع عدم الاختصاص المقصود مادام ليس نوعيا ولا إقليماً بصورة واضحة طالما أنّ محكمة التّحكيم ليست جهة قضائية موازية للجهات القضائية المنظمة قانوناً، إذ أنّ عدم الاختصاص لا يمكن تصوره إلا بين محاكم وجهات قضائية رسمية، والمحكم ليس محكمة مقننة.

الرأي الثالث: الدفع باتّفاق التّحكيم دفع موقف لإجراءات الدعوى القضائيّة.

من أنصار هذا الرأي اطراف اتفاقية واشنطن لسنة 1969[1]، وأخذ بها القضاء الإنجليزي أيضا[2]،ويكون ذلك بناءً على دفع يقدِّمه المدّعى عليه، ولكن أنصار هذا الرأي وضعوا بعض الضوابط والشّروط لكي لا يبقى الأمر مزاجيا بين محكمة وأخرى، وهذه الضوابط منها:

1-وجود اتّفاق تحكيم قابل للتنفيذ، ذلك أنّ اختصاص قضاء الدولة يتوقف عند شروط صحة اتّفاق التّحكيم وقابليته لإعمال عند الدفع بعدم اختصاصه لنظر النّزاع.

2-يكون موضوع اتّفاق التّحكيم قابلا للحلّ بالتّحكيم طبقا لقانون القاضي نفسه.

3-يقدم طلب الوقف من أحد أطراف التّحكيم لوقف إجراءات الدّعوى.

4-يقدّم الطلب قبل إبداء أيّ دفاع في موضوع الدّعوى.

5-يجب على المحكمة عند إبداء طلب وقف السابق أنْ توفق الدّعوى، ما لم تقتنع بأنّ اتّفاق التّحكيم باطل، أو غير نافذ، وعلى المدّعي الذي رفع الدعوى العموميّة عبئ إثبات صحّة اتّفاق التّحكيم.

---

1 لقد صادقت الجزائر علي اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي95-346،ج،ر،ج،ج،عدد66 الصادر بتاريخ 05-11-1995 .

2 خالد إبراهيم التلاحمة ،الدفع بالتحكيم وأثاره في العقود الإدارية، المرجع السابق،ص85.

على العموم يبقى الرأي الأوّل الذي اعتبر الدّفع باتّفاق التّحكيم دفعًا بعدم القبول هو الأقرب للصواب والأكثر إعمالا واعتمادا من الأنظمة والتّشريعات المقارنة وحتى الاتفاقيات الدّولية بشأن التّحكيم.

الفرع الثّاني: موقف المشرِّع الجزائري.

لعلّ حداثة نظام التّحكيم لدى المشرِّع الجزائري وحداثة الازدواجية القضائية والنظام السياسي المنتهج قد انعكست على تبيان نيّة المشرِّع الجزائري بشأن الطبيعة القانونية للدفع بالتّحكيم، وهو ما يظهر من خلال شحّ النصوص القانونية في هذا المجال.

ونجد أنّ موقف المشرِّع الجزائري اختلف بين التّحكيم الداخلي والتّحكيم الدّولي.

البند الأول: في التّحكيم الدّاخلي.

يبدو أنّ المشرِّع الجزائري ترك هذا الأمر إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع إذ لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإداريّة في أي من مواده على طبيعة الدّفع باتّفاق التّحكيم، فهل اعتبره من قبيل الدّفع بعدم القبول، أو الدّفع بعدم الاختصاص أو اعتباره من قبيل وقف إجراءات الدّعوى القضائيّة، وعلى هذا يبقى الأمر غامضا[1].

البند الثاني: في التّحكيم الدّولي.

لقد تدارك المشرِّع الجزائري الموقف السلبي عن الطبيعة القانونيّة للتّحكيم الذي أبداه بشأن التّحكيم الداخلي، وتعرّض لذات الطبيعة حينما تطرق للتّحكيم الدولي، إذ نصّت المادّة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة على أنّه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النّزاع إذا كانت الخصومة التّحكيمية قائمة، أو إذا تبيّن له وجود اتّفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

[1] شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، أحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص69.

باستقراء هذه المادة نجد أنّ المشرِّع الجزائري اعتبر الدفع باتّفاق التّحكيم من قبيل الدّفع بعدم الاختصاص النّوعي مسايراً بذلك القانون الفرنسي والإيطالي، وكذا اتفاقيّة نيويورك لسنة 1958 في مادتها الثانية الفقرة الثالثة[1] والمادة أعلاه فصلت بين حالتين:

1-إذا كانت الخصومة التحكيميّة قائمة فعلا يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النّزاع.

2-إذا تبيّن القاضي وجود اتّفاقية تحكيم لكن بشرط أن يكون قد أثارها أحد الأطراف والملاحظ أنّ الغاية من منع المحكمة من إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها هو احترام إرادة الأطراف الذين فضّلوا اللّجوء إلى قضاء الدّولة قصد حلّ نزاعاتهم، على الرغم من وجود اتّفاق التّحكيم، والذين لم يرغبوا في إثارة الدفع به بعد أن تراجعوا عن ذلك الاتّفاق أو ألغوه ضمنيا.[2]

[1] لقد صادقت الجزائر على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 15-11-1988 المنشور في ج،ر،ج،ج،عدد48 الصادر بتاريخ 22-11-1988.

[2] جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الإجراء و الموضوع، المرجع السابق، ص49.

المبحث الثاني: مظاهر الرقابة القضائية على اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

لقد سمح الطابع الاتّفاقي لأطراف التّحكيم باختيار القواعد الإجرائيّة الواجب اتّباعها أثناء سير إجراءات التّحكيم، والتي تشمل مكان التّحكيم والمواعيد التي يتفّق عليها، وكذلك الإجراءات الخاصة بالإثبات وغيرها من الأمور الأخرى التي تتطلبها العمليّة التحكيميّة وصولا إلى صدور حكم التّحكيم الذي يحسم النّزاع بين أطرافه.

ولكن كلّ تلك الإجراءات يجب ألا تكون بمنأى عن رقابة القضاء، فالتّحكيم يحتاج دائما إلى مساعدة القضاء لحسن سير الإجراءات التّحكيمية، طالما أنّ الهيئة التّحكيمية ليست سلطة قضائية تملك ولاية الإجبار في الزام إحدى الأطراف للقيام بالعمل بالقوة خلافا لسلطة القضاء التي يمكنها القيام بذلك كاستدعاء الشهود، أو الالزام بتقديم المستندات لهيئة التّحكيم.[1]

إنّ مظاهر العجز هذه تدفع الهيئة التحكيميّة إلى طلب المساعدة من القضاء بإصدار أوامر قضائية ملزمة تحت طائلة الإجراءات المقرّرة في القانون المتمثلة في الاكراهات المالية أو الغرامات التهديدية.

وبهذا يستطيع الأطراف المحتكمين أن يتّفقوا على الإجراءات المتّبعة أمام هيئة التّحكيم وأن يلتزموا بها بشرط عدم مخالفتها للمبادئ الأساسية للتقاضي، وعدم الإخلال بحقوق الدفاع، وعدم مخالفة القواعد القانونية المنظمة للتّحكيم[2]، فعليهم مراعاة عدم مخالفة القواعد المختارة كأساس لتحكيم للنظام العام.

---

[1] لقد نصت المادة 21 من، ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على: "يجب إيداع الأوراق والمستندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعما لادعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية ..."،كما نصت المادة 819 من نفس القانون على:"...وإذا ثبت أن المانع يعود الى امتناع الإدارة من تمكين المدعي نت القرار المطعون فيه ،أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة...".

[2] فتح ولي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ،ط3، 1993، ص920 .

ومن المسائل الماسّة بالنظام العام والتي يجب مراعاتها ضمان المساواة في سير عملية التّحكيم، وضمان حصول الأطراف على فرص متكافئة وتقرير حقوق الدّفاع المكفولة في كل الدساتير والمواثيق، هذه القواعد تشكل مبادئ المحاكمة العادلة التي يلزم باحترامها كونها من المبادئ التي تحكم الدعوى قضائية كانت أم غير قضائية، وتؤكّد عليها كل القوانين الوضعية الداخلية وكذلك الاتفاقيات والمعاهدات الدولية[1]، وأيّ خرق لها يعطى القضاء حقّ التدخل والرقابة.

نستخلص ممّا سبق أنّ العلاقة بين التّحكيم والقضاء علاقة تلازم، وهي تظهر من خلال كلّ مراحل التّحكيم بهدف إرساء ضوابط التّحكيم وتحقيقا لأهدافه.[2]

على أنّ القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل في نظر منازعات الصفقات العمومية إلا أنّ التّحكيم سلبه الاختصاص العام خاصة عند ظهور المنازعات الدوليّة، إذ نجد أنّ المتعامل المتعاقد الأجنبي يتمسّك بالتّحكيم لما فيه من خصائص ومميزات سبق الإشارة إليها وشرحها في الباب الأوّل.

وتدخل القاضي الإداري لا ينحصر في الرقابة على حكم التّحكيم فقط، بل يمكنه التدخل في كلّ مراحل سير الخصومة التّحكيمية بالإلزام، أو بالمساعدة في تعين المحكّمين، أو ردّهم وفي الحصول على أدلة الاثبات، وكذا في اتّخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، وتحديد المحكمة المختصة بنظر الرقابة على إجراءات التّحكيم.

كلّ هذه المظاهر سنحاول التطرق لها بنوع من التفصيل وفقاً لما يلي:

[1] عزمي عبد الفتاح، التحكيم في القانون الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ط1، 1990، ص 261 .

[2] رضا هميسي ، خركوكي مباركة حنان، دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكمية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة الواد ، عدد 17، جانفي 2018، ص 251.

المطلب الأوّل: رقابة ودور القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم.

الأصل في التّحكيم أنّ إرادة الأطراف هي التي تشكّل هيئة التّحكيم، وهي المنظّمة للقواعد التي تخضع لها الخصومة التّحكيميّة، فللأطراف أنْ يتّفقوا على العدد الذي تتشكّل منه هذه الهيئة شرط أنْ يكون العدد وترا[1]، أي فرديّا، طبقاً لنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2].

كما لهم أنْ يتّفقوا على وقت وكيفية هذا التّشكيل، وهذا ما نصّت عليه المادة 1041 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التّحكيم تعيين المحكّم أو المحكمين، أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

وفقاً لهذا النّص، فإنّ طريقة تشكيل هيئة التّحكيم تسمّى بالتّشكيل الاتّفاقي،[3]ولكن قد يقع المتنازعون في اشكاليات منها: عدم تعيينهم للمحكّمين، سواء كان ذلك ناتجا عن رفض المحتكمين أو أحدهم تعيين المحكِّم، أو عن صعوبة في التّعيين كأنْ يشترط اتّفاق التّحكيم مثلاً أنْ يكون المحكّم ذا فكرٍ أو مستوى علميٍّ معيّن، أو أنْ يكون من جنس معيّن، أو غيرها من الشّروط التي قد يصعب تحقيقها والالتزام بها من أحد الأطراف.

كما أنّ هناك إشكاليات غير منتظرة قد تعترض تشكيل هيئة التّحكيم ويستحيل معها إتمام العملية التّحكيميّة، ولا يستطيع الأطراف التّغلّب عليها[4]. هنا، يصبح من الضروريّ البحث عن جهة توكل لها مهمّة مساعدة الأطراف في إزالة هذه العقبات حتى يحقّق

---

[1] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامة للتّحكيم ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المرجع السابق ، ص 131.

[2] نصت المادة 1017 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على:" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدّة محكمين بعدد فردي".

[3] والي فتحي ،قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 197 .

[4] بنور أسماء، القاضي الإداري والتحكيم ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة الجزائر، العدد 4، جوان 2016، ص 698 .

التّحكيم فعاليته المطلوبة كطريق بديل يوفر السرعة في فضّ نزاعات الصفقات العموميّة بالأخص.

إنّ قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الجزائري أسند هذا الدّور المساعد والرقابي للقضاء لأجل استكمال نظام التّحكيم لأركانه، فالدّولة عند اعترافها بجواز التّحكيم فإنّها فوّضته جانبا من اختصاصاتها السيادية الرامية إلى الفصل في المنازعات عن طريق القضاء.[1]

هذا الأخير تدخّله ليس تلقائياً، وإنّما مقرون بشروط، ومحكوم بضوابط. وعليه سنتعرض لهذه الشّروط والضوابط. كما وجب البحث عن الجهة القضائية المخوّل لها هذا التدخّل وفقا لما يلي:

الفرع الأوّل: شروط وضوابط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم.

بالرغم من الأثر السلبيّ لاتّفاق التّحكيم الذي ينصرف إلى استبعاد القضاء للنظر في النزاع، إلا أنّ هذا الأثر يبقى نسبيّا، إذ يحقّ للقضاء التدخّل في تشكيل هيئة التّحكيم شريطة ألّا تتعدى مهمّته في هذه الحالة سلب هيئة التّحكيم اختصاصها بالفصل في موضوع النّزاع التّحكيمي.[2]

وعليه، فالتدخّل مقيّد بشروط وضوابط نتطرق لها فيما يلي:

[1] محمد الحبيب ، القضاء والتحكيم ، المرجع السابق، ص 13 .

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، ط1، ب،س، ن ،ص541.

البند الأول: شروط تدخّل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم.

يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم وجود نزاع قائم بالفعل بين طرفي التّحكيم، ووجود عقبات فعليّة تعترض عملية التّشكيل.[1]

أوّلا: وجود نزاع.

تنصّ المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التّحكيم بفعل أحد الأطراف أم بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكّم أو المحكّمين يعين المحكم، أو المحكِّمين من قبل رئيس المحكمة...".

المفهوم من نصّ المادة أنّه يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكّمين أنْ يكون هناك نزاع قائم بالفعل بين طرفي التّحكيم، ونجد أنّ المشرِّع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشّرط، إلا أنّ ذلك لا يعني جواز اللّجوء إلى القضاء لتعيين المحكِّمين قبل نشوب النّزاع، ذلك أنّ تشكيل هيئة التّحكيم لا يتمّ غالبا إلا بعد نشوب نزاع بالفعل فمن غير المتصوّر أنْ يُجهِد الأطراف أنفسَهم في مفاوضات، أو في اللّجوء إلى القضاء من أجل استكمال تشكيل هيئة التّحكيم دون وجود نزاع حقيقيّ قائم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ هذا الشرط يعدّ تطبيقا للقواعد العامّة للتّقاضي التي تشترط قيام المصلحة في رفع الدعوى[2]، وبالتالي إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكّمين قبل نشوب النّزاع فإنّ الأثر المترتِّب على ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكّم لانتفاء شرط المصلحة فيه.

[1] جبايلي صبرينة ، بوعبد الله مخطار، التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، الجزائر، عدد43 جوان2015 ص 229 .

[2] نصت المادة 13 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : :لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ...".

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ هذا الأمر يخصّ التّحكيم الداخلي. أمّا التّحكيم الدّولي فبيّنت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنّه عند وجود صعوبة في تعيين المحكّمين فنكون أمام إحدى الحالتين:

أولاهما: أنّه إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر، فيرفع الأمر للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها التّحكيم.

وثانيهما: أنّه إذا كان التّحكيم يجري في الخارج، وسبق للأطراف وأن اتّفقوا على تطبيق الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية في الجزائر العاصمة ليتولى هذا التعيين.

أمّا إذا كان التّحكيم يجري في الخارج وطرفاه لم يختارا ولم يتّفقا على الإجراءات المطبّق عليه، ولم يحتكما إلى القانون الجزائري، فيمكن لهما اختيار الجهة التي تتولى التعيين[1].

وفي حالة عدم اختيارهما فتختصّ بالتّعيين المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الصفقة، أو مكان تنفيذها.

وعلى عكس هذا الفراغ الموجود في هذه النقطة عند المشرِّع الجزائري، نجد أنّ المشرِّع الفرنسي فصّل فيه بالمادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة الفرنسي التي منحت القاضي سلطة تعيين المحكِّمين في حالة عدم تمسّك الجهة القضائية المختصّة باختصاصها في تعيين المحكمين[2].

[1] نصت المادة 1042 من ،ق، إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ ".

[2] المرسوم رقم 75-1123 المتضمن ق،إ،م، الفرنسي الصادر في 09-12-1975 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 2011-48 الصادر بتاريخ 13-01-2011.

ثانيا: وجود عقبات في تشكيل هيئة التّحكيم.

يشترط لإجازة تدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكّمين أنْ تعترض عملية تشكيل هيئة التّحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحدّدة لها في اتّفاق التّحكيم.

وهذا شرط بديهيّ، ذلك أنّ تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم يعتبر ذا طبيعة احتياطيّة، لا يتمّ إعماله إلا في حالة وجود صعوبات تعترض عملية التّشكيل. وبالتالي، إذا ما تمّ تشكيل هيئة التّحكيم دون وجود صعوبة تذكر في هذا الشأن فلا يجوز للقضاء التدخل في هذه الحالة لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراما لإرادة الأطراف وحسن نواياهم.

ولعلّ أهم العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التّحكيم هي عدم الاتّفاق على اختيار المحكّم أو المحكّمين، و صعوبة التّعيين بسبب شرط يكون قد ورد في اتّفاق التّحكيم كأنْ يشترط مستوى علميّا معيّنا في المحكّم، أو يحدّد جنسه، أو غيرها من الشروط التي قد يصعب تحقيقها والالتزام بها من أحد الأطراف، أو كليهما، أو كحالة وفاة أحد المحكّمين، أو فقد أهليته، أو غيابه بسبب المرض المقعد الذي يمنعه من القيام بالمهام الموكلة له.

فهذه الحالات هي عقبات مادية تستوجب تدخل القضاء لتذليلها قصد تشكيل هيئة التّحكيم[1] ، فإذا لم يتّفق طرفا التّحكيم على اختيار المحكّم أو المحكمين، أو على وقت وكيفية هذا الاختيار تعيّن على القضاء أنْ يقوم بهذا الاختيار بناءً على طلب أحد الأطراف[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ القضاء ملزم في هذا الشأن بالعدد الذي تمّ الاتّفاق عليه بين طرفي التّحكيم، فإذا اتّفق الأطراف على تشكيل هيئة التّحكيم من ثلاثة فلا

[1] تركي نور الدين، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999، ص83.

[2] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 209.

يجوز للقضاء الزيادة في عدد المحكمين، أو الانقاص منهم بل عليه الابقاء على العدد المشار إليه في اتّفاق التّحكيم.

وإذا كان تعيين المحكم، أو المحكمين أمرا إجباريّا ينجرّ عنه البطلان بالنسبة للتحكيم الداخلي، فإنّه بالنسبة للتّحكيم الدّولي أمر جوازي أيْ يمكن للأطراف مباشرة أو بعد الرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم، أو المحكمين فإذا تمّ التّعيين لصعوبته أو بسبب عزل المحكم أو استبداله، فيجوز للطرف الذي يهمّه التّعجيل رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر، أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التّحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر[1].

الملاحظ من نصّ المادة 1041فقرة 2، أنّ المشرِّع الجزائري عهد الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التّحكيم إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر أو رئيس محكمة الجزائر العاصمة، في التّحكيم الدّولي. وبذلك يكون قد قطع الطريق على أيّ قضاء أجنبي آخر للتّصرف في هذه العقبات، كما أنّه أوقف إزالة هذه العقبات بناءً على طلب أحد الأطراف الذي يهمّه التّعجيل، إذ لا يجوز للقاضي التّدخل من تلقاء نفسه لاستكمال تركيبة هيئة التّحكيم أو تعديلها.

البند الثاني: ضوابط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم.

إنّ تدخل القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم ليس مطلقا، وإنّما تحكمه عدّة ضوابط وإجراءات يجب اتّباعها، نذكر منها:

أوّلا: وجوب احترام الشّروط التي حدّدها القانون، وتلك التي اتّفق عليها الأطراف: فيجب على القضاء وهو بصدد ممارسة دوره المساعد في تشكيل هيئة التحكيم أنْ يتأكّد من أنّ المحكّم الذي يعيّنه تتوافر فيه الشّروط التي يتطلبها القانون، وتلك التي أشار إليها

[1] نصت المادة 1041 فقرة 1 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم".

الأطراف في اتّفاق التّحكيم، من كفاءة، وجنس، وعدد، وغيرها من الشّروط المُفصّلة أعلاه، كما ينبغي على القضاء ألّا يعيِّن محكّما لم يعهد إليه بممارسة وظيفة قضائية محضة، كالخبراء أو الموثقين احتراما لإرادة الأطراف في هذا الشأن.

ولكن يلاحظ في هذا الشأن أنّ الأطراف قد يستخدمون ألفاظا غامضة لا يفهم منها طبيعة المهمة الممنوحة للمحكم، ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يتأكد أوّلا بأنّه أمام اتّفاق تحكيم حقيقي، ثمّ يقوم بعد ذلك بتعيين المحكم تاركا لهيئة التحكيم سلطة الفصل في شرعية وحدود مهمّته تحت رقابة لاحقة من القضاء، وذلك احتراما لما قرّرته مختلف القوانين من إعطاء السلطة لهيئة التّحكيم في تقدير مدى صلاحيتها في نظر النّزاع من عدمه.

ثانيا: على المحكمة المختصة باختيار المحكّمين، أو تعينهم الفصل فيما أُسند إليها بالسّرعة اللاّزمة ومن دون تأخير، تجسيداً لفعالية التّحكيم المتّسم في إحدى صفاته بالسرعة في فضّ النزاعات.

ثالثا: عدم قابليّة الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكِّم: يكتسب القرار الصادر عن القضاء بتعيين المحكِّم حصانة مطلقة، فهو غير قابل لأيّ طعن.[1]

هذه القاعدة حسب القضاء الفرنسي يرد عليها استثناء هام مؤداه جواز الطّعن في القرار الصادر بتعيين المحكّم الذي لم يراع فيه إرادة الأطراف، أو نصوص القانون المنظمة لعملية التعيين.[2]

رابعا: أن يكون الطلب في صورة دعوى: المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على كيفية تعيين المحكم، وهل تكون بموجب أمر على عريضة، أو في صورة دعوى قضائية.

ولكن باستقراء المادة 1016 من القانون 08-09 المتعلقة بحالات ردّ المحكم في فقرتها السادسة تنص: " في حالة نزاع، إذا لم يتضمن نظام التّحكيم كيفيات تسوية

[1] نصت المادة 1016 الفقرة الأخيرة من ، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "...هذا الأمر غير قابل لأي طعن ".

[2] المادة 1044 ق،إ،م، فرنسي رقم 75-1123 المعدل والمتمم بالمرسوم 48-2011 المورخ في 03-01-2011 .

أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الردّ، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمُّه التّعجيل".

ومنه نجد أنّه يتمّ تعيين المحكّمين بواسطة القضاء المستعجل بإجراءات الدّعوى المستعجلة لتحقيق فاعلية التّحكيم بالسرعة، إن منح القضاء السلطة في تعيين المحكمين بناءً على طلب الأطراف، أو أحدهما تمكنه من إضفاء رقابته على تشكيل هيئة التّحكيم وذلك عن طريق التحقق من صحة الاتّفاق ومدى قابليته للتّطبيق والتنفيذ، ويرجع هذا الدور الرقابي للقضاء بالتعيين إلى أنّ للأفراد حسب الأصل الحق في اللّجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطّعن فيه.

لكن يثار التساؤل حول الحلّ إذا ما رفض قضاء الدولة طلب التعيين بعد الطلب منه ذلك[1].

الجواب وارد في نص المادة 1009فقرة 2 من القانون 08-09 على أنّه:" إذا كان شرط التّحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التّحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرّح بالأوجه للتعيين".

إذًا فالمشرِّع الجزائري أجاز رفض تعيين المحكِّم إذا تبيّن له أنّ اتّفاق التّحكيم ظاهر البطلان، أو غير كاف لإمكان المحكِّم، فالقاضي لا يقضي ببطلان الاتّفاق أو سقوطه وإنّما يحكم بعدم قبول طلب التعيين بالنظر فقط إلى ما يبدو من الظاهر لاتّفاق التّحكيم.

وقد أصاب المشرِّع في ذلك لأنّه من غير المعقول أن يفرض على المحكمة تعيين محكم دون أن يوجد اتّفاق التّحكيم، أو أنّ اتّفاق التّحكيم ظاهر البطلان، إذ لا جدوى عندئذ من تعيين المحكم، لكن هذا في التّحكيم الداخلي؛ أمّا في التّحكيم الدولي فالمشرّع لم يتطرق له ولكن يجب إعماله دون نص للأسباب السابق ذكرها.

[1] محمود عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق،ص81.

وإذا صدر حكم المحكمة المختصة بالتعيين فإنّه لا يجوز الطّعن فيه بأيّ طريقة من طرق الطّعن، والغاية من تلك عدم تعطيل إجراءات التّحكيم من قبل بعض الأطراف الأمر الذي يهدم الغاية من التّحكيم. لكن لا يمنع الطّعن في الحكم الصادر برفض التّعيين.

وبالرغم من ذلك، فإنّه يمكن لطرفي العقد طلب تعيين المحكم من قبل القضاء إذا لم يوجد اتّفاق بينهما بحلّ النّزاع بطريق التّحكيم، حتى ولو كان موضوعا لدعوى مقامة أمامه، وهذا حسب نص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها:" يجوز للأطراف الاتّفاق على التّحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

خامسا: هناك مسائل لا يجوز فيها التّحكيم مطلقا، ويحظر فيها التّحكيم، ويلجأ بشأنها إلى القضاء المختصّ الذي غالباً ما يكون القاضي الإداري، وهي تلك المرتبطة بالنظام العام.[1] ومن جملة هذه المسائل نذكر مسألة الدفع بالتزوير؛ فهي أمر منوط للقاضي الجزائي دون سواه، للبحث في قيام التزوير من عدمه. وهناك مسائل أولية يختصّ بها القاضي الإداري كمسألة البحث في مشروعية قرار إداري متوقف عليه الفصل في النّزاع المعروض على التّحكيم، فدعوى الإلغاء وحدها من تحسم مثل هكذا نزاعات وهي تخرج طبعا عن سلطة المحكِّم، ويختص بها القاضي الإداري دون سواه.[2]

والقاضي الإداري في مثل هذه الحالات لا يتصل بهذه المسائل الأولية إلاّ إذا أثارها الأطراف أمام المحكّم الذي وجب عليه إرجاء العملية التحكّيمية وعدم الفصل فيها إلّا بعد حسم القضاء لمثل هذه المسائل.

---

[1] حدادان الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر 2012، ص 89.

[2] جبايلي صبرينة ، بوعبد الله مختار، التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدراية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 230 .

بعد حصر ضوابط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم يثار التّساؤل عن الجهة القضائية المختصّة بهذا التدخل. وهو ما سنتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثّاني: الجهة القضائية المختصة باختيار المحكّمين.

لقد سبقت الإشارة إلى أنّه وفي حالة وجود عقبات يستحيل معها تشكيل هيئة التّحكيم ولم يستطع الأطراف التغلب عليها، ففي هذه الحالة يجوز لمن يهمّه الأمر من الخصوم اللّجوء إلى جهة القضاء المختصّة لإزالة هذه العقبات، ومن ثمّ تمام عملية التحكيم.[1]

إنّ مسألة تحديد الجهة القضائية المختصّة باختيار المحكّمين انقسم بشأنها الفقه وكذا العمل القضائي، وتأرجح الرأي بين إسناد الاختصاص للقضاء الإداري تارة وللقضاء العادي تارة أخرى.

هذا التّأرجح هو ما سنحاول دراسته في هذا الفرع، على أن نستعرض موقف الفقه والقضاء المقارن من جهة، وموقف المشرِّع الجزائري من جهة أخرى.

البند الأول: موقف الفقه والقضاء المقارن.

يشير بعض الفقهاء إلى أنّ تدخّل القضاء لتعيين المحكّمين أو المحكّم ليس ذا طابع رقابي، وإنّما من قبيل الدّور المساعد والمعاون، والغرض منه تسريع عملية التّحكيم وضمان نجاعتها واحتراما للالتزامات التعاقدية، دون أن يتعرض القاضي لموضوع النّزاع وللقواعد المطبّقة عليه، مع توخي السّرعة اللازمة[2].

هذا الطابع المساعد الذي تقوم عليه قاعدة تدخل القضاء في عملية تشكيل هيئة التّحكيم هو الذي دعا بعض الفقهاء إلى المناداة بضرورة استبعاد اختصاص القضاء الإداري، وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي، ويستند أصحاب هذه الطائفة

[1] حيدر مدلول ، بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 196.

[2] علي عوض حسن ، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي ، القاهرة مصر، 2001، ص104 .

إلى سندين؛ أوّلهما أنّ طبيعة نشاط التّحكيم وتطوره قد ابتعدت عن مفهوم المرفق العام وفكرة السّلطة العامّة، وهما أساس اختصاص القضاء الإداري. وثانيهما يرجع إلى أنّ النصوص الواردة في الشريعة العامة للتّحكيم، والتي نظمت تدخل القاضي لتقديم دور المساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم مبنية كلّها على أساس أنّ التّحكيم محكوم بقواعد القانون الخاص.

ولكن لا يمكن التّسليم بهذا الرّأي رغم ما له من حجج لعدّة اعتبارات نذكر منها:

- إذا كانت إجراءات التّحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص، إلا أنّ ذلك لا يبرّر استبعاد اختصاص القاضي الإداري من نظر أمر تعيين المحكم، فطالما أنّ الشّخص المعنويّ العام طرف في النّزاع، وطالما ارتبط الأمر بمنازعة إدارية، فإنّ القضاء الإداري هو المختص.

- إنّ القول باختصاص القضاء العادي في تعين المحكّمين يؤدي بلا شك إلى امتداد هذا القول إلى كافة المسائل التي تثار أثناء سير الخصومة التحكيمية إلا أنّ ذلك غير ممكن لأنّ أغلبها منوط للقاضي الإداري نوعيا كالنّظر في مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد[1].

- إنّ عمل القضاء لا يقتصر في مرحلة تشكيل هيئة التّحكيم على مجرد تقديم المساعدة إلى الأطراف، بل إنّه يمارس في بعض الأحيان دوراً رقابياً على أداء المحكمين لمهامهم يصل إلى حدّ توقيع جزاء العزل، أو في حالة الرّد.

وبالعودة للمشرّع المصري نجده قد جعل تدخل القاضي في التعيين تدخلا احتياطيّا بناءً على طلب أيّ طرف من الأطراف المتنازعين، وخوّل الاختصاص للمحكمة المخوّل

[1] محمد بن عمر ، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن ، الصفقات العمومية نموذجا مذكرة مكملة للنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق والسياسية، قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر،2015، ص 108 .

لها النظر في النزاع الأصلي[1]، أيْ أنّه أعطى الاختصاص للقضاء العادي طالما أنّه يتكلّم عن المجلس القضائي، وهو نفس التوجه الذي أخذ به قانون التّحكيم الأردني.[2]

أمّا المشرِّع الفرنسي فأسند مهمة تعين المحكّمين إلى المحكمة الإدارية وفقا لنوع التّحكيم وطبيعة النّزاع وقيمة العقد، وهذا ما عبّرت عنه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي.

هذا عن موقف بعض من الفقه والقضاء المقارن. يبقى الآن أن نبحث عن موقف المشرِّع الجزائري في هذا المجال وفي منازعات الصفقات العمومية.

البند الثاني: موقف المشرِّع الجزائري.

من النظرة الأولى للنصوص يمكننا القول أنّ المشرِّع الجزائري لم يكن واضحاً في هذه المسألة، وفرّق بين التّحكيم الداخلي، والتّحكيم الدّولي، وهو الواضح من نص المادة 1009 قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية الجزائري التي أناطت التعيين إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه لمّا يتعلّق الأمر بالتّحكيم الداخلي[3]، وبالتّالي يظهر أنّ المشرِّع اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النّوعي وترك الأمر مبهما، ممّا يجعلنا نقول أنّ نيّته اتّجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

[1] المادة 9 من قانون التحكيم المصري رقم 27-1994 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-1997 .

[2] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الادارية واثاره القانونية، المرجع السابق، ص 208.

[3] نصت المادة 1009 من، ق، إ، م، إ، الجزائري على: " 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 ،إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم ، يعاين رئيس المحكمة ذلك و يصرح بألا وجه للتعيين".

ونفس الاتّجاه بالنسبة للتّحكيم الدّولي، إذ جعل الاختصاص ينعقد إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التّحكيم إذا كان التّحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر العاصمة، إذا كان التّحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.[1]

فنيّة المشرِّع الجزائريّ اتّجهت حسب النّص إلى عقد الاختصاص في هذا الشّأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة، كما أنّه وباستقراء المادّة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أيضا أنّ المشرِّع الجزائِري اهتمّ بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النّوعي.[2]

ولكن بالرجوع إلى العمل القضائي ونتيجة للازدواجية القضائية التي كرّسها دستور 1996[3]، ومن خلال توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري بإنشاء المحاكم الإدارية، فنجد أنّ قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة الجزائري تأثّر بهذه الازدواجية في مادّته الأولى مباشرة[4].

وأمام هذا التحوّل أصبح القضاء الإداري قضاء مستقلاً يتولّى الفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة بمفهومها الواسع أحد أطرافها، كما أنّ نزاعات الصفقات

---

[1] نصت المادة 1041 من، ق،إ،ج، م، إ، الجزائري على: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي: 1 رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، 2 رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبي قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

[2] نصت المادة 1042 من، ق،إ،ج، م، إ، الجزائري: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

[3] المادة 152 من الدستور الجزائري المؤرخ 08-12-1996 المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 16-11-2008 ج ،ر،ج،عدد 63 -1996 .

[4] نصت المادة الأولى من، ق،إ،م،إ،الجزائري على:" تطبق أحكام هذا القانون على الدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية العادية و الجهات القضائية الإدارية...".

العمومية ينعقد فيها الاختصاص النوعي للقضاء الإداري بموجب نصَّي المادة 800[1] و801[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

فإنّ الجهة القضائية المشار إليها في المواد 1009-1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تتولى تعين المحكمين هي المحاكم الإدارية دون سواها سواء كان أحد أطراف الصفقة العمومية الدولة بمفهومها الواسع، أو مؤسسة عمومية اقتصادية، إذ نجد أنّ المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جعلت المحاكم الإدارية هي المختصة نوعياً بكلّ نزاع أُوكِل لها بنص خاص، ولعلّ القانون 88-01 المتعلّق بالمؤسسة العمومية والاقتصادية المعدّل والمتمّم، هو النص الخاص المقصود من نص المادة أعلاه، وهو الواضح من نصي المادة 55 [3]و56 [4] من قانون88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المعدل والمتمم.

هذا بالنسبة للاختصاص النّوعي، أمّا بالنّسبة للاختصاص الإقليمي فقد أشارت المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى:" أنّه في مادة العقود

---

[1] نصت المادة 800 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ،تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا ، التي تكون الدولة أو الولاية أوالبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " .

[2] نصت المادة 801 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في : دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن ،الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية ،البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية ،المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية دعاوى القضاء الكامل ،القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة ". .

[3]نصت المادة 55 من المرسوم 88-01 المعدل والمتمم على:" عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة، وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية".

[4]نصت المادة 56 من نفس المرسوم على :"عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى .... تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة ".

الإدارية مهما كان نوعها ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه"، هذا بالنسبة للتّحكيم الداخلي، أمّا في التّحكيم الدّولي فينعقد الاختصاص في تعين المحكّمين إلى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء جلسات التّحكيم، إنْ كان التّحكيم يجري في الجزائر أو إلى المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة إذا كان التّحكيم يجري خارج الجزائر واتّفق الأطراف على تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الثّالث: دور القضاء في ردّ المحكّم.

مهمّة المحكّم ليست أبدية، فصدور الحكم التّحكيمي ينهي الخصومة وتنقضي معه مهمّة المحكّم، وهذه هي النتيجة الطبيعية لنهاية الدعوى التّحكيمية، أو تنتهي مهمّته طبعاً كذلك بوفاته، أو فقدانه للأهلية بتعرّضه لأحد عوارضها، أو الإعلان عن إفلاسه القضائي أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، كما قد ينتهي عمله بسبب امتناعه الشّخصي عن العمل التّحكيمي أو ردّه أو عزله[1].

ويشترك المحكّم والقاضي في وجوب التزامهما بمجموعة من الشروط جزء منها مصدرها القانون، وتتناسب مع طبيعة العمل المسند إليهما، وبعضها مصدرها العقد محل التّحكيم في حدّ ذاته كالالتزام بمباشرة المهمّة التّحكيمية شخصيا حتى نهايتها، وعدم تركها للغير، ولو عن طريق الإنابة كما هو معمول به في المحاماة مثلاً، هذا علاوة على الالتزامات التي تفرضها الواجبات الأخلاقية والمهنية لكليهما كالالتزام بالسّرّ وعدم إفشاء أسرار الخصومة.

وعليه يجب على المحكّم قبل قبوله بمهمة التّحكيم الاطّلاع على هذه الالتزامات والتقيّد بها تفاديا لردّه من الأطراف عند إخلاله بهذه الالتزامات.

[1] لتفصل أكثر عن أسباب انقضاء سلطة المحكم ينظر: محمد الحبيب ، القضاء والتحكيم أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية ، دارسة مقارنة ،المرجع السابق، ص 424 وما بعدها.

إنّ هذه الشروط هي التي ترقي عمل المحكّم وتجعله يفوز بثقة الأطراف، ولعلّ أهمّها على الإطلاق التمتّع بالحياد والاستقلال كشرطين أساسين لكونهما من الضمانات الأساسية في التقاضي بصفة عامة.

وعليه سنتطرق لمفهوم الحياد والاستقلالية قبل شرح الاجراءات الواجب اتّباعها لردّ المحكّم في منازعات الصفقات العمومية.

البند الأوّل: موضوعية المحكّم والتزامه بالحياد والاستقلال.

الحياد هو سلوك متعلق بالعاطفة الشّخصية للمحكّم، ومرجعه غريزة داخلية تؤدّي إلى انحياز المحكّم إلى طرف ضدّ الطرف الآخر لوجود صلة قرابة، أو عداوة لأحدهما أو مصلحة خاصّة للمحكّم في النّزاع[1].

فيجب على المحكّم الإفصاح عن الظروف التي من شأنها إثارة الشكوك لدى الأطراف حول حياده ونزاهته واستقلاله، ويقصد بالاستقلال عدم وجود أية علاقة تبعية بين المحكّم وأحد الأطراف، ومعناه أيضا ألّا توجد للمحكّم أيّ صلة، أو ارتباط، أو تبعية بأحد الطرفين، فلا يكون صديق أحدهم، أو أحد أقاربه بل يكون مستقلا عنهما استقلالاً ماليا واجتماعيا ومهنيا[2].

والحياد يعني أنّ المحكّم يجب ألّا ينحاز إلى أحد الطرفين أو ضده لأسباب خاصة أو شخصية، فهي حالة نفسية لا يعرفها إلا صاحبها[3].

ثمّ إنّ فكرة الحياد والاستقلال تقتضي من المحكّم ألاّ يخفي أيّ ظروف تمسّ بهما، بل يلتزم بإحاطة الأطراف بأيٍّ ظرف قد يطرأ بعد تعيينه يكون من شأنه التأثير

[1] محمد الحبيب ، القضاء والتحكيم أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية ، دارسة مقارنة، المرجع السابق ص408 .

[2] هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص 120،

[3] يحي عبد العزيز الجمل، المخاصمة والرد، دراسة مقارنة بين القضاة والمحكم، مجلة التحكيم العربي، القاهرة، مصر عدد 9، 2006، ص 73.

على هذين الشرطين، ويترك للخصوم بعد ذلك الحرية في التقدير ما يقررانه باستمراره أو تعين محكّم آخر.

نظرا لأهمية هذه الالتزامات نجد بعض الأنظمة القضائية أَوْجبت أنْ يكتتب المحكّم تصريحاً بالاستقلالية والحياد قبل تعيينه، ومنها القانون المغربي والقانون البريطاني.[1]

واستقلال المحكّم وحياده فكرتان تتحدان أو تتشابهان في غايتهما، ولكنّهما لا تندمجان أو تختلطان في مضمونيهما. فالاستقلال هو مسألة موضوعية ملموسة والحياد هو مسألة شخصية، أو ذهنية، أو معنوية. والاستقلال يمكن تقديره موضوعياً وبشكل مادي، أمّا الحياد فهو لا يثبت إلا بعد ممارسة العملية التّحكيمية، والاستقلال قرينة على الحياد، في حين أنّ المحكّم قد يكون محايداً وغير مستقل عن الخصوم.

والاستقلال المعنوي للمحكّم عن الخصوم هو شرط لا غنى عنه لممارسة الوظيفة القضائية، فمن حقّ كلّ متقاض أو محكّم أنْ يمثل أمام محكّم أو قاض محايد تتوفر فيه الحيدة والاستقلال، معناه محاكمة عادلة.

رغم اشتراك المحكّم والقاضي في هذين المبدأين إلّا أنّ الدرّاس اختلفوا في طبيعة الحياد والاستقلال لكلٍّ من القاضي والمحكّم، فهناك من يرى أنّ الأمرين من طبيعة واحدة بالنسبة للقاضي والمحكّم نظرا لوحدة الوظيفة التي يقوم بها الاثنين، في حين رأى البعض الآخر أنّه لا يمكن التسوية بينهما، ويجب التساهل في تقدير حياد المحكمين لاعتبارات متعدّدة مستمدا من نظام التّحكيم والهدف منه ومن سماته أيضا[2].

فإنْ كان يشترط في القاضي الاستقلال التّام عن الخصوم لأنّهم لم يختاروه ، فإنّ المحكّم اختاره الخصوم ومنحوه ثقتهم، وبالتالي تبقى مسألة الحياد والاستقلالية نسبية. ثمّ إنّ المغالاة باشتراط الحياد والاستقلال في المحكّم سيؤدي إلى صعوبة في إيجاد محكم

[1] محمد الحبيب، القضاء والتحكيم ،المرجع السابق،ص188 .

[2] جبايلي صابرينة، بوعبد الله مختار ،التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء، ق،إ،ج،م،إ، 08-09،المرجع السابق،ص225 .

واختياره، وبالتالي وجب التّساهل في تقدير الاستقلال والحياد لإعطاء ثقة أكثر بين المحتكمين وتسهيل مهمّة هيئة التحكيم[1].

البند الثاني: مفهوم ردّ المحكّم وضوابطه.

للمحكّم أن يعدل عن قبول المهمة التّحكيمية قبل بدء إجراءات التّحكيم إنْ قدّمَ أسبابا جدية تمنعه من القيام بمهمّته، وتبرّر عدوله كما لو أصابه مرض مقعد، أو اضطرّ إلى سفر طويل يحول دون أداء مهمّته، في الميعاد المحدّد للتّحكيم، أو إذا علم بما يجعل حياده واستقلاله محلّ شكّ من الأطراف.

وبما أنّ مبدأَي الاستقلال والحياد يعطيان ثقة من المتخاصمين وهما مرتبطان بالحقوق والضمانات الأساسيّة للمحاكمة العادلة، فقد عملت كلّ الشرائع الوضعية على تدعيم هذين المبدأين بإتاحة الإمكانية للأطراف بردّ المحكّم الذي لا يحترم هذه المبادئ في حكمه أسوةً بأحكام ردّ القاضي[2].

والمقصود بردّ المحكّم هو طلب يقدمّه أحد أطراف الخصومة التّحكمية إلى القاضي الإداري بغية منع المحكّم من نظر النّزاع لتوافر أحد الأسباب الماسّة بحيدته واستقلاله أو عدم احترامه لحقوق الدّفاع وفي غالب الأحيان يكون ردّ المحكّم للأسباب التي يردّ بها القاضي وبنفس الاجراءات[3].

---

[1] محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، المرجع السابق، ص 141 .

[2] لقد نظمت المادة 242 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري إمكانية رد القضاة بنصها: "يقدم طلب الرد بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية ، بعد دفع الرسوم القضائية وقبل إقفال باب المرافعات...في جميع الحالات ، يكون القرار أو الأمر الفاصل في الرد ،غير قابل لأي طعن ".

[3] أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعة الإدارية وأثاره القانونية ، المرجع السابق، ص 215 .

في هذا الصدد فإنّ المشرِّع المصري نصّ على إمكانية ردّ المحكّم دون تبيان أسباب الردّ، تاركًا المجال للطّرف الطّاعن في حياد المحكّم من تقديم أسباب موضوعيّة لإقناع القاضي[1].

وعلى العكس من ذلك، فإنّ المشرِّع الجزائري حدّد أسباب الردّ في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وحصرها في ثلاثة؛ وهي وجود شبهة مشروعة في استقلالية المحكم، لاسيما إذا وجدت مصلحة، أو علاقة اقتصادية، أو عائلية مع أحد الأطراف. أو عندما لا تتوفر في المحكّم المؤهلات الكافية. أو عند وجود سبب ردّ منصوص عليه في اتّفاق التّحكيم مسبقاً.

فإذا ما توفّر أحد الأسباب على الطرف الذي يهمّه التّعجيل أن يسعى إلى ذلك على أنْ يفصل القاضي بأمر غير قابل لأيِّ طعنٍ، إلا إذا كان قد اشترك في تعيين المحكمة فلا يحقّ له طلب الردّ اللّهم إلّا إذا تبيّن أنّ سبب الردّ قد ظهر بعد التّعيين، ويبادر إلى تبليغ محكمة التّحكيم، وطرف الخصم دون تأخير بأسباب الردّ[2].

يفهم من المادة أنّ القاضي الاستعجالي هو المختصّ في نظر عملية الردّ، أمّا إذا أمر القاضي برفض طلب ردّ المحكّم فالمشرِّع الجزائري لم يتطرّق إلى هذه الحالة، وهذا ما يدفعنا إلى الحديث عن الآثار المترتّبة عن ردّ المحكّم أو رفض رده، على خلاف المشرِّع المصري الذي جعل طلب الردّ أو الأمر برفض الطلب ليس لهما أثر موقف

[1] المادة 18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 الصادر بتاريخ 21-04-1994 المعدل والمتمم بالقانون 09-1997 ج،ر،م ،عدد 20 الصادر بتاريخ 15-05-1997 .

[2] نصت المادة 1016 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على: " يجوز رد المحكم في الحالات الأتية: عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف ،عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نضام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف ،عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ،لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلاّ لسبب علم به بعد التعيين ...هذا الأمر غير قابل لأي طعن ".

لإجراءات التّحكيم، أمّا إذا حكم القاضي بردّ المحكّم فإنّ كلّ الإجراءات التي سبق وأن قام بها تعتبر لاغية وكأن لم تكن.[1]

ذهب بعض الفقه إلى أنّ وقف إجراءات التّحكيم في مثل هذه الوضعية يكون حتميا على اعتبار أنّ المسألة يمليها المنطق القانوني فلا يجوز أن يستمر المحكّم في عمله رغم تقديم طلب بردّه ممّا يؤثر على حياده، ويخلّ كذلك بحقّ الدّفاع، هذا فضلا على أنّ الفصل في طلب الرّد هو فصل في مسألة أوليّة يخرج أمر الفصل فيها عن ولاية المحكّم، كما أنّه إذا حكمت المحكمة بردّ المحكّم فإنّه يترتّب على ذلك اعتبار المحكّم الذي حكم بردّه غير صالح للتّحكيم في النّزاع، وأنّ الإجراءات التي كانت قد بدأت تعتبر كأن لم تكن، بما في ذلك حكم التّحكيم النهائي، إذا كان قد صدر، يعني ذلك ردّ المحكّم وتعيين بديل له يؤدي إلى إعادة تشكيل هيئة تحكيم جديدة بالطريقة ذاتها التي كان معيّنا بها الأوّل، ما لم يكن معيّنا باسمه في اتّفاق التّحكيم، فإنّ ذلك يؤدي إلى بطلان اتّفاق التحكيم[2].

أمّا إذا حكمت المحكمة برفض دعوى الرّدّ بعد أن تأكدت من حياد المحكّم واستقلاله، فتستمر هيئة التّحكيم في نظر النّزاع كما تمّ تشكيلها قبل تقديم طلب الرد.

إدراكا من المشرّع الجزائري لإمكانية استخدام وسيلة الردّ تعسفيا، أو بهدف عرقلة وتعطيل إجراءات التّحكيم، فقد وضع ضوابط تضمن حرية الطلب من جهة، وتحفظ للمحكّم كرامته من جهة أخرى. ومن هذه الضوابط نذكر ما يلي:

[1] المادة 19 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 رقم 27 المعدل والمتمم.

[2] جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الإجراء والموضوع، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 188.

3محمد السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، المرجع السابق، ص 132.

1-لا يجوز طلب ردّ المحكّم من الطرف الذي كان قد عيّنه، أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين[1]،ومعنى ذلك أنّه لا مجال لردّ المحكّم للأسباب التي كان يعلمها طالب الردّ وقت تعيين المحكِّم، ويعني ذلك موافقته الضمنية على هذا الوضع، وأنّه قد تنازل عن حقِّه لطلب الردّ، وإذا كان لم يعلم بأسباب الرد فعليه أن يثبت توافرها، ونفي علمه بوجودها بجميع طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية.

2- وهذا الشرط لم ينص عليه القانون الجزائري، إلا أنّه تحقيقا لفاعلية التّحكيم من خلال أنّه طريق سريع لحلّ المنازعات في إطار الصفقات العمومية فإنّه لا يقبل طلب الردّ ممّن سبق له تقديم الطلب بردّ المحكِّم ذاته في عملية التّحكيم، أي أنّه لا يجوز لأحد طرفي التّحكيم أن يطلب ردّ نفس المحكّم لأكثر من مرّة خلال عملية التّحكيم نفسها ويطبق على مثل هذه الطلبات ما يطبق على مسائل سبق الفصل فيها بالقضاء[2].

أمّا بالنسبة لميعاد طلب الرد فلم ينص عليه المشرّع الجزائري ولكنه أكّد على الطابع الاستعجالي، كما لم يفرد المشرِّع الجزائري نصّا لمعالجة عبء إثبات الرّد في حالة ردّ المحكمين، والحقيقة أنّ مشكلة عبء إثبات عدم العلم بسبب الرد ثارت في فرنسا وطبقا للقاعدة التقليدية البينة على المدعي فإنّ من يدّعي أنّه يجهل سبب الردّ عليه إقامة الدليل على ذلك، ولكن القضاء رأى أنّ التكليف بإثبات عدم العلم فهو تكليف بإثبات واقعة سلبية، وهو أمر مستحيل عملا من وجهة نظر القضاء، ومن ثمّ فإنّ عبء الإثبات يلتزم به المطلوب رده حيث، يثبت أنّ طالب الردّ كان يعلم بسبب الردّ و لكنه لم يتمسك

---

[2] نصت المادة 338 من ،ق، م،الجزائري على: " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ،دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نف س المحل والسبب". فيما نصت المادة 296 من ،ق،إ،م،إ، الجزائري على:" الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في النزاع....ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائزا لحجية الشيء المقضي فيه قي النزاع المفصول فيه".

به وميزة هذا الحل أنّ الإثبات سوف ينصبّ في هذا الغرض على واقعية إيجابية وهي علم الطرف الآخر.

يبقى أنْ نشير إلى أنّ بعض التشريعات تكلّمت كذلك عن عزل المحكّم ولو بصفة نادرة رغم أنّ العزل لا يمكن تحقيقه إلا اتّفاق الأطراف حيث يطلب من القضاء التدخل لعزل المحكّم.[1]

الفرع الرابع: اختصاص القضاء بنظر المنازعة الإدارية في حالة عدم صدور حكم التحكيم في الميعاد.

المتعارف عليه أنّ الأطراف المتنازِعين عادة ما يلجؤون للتّحكيم بدل القضاء لما فيه من ربح للوقت ، وطالما كان الأمر كذلك، فإنّ كلّ التشريعات حدّدت آجالا معينة لصدور حكم التّحكيم، وجب على محكمة التّحكيم التقيّد بها، والآجال في كلّ القوانين هي من النّظام العام[2]، وهو ما عمد إليه المشرِّع الجزائري إذ نصّت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية على أنّه " يكون اتّفاق التّحكيم صحيحا ولو لم يحدّد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكّمون بإتمام مهمّتهم في ظرف أربعة 04 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التّحكيم، غير أنّه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتمّ التّمديد وفقا لنظام التّحكيم، وفي غياب ذلك يتمّ من طرف رئيس المحكمة المختصة..".

يتّضح من النص أن آجال إنهاء المحكّمين لمهمّتهم هي كالآتي:

1. مدّة أربعة أشهر من تاريخ تعيين المحكّمين، أو من تاريخ إخطار محكمة التّحكيم بالنّزاع.
2. تضاف لها مدة أربعة أشهر باتّفاق الأطراف.

[1] نجيب أحمد عبد الله، ثابت الجبلي، النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة للفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية المرجع السابق، ص 594 .

[2] نصت المادة 69 من، ق، إ، م، إ، الجزائري على: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام عند عدم احترام أجال طرق الطعن أو عند غباب طرق الطعن".

3. مدّة أربعة أشهر كتمديد للأجل الأوّل في حالة عدم اتّفاق الأطراف وفقا لنظام التّحكيم.

4. مدّة أربعة أشهر تضاف كتمديد من رئيس المحكمة المختصّة إذا لم يتمّ التّمديد لا باتّفاق الأطراف، ولا وفقا لنظام التّحكيم.

ثمّ إنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ترك الآجال لإرادة الأطراف في أن يحدّدوا مدّة التّحكيم واعتبر العقد صحيحًا، حتى ولو لم تحدّد مهلة التّحكيم ولكن في هذه الحالة تكون مهلة التّحكيم مفترضة بأربعة أشهر.

هذا، ونجد أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتمد إمكانية تمديد وأخضعها دائما لمبدأ سلطان الإرادة ، فإذا انقضت المدّة المحدّدة في اتّفاق التّحكيم ولم يتوصّل الطرفان إلى اتّفاق على التّمديد يعود الأمر إلى القضاء المختص[1].

ولكن هنا يطرح إشكال في حالة تقديم طرف لطلب تمديد آجال التّحكيم، وتجاهل الطرف الآخر له، فهل يجوز له رفع الأمر للقضاء للفصل في النّزاع؟

يرى البعض أنّ حق أيّ من الطّرفين في اللّجوء إلى القضاء مقصور على حالة صدور أمر بانتهاء الإجراءات، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنّ اللّجوء إلى القضاء جائز في الحالتين، ومن ثمّ يمكن تجاهل أمر رئيس المحكمة بتحديد ميعاد إضافي واللّجوء مباشرة إلى المحكمة المختصّة أصلا بنظر النزاع [2].

أمّا المشرِّع الجزائري فلم يعالج هذه المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتركها مبهمة .

[1] نصت المادة 1018 فقرة 2 من ،ق،إج،،م،إ،على:"...غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف و في حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة..."

[2] محمد الحبيب ، القضاء والتحكيم ، أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية ، دارسة مقارنة ، المرجع السابق ص498 .

وعليه فإنّ المشرِّع الجزائري جعل من مدّة أربعة 04 أشهر هي المدة القانونية لصدور حكم التحكيم مخالفا المشرِّع الفرنسي الذي حدّدها بستة 06 أشهر،[1] وهناك مِن التشريعات مَنْ قصرت المدة إلى ثلاثة 03 أشهر كالمشرِّع السّعودي.

عموماً، فإنّ المدّة المعتمدة من المشرِّع الجزائري ملائمة للهدف المنشود من التحكيم كما أنّه أخذ بالطابع الإداري للتّحكيم وترك تحديد المدة إلى اتّفاق التّحكيم حسب طبيعة كلّ نزاع، وهو الظاهر من موقفه في حالة عدم الاتّفاق على التّمديد إذ ترك هذا الحق للأطراف ولم يحدّده كما أنّه أجاز أن يكون التّمديد، سواء قبل انقضاء الآجال الأصلي أو بعد انقضائه، طالما أنّ آجال التّحكيم قرّرت لمصلحة المحتكمين الخاصة أي ليست من النظام العام، وهذا الأمر يبدو أنّه مخالف للنصوص الأخرى الواردة في القانون المدني المتعلقة بالآجال، والتي جعلتها من النظام العام.

كما أنّ عدم تحديد المدة أو عدد مرات التجديد يفقد ميزة السرعة في الفصل التي يتميز بها نظام التحكيم، كما لم يحدد القانون أيضا حسب نص المادة 1018 أعلاه حدّا أقصى لتمديد الميعاد.

[1] المادة 1456 من، ق،إ،م،إ، الفرنسي رقم 75-1123 المؤرخ في 09-12-1975 المعدل والمتمم.

المطلب الثّاني: رقابة القضاء على سير الخصومة التّحكيمية.

ممّا سبق الإشارة إليه آنفا أنّ اتّفاق التّحكيم أيّا كانت صورته يرتّب أثرين، أثر إيجابي؛ ومقتضاه أن تختص هيئة التّحكيم في الفصل بموضوع النّزاع المعروض عليها بمقتضى اتّفاق التّحكيم وفي حدوده. وأثر سلبي يتمثّل في حرمان أطراف التّحكيم من اللّجوء إلى القضاء بغية الفصل في المنازعة المتّفق بشأنها على التّحكيم.

وعلى المحكمة التي يرفع لها نزاع يوجد بشأنه اتّفاق تحكيم أن تمتنع عن نظره إذا دفع المدّعى عليه بذلك قبل تطرّقه للموضوع.

إنّ الخصومة التّحكيمية – وبمجرد انعقادها– تصبح ملكاً لطرفيها، وتحت رعاية المحكّم أو الهيئة التّحكيمية، وكقاعدة عامّة فإنّ القضاء غير مختص للنظر فيها، غير أنّ هذه القاعدة لا يمكن إعمالها عن طلاقة، إذ أنّ هذا الأثر لا يمكن أنْ يمتدّ إلى المسائل الوقتية، أو التحفظية باعتبار أنّها غير ماسّة بأصل الحق[1].

إنّ هذه المسألة كانت محل جدل فقهي كبير بين مؤيِّد ومعارض لها، فإذا كانت القاعدة العامّة في التّحكيم دائما تمنح للمحكّم صلاحية اتّخاذ الإجراءات التحفظية، وكذا مباشرة إجراءات التّحقيق في الخصومة التّحكيمية كسماع الشّهود و إجراء المعاينات المادية،[2] إلا أنّ المحكّم لا يملك سلطة إجبار الشهود للحضور وسماع أقوالهم، كما أنّه لا يملك سلطة تحليفهم وبالتالي يضطر إلى الرّجوع للقاضي المختصّ لاتّخاذ هذه الإجراءات[3]. كما له الاستعانة بالقضاء أيضا في الإنابات القضائية داخل الدولة والإنابة هي عمل تفوض فيه محكمة غير مختصة إقليميا محكمة أخرى مختصة للقيام بإجراء معين، أو الاستعانة بالقضاء في نظر مسائل أوّلية تخرج عن ولايته كالدعاوى الجزائية.[4]

---

[1] يوسف حسني الحر ، منازعات التحكيم ،الإجراءات الوقتية والتحفظية ، المرجع السابق،ص131.

[2] هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص 228 .

[3] رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 48 .

[4] عبد الهادي عباس و جهاد هوامش، التحكيم، المكتبية القانونية، دمشق، سوريا، ط3، بدون سنة النشر، ص 222 .

نجد أنّ المشرِّع الجزائري وأسوة بباقي المشرعين قام بتوزيع سلطة اتّخاذ التّدابير المؤقتة والأعمال الولائية وجعله اختصاصا مشتركا بين محكمة التّحكيم والقضاء رغم تقيّده بقيود وضوابط نظرا للطبيعة القانونية لبعض التدابير التي لا يمكن للمحكّم القيام بها وهو الأمر الظاهر من المادة 1046قانون الإجراءات المدنية.[1]

ومن المسائل القانونية التي تتدخل فيها المحكمة الإجراءات الوقتية والتحفظية التي هي نوع من القضاء المستعجل، الذي هو قضاء مؤقت لا يمسّ أصل الحقّ، وإنّما يرمي إلى تدارك خطر محدق بأحكام عاجلة تصدرها المحكمة بعد إجراءات مختصرة وفي مواعيد قصيرة.

ويتّصف القضاء المستعجل بأنّه وقائي سواء كانت الدعوي مرفوعة، أم يحتمل رفعها[2]، فهو أمر يصدره القاضي بناءً على عريضة يقدِّمها الطالب دون مواجهة الطرف الآخر ليس باعتباره قاضيا بل باعتباره واليا، وقد تتضمن إذنا، أو إجازة، أو تنظيما أو تصديقاً.[3]

وبما أنّ الحديث يدور عن السّلطة الولائية للمحكّم، والتي هي سلطة إصدار الأوامر على العرائض دون خصومة قضائية وفي غيبة الطرف الثّاني أو هي سلطة القاضي في مباشرة عمله الولائي دون وجود منازعة رائجة، فقد تكون محتملة.

---

[1] تنص المادة 1046 من، ق،إ،ج، م، إ، الجزائري على: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

[2] المادة 299 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على : " في جميع أحوال الاستعجال أو إذا اقتضي الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب ...".

[3] يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم الاجراءات الوقتية والتحفظية ، المرجع السابق، ص 71.

ولعلّ أهمّ مظاهر السلطة الولائية التي تظهر تدخل القضاء في المنازعات التّحكيمية هي إصداره للتدابير الوقتية أو التحفظيّة.

هذه التدابير لها أهمية كبيرة لما يتطلبه التحكيم من سرعة في حماية الحقوق وهي تساير كل مراحل العملية التّحكيمية، سواء قبل تشكيل هيئة التّحكيم أو بعد ذلك.

من هنا، يمكننا التساؤل عن مفهوم ونطاق هذه التدابير وعن الجهة القضائية المختصّة إصدارها.

الفرع الأوّل: تعريف الإجراءات التحفظية والوقتية.

إنّ تحديد مفهوم التّدابير الوقتيّة مسألة شائكة كونها مسألة متعلقة بحالة من حالات الاستعجال من جهة، وبصعوبة حصرها نتيجة لتعدّد أسباب الحماية التي توفرها للخصوم، من جهة ثانية.

فقد اختلف الفقهاء حول المقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية، فبعضهم قسّمها على أساس الغرض منها إلى إجراءات التّحقيق، وهي إجراءات تهدف إلى حفظ الأدلّة اللازمة للفصل في النزاع، وإجراءات تهدف إلى حفظ العلاقات القانونية أو توازنها بين الخصوم أثناء الخصومة، وإجراءات تحفظية، وهي إجراءات تهدف إلى صنع أو إحداث حالة واقعية، أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدره، وقد قسّمها بعضهم الآخر بحسب مفهومها إلى اتّجاه موسّع، حيث يعدّ إجراء وقتيًّا كلّ إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة، وإلى اتّجاه ضيّق، وهي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم ويكون الغرض منها ضمان تنفيذه[1].

وتتميّز التدابير التحفظية بكونها مجموعة من الإجراءات المتّخذة أثناء سير الخصومة، قضائية كانت أم تحكيمية، وتتّسم بالسرعة والاستعجال للحفاظ على الأدلة المتوفرة حتى الفصل في الموضوع، ومنها الأمر بالاستجواب وإثبات حالة معينة أو الأمر

[1] سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن الكويتي والمصري مجلة الحقوق الكويتية، ع3، سبتمر 2001 ، ص82 .

بالتحفظ على مستندات أو تعيين حارس قضائي لشيء معين عمومًا[1]، فإنّ التدابير التحفظية مفهومها مرن ومطاط، ويصعب إيجاد مفهوم دقيق لها إلا أنّها تتّسم بخصائص واحدة وهي:

- هي إجراءات ذات طابع تبعي يسبقها، أو يلازمها، أو يأتي بعدها نزاع حقيقي.
- هي مؤقتة، أي: ذات طابع وقتي ولا تمسّ بالموضوع .
- مقررة لحماية الحق المخشى عليه من الخطر المحدق[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ المشرِّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتناول مسألة تدخل القضاء في الإجراءات التحفظية والوقتية بالنسبة للتحكيم الوطني أو الداخلي، ولم يورد أيّ إحالة إلى مواد الاستعجال. واكتفى بأنْ أشار لها بالنسبة للتحكيم الدولي فقط[3]، وعليه وجب البحث عن هذه الجهة القضائية المختصة بالأمر باتّخاذ هذه التدابير.

الفرع الثّاني : الجهة المختصة باتّخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية:

لقد تصدّى الفقه لهذه المسألة بآراء متباينة منقسمة إلى عدة اتّجاهات، فمنهم من منح سلطة اتّخاذ الأوامر الوقتية إلى القضاء الإداري، ومنهم من أبقاها لمحكمة التحكيم. وبينهما ظهر رأي وسط زاوج بين اختصاص المحكمة الإدارية ومحكمة التحكيم في اتّخاذ هذه التدابير، وكان لكلّ رأي مبرراته وأسانيده. فما هي الجهة القضائية المختصة باتّخاذ تلك الإجراءات الهادفة إلى حماية الحقوق إلى حين صدور الحكم التّحكيمي القطعي؟.

---

[1] أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي وفق القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية"، 2010، ص58.

[2] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإداري الجزائري، 08-09 ،المرجع السابق، ص 217.

[3] نصّت المادة 1046 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ،مالم ينص اتّفاق التحكيم على خلاف ذلك ... ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي...".

البند الأوّل: سلطة القضاء باتّخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

إذا كانت مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التّحكيم لا تثير مشكلة تحديد الجهة المختصة باتّخاذ مثل هذه التدابير، إذ أجمع الفقه والقضاء على أنّ اتّفاق التّحكيم لا يمنع أطرافه من اللّجوء إلى القضاء فإنّ مرحلة ما بعد تشكيل هيئة التّحكيم أثارت نقاشا حادا وأفرزت ثلاث اتّجاهات.

لقد قصرت بعض التشريعات حق اتّخاذ التدابير الوقتية إلى القضاء فقط، ومنها قانون المرافعات الليبي الذي نصّ على أنّه لا يجوز للمحكّم أن يأذن بالحجز، ولا بأية إجراءات تحفظية،[1] وهو المعمول به كذلك في أغلب القوانين العربية عند عدم النص الصريح عليها.[2]

ومن التشريعات القارة بهذا الأمر القانون السويسري الذي منح السلطات الوطنية وحدَها حق اتّخاذ التدابير الوقتية وألحّ على المحكّمين بأن يعلنوا بعدم اختصاصهم للأمر بالإجراءات الوقتية[3]، هذا وقد سارت معاهدة نيويورك على هذا النهج وأبقت على اختصاص اتّخاذ التدابير المؤقتة للقضاء[4]، ويستند أصحاب هذا الاتّجاه على مجموعة من الاعتبارات والأسانيد منها:

- إنّ إقصاء اتّفاق التّحكيم للقضاء متعلق بقضاء الموضوع فقط دون القضاء الاستعجالي.
- وجود المعرفة والدراية الكاملة بالقانون لدى القضاة عكس المحكّمين.

---

[1] المادة 758 من قانون المرافعات الليبي ، مشار إليها في يوسف حسني حر، منازعات التحكيم الاجراءات الوقتية والتحفظية ، المرجع السابق، ص 106 .

[2] إيناس خلف الله الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص 48 .

[3] عبد الرحيم بحار، الاجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والاقتصادية، فبراير 2005، ع8، ص 328 .

[4] المادة 2-3 من اتفاقية نيويورك من سنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 88-233 المؤرخ في 05-11-1988 ج،ر،ج،ج،عدد 48 الصادر بتاريخ 23-11-1988.

– المحكّم لا يملك سلطة الإجبار عكس ما يملكه القاضي.

– هيئة التّحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة، وإنّما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، و من ثمّ فقد يظهر من الأحداث ما يبرّر اتّخاذ إجراء تحفظي، أو وقتي في غير أوقات انعقادها. و بالتالي يصعب اجتماع أعضائها بالسّرعة الكافية لاتّخاذ الإجراء المطلوب.

– كما أنّ نظام التّحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة، في حين أنّ اتّخاذ الإجراءات التحفظيّة، أو الوقتية يستوجب إضافة إلى السرعة عنصر المفاجأة. فاحترام مبدأ المواجهة فيها يضيع الغرض من هذا الإجراء.

– إنّ المحكّم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه، وهو ما يدفع الخصوم إلى اللّجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام، فيكون من الأفضل اللّجوء للقضاء من البداية[1].

– إنّ الحاجة لاتّخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التّحكيم، وقبل انعقاد ولايتها على النزاع.

البند الثاني: سلطة المحكم في اتّخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية.

إنّ الأثر السّلبي لاتّفاق التّحكيم يستدعي عدم تدخل القضاء بالنظر في المنازعة المتّفق بشأنها على التّحكيم، وعليه يرى أنصار هذا الرأي أنّه من الأفضل ضمان وحدة المنازعة وعدم تجزئتها بمنح الاختصاص لهيئة التّحكيم المكلفة بالفصل في النّزاع لتماشيها مع إرادة الأطراف.

فإذا كانت إرادة الأطراف قد خوّلت هيئة التّحكيم سلطة الفصل في النّزاع الموضوعي فإنّ هذه الإرادة يمكنها أيضا أن تخول هيئة التّحكيم الاختصاص في اتّخاذ مثل هذه التدابير[2]، هذا بالإضافة إلى ما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير للوقت.

[1] يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم الإجراءات الوقتية والتحفظية، المرجع السابق، ص 221.

[2] يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم الإجراءات الوقتية و التحفظية، المرجع نفسه ، ص 125 .

هذا الاتجاه اعتمدته اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار [1]، فقد خلقت نظاما تحكيميّا منفصلا بين التّحكيم والقضاء وهي تعتبر أنّ تنازل الأطراف بإرادتهم عن أي وسيلة من الوسائل الأخرى وتمسّكهم بالتّحكيم يجعل القضاء غير مختصّ بنظر أيّ إجراءات مهما كانت موضوعية أو وقتية[2].

ولكن حيث أنّ هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من النّقد كون المحكّم يفتقد لسلطة الأمر بالتنفيذ، فإذا ما ظهرت عقبات مادية تحول دون اتّخاد مثل هذه التدابير وذلك ما يبرر الإبقاء على سلطة القضاء المستعجل كما أنّ هناك بعض الإجراءات لا يمكن لغير القضاء اتّخاذها[3]، هذه الحقائق هي التي دعت إلى ظهور اتّجاه ثالث مشترك بين الاتجاهين السّابقين.

البند الثالث: الاختصاص المشترك باتّخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية.

ينطلق أصحاب هذا المذهب من معاينة الواقع القانوني الوضعي الذي يوزع الاختصاص باتّخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضاءين التّحكيمي والعمومي للقول بأنّ العلاقة بينهما هي علاقة اشتراك لا إقصاء[4]، ولكن هذا المبدأ ترد عليه قيود تقصي أحد القضاءين في بعض حالات الخصومة، قد تكون مستمدّة من إرادة الأطراف، أو من طبيعة الإجراء المطالب اتّخاذه.

---

[1] اتّفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمتضمن إنشاء المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار.التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم المشار إليه أعلاه.

[2] نصت المادة 26 من اتفاقية واشنطن على " تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي وسيلة أخرى من وسائل الرجوع مالم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستبعاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبول التحكيم في ظل هذه الاتفاقية".

[3] دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم ، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال ،كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2008، ص 86 .

[4] دباز ياسمينة لطفي، شروط اتفاق التحكيم وأثاره ، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ،مصر ،2005ص 395.

أوّلا: القيود المستمدة من إرادة الأطراف.

يمكن للأطراف أن يحدّدوا مسبقا في اتّفاق التّحكيم نوع الإجراءات الوقتية والتحفظية الممكن للمحكّم اتّخاذها، والتي تكون في أغلبها غير مخالفة للنظام العام، وبالتالي يحرمون القضاء من نظر تلك الإجراءات التحفظية طيلة استمرار الخصومة التّحكيمية. كما لهم أنْ يتفقوا كذلك على نوع الإجراءات التي يتركونها للقضاء، ولكن هناك من الإجراءات ما هو متعلق بفكرة النظام العام ويخرج من نطاق سلطة الأطراف الاتفاقية[1].

ثانيا: القيود المستمدة من طبيعة الإجراءات.

هناك بعض التدابير لا يمكن للمحكّم اتّخاذها لطبيعتها القانونية ما يعني أنّ القضاء هو وحده المختص بها كالحجوز و توقيع الإكراهات المالية .

كخلاصة، يمكن اعتبار هذا الرأي الثّالث المتضمن الاختصاص المشترك للقضاء والتّحكيم في اتّخاذ التدابير المؤقتة هو الملائم والأنسب لضمان فعالية التّحكيم ونجاعته وهو ما جعل أغلب القضاء يعتنقه إذ اعتبر القضاء الفرنسي أنّ شرط التّحكيم لا يحول دون بقاء الولاية منعقدة للقضاء في الأمور المستعجلة. يبقى الآن أنْ نعرف موقف المشرِّع الجزائري من ذلك.

ثالثاً: موقف المشرِّع الجزائري.

عالج المشرِّع الجزائري مسألة اتّخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية في المنازعات المتعلِّقة بالصفقات العموميّة المتضمنة لاتّفاق تحكيم في المادة 1046 فقرة01 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري المشار إليها أعلاه، إذ أجاز لمحكمة التّحكيم الأمر باتّخاذ التّدابير المؤقتة متى اقتضت طبيعة النّزاع لذلك، ولكن هذه الإجازة نجدها مقيّدة ومقرونة بطلب أحد الأطراف إضافة إلى وجوب أن يكون اتّفاق التّحكيم قد خول للهيئة التّحكيمية القيام بهذا الإجراء، فإنْ كان الاتّفاق خاليا من هذه الإجازة فتبقى هذه الهيئة

[1] يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم الاجراءات الوقتية والتحفظية، المرجع السابق، ص 128 .

غير مختصة، حتى ولو كانت هناك ظروف عاجلة. ويرجع الأمر للقضاء حسب الفقرة الثانية من نفس المادة.[1]

نستنتج من فقرتي المادة 1046 أنّ المشرِّع الجزائري اعتمد المعيار المشترك الداعم للتكامل والتعاون بين القضاء والتّحكيم. وأنّ هيئة التّحكيم لا يمكنها إصدار أي أمر مؤقت إلا إذا توافرت شروط نذكر منها:

1-أنْ يكون اتّخاذ الأمر بناء على طلب أحد الخصوم أو كليهما، فإنْ كان من أحدهما فقط وجب عليه تبليغ الطرف الآخر بهذا الطلب.

2-عدم وجود اتّفاق صريح بين الأطراف يمنع هيئة التّحكيم من النظر في الإجراء الوقتي.

3-ضرورة توفر شروط الدعوى الاستعجالية من ضرر محدق لا يمكن تداركه.[2]

وإذا كان المشرِّع في النصوص السّابقة لم يحدّد المقصود بالإجراءات المؤقتة أو التحفظية إلا أنّها تندرج في إطار هذه الإجراءات كل ما يستهدف المحافظة على حقوق الخصوم وعدم تعرضها للخطر.

ووفقا لنص المادة السابقة فإنّ الاختصاص بإصدار الأوامر المؤقتة، أو التحفظية يكون مجالا مشتركا بين القضاء والتّحكيم في حالة عدم وجود اتّفاق بين الأطراف، وقد يحدث تعارض بين ما يصدر عن هيئة التّحكيم وما يصدر عن قضاء الدولة بشأن التدابير المؤقتة، أو التحفظية. وربما يخفّف من هذا التعارض أمران؛ الأوّل هو وجود اتّفاق على هذه الأمور يجعل هذا الاختصاص لهيئة التحكيم، ومن ثمّ يكون اللّجوء

[1] تنص المادة 1046 فقرة 2 ق،ا،ج، م، وادارية على:"...إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

[2] بينت المادة 299 ق،ا،ج،م،إ، بأنه:" في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية امام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال".

للقضاء في هذه الحالة غير مجد لأنّ الخصم الآخر يمكنه الدّفع بعدم اختصاص القضاء بنظر هذه المسألة. والثّاني أنّه في حالة عدم وجود اتّفاق بين الخصوم فإنّ الخصم قد يفضّل اللّجوء للقضاء، لا هيئة التحكيم، لأنّ الأمر الصادر عن القضاء أقوى من حيث تنفيذه من الأمر الصادر من هيئة التحكيم[1].

ويرى البعض حسما لتنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التّحكيم في حالة عدم وجود اتّفاق، ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء، ولجوء الطرف الآخر إلى هيئة التّحكيم أنّه يتعيّن على الجهة التي رفع إليها النزاع لاحقا أن توقف سير الخصومة لحين الفصل فيها من الجهة التي رفع إليها أوّلا، ومع مراعاة اختصاص القضاء باتّخاذ الإجراءات التي تتعلق بالنظام العام حتى على الرغم من وجود اتّفاق على منح هذه السلطة لهيئة التحكيم.

وما يهمّنا هنا هو اختصاص القضاء الإداري، فهذا الاختصاص يمارس في حالتين وفقا لنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في حالة لجوء أحد أطراف النّزاع إليها لاتّخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي. وأمّا الاختصاص الثّاني ويمارس في حالة امتناع من صدر الأمر إليه عن هيئة التّحكيم بعمل إجراء أو تدبير معين مؤقت أو تحفظي وامتنع عن تنفيذه إراديا، إذ يجوز لمن صدر الأمر لمصلحته اللّجوء للمحكمة المختصة[2].

ونجد أنّ المشرِّع المصري تبنّى نفس موقف المشرِّع الجزائري إلا أنّه كان أكثر بسطا لدور القاضي في اتّخاذ التدابير المؤقتة[3] فتدخل القاضي وأمره بالإجراءات التحفظية

[1] بوجادي عمر ،اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،الجزائر،2011،ص122 .

[2] عبد الله السوفاتي، التدخل القضائي في إجراءات ، دراسة نظرية مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية ، ع4، 2012، ص 122 .

[3] نصت المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27-1994 المعدل والمتمم على :" يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب احد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة وتحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

لا يكون قبل تشكيل هيئة التحكيم فقط، و إنّما يمتدّ حتى إلى ما بعد تشكيلها وانعقاد الخصومة التّحكيمية.

المطلب الثالث: دور القضاء في جمع أدلة الإثبات واستدعاء الشهود.

إنّ حق اللّجوء إلى القضاء هو حق مكرّس للجميع وما على المدّعي إلا إثبات حقه بكل وسائل الإثبات المتاحة، ويقابل الخصم ذلك بنفي ما يدّعيه طالب الحق، ولأجل تمكين الخصوم من إثبات مزاعمهم، وجب على كلّ واحد منهم إطلاع خصمه على المستندات التي يستند عليها لتبرير حقه، والقاضي لا يحكم إلا من خلال ما في ملف الدعوى من أدلة وقرائن. [1]

والتّحكيم كالقضاء يلجأ إليه لفضّ النزاعات والدعاوى، فإنّه بذلك يستخدم طرق الإثبات المنصوص عليها في الأنظمة القانونية، وذلك قصد إثبات الدعوى التحكيمية والوصول إلى حكم فيها، لكن بالرغم من هذه الخاصية التي خوّلتها القوانين الوضعية لهيئة التحكيم، إلا أنّ هذه الأخيرة تفتقد للسلطة الجبرية في إلزام أحد الخصوم بتقديم دليل موضوع تحت يده قد يكون منتجا في الدعوى التحكيمية، هنا وجب على هيئة التحكيم أن تستعين بالقاضي وتعرض الأمر على الجهة القضائية المختصة قصد إلزام الخصم على تقديم المستند المطلوب تقديمه.

ونجد أنّ المشرِّع الجزائري ساير هذه الفكرة وأجاز طلب المساعدة من القضاء، وذلك إمّا بطلب من هيئة التحكيم نفسها، أو بطلب من أطراف الخصومة بعد اتّفاقهم مع هيئة التّحكيم أو بطلب من الطرف الذي يهمّه التعجيل بعد ترخيص محكمة التحكيم له.

وتتجسد مظاهر التعاون بين القضاء والتحكيم في مجال الإثبات في مظاهر متعددة منها الحصول على الأدلة الكتابية، والإقرارات وكذا سماع الشهود[2].

---

[1] أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 82 .

[2] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري،المرجع السابق، ص 438.

فما المقصود بالإثبات في التحكيم والقضاء، وما صوره، وبماذا عمل المشرِّع الجزائري في هذا المجال؟

الفرع الأوّل: تعريف الإثبات وأنواعه.

من حيث المبدأ لا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بنفسه بل يتوجب عليه التوجه إلى القضاء واستثناءً له أن يسلك إحدى الوسائل البديلة المعترف بها ومنها التحكيم لحسم دعواه ،وفي كلاهما يستخدم طرق الإثبات المنصوص عليها في الأنظمة القانونية وذلك قصد إثبات الدعوى التحكيمية والوصول الى حكم فيها .

لأجل الوصول إلى تبيان دور القضاء في مساعدة هيئة التحكيم في أدلة الإثبات وجب علينا التطرق إلى ماهية الإثبات في المواد الإدارية ومذاهبه وأنواعه كما يلي:

البند الأوّل : تعريف الإثبات.

إنّ أغلبية التشريعات لم تعرّف الإثبات بصورة دقيقة[1]، ولكن من خلال النصوص القانونية يمكن القول بأنّه" إقامة الدليل أمام الجهات القضائية المختصة بنظر دعوى معينة على واقعة أو تصرف قانوني يستند إليه"[2] ، كما يُعرّف أيضا بأنّه " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على صحة واقعة قانونية متنازع عليها يترتب على ثبوتها آثار قانونية"[3].

يتضح ممّا سبق ذكره أنّ الإثبات مقيد بمعنى أنّه لا يتمّ إلا بالطرق التي حدّدها القانون، ووفقا لإجراءات معينة، كما أنّ محلّه واقعة قانونية أو تصرف قانوني متنازع عليه، أي أنّه لابدّ أن ينصبّ على نزاع قائم، مترتب عن واقعة قانونية أو تصرف قانوني

[1] صابر غلاب ، إدارة إجراءات التحكيم ، الجوانب القانونية والعلمية في قضاء التحكيم ، الدعوى التحكيمية، الشروط الاجراءات ، دعوى البطلان، قواعدها وحالاتها، آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 2018، ص 25 .

[2] وهيبة بلباقي، الاثبات في المواد المدنية والإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص 137 .

[3] أشرف جابر سيد، موجز أصول الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2003 ، ص 02 .

كأساس للحق المدّعى به[1].

البند الثاني: أنواع الإثبات في المواد الإدارية.

انقسم الفقه والقضاء حول تحديد أنواع الإثبات واتّخذوا مذاهب ثلاثة نوجزها فيما يلي:

أوّلا: الإثبات الحرّ.

في هذا المذهب، فإنّ القانون لا يحدد طرقا معينة للإثبات، ولا يلزم القاضي بقبول أدلة محددة للوصول إلى الحكم، بل يمكن إقامة الدليل بأي وسيلة كانت متاحة من أجل الوصول إلى إقناع القاضي من طرف الخصوم[2].

وبالتالي يمكن للقاضي اللّجوء لكافة الوسائل التي يراها موصلة للحقيقة، أي أنّه يخوّل للقاضي حرية كاملة في تكوين قناعته، ويمكنه تولي التحقيق بنفسه والتّحري فيه بكلّ الوسائل الممكنة.

هذا المذهب يجسّد الدور الإيجابي للقاضي في تسيير المنازعة، وهذا ما من شأنه تحقيق العدالة وينتج عنه تطابق النتيجة القضائية مع الحقيقة الواقعية[3].

ولكن هذا المذهب لم يسلم من الانتقاد طالما أنّه يمنح للقاضي سلطة واسعة في الإثبات، لكونه نزيها ومحايدا، ولكن التّسليم بهذا الاعتبار قد يؤدي إلى طغيان القاضي في استخدام هذه السلطة، فهو بشر وقد يميل إلى أحد الخصوم ممّا قد يؤدّي إلى نتيجة عكسية، كما أنّ هذه الحرية تؤدي إلى عدم المساواة، فكلّ قاضٍ له سلطة تقديرية تختلف عن الآخر[4].

---

[1] نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،ط 2002، ص 10 .

[2] محمدي أحمد بن صالح المعولي، العوامل المؤثرة في إثبات الدعوى الإدارية ودورها في خلق نظرية خاصة بالإثبات أمام القضاء الإداري، دراسة تحليلية وتطبيقية في كل من الأردن، وسلطة عمان، رسالة ماجستير في الحقوق ، قسم القانون العام، جامعة مؤتة، الاردن،2011، ص 25 .

[3] نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية ، المرجع السابق، ص 12.

[4] أشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، ط1، 2006 ، ص 10.

ثانيا: الإثبات المقيّد.

يقوم هذا الإثبات على أساس تقيد حرية القاضي في جمع الأدلة التي حددها المشرِّع، ولا يجوز له المفاضلة بينهما وتغليب دليل عن آخر، كما يمنع عليه أن يقضي بعلمه الشّخصي[1].

فدور القاضي في هذا النوع هو دور سلبي، يقتصر فقط على ما يقدّمه الخصوم من الحجج، كما أنّ هذا المذهب يقيّد الخصوم ويلزمهم بإثبات ادّعائهم في النّطاق الضيّق الذي حدّد لهم، فلا تقبل لهم سوى الطرق المعيّنة التي أقرّها القانون[2] ويترتب على الأخذ بهذا المذهب تحقيق الثقة في نفوس المتقاضين.

هذا المذهب لم يسلم هو الآخر من النّقد على أساس أنّه يجعل من وظيفة القاضي آلية، ويحول بينه وبين الحكم بالحقيقة الواقعية، رغم أنّها واضحة له من غير طرق الإثبات التي حددها القانون وهو ما يدعو إلى اللاّعدالة.[3]

ثالثا: الإثبات المختلط.

هذا المذهب يمزج ويزاوج بين المذهبين السابقين، وذلك من خلال الدّمج بين ايجابياتهما ويستبعد عيوبهما، بمعنى أنّه لا يأخذ بالإثبات على إطلاقه، ولا يقيّده إلى درجة يرجع فيها القاضي آلة فقط.

فللقاضي حرية كبيرة في تكوين عقيدته ، فيجوز له أن يفاضل بين الأدلّة ، فله أن يقبل بعض الأدلة ويطرح البعض الآخر، دون أن يخضع للرقابة القانونية كما عليه التقيد بما حدّده المشرِّع[4]. ويبدو أنّ هذا النوع هو الأصلح لتحقيق العدالة.

---

[1] أشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، المرجع السابق، ص 11.

[2] محمد أحمد بن صالح المعولي، العوامل المؤثرة في إثبات الدعوى الإدارية ودورها في خلق نظرية خاصة بالإثبات أمام القضاء الإداري، دراسة تحليلية وتطبيقية في كل من الأردن وسلطنة عمان ، المرجع السابق، ص 27 .

[3] نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 14.

[4] أشراف جابر سيد، أصول الإثبات ،المرجع السابق ، ص 12.

البند الثالث: موقف المشرِّع الجزائري من مذاهب الإثبات.

بالرجوع لموقف المشرِّع الجزائري بشأن أدلة الإثبات في منازعة تتعلق بصفقة عمومية متّفق بشأنها على التحكيم نجد أنّ المشرِّع الجزائري خول هيئة التحكيم سلطة البحث عن الأدلة، وذلك من خلال المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وقد أخذ المشرِّع الجزائري هذا النّص حرفيا من المادة 180-1 من القانون الدّولي الخاص السويسري أين تخضع عملية تقييمها وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدّد لتطبيقه على النزاع.

وباعتبار أنّ هيئة التّحكيم هي الجهة المقابلة للمحكمة في التنظيم القضائي فكان من المفروض أن تتولى الفصل في النّزاع المعروض عليها بناء على النتائج التي توصّلت إليها؛ بعد سحب المستندات والقيام بتمحيص وموازنة الأدلة المقدّمة من طرف الأطراف المحتكمين دون تكليفها بمهمّة البحث عن الأدلة المقدمة، كون هذه الأخيرة يفترض أن تتولاها الأطراف المحكّمة وتقديمها لهيئة التحكيم. ويبقى دور هيئة التّحكيم في قبول الدّليل من عدمه.[1]

لكن ونظرا لكون المنازعة تتعلق بصفقة عمومية أحد أطرافها الإدارة، فقد تتعمّد هذه الأخيرة في عدم تقديم وثيقة أو مستند قد يكون من شأنه حسم النزاع وفي مقابل ذلك فإنّ المتعامل المتعاقد كطرف ضعيف لا يستطيع إلزام الإدارة بتقديم هذا المستند وبذلك يمكن القول أنّ صياغة نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على هذا النحو يعتبر سندا لهيئة التّحكيم أن تطلب من الإدارة تقديم أيّ دليل الذي قد يكون منتجا في الدعوى، غير أنّه من ناحية أخرى وإذا كان لهيئة التّحكم نفس السلطة المخوّلة للقاضي في المواد الإدارية بخصوص أدلة الإثبات من خلال دورها

[1] آمال بدر ،الرقابة على التحكيم الدولي وفق القانون الجزائري ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون ، كلية الدراسات العليا ،الجامعة الأردنية ،الأردن، 2010 ، ص 63.

الذي يمكن القول أنه إيجابي في معاينة الأمكنة أو الاستعانة بخبير أو إجراء. تحقيق.[1]

الفرع الثاني: مظاهر تدخل القضاء للحصول على الأدلة.

يرى غالبية الفقهاء أنّ قواعد الإثبات هي قواعد إجرائية متعلّقة بالخصومة، في حين يرى البعض أنّها قواعد موضوعية، وطالما أنّ هيئة التّحكيم لا تتمتع بسلطة الإجبار والإلزام المكفولة للقضاء وحده، فقد أجازت كل التشريعات لهيئة التّحكيم اللّجوء للقضاء لاتّخاذ إجراءات الإثبات الواجبة، وعليه وجب البحث عن مظاهر التدخل.

البند الأوّل: التّدخل في المسائل الأوّلية.

أحيانا قد يعرض على هيئة التّحكيم دفوع لا تستطيع البتّ فيها لخروجها عن حدود سلطتها كالطّعن في التزوير في وثيقة إثبات منتجة في الدّعوى، فيتوجّب على هيئة التّحكيم إحالة الأطراف على المحكمة المختصّة التي غالباً ما تكون المحكمة الجزائية لأنّ الفصل في هذه المسائل من الهيئة التّحكيمية يعرّض الحكم للبطلان لتجاوز السلطة. فدراسة وتمحيص الوثيقة المدّعى بتزويرها يختصّ بها قاضي التّحقيق، لما له من سلطات سواء بعرضها على الخبرة الفنية والعلمية، أو بالأمر بمضاهاة الخطوط، وهذا ما اعتمده المشرِّع الجزائري في نص المادة 1021-02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

ووفقا لهذا النص فإنّ المسائل الأوّلية هي:

1-الطّعن بالتّزوير في وثيقة منتجة في الموضوع.

2-وجود عارض جزائي رائج بشأن وثيقة حاسمة في النّزاع، فكما هو متعارف عليه فإنّ الجزائي يوقف المدني ومنه أيضا التحكيم.

الملاحظ أنّ المشرِّع الجزائري عالج هذه المسائل في التّحكيم الداخلي فقط، ولم يشِر إلى التّحكيم الدّولي، إذ أنّ المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تشر

[1] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 360.

[2] نصت المادة 1021 فقرة 2 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" ...إذ طعن بالتزوير مدنيا فقي ورقة أو اذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الاطراف إلى الجهة القضائية المختصة ، ويستأنف سريان اجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة" .

إلى الحالات العارضة عكس المادة 1021 من نفس القانون[1].

البند الثاني: مساعدة المحكم للحصول على أدلة الإثبات.

اعتبارا لكون هيئة التّحكيم هي الجهة المقابلة للمحكمة في التنظيم القضائي، فكان من المفترض أنْ تتولّى الفصل في النّزاع المعروض عليها بناءً على النتائج المتوصّل إليها بعد فحص الوثائق والمستندات وموازنة الأدلة المقدّمة من الخصوم[2].

وعليه فقد أجاز المشرِّع الجزائري للمحكِّم اللّجوء إلى القضاء أثناء سير الخصومة التّحكيمية لاتّخاذ إجراءات الإثبات المناسبة، وهذا ما نصّت عليه المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن تصوّر هذا التدخل كما لو كنّا بصدد صفقة عمومية أحد أطرافها الدّولة بمفهومها الواسع، إذ يمكنها التعنت واحتجاز مستندات أو وثائق مهمّة في النّزاع، ففي هذه الحالة أجاز المشرِّع لأحد الأطراف اللّجوء للقضاء لإلزام الإدارة بتقديم هذا المستند[3].

وبخصوص هذه المسألة فإنّ المشرِّع الفرنسي ذهب إلى أبعد من هذا، إذ أجاز للأطراف اللّجوء للقضاء في حالة احتجاز طرف أجنبي غير الطرفين المحتكمين لمستند متعلِّق بالنّزاع وإلزامه بتقديمه تحت طائلة الغرامة التّهديدية.[4]

---

[1] نصت المادة 1048 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

[2] أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي وفق القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون المرجع السابق، ص 63.

[3] نصت المادة 819 فقرة 2 من، ق،إ،ج، م، إ، على :" ... وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الادارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة ، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع " .

[4] المادة 1467 و المادة 1469 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الفرنسي الصادر بالمرسوم 75-1123 المؤرخ في 09-12-1975 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13-01-2011.

والملاحظ من المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنّ الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى مساعدة القضاء للمحكّم يخضع لقانون القاضي الناظر له طبقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري،[1] وبالتالي فالقانون الجزائري هو الذي يحكمها سواء في كيفية المعاينة، أو الخبرة، أو مضاهاة الخطوط، أو الادّعاء بالتزوير.

ويمكن للقاضي أنْ يرفض الطلب متى كان موضوعه غير مؤسس، كطلب سماع شهادة أشخاص ممّن لا يجوز سماعهم في أمور تتعلّق بأسرار مهنتهم، أو كأن يكون الطلب مخالفا للنّظام العام، كما أنّه يمكن لهيئة التّحكيم العدول عن طلب المساعدة من تلقاء نفسها أو بطلب أحد الخصوم متى رأت أنّ لها ما يكفيها من الأدلّة للوصول إلى الحقيقة.

الملاحظ كذلك أنّ المادّة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم توضح الإجراءات الواجب اتّباعها بدقّة للحصول على مساعدة القضاء بشأن أدلّة الإثبات وجاءت غامضة عكس الوضوح الذي كان واردا في قانون الإجراءات المدنية الملغى إذ أنّ المادّة 458 مكرر 2 منه كانت تلزم باتّباع نفس الإجراءات المتّبعة في طلب تعيين المحكمين[2].

هذا ما يجعلنا نطبق الإحالة المشار إليها في المادة 1048 إلى المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية، أي أنّ إجراءات بلد القاضي المختصّ بنظر هذه الطلبات يؤول إلى المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم، وعند إغفال اتّفاق التّحكيم عن تحديدها يوجه الطلب إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إنْ كان التّحكيم يجري في الجزائر، أو إلى رئيس محكمة الجزائر العاصمة، إنْ كان التحكيم يجري في الخارج واتّفق الأطراف على تطبيق القواعد المعمول بها في الجزائر.

[1] نصت المادة 9 من القانون المدني الجزائري على:" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

[2] كانت المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الملغى تنص على: "تقدم الطلبات المشار إليها في المادة 453 أعلاه، حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية".

البند الثالث: استدعاء الشهود وسماعهم.

لهيئة التّحكيم صلاحية الاستماع إلى الشّهود وتقدير شهادتهم للوصول إلى الحقيقة، ولكن هذه الهيئة لا تتمتع بسلطة الإلزام، وبالتّالي يجوز اللّجوء للقضاء لأجل استدعائهم أو سماعهم،[1] إذ أجازت المادة 860 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للقاضي الإداري سماع أعوان الإدارة، أو طلب حضورهم لتقديم توضيحات[2].

ومنه، نجد كذلك أنّ القانون المصري أتاح للقاضي إمكانية توضيح جزاء مالي على الشاهد المتخلّف عن الحضور، أو الذي يمتنع عن الإجابة على الأسئلة المطروحة عليه[3]

[1] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، المرجع السابق، ص 438 .

[2] نصت المادة 860 فقرة 2 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على :"...كما يجوز أيضا سماع أعوان الإدارة أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات...".

[3] نصت المادة 37 من قانون التحكيم المصري رقم 27-1994 على :"..يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون بناءً على طلب هيئة التحكيم بما يلي: الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78-80 من قانون إثبات المواد المدنية والتجارية".

الفصل الثاني:

الرقابة القضائيّة اللاحقة لصدور حكم التّحكيم

لقد أشرنا سابقا إلى أنّ القضاء يؤدي دوراً رقابيّاً مُهِمًّا في المرحلة السابقة على صدور حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة من خلال بسط رقابته على اتّفاق التّحكيم، وعلى صحة تشكيل هيئة التّحكيم والاجراءات التي تمرّ بها العملية التّحكيمية. وبيّنّا بأنّ هذه الرقابة لها طابع وقائيّ، وتهدف إلى مساعدة المحكمة في الوصول إلى حكم صحيح ذي فعالية، تؤدي إلى تنفيذه.

هذه الرقابة القضائية لا تقف عند المرحلة السابقة على إجراء العملية التّحكيمية أو أثنائها وإنّما تمتدّ لتشمل المرحلة اللاحقة على صدور الحكم التّحكيمي، وتتعاظم أهميّتها على اعتبار أنّ الحكم التّحكيمي كأي عمل قضائي ينجزه إنسان قد يرِد عليه الغلط والسهو، وقد يفسده الغشّ والجهالة، ممّا يؤدي إلى عدم عدالته أو عدم صحّته. وهو الأمر الذي يوجب إخضاعه لرقابة القضاء بغية تمكين الخصم الخاسر للدعوى من تفادي الضرر الناتج عن ذلك، سواء عن طريق إصلاح هذا الحكم أو إبطاله تماما.

ولكن إنّ رقابة القضاء على حكم التّحكيم ليست مطلقة من القيود، وإنّما هي رقابة مقيدة تمارس في إطار ضوابط تكفل فعالية نظام التّحكيم واستقلاله فضلاً عن تحقيق اعتبارات العدالة التي تقتضي الفصل العادل في النّزاع، حتى وإن كان ذلك على حساب عنصر السرعة الذي يبتغيه التّحكيم.

إنّ مظاهر الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية تظهر في رقابة مباشرة تتجسّد في دعوى بطلان التّحكيم، ورقابة غير مباشرة تظهر من خلال تفعيل طرق الطّعن المقررة قانوناً ضدّ حكم التّحكيم، ومن خلال تنفيذه وهو ما سنتناوله في المبحثين الآتيين بالشّكل التالي.

المبحث الأوّل: الرقابة غير المباشرة.

ممّا سبق الإشارة إليه أنّ الرقابة غير المباشرة تتجسّد في مباشرة طرق الطّعن ضدّ الحُكم التّحكيمي وفي مراقبة طريقة تنفيذه، فالطعون بكلّ أنواعها هي وسيلة قانونية تسمح لِمَنْ صدر الحُكم ضدّه بأنْ يطالب بإعادة النظر فيها بغرض استصدار حكمٍ جديدٍ لصالحه سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضدّه أو إلغائه كليًّا أو جزئياً.

ومن أجل ذلك أتاح المشرِّع الجزائري على غرار أغلب القوانين مباشرة طرق الطّعن في أحكام المحكِّمين لأجل إصلاح الأخطاء التي قد تشوب الحُكم باعتباره عامل بشر. ولأجل فرض رقابة قضائية لاحقة على أحكام المحكّمين، وهو المظهر الأوّل من مظاهر الرقابة اللاحقة هذا من جهة.

ثمّ أنّه ومن جهة ثانية فإنّ المحكم الحقيق لقياس فعالية التّحكيم هو وجوب تنفيذ أحكامه لأنّ ذلك يظهر قيمة وأثر ما تمّ اتّخاذه في العمليّة التّحكيمية منذ بدايتها إلى صدور الحكم فيها، هذا الحكم لا يكون ذا قيمة قانونية إلا إذا نفِّذ واقعيّا رغم أنّ الواقع العملي يشهد على التنفيذ التلقائي لأحكام التّحكيم، إلا أنّه يتعذّر ذلك أحيانا ما يدفعنا إلى التنفيذ الإجباري نتيجة تعنّت الخصم المُحكَّم عليه، وهنا يظهر دور القضاء لفرض تنفيذ حكم التّحكيم وبهذه المناسبة يمارس رقابة قضائية أثناء مرحلة التنفيذ.

من خلال هذا العرض قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين؛ ندرس في الأوّل مظاهر الرقابة القضائية من خلال مباشرة طرق الطّعن، وفي الثاني مظاهر الرقابة القضائية أثناء مرحلة تنفيذ حكم التّحكيم. كلّ ذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأوّل : الرّقابة عن طريق مباشرة طرق الطّعن في حكم التّحكيم الصادر في منازعات الصفقات العموميّة:

الطّعن بصفة عامة هو وسيلة قانونية أتاحها المشرِّع للذي صدر حُكْمًا في غير صالحه بأنْ يطالب بإعادة النظر فيه، سواء بالإلغاء كليّا والتصدي له، أو الإلغاء الجزئي وتعديله في بعض المقتضيات.

وإذا كان كلّ الفقهاء والقانونين يسلّمون بمنطقية طرق الطّعن في أحكام وأوامر وقرارات القضاء، لكونها أمراً طبيعيّا ومستمدّا من الدساتير، الأمر بضرورة احترام درجات التقاضي، إلا أنّ بعضهم ينتقد وجودها في أحكام التّحكيم ويعتبرونها تشكِّل عقبة تعترض تنفيذ أحكام التّحكيم أو المحكّمين[1].

ولحدّ الآن لا زالت مسألة طرق الطّعن في أحكام المحكّمين تثير جدلاً ونقاشاً كبيرين، بالنظر إلى طبيعة نظام التّحكيم المتّسم بخصوصيته واستقلاله كطريق بديل عن القضاء لحلّ منازعات الصفقات العموميّة[2].

رغم هذا الجدل، إلا أنّ كلّ الأنظمة القضائية التي تبنّت التّحكيم وركنت إلى تطبيق إرادة الخصوم باللّجوء له قابلت هذا التنازل بإخضاع أحكام المحكّمين إلى رقابة القضاء كضمان لعدم انحراف قضاء التّحكيم عن وظيفته الرّامية إلى تحقيق العدالة.

كما أنّ الدولة هي المسؤولة في نهاية الأمر، وإن لم تبسط رقابة القضاء على أحكام التّحكيم لاعتبرت في نظر مواطنيها مقصّرة ومتخلية عن وظائفها.

وبما أنّ حكم التّحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن أشخاص، وهم بشر فإنّ احتمال الخطأ وارد بل حتمي، فقد تنطوي الإجراءات التّحكيمية المتّبعة على خطأ

[1] فؤاد ذيب، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة، القسم الأولى ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، سوريا، عدد 3، 2011، ص 64 .

[2] حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 153 .

معين، وقد يكون الخطأ في تطبيق القواعد الموضوعية، أو في سوء تقدير الوقائع وهو ما يوصل إلى نتائج غير مطابقة لها.

إنّ إقامة العدالة وتمتّع الحكم التّحكيمي بحجيّة الأمر المقضي فيه يستوجبان فرض رقابة لا تقلّ في مضمونها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي؛ هذه الرقابة هي ضمانة هامّة لصحّة الحكم التّحكيمي، وفيها حماية لأطرافه من آثار أخطاء المحكّمين[1].

وقد أدركت أغلب التّشريعات أهمية هذه الرقابة على حكم التّحكيم وعنيت بتنظيمها وتحديد طرق ممارستها، وأخضعت أحكام التّحكيم إلى طرق الطّعن أمام القضاء.

وما دام محور الدّراسة متعلقا بمنازعات الصفقات العمومية وجب التطرق لطرق الطّعن المقررة في الشريعة العامة للتّحكيم، وتبيان مدى توافقها مع طبيعة تلك المنازعات ففعالية حكم التّحكيم مرتبطة بطرق الطّعن المقرّرة لذلك اجتهدت التّشريعات الحديثة في مجال طرق الطّعن في أحكام التّحكيم، فمنها من أعطى لهذه الأحكام حصانة أكثر من حصانة الأحكام القضائية[2]، ومنها من أخضعتها لطرق الطّعن غير المباشرة أسوة بأحكام القضاء.

بالنسبة للنّظام الجزائري موضوع الدراسة نجد أنّ المشرّع الجزائري ميّز بين أحكام التّحكيم الدّاخلي والتّحكيم الدّولي وفرّق بينهما، بشأن طرق الطّعن، وقرّر لكلّ واحد منهم طرقا حصرية[3] وهذا ما سنتناوله بالتفصيل الآتي:

الفرع الأوّل: طرق الطّعن في أحكام التّحكيم الداخلي:

لقد نظّم المشرّع الجزائري الطّعن في أحكام التّحكيم الدّاخلية في المواد 1032-1033 -1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأشارت هذه المواد إلى طرق طعن عادية وأخرى غير عادية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنّ ذات القانون

[1] محمد الحبيب، القضاء والتّحكيم ، أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ص 502.

[2] سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص362.

[3] بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 239 .

حرص على تطبيق مقتضيات طرق الطّعن العامّة على أحكام التّحكيم الصادرة في المادة الإدارية، وهو الأمر الوارد في المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

يفهم من خلال نص هذه المادة أنّ طرق الطّعن المقرّرة للأحكام القضائية هي نفسها المقرّرة لأحكام التّحكيم، إلا أنّ الأمر يبدو ليس كذلك وهو ما يجعلنا نستعرض طرق الطّعن غير العادية ونسقطها على أحكام التّحكيم لمعرفة صلاحها من عدمه.

البند الأوّل: طرق الطّعن العادية.

طرق الطّعن العادية في القواعد العامّة هي المعارضة والاستئناف.

أوّلا: المعارضة.

هي طريق طعن عادي جائزة للمحكوم عليه في الأحكام والقرارات الغيابية، وهي تهدف إلى مراجعة الحكم، أو القرار الغيابي، وتجعله كأنْ لم يكن بمجرد قيدها ويعاد الفصل في الدعوى من جديد ما لم يكن الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجّل، وهذا ما أشارت إليه المادة 327 [2]و 953 [3]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والغاية من إجازة المعارضة كطريق طعن عادي في الأحكام و القرارات القضائية هي حماية حقوق الدفاع.

[1] تنص المادة 977 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية."

[2] نصت المادة 327 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي. يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجل".

[3] نصت المادة 953 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" تكون الأحكام والقرارات الصادرة غيابيا عن المحاكم الإدارية ومجلس الدولة قابلة للمعارضة".

أمّا في قضاء التّحكيم فبرجوعنا إلى نصّ المادة 1032 الفقرة الأولى من القانون نفسِه نجد أنّ المشرِّع الجزائري لم يجز إمكانية الطّعن في حكم التّحكيم بالمعارضة[1] والأمر في ذلك يعود لعدّة أسباب:

1-من حيث انعقاد خصومة التّحكيم.

إنّ تشكيل محكمة التّحكيم يرتكز أساسا على تطابق إرادة الأطراف دائما، وخصومته لا تنعقد إلاّ بتبليغ الطّرف الثّاني بعريضة التّحكيم، لكي يقوم بالموافقة على إجراءات تعيين المحكمة والمحكّمين، ومن ثمّ فلا يتصوّر مباشرة إجراءات التّحكيم دون علم الطّرف الثّاني[2]، ولهذه الأسباب قرّر المشرِّع الجزائري حضر المعارضة في أحكام التّحكيم سواء كان داخليا أو دوليّا، كما أنّ المحكّم يفصل في النّزاع وفقا لما قدّمه الطرفان من مستندات بواسطة دفاعه، ولا حاجة إلى حضور الأطراف نظرا لإجبارية حضور دفاعه وفقا لنص المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

2-من حيث الجهة التي ترفع أمامها المعارضة.

إذا كانت الأحكام والقرارات الغيابية يتمّ مراجعتها أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرتها، فإنّ محكمة التّحكيم تستنفذ ولايتها بعد إصدارها لحكمها وبعد ذلك لا يصبح لها وجود قانوني، ولا مادي وفقا لنص المادة 1030 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ تتخلى محكمة التّحكيم عن النّزاع بمجرّد الفصل فيه بحيث لا يمكن لمحكمة التّحكيم النّظر في النّزاع من جديد، إلا فيما يتعلّق بتفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء الماديّة و الإغفالات التي قد تشوبه طبقا للمادة 285 من قانون الإجراءات

[1] نصت المادة 1032 الفقرة 1 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة. يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم."

[2] محمد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ احكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 232.

[3] نصت المادة 1022 من، ق، إ،ج، م، و، إ، على :"يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر15 يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل".

المدنية والإدارية[1] ، وكذا المادة 891 من نفس القانون[2]، طالما أنّ اختيار التّحكيم هو مسألة اتّفاقية، وأحكامه حضورية دائما فإنّها تحوز حجية الشيء المقضي فيه، هذه الحجيّة لا يجوز الرّجوع عنها إلّا بالطّعن فيها بطرق الطّعن المعروفة ، طبقا للمادة 338 من القانون المدني الجزائري المشار إليها أعلاه.

ثانيا: الاستئناف.

الاستئناف طريق من طرق الطّعن العادية التي ترفع ضدّ الأحكام الابتدائية الصّادرة عن محكمة أوّل درجة استنادا إلى مبدأ التّقاضي على درجتين، المكرّس في النظام القضائي الجزائري، وذلك بهدف عرض النزاع مجدّدا على قضاء الدّرجة الثّانية من أجل إعادة النّظر، إمّا بالتّعديل أو بالإلغاء، أو بتأييد الحكم وفقا لنصّ المادّة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

كما يرفع الاستئناف ضدّ الحكم، أو الأمر الصادر عن المحاكم الإدارية وفقا لنص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] ، فالاستئناف له أثر ناقل للدعوى من المحكمة الابتدائية إلى المجلس الذي يعلوها في محاولة من المستأنف إلى إعادة فتح الخصومة من جديد لعدم رضاه بحكم الدّرجة الأولى.

---

[1] نصت المادة 285 من، ق، إ،ج، م، و، إ، على :"إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته. يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم تفصل الجهة القضائية، بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور".

[2] نصت المادة 891 من ،ق،إ،ج،م،و،إ،على:"يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ، ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به ،أن تصحح الخطأ المادي أو آلإغفال الذي يشوبه ، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن أمامها القيام بتصحيحه ...".

[3] نصت المادة 332 من، ق،إ،ج،م، و، إ، على أنه:" يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة".

[4]نصت المادة 949 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على :"يجوز لكلّ طرف حضر الخصومة أو استدعى بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافا ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك".

تلكم هي القاعدة العامّة ولكن، ما مدى تطبيق هذا الطريق على حكم التّحكيم الدّاخلي الصادر في مادة الصفقات العمومية؟.

لقد أجاز المشرِّع الجزائري الطّعن بالاستئناف في أحكام التّحكيم قصد إصلاح ما شابَ الحكمَ من أخطاء، سواء في تقدير الوقائع أو في النتائج المتوصّل إليها، وهذا ما عبّرت عنه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

وفقا لنصّ هذه المادّة، فإنّ استئناف أحكام التّحكيم جائز إلا أنّ حق الاستئناف مرتبط بعدم منعه من الأطراف في اتّفاق التّحكيم، إذ أنّه ونظرا للطّابع الاتّفاقي للتّحكيم فيمكن للأطراف أنْ يجعلوا نصّا صريحًا في اتّفاق التّحكيم يستبعدون به إمكانية استئناف حكم التّحكيم، كما أنّ القواعد العامّة للمنازعة الإدارية جعلت الأحكام الصادرة فيها قابلة للطّعن بالاستئناف، ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك[2].

وطالما أنّ المشرِّع الجزائري منح للأطراف الحقّ في استئناف حكم التّحكيم الصّادر في نزاع يتعلّق بصفقة عموميّة، مهما كان أطرافها، و مهما كان موضوعها، سواء تلك الفاصلة في الموضوع، أو في دفع شكليّ، أو في دفع بعدم القبول كغيرها من أحكام القضاء العادي أو الإداري، فإنّ القواعد الخاصّة باستئناف أحكام المحاكم الإدارية تطبّق على ذلك، بمعنى أنّ أحكام التّحكيم الصادرة قبل الفصل في الموضوع كتعيين خبير في الأشغال العمومية، أو غير ذلك من الخبراء لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم

[1] نصت المادة 1033 من ق،إ،ج،م،و،إ، على:" يرفع الاستئناف في أحكام التّحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتّفاقية التّحكيم".

[2] نصّت المادّة 949 من ق،إ،ج،م،إ، على " يجوز لكلّ طرف حضر الخصومة أو استدعى بصفة قانونية، ولو لم يقدم أيّ دفاع، أن يرفع استئنافا ضدّ الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك".

التّحكيمي القطعي، وهذا تطبيقا لنفس القاعدة فيما يخصّ استئناف الأحكام الإدارية، وهو ما نصّت عليه المادة 952 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

بعد التأكّد من إجازة المشرِّع الجزائري للطّعن بالاستئناف ضدّ أحكام التّحكيم في الصفقات العموميّة، يبقي الآن أنْ نبحث عن الإجراءات والنّصوص واجبة التّطبيق والآجال المقرّرة ، والآثار الناتجة عن هذا الطّعن كوسيلة رقابة لاحقة عن صدور حكم التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة.

1- الجهة القضائيّة المختصّة بنظر الاستئناف.

إنّأحكام التّحكيم الصّادرة عن محاكم التّحكيم الدّاخلية يتمّ استئنافها أمام المجلس القضائي الذي صدرت في دائرة اختصاصه أحكام التّحكيم وفقا للمادة 1033 أعلاه. ولكن يبدو أنّ هذا النص بهذه الصياغة يكتنفه غموض كبير، ولم يحدّد الاختصاص بالنّسبة لجميع أحكام التّحكيم لاسيما وأنّ أحكام التّحكيم الصادرة في مادّة الصفقات العمومية لا يمكن أنْ تستأنف أمام المجلس القضائي، لأنّه لا توجد غرفة إدارية بالمجلس، ولا يمكن تسجيل الاستئناف أمامها طالما أنّ منازعات الصفقات العموميّة في أصلها تعرض على القضاء الإداري وليس القضاء العادي.

وبما أنّ أحكام المحاكم الإدارية يتمّ استئنافها أمام مجلس الدّولة كدرجة ثانيّة فكان من المنطقي إخضاع أحكام التّحكيم الصّادرة في منازعات الصفقات العموميّة هي الأخرى إلى نفس القواعد فيما يخصّ استئنافها أمام مجلس الدّولة طبقا للمادة 02 من القانون رقم 98-02 المتعلّق بإنشاء المحاكم الإدارية [2]،والمرسوم التنفيذي 98-356 المحدد

[1] نصت المادة 952 من ،ق،إ،ج،م،و،إ،على:" لا تكون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، ويتمّ الاستئناف بعريضة واحدة".

[2] القانون 98-02 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية،ج،ر،ج،ج،عدد37 الصادر بتاريخ 01-06-1998.

لكيفيات تطبيق القانون 98-02 [1]،حيث تعتبر هيئة التّحكيم بمثابة المحكمة الإدارية ويعتبر الحكم التّحكيمي بمثابة حكم صادر عن المحكمة الإدارية، وبالتّالي فاستئنافه يكون أمام مجلس الدّولة.

وعليه، بات واجبا إعادة صياغة المادّة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول أنّ الاستئناف يكون أمام المجلس القضائيّ، أو أمام مجلس الدّولة حسب الحالة، وذلك تطبيقا لقواعد الاختصاص المخوّلة لمجلس الدّولة، والواردة بنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها:" يختص مجلس الدّولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصّادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختصّ أيضا كجهة استئناف للفصل في القضايا المخوّلة له بموجب نصوص خاصة".

إنّ إجازة المشرِّع الجزائري لاستئناف أحكام التّحكيم هي إمكانية لطرفيه معا إذ يحقّ للطّرفين استئناف الحكم، سواء كان الاستئناف أصليّا أم فرعيّا، وهذا طبقا للمواد 949 و951 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2].

2 -آجال الطّعن بالاستئناف.

الأحكام الصّادرة عن المحاكم الإدارية حدّد المشرِّع أجل استئنافها بشهرين تسري من تاريخ التّبليغ الرّسمي للشّخص الذي صدر الحكم ضدّه[3]، أمّا أحكام التّحكيم الصّادرة في منازعات الصفقات العموميّة فآجال الاستئناف فيها هو شهر واحد، و يسري

[1] المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 19-05-1998 ،ج،ر،ج،ج،عدد37 الصادر في 01-06-1998 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 22-05-2011 ،ج،ر،ج،ج،عدد30 الصادر بتاريخ 01-06-2011.

[2] نصت المادة 949 من ق، إ،ج، م، و، إ، على: "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعى بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافا ضدّ الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك. فيما نصت المادة 951 من، ق، إ،ج، م، و، إ، على:" يجوز للمستأنف عليه، استئناف الحكم فرعيا حتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي."

[3] نصّت المادّة 950 ق،إ،ج،م،إ، على:" يحدّد أجل استئناف الأحكام بشهرين ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر يوما بالنسبة للأوامر الاستعجالية، مالم توجد نصوص خاصة. تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيّا. تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ".

هذا الأجل من تاريخ صدور حكم التّحكيم لا من تاريخ تبليغه، عكس الأحكام الإدارية طبقا لنصّ المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النّاصّة على أنّ الاستئناف في أحكام التّحكيم يرفع في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها.

يتّضح من النّص أنّ نيّة المشرِّع واضحة، إذ أنّه يحاول الحفاظ على سمّة السّرعة التي يتّسم بها نظام التّحكيم، و ذلك بتقليص مواعيد الاستئناف، واستبعاد التّبليغ الذي من شأنه إطالة أمد النّزاع فقط.

3-أسباب الاستئناف.

كما هو الشّأن في الأحكام القضائية، فإنّ أسباب الاستئناف في أحكام التّحكيم غير محدّدة، وغير محصورة، ذلك أنّ الاستئناف يقضي إلى عرض الدّعوى مجدّدا أمام الجهة الاستئنافيّة، هذه الأخيرة لها سلطة الفصل من جديد في موضوع النّزاع، إمّا بإلغاء الحكم أو تعديله جزئيا، أو تأييده. و بالتّالي، فلا مجال للتّخوف من اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الإدارية بوجه عام، والصفقات العمومية بوجه خاص، طالما أنّ أحكام التّحكيم فيها معرّضة للإلغاء، أو التّعديل، أو التأييد.

4- حقّ الأطراف في التّنازل عن الاستئناف.

الاستئناف حقّ مكفول دستوريّا، وقانونيا لجميع أطراف الدعوى، بحيث لا يجوز لأيّ شخص أو هيئة أنْ تمنع أيَّ طرفٍ من أنْ يرفع استئنافه في حكم صدر ضدّه وبالنّظر لخصوصية نظام التّحكيم في حدّ ذاته، فقد سمح المشرِّع للأطراف أنْ يتنازلوا عن الحقّ في الاستئناف إلا أنّ هذا التنازل لا يمكن أنْ يكون بعد صدور حكم التّحكيم، وإنّما يكون قبل ذلك، بل وحتى قبل البدء في إجراءات الخصومة التّحكيميّة وتعيين المحكّمين أي أنّ الرغبة في التّنازل عن الحقّ في الاستئناف تكون فقط عند إبرام اتّفاق التّحكيم ويجب أن يكون هذا التّنازل مدونّا صراحة في اتفاقية التّحكيم المكتوبة، سواء كانت شرطا أو مشارطة، حتى يكون حجة لكلّ طرف، وعلى مجلس الدّولة في حالة وجود اتّفاق كهذا و من ثمّ رفع استئناف من أحد الأطراف، فما عليه إلا عدم قبول الاستئناف المرفوع

لوجود ما يمنع رفعه، وهو نصّ القانون. ولعلّ الحكمة من ذلك هي المحافظة على رغبة الأطراف في إبقاء النّزاع خارج نطاق التّحكيم، ولكن هل هذه الرغبة هي مطلقة؟ وهل معناها أنْ يبقى حكم التّحكيم غير خاضع لأيّ رقابة حتى مع كونه مشوبا بأخطاء ؟[1].

المشرِّع الجزائري لم يجز رفع دعوى البطلان ضدّ أحكام التّحكيم الدّاخلي، وأجاز إمكانية اتّفاق الأطراف على استبعاد الطّعن بالاستئناف، ما يجعل الحكم التّحكيمي إنْ كان معيبًا غير قابل لأيّ طعن. وهو فراغ قانوني صعب التدارك إلا أنّه يبقى احتمال وحيد لتصحيح هذه الأخطاء، وهو بيد القاضي الناظر في مسألة التنفيذ إذ يمكنه رفض التنفيذ ويبقى للأطراف الحقّ في استئناف الأمر القاضي بالتنفيذ أمام مجلس الدولة [2].

ونجد أنّ المشرِّع الفرنسي، وعكس المشرِّع الجزائري، تدارك هذا القصور وأجاز رفع دعوى البطلان ضدّ الحكم التّحكيمي الداخلي الذي اتّفق الأطراف على عدم جواز استئنافه[3].

5-آثار الاستئناف.

إنّ استئناف أحكام المحاكم العادية يوقف تنفيذها ما لم تكن مشمولة بالنّفاذ المعجّل بينما الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية فهي نافذة، إلا إذا صدر قرار من طرف مجلس الدّولة يوقفها، تطبيقا لنص المادة 913 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها:" يجوز لمجلس الدولة أنْ يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرّض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف".

[1] خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير، المرجع السابق ص167.

[2] نصّت المادة 1055 ق،إ،ج،م،إ، على: " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف."

[3] المادة 1489 من ق،إ،ج،م،إ الفرنسي ،المصدر السابق.

وبتطبيقنا لهذه الأحكام فيما يخصّ استئناف أحكام التّحكيم في منازعة ناتجة عن إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية، فإنّ الاستئناف المرفوع ليس له أثر موقف، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تقريره المعتمد سنة 1993 إذ اعتبر أنّ نصّ المادّة 1479 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي غير قابلة للتطبيق في المجال الإداري ولا يمكن الأمر بالنفاذ المعجّل في أحكام المحاكم الإدارية، لأنّها معجلة النّفاذ بقوة القانون ونفس الأمر يطبّق على أحكام التّحكيم[1].

البند الثاني: طرق الطّعن غير العادية.

طرق الطّعن غير العادية في القواعد العامّة هي التماس إعادة النّظر و اعتراض غير الخارج عن الخصومة، والطّعن بالنقض، فهل هذه الطرق يمكن إعمالها على التّحكيم في الصفقات العمومية كأداة رقابة لاحقة؟.

أوّلا: التماس إعادة النظر.

لم ينصّ المشرِّع الجزائري في الفصل المتعلّق بالتّحكيم سواء التّحكيم الدّاخلي أو الدّولي على إمكانية الطّعن بالتماس إعادة النّظر في أحكام المحكّمين، ممّا يدلّ على أنّ المشرِّع استبعده تماما رغم الرقابة الهامّة التي كان ممكنا أن يفرضها على أحكام التّحكيم، خاصّة تلك المبنيّة على وثائق أو مستندات قد تكون مزوّرة [2].

ولعلّ عزوف المشرِّع الجزائري عن اعتماد هذا الطّعن كوسيلة رقابة على أحكام التّحكيم، يمكن القول أنّه مبرّر لندرة الأوجه التي يبنى عليها الالتماس من جهة، ولإمكانية الطّعن في الحكم التّحكيمي بوسيلة أخرى وهي البطلان، فيمكن بموجبها تحقّق نفس النتيجة المتوخاة من الالتماس.

---

[1] تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1993.

[2] نجد أنّ المادة 966 ق،إ،ج،م،إ، قد أجازت الطعن بالالتماس إعادة النظر في قرارات مجلس الدولة فقط وقد حددت المادة 967 من نفس القانون حالات وأوجه الالتماس وقصرتها في :" إذا اكتشف أنّ القرار قد صدر بناء على وثائق مزورة قامت لأوّل مرة أمام مجلس الدولة. إذا حكم على خصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم".

ورغم ذلك إلا أنّ إمكانية اعتماد هذا الطّعن غير العادي كانت سترقي من الرقابة القضائية على أعمال المحكّمين.

ثانيا: اعتراض غير الخارج عن الخصومة.

اعتراض غير الخارج عن الخصومة هو طريق من طرق الطّعن غير العادية وهو مقرّر لكلّ من له مصلحة في النّزاع من أجل أنْ يعارض في حكم لم يكن طرفا فيه إلا أنّه يمسّ بحقوقه، ويهدف الاعتراض إلى مراجعة، أو إلغاء الحكم، أو القرار الفاصل في أصل النزاع[1].

والقاعدة في أحكام التّحكيم طبقا لنصّ المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنّها لا تنتج أيّ أثر في مواجهة شخص لم يكن طرفا فيها، أي أنّ ما صدر من أحكام التّحكيم لا تعني سوى أطرافه[2]، ومع ذلك فإذا ألحقت هذه الأحكام ضررا أو مسّت بمصالح الغير، فله أنْ يرفع طعْنا ضدّها عن طريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة، فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطعن في أحكام التّحكيم الدّاخلية فقط عن طريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة قبل عرض النّزاع على التّحكيم، ولكن هذه الإجازة هي فرضية مستحيلة الحصول قانونا ما جعل البعض ينكر إجازة الاعتراض على أحكام التّحكيم[3].

ولكن باستقراء نص المادّة نجدها تنصّ على جواز الطّعن باعتراض غير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النّزاع على التّحكيم، وهي بذلك تحمل تناقضا واضحا، فكيف يتمّ الطعن في حكم غير موجود أصلا، وهذا ما يستوجب إعادة الصياغة لنص المادة 1032 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1] نصت المادة 969 ق،إ،ج،م،إ ،على:" لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر من جديد في القرار الفاصل في دعوى الالتماس."

[2] نصّت المادة 1038 من ق،إ،ج،م،إ، على:" لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير."

[3] نصت المادة 1032 فقرة 02 من،ق،إ،ج،م،إ، على" يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

حتى تنطبق مع الواقع والمنطق لأنّ هذا الطّعن ورغم أنّه جائز حاليا إلا أنّه يستحيل إعماله عمليا.

ثالثا: الطّعن بالنّقض.

من طرق الطّعن غير العادية في القواعد العامّة الطّعن بالنّقض، وهو جائز في الأحكام والقرارات النهائية القطعية[1]، ويبنى الطّعن بالنّقض على أوجه قانونيّة ذكرت حصرا في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا حاجة لمناقشة الموضوع فيه، وتختصّ نوعيا بنظر الطّعن بالنّقض المحكمة العليا[2].

أمّا في المادّة الإدارية فيختصّ نوعيا بنظر الطّعن بالنّقض مجلس الدولة في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الإدارية، وهو المفهوم من المادة 957 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أشارت إلى أنّ الطعون بالنّقض المعروضة أمام مجلس الدّولة توزع من طرف رئيسه على الغرف.

ولكن سبق لنا الإشارة بأنّ أحكام التّحكيم الدّاخلي في منازعات الصفقات العمومية يمكن استئنافها، وهذا يعني أنّه لا يجوز الطّعن فيها بالنّقض مباشرة. وعليه فقد أجاز المشرِّع الجزائري الطّعن بالنّقض في القرارات الفاصلة في استئناف أحكام التّحكيم الدّاخلي بموجب المادّة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]على أنْ يبنى الطّعن على أحد الأوجه المشار إليها في المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الإحالة الصريحة الواردة في نصّ المادّة 959 من ذات القانون[4].

---

[1] نصّت المادة 349 من ق،إ،ج،م،إ، على: " تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

[2] القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها،ج،ر،ج،ج،عدد،53 الصادر في 13-09-1989.

[3] نصّت المادة 1034 ق،إ،ج،م،إ، على: " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

[4] نصّت المادة 959 من،ق،إ،ج،م،إ، على:" تطبق الأحكام المتعلقة بأوجه النقض المنصوص عليها في المادة 358 من هذا القانون أمام مجلس الدولة".

يتّضح بأنّ الطّعن بالنّقض جائز في قرارات مجلس الدولة باعتباره النّاظر في استئناف الحكم التّحكيمي، وغير جائز في حكم التّحكيم في حدّ ذاته، لذا فهو غير مجد وغير منتج، وهو ما دعا ببعض الأنظمة إلى عدم اعتماده كطريق طعنٍ في أحكام التّحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية ومنها المشرِّع الفرنسي[1].

الفرع الثاني: طرق الطّعن في أحكام التّحكيم الدّولية.

لقد خصّ المشرِّع الجزائري أحكام التّحكيم الدّولية بطرق طعن غير تلك التي خصّ بها أحكام التّحكيم الدّاخلي، وحدّد الجهة القضائية المختصّة للنظر في الطّعن كجهة دعم أو رقابة للعملية التّحكيمية، ولم يترك أي مجال للتأويل عكس بعض المشرِّعين عندما نصّت المادّة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز التّحكيم في الصفقات العمومية دون غيرها من العقود الإدارية التي تكون الدّولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفا فيها، وبالتّالي يرجع الاختصاص إلى القضاء الإداري، إذ هو القاضي الطبيعي بالنسبة للشّخص المعنويّ العام فهو يملك دراية واسعة بقواعد القانون الإداري ومبادئه عكس القاضي العادي المعروف بحياده[2].

وأحكام التّحكيم الدّولية تنقسم إلى قسمين: أحكام تصدر في الجزائر، ولها طرق طعن خاصة بها، وأحكام تحكيم دولية تصدر خارج الجزائر لها وضع قانوني آخر وعليه سنتطرق إلى طرق الطّعن غير المباشرة لأحكام التّحكيم الدّولية على أنْ نعالج طرق الطّعن المباشرة في المبحث الثّاني لهذا الفصل.

---

[1] موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحلّ النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي، تمنراست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص137.

[2] القاضي المدني بصفة عامة هو قاض سلبي يلتزم بما يقدمه الخصوم، بينما القاضي الإداري هو قاض إيجابي لما منحه إيّاه، ق،إ،ج،م،إ، من صلاحيات تتيح له التدخل في الخصومة والتحقيق فيها بما له من وسائل، ولكون كل الأمور في المنازعة الإدارية من النظام العام.

البند الأوّل: أحكام التّحكيم الدّولية الصادرة في الجزائر.

لقد أجاز المشرِّع الجزائري الطّعن في حكم التّحكيم الدّولي عن طريق الاستئناف وعن طريق الطّعن بالنّقض فقط دون باقي طرق الطّعن الأخرى رغم أنّ هذه الإجازة غير مباشرة، وهذا ما سنستعرضه فيما يلي:

أوّلا: الاستئناف.

القاعدة العامّة هي حضر الطّعن بالاستئناف في أحكام التّحكيم الدّولية بشكل مباشر، أي أنّ الاستئناف لا يوجّه مباشرة ضدّ الحكم التّحكيمي، وإنّما يقع على الأوامر التي تعترف أو ترفض الاعتراف بأحكام التّحكيم الدّولية، إذ أنّ أحكام التّحكيم الدّولية كما سبق الإشارة إليه يجب إيداعها لدى الجهة القضائية المختصّة، وهي المحاكم الإدارية بغية امهارها بالصيغة التنفيذية لأجل تنفيذها، عندها قد تعترف بها المحكمة الإدارية وتمهرها بصيغة النّفاذ أو ترفض الاعتراف بها، وترفض إمكانية تنفيذها .

هذا ما يجعلنا نفرّق بين الحالتين من حيث إمكانية الطّعن فيها بالاستئناف، ففي حالة ما إذا صدر أمر يقضي بالاعتراف بحكم التّحكيم الدّولي الصادر في الجزائر فهذا الاعتراف غير قابل للاستئناف طبقا للمادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

لقد كانت إجازة المشرِّع الجزائري للاستئناف في أحكام التّحكيم الدّاخلي شأنه شأن أغلب الأنظمة القضائية المقارنة التي لا تهدف إلى إلغاء حكم التّحكيم بقدر ما تهدف إلى إعادة فحص النّزاع، وبذلك يظهر الدّور الرقابي إلى أقصى حدّه، ويتمثّل في إصلاح ما قد يكون قد شاب الحكم من أخطاء، وبالتّالي إعطاء ثقة أكثر للمحتكمين[2].

[1] نصّت المادة 1058 من، ق،إ،ج،م،إ، على:" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه ".

[2] أحمد علي السيد خليل، مدى امكانية تعايش التحكيم والطعن معا التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السادس عشر كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، أفريل 2008، ص875.

رغم أنّ الإحصائيات تبرز قلة نسبة أحكام التّحكيم المطعون فيها بالاستئناف إلا أنّ هذه الإجازة تعرضت لنقد حادٍ؛ إذ يرى البعض أنّ هذه الإجازة تتعارض مع إرادة أطراف النزاع الذين اتّفقوا على استبعاد القضاء لحلّ نزاعاتهم بشكل سريّ و سريع، واستند أصحاب هذا النّقد إلى عدة اعتبارات:

1- إنّ المبادئ العامّة للخصومة القضائية تقتضي العلانية في الجلسات على خلاف مقاصد التّحكيم المفضلة للسرية و فقا لاتفاق أطرافه وهو ما يجعل الاستئناف في أحكام التّحكيم أمام القضاء يتنافى مع مقاصد التحكيم.

2-إنّ إقرار الاستئناف في أحكام التّحكيم فيه إطالة للنّزاع، و مضيعة للوقت ونفقات مادية زائدة عكس مزايا التّحكيم المبنية على السرعة. وهما أمران لا يلتقيان، هذا الاعتبار جعل البعض لا يحبّذ تدخّل القضاء بنظر الاستئناف إذ أنّ طرق الطّعن تعدم سرعة التّحكيم[1].

3- استئناف حكم التّحكيم في الصفقة العموميّة له أثر ناقل للنّزاع، وبالتالي فالقضاء سوف يعيد النظر من جديد في الخصومة التّحكيمية، وكأنّ ما قام به المحكّم لا أثر له كما أنّ الخاسر للدعوى يمكنه رفع استئناف تعسّفي، لا غير لإطالة النّزاع، طالما أنّ أسباب الاستئناف كما أشرنا سابقا غير محدّدة، وهذا يتنافى مع خصائص التّحكيم وهو ما دعا ببعض التشريعات إلى عدم إجازة الاستئناف في أحكام التّحكيم كالقانون المصري والقانون التونسي[2].

رغم هذه الانتقادات اللاذعة إلا أنّ جانبا آخر من الفقه زكّى إجازة المشرّع للاستئناف كطريق لرقابة أحكام التّحكيم في مجال الصفقات العمومية، و انتقدوا الاتجاه المعارض له بالقول بأنّ خاصية السّرعة لا يجب أن تكون على حساب تحقيق العدالة

[1] محمد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق ،ص222.

[2] نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة، التحكيم الداخلي، المرجع السابق، ص 108.

فأحكام المحكّمين عرضة للخطأ مادام مصدره إنسان غير معصوم، وبالتالي فرقابة القاضي بمناسبة نظره في الاستئناف هي ضمانة للوصول إلى الحقيقة و العدالة[1].

ثانيا: الطّعن بالنّقض.

لقد أجازت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطّعن بالنّقض في القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 و المقصود بها الحالات التالية:

– الطعن بالنّقض في القرارات الصادرة بالتنفيذ أو الاعتراف بحكم التّحكيم الدّولي وهي المشار إليها بالمادة 1056 من ذات القانون[2].

– الطّعن بالنّقض في القرارات الصادرة في استئناف الأوامر القاضية برفض التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم التّحكيم الدّولي المنصوص عليها بالمادة 1055 من ذات القانون.[3]

– الطّعن بالنّقض في الأحكام الصادرة في دعوى بطلان أحكام التّحكيم الدّولي الصّادرة في الجزائر المنوّه عنها بالمادة 1058 من ذات القانون.

بالرّجوع إلى القواعد العامّة للتّحكيم نجد أنّ المشرِّع الجزائري لم ينظِّم حالات الطّعن بالنّقض ضدّ قرارات التّحكيم المشار إليها أعلاه، وبالتّالي نرجع إلى القواعد العامّة للتقاضي، فنصوص الطّعن بالنّقض ضدّ الأحكام و القرارات الإدارية تحيلنا إلى القواعد

---

[1] دويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري لدعوى بطلان أحكام التحكيم، مقال منشور في المؤتمر16 للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، شهر أفريل، 2008، ص315.

[2] نصّت المادة 1056 من، ق،إ،ج،م،إ على:" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 1 إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتّفاقية تحكيم أو بناء على اتّفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية. 2 إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكّم الوحيد مخالفا للقانون.3 إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها. 4_ إذا لم يراع مبدأ الوجاهية. 5 إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.6 إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

[3] نصّت المادة 1055 من، ق،إ،ج،م،إ على:" يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف".

المتّبعة أمام المحكمة العليا، وهي المشار إليها في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إذ أنّ الطّعن بالنّقض لا يبنى إلا على إحدى الأوجه الآتية:

- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.
- عدم الاختصاص.
- تجاوز السلطة.

-مخالفة القانون الداخلي.

-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

- مخالفة الاتفاقيات الدولية.

-انعدام الأساس القانوني.

-انعدام التسبيب.

- قصور التسبيب.

- تناقض التسبيب مع المنطوق.

-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

-تناقض أحكام أو قرارات صادرة في أخر درجة

- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي .

-وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.

- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب .

- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.

-إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

يلاحظ أنّ هذه المادة وإن عددت 18 حالة، إلا أنّ الوجه المتعلق بمخالفة القانون الداخلي هو الأصلح للطّعن بالنقض في أحكام التّحكيم، إذ تدخل فيها الاتفاقيات الدّولية التي تبرمها الجزائر بعد المصادقة عليها حسب المادة 150 من دستور 2016[1].

أمّا في حالة صدور أمر قضي برفض الاعتراف بحكم دولي صادر في الجزائر أو برفض تنفيذه فإنّ استقراء المفهوم المخالف لنصّ المادة 1058 أعلاه يجعلنا نقول بأن هذا الأمر قابل للاستئناف، عكس ما ذهب إليه المشرّع الفرنسي بموجب المادة 1489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي، التي جعلت حكم التحكيم الدّاخلي الصادر في فرنسا غير قابل للاستئناف إلا إذا اتّفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا فيه ما فيه من حياد للمشرّع الفرنسي عن الموقف السابق الذي كان بموجبه يجيز الاستئناف مالم يتنازل الأطراف عنه.

البند الثاني: أحكام التّحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر.

حكم التّحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الاستئناف هو الآخر بشكل مباشر ولا لأي طعن آخر، ولكن إذا تمّ الاعتراف به فإنّ حكم الاعتراف يقبل الاستئناف ضمن حالات محددة حصرا في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عكس المشرّع الفرنسي الذي جعله غير قابل للاستئناف[2]، وهذا ما أشارت إليه المادة 1524 من التشريع الفرنسي أعلاه.

أمّا إذا رفض الاعتراف بها، أو رفض تنفيذها، فيقبل الاستئناف طبقا لنصّ المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه المادة لم تحدّد أيّ أسباب حصرية للاستئناف.

---

[1] نصّت المادة 150 من التعديل الدستوري الصادر بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06-03-2016 ،ج،ر،ج،ج على:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

[2] المادة 1524 من، ق،إ،ج،م،إ، ف، الصادر بالمرسوم رقم 75-1123 المؤرخ في09-12-1975 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 48-2011 الصادر بتاريخ 13-01-2011 .

أحكام التّحكيم الدّولية تنقسم إلى نوعين: أحكام تصدر في الجزائر لها طرق طعن خاصة بها، وأحكام تحكيم دولية تصدر في خارج الجزائر لها وضع خاص بها.

نقصد بحكم التّحكيم ذلك القرار الذي يصدر عن الهيئة التّحكيمية في نزاع موضوعه عقد إداري سواء داخلي أو دولي، وقد أتاحت تشريعات التّحكيم لقضاء الدولة المختص بذلك مجالا لبسط رقابته على حكم التّحكيم، فقد أجاز الطّعن في هذا الحكم إلا أنّ نظام الطّعن في أحكام التّحكيم لم يستقر على أسس واضحة في التشريع الجزائري لذلك سنحاول جمع هذه النصوص، وحكم التّحكيم كأصل عام يوجز حجية الشيء المقضي به، وينفذه الأطراف حال صدوره اختياريا. أمّا إذا رفض المحكوم ضدّه التنفيذ فيشترط تدخل القضاء لذلك[1].

وممّا سبق يتعيّن علينا تناول هذا المبحث من خلال مطلبين هما:

يجب أن يصدر حكم التّحكيم في منازعات العقود الإدارية خاليا من العيوب، وأن يراعي المحكّم عند إصداره الشروط التي يتطلبها القانون، حتى لا يكون حكمه عرضه للبطلان بالطرق المقررة قانونا من قبل المحكمة المختصّة بذلك، وعلى هذا الأساس تطرقت لحدود رقابة قضاء الدّولة على حكم التّحكيم المطعون به بالبطلان في فرع أوّل ثمّ في فرع ثانٍ طرق الطّعن المقررة لأحكام التّحكيم.

[1] Mostafa Trari Tani, Droit Algérien de l’arbitrage commercial international, 1er Edition , Edition Berti, Alger 2007 , P107.

المطلب الثّاني: الرقابة من خلال تنفيذ حكم التّحكيم.

إنّ الفعالية المرجوة من إدراج نظام التّحكيم في الصفقات العموميّة تتّحد بإمكانية تنفيذ الحكم التّحكيمي الصادر عن محكمة التّحكيم، هذه الفعالية وإن تكن قد تحقّقت أثناء الخصومة التّحكيمية، وتوّجت بصدور حكم، إلا أنّها قد تصطدم بصعوبات في تنفيذه وإدخاله أرض الواقع خاصّة في الصفقات العموميّة التي غالبا ما يكون أحد أطرافها الدّولة بصفة عامّة، إضافة إلى الإشكالات التي قد تطرح عند المطالبة بتنفيذ حكم التّحكيم الدّولي، وعليه ففعالية التّحكيم كطريق بديل واستثنائي لحلّ نزاعات الصفقات العموميّة تتّحد بمسألة تنفيذه[1].

ومسألة تنفيذ الأحكام هي حق كرّسه الدستور الجزائري الذي ألزم كل أجهزة الدّولة بوجوب تنفيذ أحكام القضاء في كلّ وقت و في كلّ مكان وفي جميع الظروف[2] وبما أنّ محاكم التّحكيم ليست لها سلطات قضائية، فلا يمكنها الأمر بتنفيذ أحكامها طالما أنّ الأمر بتنفيذ الأحكام والقرارات هو مهمّة منوطة حصريا للسُّلطة القضائية دون سواها كما أنّ محاكم التّحكيم لا تملك سلطة الإجبار والإلزام، فهي بحاجة دائما إلى تدخل القضاء لأجل الأمر بتنفيذ أحكامها وإعطائها الصيغة التنفيذية حتى تصبح نافذة فعلا إذ أنّه لا ينفع التكلّم بحقٍ لا نفاذ له[3].

وإعطاء الصيغة التنفيذية لأحكام التّحكيم من القضاء المختصّ لا يكون بموجب حكم قضائي، وإنّما يكون بأمر ولائي وهو مظهر من مظاهر السلطة الولائية للقاضي هذه السُّلطة هي مظهر من مظاهر الرقابة القضائيّة على العمل التّحكيمي، وهي رقابة

[1] محمد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص10.

[2] نصّت المادة 163 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: "يجب على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء ،يعاقب القانون كل من يعرقل تنفيذ حكم قضائي".

[3] من رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبو موسى الأشعري حينما ولاه منصب قاضي على الكوفة بالعراق ،هذه الوصية أصبحت تشكل مرجعا للقضاء وهي الأن معلقة في بهو وأغلب المحاكم.

لاحقة تأخذ الطابع الشّكلي الخارجي وتختلف عن الرقابة التي يمارسها القضاء بمناسبة طرق الطّعن العادية وغير العادية.

إنّ حكم التّحكيم وحده ليس سنداً تنفيذياً، وإنّما يحتاج إلى أمر قضائي للحصول على هذه الحجيّة، فقبل ذلك يكون مجرّد ورقة رسمية لا غير، ورقابة القاضي عليه تكون رقابة شكليّة أكثر منها موضوعية، فهو يراقب العيوب الشّكلية والمسائل المتعلّقة بالنظام العام فقط، وبالتّالي فسلطته مقيّدة، وهذا راجع إلى انعدام الخصومة في طلب الأمر بالتنفيذ وهذا ما يفسّر ندرة الأوامر القاضية برفض طلب التنفيذ، وهو ما دفع أيضا ببعض الأنظمة إلى الأمر بالرقابة الموضوعية واشتراط الوجاهية في طلب الأمر بالتنفيذ وسماع الأطراف وتفحّص مستنداتهم من جديد.

وبما أنّ أنظمة التنفيذ تختلف من تشريع لآخر لارتباطه بمبدأ سيادة الدول، فهناك مِن الأنظمة مَن أوجبت ضرورة رفع دعوى مستقلة لأجل الحصول على الصيغة التنفيذية لأحكام المحكّمين، ومنها إنجلترا، وهناك من أخذت بأسلوب الأمر الولائي[1].

إنّ إخضاع أحكام التّحكيم للرقابة القضائية في مرحلة التنفيذ يستمدّ مشروعيته من مشروعية التّحكيم الرّامية إلى مضاهاة القضاء، فحكم المحكّمين وإن كان يجوز على حجية قانونيّة إلا أنّها لا ترقى إلى صيغة النّفاذ، فالقوّة التنفيذية لا تلحق حكم التّحكيم إلاَ بصدور أمر قضائي.

ولعلّ هذه المشروعية مستمدة أيضا وبشكل مباشر من اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 التي أعطت للقضاء إمكانية رفض الاعتراف بحكم التّحكيم، أو رفض طلب تنفيذه سواء لأسباب يدفع بها الأطراف أو لأسباب يتمسّك بها القضاء من تلقاء نفسه[2].

فأساس رفض طلب التنفيذ بطلب من الأطراف يكمن في:

---

[1] عمار غالب مصطفي تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك، دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، جامعة بيرزيت ، فلسطين، 2013 ص56 .

[2] نصّ المادة 5 من اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم المشار إليه أعلاه..

- عدم صحة اتّفاق التّحكيم، أو نقص أهلية أحد أطرافه.
- المساس بحقوق الدفاع.
- تجاوز المحكّم لحدود مهمّته.
- مخالفة القواعد الإجرائيّة، سواء في تشكيل هيئة التّحكيم أو في سير الخصومة التّحكيميّة.

في حين يمكن للقضاء رفض طلب تنفيذ الحكم التّحكيمي من تلقاء نفسه في المسائل الآتية:

- إذا كان موضوع النّزاع غير قابل للتّحكيم أصلا.
- إذا كان حكم التّحكيم مخالفا للنّظام العام.

و لقد نظّم المشرِّع الجزائري مسألة تنفيذ أحكام التّحكيم في المجال الإداري بالمادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] بصفة عامّة، وأفرد المواد من 1035 حتى 1038 من ذات القانون لتنفيذ أحكام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة، وهذه الأحكام تطبّق على كافة أنواع التّحكيم، إلا أنّ ما يخرج عنها بنص صريح أو كانت خارج الجزائر ولم يتّفق الأطراف على إخضاعها للقانون الجزائري، فينفذ وفقاً لاتّفاقية نيويورك لعام 1958 إذ أنّ المادّة الثانية منها جعلتها نافذة في حقّ كلّ الدول المصادقة عليها ومنها الجزائر.

ولأكثر تفصيل ولأجل استنباط مظاهر رقابة القاضي على أحكام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة وجب الفصل بين طرق تنفيذ أحكام التّحكيم الداخلية وتلك الدّولية.

[1] نصّت المادة 977 من ق.إ.ج.م.إ، الجزائري على:" تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

الفرع الأوّل: تنفيذ أحكام التّحكيم الداخلية.

تطبيقا لمبدأ حسن النيّة وتماشيه مع التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة، فإنّ التنفيذ يكون بشكل طوعي من المحكوم عليه أيّ الدولة، أو أحد الأشخاص المعنويّة الأخرى، أمّا إنْ رفض الطرف المحكوم عليه التنفيذ يستوجب جبره باللّجوء إلى القضاء واستصدار الصيغة التنفيذيّة أو الأمر بالتنفيذ[1].

فما هي الأحكام القابلة للتنفيذ؟ وما الجهة المختصّة بإصدار أمر التنفيذ؟ وما هي الإجراءات المتّبعة للوصول إلى ذلك؟.

البند الأوّل: الأحكام التّحكيمية القابلة للتنفيذ والمحكمة المختصّة بنظرها.

لقد تصدّى المشرِّع الجزائري لهذه المسألة وحسم في وصف الأحكام التّحكيمية القابلة للتّنفيذ، فليس كلّ حكم تحكيمي واجب التنفيذ على خلاف المشرِّع المصري مثلا الذي جعل كلّ الأحكام قابلة للتنفيذ بمجرد صدوره[2]، وهو نفس التوجه الذي أخذ به أيضا المشرِّع الفرنسي بموجب المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي.

إنّ الفلسفة التي انتهجها المشرِّع الجزائري في هذا المجال أبعدت كلّ التأويلات المحتملة[3]، إذ نصّت المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "يكون حكم التّحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم...".

---

[1] محمد طه سيد أحمد ، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق،ص28.

[2] نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري على: " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي فيه وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ".

[3] سليم بشير، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية ،المرجع السابق، ص273 .

ولعلّ المقصود بالحكم التّحضيري في هذه المادة هي الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع [1]، وعليه فالحكم التّحكيمي في التشريع الجزائري قابل للتّنفيذ مهما كان وصفه القانوني، وهو ما يعكس حاجة التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة إلى القضاء في مرحلة التنفيذ، وبالتّالي يتأتّى لهذا الأخير فرض رقابته في هذه المرحلة كرقابة لاحقة.

من المادة 1035 أعلاه يتضح بأنّ الجهة المختصّة بنظر طلب الأمر بالتنفيذ هي المحكمة التي صدر عنها حكم التّحكيم، وكما أشرنا سابقا فإنّ المقصود بالمحكمة هو المحكمة الإدارية لاعتبار أنّ منازعة الصفقات العموميّة تخضع للقضاء الإداري ونجد أنّ هذه المادّة حدّدت أيضا الاختصاص الإقليمي إذ ينعقد للمحكمة الإداريّة الصادر في دائرة اختصاصها حكم التّحكيم المراد تنفيذه[2]، ومسألة الاختصاص الإقليمي هنا هي من النظام العام، ولا مجال لمخالفتها.

البند الثاني: إجراءات إمهار حكم التّحكيم الدّاخلي بالأمر التنفيذ.

لقد أعطت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] لحكم التّحكيم الداخلي حجيّة الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، لأجل حماية التّحكيم وتحصين أحكامه والحفاظ على مصالح الأطراف، هذه الحجيّة ليست هي نفسها حجية الأحكام القضائيّة فهي تختلف في التّحكيم عن القضاء،[4] ففي النّظام القضائي حجية الشيء المقضي فيه تجعل الحكم نافذا بقوة القانون بمجرد صدوره، أمّا في التّحكيم فهذه الحجيّة لا تجعله

[1] نصت المادة 298 من،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على : " الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت. لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه. لا يترتب عن هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع ".

[2] نصّت المادة 807 من،ق،إ،ج،م،إ، على أن: "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام. يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي".

[3] نصت المادة 1031 من،ق،إ،ج،م،و،إ، الجزائري على : "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

[4] أحمد محمد حشيش ،القوة التنفيذية لحكم التحكيم ،دار الكتب القانونية ،القاهرة، مصر، 2008 ،د،ط،ص35 .

قابلا للتنفيذ إلا بعد تدخل القضاء والأمر بذلك، وبعد سلك إجراءات حدّدها القانون فكيف يتمّ ذلك؟

أوّلا: إيداع الحكم التّحكيمي.

لقد عرّفت المادّة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السندات التنفيذية وذكرت منها أحكام التّحكيم، " المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية المودعة بأمانة الضبط ..."[1]

وعليه، توجب على المحتكم الذي يهمّه الأمر، والذي يكون في الغالب الفائز بالخصومة التّحكيمية أن يودع أصل الحكم التّحكيمي بأمانة ضبط المحكمة المختصّة نوعيا وإقليميًّا وهذا ما أشارت إليه المادة 1035 من ذات القانون[2].

ثانيا: طلب الأمر بالتنفيذ.

رغم أنّ المشرِّع الجزائري لم ينصّ على وجوبية الطلب إلا أنّ الإجراءات العمليّة تقتضي ذلك، إذ يقوم الطرف الذي صدر لصالحه الحكم التّحكيمي بتقديم عريضة تشرح الطلب مرفقة بالوثائق، و المستندات الداعمة لصفة الطالب، وتطبّق على طلب الأمر

[1] نصت المادة 600 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي: 1 أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، 2 الأوامر الاستعجالية،3 أوامر الأداء،4 الأوامر على العرائض،5 أوامر تحديد المصاريف القضائية،6 قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ،7 أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة،8 محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط،9 الشيكات والسفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين طبقا لأحكام القانون التجاري،11 العقود التوثيقية، لا سيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعرية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة،12 محاضر البيع بالمزاد العلني بعد إيداعها أمانة الضبط،13 أحكام رسو المزاد على العقار. وتعتبر أيضا سندات تنفيذية، كل العود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي".

[2] نصت المادة 1035 من، ق، إ،ج،م، و، إ، الجزائري على : "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهمه التعجيل. يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل التحكيم. يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي".

بالتنفيذ القواعد المطبقة على الأوامر على العرائض المشار إليها في المادة 311 من قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة[1]، وكذلك المادة 08 منه الملزمة للترجمة الرّسمية لحكم التّحكيم إلى اللّغة العربيّة إذا كان محرّرا بلغة غيرها، والترجمة الرّسمية هي تلك المحرّرة بمعرفة وشهادة مترجم محلّف ورسمي، أو أحد رجال السّلك الدبلوماسي أو القنصلي[2] ويفصل القاضي في الطلب بناءً على اختصاصه الولائي، إذ ينحصر دوره في إزالة العقبة القانونية المقيّدة للتنفيذ، كما أنّ دوره لا يتجسّد في حلّ النّزاع، وإنّما ينظر في إمكانية منحه تأشيرة التنفيذ أو رفضها فقط، فطلب التنفيذ ينتهي غالبا بمنح الحكم التّحكيمي تأشيرة تنفيذه وبالتالي يدخله إلى فئة الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ.

وبذلك يمارس رقابته فإنْ وجد الحكم التّحكيمي مطابقا للقانون منحه التأشيرة أمّا إنْ وجده غير مطابق للقانون امتنع عن منحه تأشيرة التنفيذ، وعدم المطابقة للقانون تستشف من مجموعة من المظاهر وهي:

- اتّفاق التّحكيم أوحكم التّحكيم مخالفا للنّظام العام أو لقانون الداخلي للدّولة.
- أنْ يكون اتّفاق التّحكم أو حكم التّحكيم ظاهر البطلان أو منعدما.
- على القاضي تفسير حكم التّحكيم تفسيرا ضيّقا، إمّا بمنح أمر التنفيذ كليًّا أو رفضه برمّته، لأنّ الأمر بالتنفيذ الجزئي يستدعي من القاضي فحص حكم التّحكيم فحصاً معمّقا، وبالتالي سيخرج عن مهمّته.

[1] نصت المادة 311 من ،ق،إ،ج،م،و،إ، الجزائري على : "تقدم العريضة من نسختين. ويجب أن تكون معلّلة، وتتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة".

[2]نصّت المادة 08 من، ق،إ،ج،م،إ، على: " يجب أن تتم الاجراءات والعقود القضائية لمن عرائض و مذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول. يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول. تتم المناقشات والمرافعات بالعربية. تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي. يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

فإذا انعدمت مظاهر عدم المطابقة أصدر القاضي أمرا بالتنفيذ طبقا للمادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة[1]، ويصبح حكم التّحكيم سندا تنفيذيا ينفذ في كامل التراب الوطني ولو جبرا، عندها تنتهي غاية وفعالية التّحكيم كآلية لفضّ منازعات الصفقات العموميّة.

الفرع الثّاني: تنفيذ أحكام التّحكيم الدوليّة.

لقد أظهرت الإحصائيات المعدّة في شأن تنفيذ أحكام التّحكيم الدّولية أنّ حوالي 90% من أحكام التّحكيم تنفذ بطريقة طواعية من طرفي التّحكيم[2]، دون الحاجة إلى أيّ إجراء من قضاء الدّولة التي يقع في إقليمها التنفيذ، ولعلّ قيمة وفعالية التّحكيم الدّولي تكمن في وجوب تنفيذ أحكامه بطريقة سلسلة ورضائية وإلا فقد يعزف الأطراف عن اللّجوء إلى التّحكيم كوسيلة لفضّ منازعات الصفقات العموميّة [3].

حكم التّحكيم الدّولي لا يكون قابلا للتنفيذ الجبري إلا بعد استحالة التنفيذ الطوعي و ليس بمجرد صدوره، وإنّما يستلزم ذلك امهاره بالصيغة التنفيذية لقانون البلد الذي ينفذ فيه حتى تصبح سندا تنفيذيا، رغم أنّ بعض أحكام التّحكيم الدّولي تتمتع بصيغة النفاذ بقوة القانون، وكأنّها أحكام قضائية نهائية صادرة عن قضاء الدّولة المطلوب التنفيذ فيها ومنها الأحكام المشار إليها في اتفاقيّة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، إذ نصّت المادة 45 منها على أنّه:" تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناءً على أحكام

[1] نصت المادة 1036 من ،ق،إ،ج،م،و،إ، الجزائري على : "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

[2] إبراهيم إسماعيل الربيع ،علي صباح خدير الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري ذات الطابع الدولي ،مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة نابل ،ع2،2015 ص160 .

[3] قطاف حفيظة،مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء ق،إ،ج،م،و،إ، الجزائري الجديد 08-09 ،رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين ، سطيف ، الجزائر 2014-2015 ، ص 97.

هذه الاتفاقية، وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن محكمة محلية ..."[1].

ويمكن تفسير ارتفاع إحصائيات التنفيذ الطوعي بحرص الشركات العالمية الكبرى على استمرار عقودها وعلى سمعتها في سوق الاستثمارات العالمية، إضافة إلى الجزاءات المادية والمعنوية الممكن فرضها على الطرف الذي يرفض تنفيذ حكم التّحكيم الدولي المتمثلة في حرمانه من الحصول على القروض من البنوك الدولية، أو حرمانه من دخول خدمات المؤسسات التّحكيمية لمدّة معينة أو للأبد، إضافة إلى إمكانية نشر امتناعه في مقرات المؤسسات التّحكيمية ووضع اسمه في القائمة السوداء بغية المساس بسمعته[2].

رغم هذه الإجراءات الصارمة ورغم علو إحصائيات التنفيذ الاختياري إلا أنّ ظاهرة الامتناع عن التنفيذ الطوعي هي في تنامٍ وتزايد، وهو ما يتيح للقضاء التدخل وبالتالي يمارس رقابته على هذه الأحكام الدّولية وذلك من خلال إصداره الأمر بالاعتراف والتنفيذ[3] وعليه بات ضروريا علينا تبيان الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ أحكام التّحكيم الدّولية في النظام القضائي الجزائري، ومنها يمكننا استخلاص مظاهر رقابة القاضي على أحكام التّحكيم الدولية:

البند الأوّل: إجراءات الحصول على أمر بتنفيذ حكم التّحكيم الدّولي.

إنّ أحكام التّحكيم الدولية لا تكون قابلة للتنفيذ الجبري تلقائيا ويستلزم امهارها بالصيغة التنفيذية لترقي إلى سندات تنفيذية، ولأجل الوصول إلى ذلك حدّدت المادة

[1] اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 المشار إليها أعلاه.

[2] براهيم إسماعيل الربيع ،علي صباح خدير الجنابي ،النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري ذات الطابع الدولي المرجع السابق، ص 161.

[3] صديق بغداد ، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم الدولي في القانون الجزائري والقانون الدولي ،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر 2013-2014 ص 475 .

1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] الخطوات الواجب إتباعها للوصول إلى التنفيذ الفعلي.

قبل ذلك يجب التفريق بين الاعتراف بأحكام التّحكيم الدولية وبين الأمر بتنفيذ فالأوّل هو نتيجة فورية للتحكيم الدولي إذ يجب الاعتراف به لأجل عرضه للتنفيذ أي له دور كاشف يهدف إلى كشف تصرّف قانوني معيّن، فهو يعدّ لوجود الحكم التحكيمي في حين أنّ الثّاني هو الإجراء القانوني الولائي الذي يصدر عن السُّلطة القضائيّة لأجل التنفيذ الجبري للحكم التّحكيمي، أي له دور منشئ تنجرّ عنه حقوق والتزامات.

رغم هذا الفرق بين الاعتراف والأمر بالتنفيذ إلا أنّ المشرِّع الجزائري ضمنيا دمجهما ووحّدهما من حيث الإجراءات وحتى من حيث الشروط اللازمة فيهما، وهذا ما سنوضّحه فيما يلي:

إثبات حكم التّحكيم الدّولي وشروط الاعتراف به:

يتم الاعتراف بأحكام التّحكيم الدّولي عندما يعلن عن وجودها أحد الأطراف ويكون ذلك بتقديم أصل الحكم التّحكيمي مرفقا باتّفاقية التّحكيم أو بنسخ رسمية عنها[2]، إضافة إلى ترجمة رسمية لهما إنْ كانوا محرّرين بلغة غير العربية، وشرط التّرجمة مستوحى من المادة 4 فقرة 02 من اتفاقية نيويورك ومن القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الناصّ في مادته 08 على وجوب ترجمة الوثائق المنتجة في أيّ نزاع إلى اللّغة العربية، وقد وضع المشرِّع الجزائري مجموعة من الشروط للاعتراف بحكم التّحكيم

[1] نصت المادة 1053 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل".

[2] نصت المادة 1051، من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على : "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر ابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط ، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

إذ يجب أنْ يكون مطابقا من الناحية الشّكلية وذلك بتوافره على مجموعة من البيانات الجوهرية على غرار الأحكام القضائية وهي:

- ذكر أسماء المحكّمين أو المحكّم كاملة.
- الإشارة إلى تاريخ ومكان صدوره .
- ذكر أسماء الأطراف الكاملة ومواطنهم، وإذا تعلق التّحكيم بأشخاص معنوية يجب ذكر تسميتهم وطبيعتهم القانونية ومقرهم الاجتماعي.
- ذكر أسماء المحامين كاملة وهذا على غرار الأحكام الجنائية[1].
- عرض موجز للوقائع وأوجه الدّفاع[2].
- توقيع الحكم من كلّ المحكّمين، أو الإشارة إلى ذلك في حالة التعذر.

أمّا من ناحية الموضوع فيجب أن يكون الحكم التّحكيمي مسببا ومعلّلا حتى يتمكن القاضي من بسط رقابته عليه، وألّا يكون مخالفا للنظام العام الدولي المتمثّل في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، مع مراعاة المبادئ العامّة التي تحكم إبرام الصفقات العمومية، وما لها من علاقة وطيدة بقانون الفساد[3].

أمّا عن الإجراءات الواجب إتّباعها لاستصدار الأمر بالتنفيذ لأحكام التّحكيم الدوليّة نجد أنّ المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحالتنا إلى تطبيق نفس الأحكام و الإجراءات المتّبعة للوصول إلى تنفيذ أحكام التّحكيم الداخلي .

---

[1] نصت المادة 314 من، ق، إ، ج،م،إ، الجزائري على أنه:"...يجب أن يشتمل حكم محكمة الجنايات على عدة بيانات وذكرت الفقرة 5 منها وجوب ذكر اسم المدافع عن المتهم ..."،كما أوجبت كذلك المادة 276 فقرة 7 من،ق،إ،ج،م،إ وجوب ذكر أسماء المحامين وألقابهم في الأحكام المدنية.

[2] هو نفس المبدأ الوارد في المادة 540 فقرة 4 والمادة 565 فقر4 من ،ق،إ،ج،م،إ.التي أوجبت ذكر عرض موجز للوقائع والطلبات سواء في عريضة الاستئناف أو في عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم القبول.

[3] القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،ج،ر،عدد14 الصادرة بتاريخ 08-03-2006 ،المعدل والمتمم بالأمر 10-05 المؤرخ في 26-08-2010 ،ج،ر،ج،ج،عدد50 الصادر بتاريخ 01-09-2010.

وقد سبقت الإشارة إليها بالتفصيل في الفرع الأوّل من هذا المبحث، وهي إيداع الحكم وتقديم طلب الأمر بالتنفيذ، على أنْ تودع هذه الإجراءات أمام المحكمة المختصة.

البند الثاني: تنفيذ أحكام التّحكيم الدولية وفق اتفاقية نيويورك .

لقد أحال المشرِّع الجزائري بموجب نص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنفيذ أحكام التّحكيم الدوليّة إلى القواعد المطبقة على تحكيم أحكام التّحكيم الداخلية إضافة إلى الأحكام المشار إليه في اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر سنة 1988، هذه الاتفاقية أصبحت ملزمة وسامية على القانون الداخلي بمجرد مصادقة الجزائر عليها، وهذا طبقا للمادة 150 من الدستور الجزائري.

هذه الاتفاقية عالجت مسألة الاعتراف بأحكام التّحكيم الدولية وكيفية تنفيذها وحدّدت طرق رفع العقبات التي قد تواجه عملية التنفيذ، وهذا حماية لنظام التّحكيم من الفشل إذ عمدت إلى توحيد قواعد التنفيذ بين الأنظمة القانونية الداخلية، وألزمت الدول المتعاقدة بمجموعة من الالتزامات أشارت إليها المادة الثالثة من ذات الاتفاقية[1].

ذات المادة حدّدت أيضا الإجراءات المتّبعة لتنفيذ هذه الأحكام والإحالة إلى القانون الداخلي المطبّق في الدولة المراد التنفيذ فيها.

أمّا فيما يخصّ طلب الاعتراف والتنفيذ، فيجب أنْ يرفق بالوثائق الوجوبية المشار إليها في المادة الرابعة منها، والمتمثلة في طلب الاعتراف والتنفيذ مجتمعين مرفوقا بأصل حكم التّحكيم، وكذا أصل اتّفاق التّحكيم المكتوب، كلّ هذه الوثائق يجب أن تكون مترجمة ترجمة رسمية لقانون البلد المراد التنفيذ فيه.

[1]نصت المادة 3 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958على:" تعترف كل من الدول المتعاقدة بحكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التى تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرضها للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية ".

وقد أجازت الاتّفاقية إمكانية طلب وقف تنفيذ حكم التّحكيم إنْ كان هناك مبرر إلا أنّ هذا الطلب موقوف على وجود دعوى إلغاء الحكم التّحكيمي أو بطلانه، إذ يجب أنْ تكون رائجة أمام قضاء الدولة التي صدر فيها حكم التّحكيم[1].

رغم كلّ الحلول التي أعطتها اتفاقية نيويورك في مجال تنفيذ أحكام التّحكيم الدّولية ورغم صمود أحكامها منذ سنة 1958 لحدّ الآن إلّا أنّه يمكننا القول أنه آن الأوان لتحيين أحكام هذه الاتفاقية، أو إبرام اتفاقيات دوليّة جديدة تواكب التطور الاقتصادي وحجم الاستثمارات الدّولية الهائلة.[2]

بعدما استعرضنا كيفية تنفيذ أحكام التّحكيم الدولية والداخليّة وأسقطناها على الصفقات العموميّة في التنظيم القضائي الجزائري، وهي آخر مرحلة في قضاء التّحكيم وجب البحث عن العقبات التي قد تواجه تنفيذ هذه الأحكام خاصة إذا كان التنفيذ في مواجهة الدولة بمفهومها العام، التي تكون أحد أطراف الصفقة العموميّة في غالب الأحيان إن لم نقل دائما.

فإذا تعثّرت عملية التنفيذ فغاية التّحكيم لا تتحقق، فبماذا عالج المشرِّع الجزائري إشكاليات تنفيذ أحكام التّحكيم بنوعيه؟.

البند الثالث: إشكاليات تنفيذ أحكام التّحكيم الدوليّة.

لقد أثبت الواقع أنّ إدارة المحكوم عليه سواء عن طريق القضاء أو عن طريق التّحكيم غالبا ما تلجأ إلى تصرفات معينة لإعاقة تنفيذ هذه الأحكام، وتفتعل الإشكالات وهو ما يعيق التنفيذ خاصة إذا تعلق الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي، فقد تتمسك بعض الدول بحصانتها[3].

---

[1] المادة 6 من اتّفاقية نيويورك لسنة 1958 المشار إليها أعلاه.

[2] عيساوي محمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الباطلة في ضوء، ق،إ،ج،م،إ، الجزائري ،مداخلة في الملتقي الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزعات ،الحقائق والتحديات ،26 –27 أفريل 2016 جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، الجزائر.

[3] نساخ سفيان ، التحكيم في نزاعات عقود استغلال النفط في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ،جامعة عبد الرحمان بيرة ،بجاية ، الجزائر 2013–2014 ص 97.

إنّ التنفيذ على الشّخص المعنوي العام كالدّولة له خصوصيات تجعله يتميز بالصعوبة، طالما أنّ الإدارة بصفة عامّة غير خاضعة لطرق التنفيذ العادية، إذ أنّ أموالها غير خاضعة للحجز كما لا يمكن تسخير القوة العموميّة ضدها، وهذا ما أكّدته المادة 636 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي اعتبرت أنّه: "لا يجوز الحجز عن مجموعة من الأموال وذكرت منها الأموال العامة المملوكة للدّولة أو الجماعات الإقليمية أو للمؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ...".

ولأجل مجابهة هذه الصعاب اجتهدت التشريعات وبحثت عن ميكانيزمات لإجبار الإدارة على تنفيذ السندات التنفيذية الصادرة ضدّها، ومنها التشريع الجزائري الذي أورد حلولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحلولا أخرى في نصوص قانونية خاصة بغية تجاوز هذه الصعاب، وتتمثل هذه الميكانزمات فيما يلي:

أوّلا: الحلول المذكورة في النصوص الخاصّة.

إنّ امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام التّحكيم الممهور بالصيغة التنفيذية الجزائريّة فعلٌ ماديّ فيه ضرر لطالب التنفيذ، وعليه فقد يرتب الامتناع جرما يعاقب عليه قانون العقوبات، كما أنّ هناك نصوصا خاصة رسمت الخطوط العريضة للتنفيذ ضدّ الإدارة هذا إضافة إلا أنّ امتناع الإدارة عن التنفيذ هو عمل غير دستوري، وهذا ما سنفصّله كما يلي:

1- المرسوم 91-02 المتعلّق بتنفيذ بعض أحكام القضاء:

إنّ منازعات الصفقات العمومية في أغلبها منازعات ذات طابع مالي، ففي حالة امتناع الإدارة عن التنفيذ الاختياري يلجأ طالب التنفيذ إلى التنفيذ المباشر، إذ نصّت المادّة الخامسة من المرسوم 91-02[1] على أنّه:" يمكن أن يحصل على مبلغ الديون

[1] القانون رقم 91 _02 المحدد للقواعد المطبقة على بعض أحكام القضاء المؤرخ في 08-01-1991 ،ج،ر،ج،ج عدد02 الصادر بتاريخ 09-01-1991.

لدى الخزينة العموميّة وبالشروط المحددة في المواد 6 وما يتبعها، المتقاضون المستفيدون من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ".

إنّ اللّجوء إلى هذا النص الخاص مؤسس على نص المادة 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت على: " عندما يقضي الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه بإلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة بدفع مبلغ مالي محدّد القيمة ينفذ طبقا للأحكام الشريعة السارية المفعول..."، والمقصود بأحكام الشريعة السارية المفعول هو المرسوم 91-02 الذي وجد لمثل هكذا حالات.

إذ نجد المادة 06 من المرسوم 91-02 أوجدت حسابا في الخزينة العمومية مخصّصا لتنفيذ أحكام القضاء المقضي بها لصالح الأفراد ضدّ الدولة، والمتضمّنة لإدانات مالية ضدّ الدولة وهيئاتها.

ويقدّم الطلب إلى أمين الخزينة بعد استفاء إجراءات التنفيذ الاختياري وثبوت الامتناع لمدة تساوي أو تفوق الشهرين، ويرفق الطلب بأصل السّند التنفيذي وباقي إجراءات التنفيذ بعدها يسدّد أمين الخزينة المبلغ في أجل 3 أشهر من يوم إيداع الطلب.

2-الدستور الجزائري:

لقد ألزمت المادة 163 من الدستور الجزائري لسنة 1996 الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدّها في كلّ الظروف و بشكل طوعي.

3- قانون العقوبات:

لقد جرّمت المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[1]عمليات عرقلة تنفيذ الأحكام القضائية وتعاقب عليها بالحبس والغرامة ضدّ الموظف الذي يمتنع عن تنفيذ

[1] نصّت المادة 138 مكرر، من، ق، ع، الجزائري الصادر بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المعدل والمتمم على: "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أوعرقل عمدا تنفيذ ه ، يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج".

الأحكام القضائية، ويطبق على حكم التحكيم ما يطبق على الحكم القضائي طالما تمّ امهاره بصيغة النفاذ عن طريق القضاء الجزائري.

ثانيا: الحلول الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

لأجل التصدي لإشكالية عدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضدّ الإدارة سنّ المشرِّع الجزائري حلولا ردعية أوردها قانون الإجراءات المدنية والإدارية منها، الغرامة التهديدية وسلطة توجيه الأوامر المباشرة.

1. **سلطة توجيه الأوامر المباشرة:**

بصدور قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري المتبني لنظام ازدواجية القضاء أصبح بإمكان القاضي الإداري أنْ يأمر الإدارة في حدود معينة بتنفيذ الأحكام، وهذا ما أشارت إليه المواد 978-979 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، ويمكن تطبيق نفس الأوامر على أحكام التحكيم الدولية الممهورة بالصيغة التنفيذية الوطنية.

2. **الغرامة التهديدية:**

قبل سنة 2008 كان هناك جدل كبير فيما يتعلق بجواز توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية، إلا أنّه وبصدور القانون 08-09 زال هذا الجدل إذ تبنى المشرِّع سياسة الإكراه المالي لجبر الإدارة على تنفيذ السندات التنفيذية.

والغرامة التهديدية هي إكراه مالي متمثل في مبلغ نقدي يحدّد عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم المنصبّ على عمل مادي، أو حتى عن عدم تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، إذ أتاحت المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحكم

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

بهـا ضـد الإدارة الممتنعـة[1] بعـد ثبـوت الامتنـاع الكلـي أو الجزئـي، وذلـك لا يثبـت إلا بمحضر رسمي يعده القائم بالتنفيذ بعد مرور 03 أشهر من التكليف بالوفاء[2].

إنّ الغرامة التهديدية وسيلة لضمان التنفيذ، وللقاضي فيها سلطة تقديرية واسعة وله أن يقدر عند الحكم بها مبدأ الملاءمة، إذ له أن يلغيها أو يخفضها كلما دعت الضرورة طبقا للمادة 984 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، على أن يراعي في تحديدها قيمة الضرر.

ولعلّ الغرامة التهديدية فلسفة عمدت إليها أغلب التشريعات ، إذ أخذ بها المشرِّع الفرنسي كإكراه مالي ضدّ الإدارة ، ولم يعتبرها تدخلا في عمل الإدارة بل اعتبرها محلّ تذكير للإدارة بالتزامها على شكل تحذير، في حين أعرضت عن الأخذ بها تشريعات أخري منها المشرِّع المصري.

[1] نصت المادة 980 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على:" يجوز للجهة القضائية الإدارية، المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 879 و 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

[2] ميمونة سعاد، الغرامة التهديدية في المنازعات الإدارية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ،جامعة المسيلة، الجزائرع،02،2016 ،ص217 .

[3] نصت المادة984 من،ق،إ،ج،م،إ، على:" يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها، عند الضرورة.

المبحث الثاني: الرقابة المباشرة.

التّحكيم طريق استثنائي لفضّ منازعات الصفقات العموميّة قوامه إرادة الأطراف وأحكامه شأنها شأن الأحكام القضائيّة تحوز على حجيّة الشيء المقضي فيه، ولأجل هذا عملت أغلب الأنظمة القانونيّة على إخضاع أحكام التّحكيم في هذا المجال إلى رقابة القضاء، سواء كانت رقابة سابقة كما أشرنا إليه سابقا، أو رابة لاحقة على صدور حكم التّحكيم.

إذ سبق وأن أشرنا أعلاه إلى أنّ هذه الرّقابة قد تكون غير مباشرة وذلك بممارسة طرق الطّعن ضدّ أحكام التّحكيم أو أوامر الاعتراف بالتّنفيذ، وفي المقابل قد تكون رقابة مباشرة باللّجوء إلى دعوى بطلان حكم التّحكيم.

إن كانت الغاية من عقد اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة وتعيين هيئة تحكيميّة هي حلّ النزاع دون اللّجوء للقضاء، وتنتهي هذه الغاية بصدور حكم التّحكيم إذ هو الحدّ الأخير الذي يجمع بين المحتكمين، وهو الذي ينهي الخصومة التّحكيميّة[1].

ولكن هذا الحكم قد يكون مشوبا بسبب من أسباب البطلان كأن يكون مخالفا للنظام العام أو يصدر مثقلا بأسباب أخرى كعدم صحّة اتّفاق التحكيم، أو خطأ في الإجراءات التّحكيميّة المتّبعة، أو كان يتضمّن الحكم التّحكيمي خطأ في تطبيق القانون الواجب التّطبيق.

فلأجل معالجة كلّ هذه الاعتبارات سنّ المشرّع طريق طعن مباشر ضدّ أحكام التّحكيم، وهو دعوى البطلان، كونها دعوى تقريريّة يرفعها المتضرّر من الحكم التّحكيمي مباشرة دون اللّجوء إلى طرق الطّعن غير المباشرة بهدف إعدام الحكم وجعله كأن لم يكن.

[1] محمّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخّلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص145.

وحتى نتمكّن من الإحاطة بجوانب هذا الطّعن المباشر، سنستعرض النّظام القانوني لدعوى البطلان في المطلب الأوّل، ونعرّج على شروطها وإجراءاتها وآثارها في المطلب الثّاني. كلّ ذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأوّل: الأسس القانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

يكتسي الحكم القضائي بمجرّد صدوره حجية قانونيّة ويرتب آثار قانونية ما لم يتمّ إلغاؤه بمناسبة الطّعن فيه إمّا بالمعارضة أو الاستئناف، أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. طالما أنّ طرق الطّعن هذه تكون أمام قاضي الموضوع وتؤدّي إلى امكانيّة الإلغاء، أمّا البطلان فهو إمكانية مقرّرة لمحكمة القانون أي المحكمة العليا، فهي وحدها التي تقرّر بطلان الأحكام والقرارات. أمّا في قضاء التّحكيم، وبما أنّه قضاء استثنائي، فيمكن رفع دعوى البطلان مباشرة أمام محاكم الموضوع لأجل المطالبة بإبطال حكم التّحكيم فإذا تقرّر بطلانه زال من الوجود وزالت كلّ آثاره، وأصبح كأن لم يكن[1].

رغم الاختلاف الفقهي الذي عرفته دعوى البطلان في مجال التّحكيم في الصفقات العموميّة، إلّا أنّ المشرّع الجزائري ساير باقي التشريعات المقارنة وفتح الباب للمحتكمين للطّعن في أحكام التّحكيم مباشرة لدعوى البطلان، وحدّد أحوال رفعها وبيّن طبيعتها القانونيّة، وما يترتّب عليها. فما المقصود بدعوى البطلان، وما طبيعتها القانونيّة؟

[1] نبيل إسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم المحكّم، دار الجامعة الجديدة الإسكندريّة، مصر،2011،ص53.

الفرع الأوّل: تعريف دعوى بطلان حكم التّحكيم.

بوجه عام البطلان هو وصف يلحق التّصرّف القانونيّ المعيب، المنعقد مخالفا لقواعد قانونيّة أو اتّفاقيّة جعلت لحماية المصالح العامّة، أو مسائل جوهريّة من المصالح الخاصّة. هو جزاء يؤدّي إلى شلّ فعاليّة هذا التّصرّف ويفقده كلّ آثاره القانونيّ والماديّة[1] وتعتبر نظريّة البطلان أهمّ النظريّات القانونيّة بوجه عام، وحكم التّحكيم واحد منها لأنّه جوهر كلّ النزاعات، وقد تعدّدت تعاريف البطلان إلّا أنّها اشتركت جميعا في كونه نظام قانوني مؤدّاه اعتبار العقد أو التصرّف القانونيّ كأن لم يكن، وذلك سبب اختلال تكوينه أو عدم توافر أركانه، فهو ما يؤدّي إلى انهيار التصرّف وإعدامه بأثر رجعي.

والبطلان قد يكون مطلقا إذ أنّه يلحق العقد منذ نشأته وهو ما يجعله يولد ميّتا، وقد يكون نسبيّا فيلحق بالعقد بعد فترة من الزمن مهما كانت في هذه الحالة يمكن لأحد المتعاقدين وفقا لإرادته تفعيل البطلان أو السكوت عنه، وهذا النوع الثّاني من البطلان يطلق عليه أيضا تسمية القابليّة للإبطال[2].

أمّا دعوى بطلان العقود الإداريّة، فهي دعوى يقيمها أحد أطراف العقد بغية المطالبة بإبطاله حينما يشوبه عيب يتعلّق بتكوينه أو عيب في صحّته، أو مخالفته لشكل أوجب القانون استيفاءه، وتخضع دعوى بطلان العقد الإداري لولاية القضاء الكامل.[3]

---

[1] عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، دار المطبوعات الجامعيّة، القاهرة مصر، 1994 ط02،ص244.

[2] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التحكيم الدّولي، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها. المكتبة العصريّة للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1،2011،ص07.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإداريّة، في ضوء قانون المناقضات والمزايدات و لائحته التنفيذيّة، المرجع السابق ، ص235.

كما أنّها وسيلة إخوانية مخوّلة لصاحب الحقّ المعتدى عليه، لحماية حقّه والدّفاع عنه، فتحريكه لهذه الدّعوى يعطي اليد للقضاء لفحص مشروعيّة التّصرّف محلّ الطّعن والفصل فيه بحكم قضائيّ فاصل في النّزاع.[1]

وبما أنّ التّحكيم هو وسيلة لحلّ النزاعات دون اللّجوء إلى القضاء، فهو وسيلة للوصول إلى غاية حسم النّزاع مرورا بإجراءات متعدّدة، فأيّ مخالفة لهذه الإجراءات ينجرّ عنه البطلان.

ونجد أنّ بعض الأنظمة فرّقت بين بطلان حكم التّحكيم، وبطلان إجراء من إجراءات التّحكيم، فبطلان الحكم التّحكيمي حسبهم يكون عند مخالفته للشّكليات الواجبة كأن يصدر خاليا من توقيع المحكّمين، أو من أحد البيانات الجوهريّة؛ أمّا بطلان إجراء معيّن فيكون عند مخالفة الهيئة التّحكيميّة لأيّ إجراء شكليّ كحرمان الخصم من الاطّلاع على مستندات خصمه مثلا، فهنا ينجرّ عنه بطلان الإجراء دون الحكم.

عموماً فإنّ بطلان حكم التّحكيم هو اعتبار كلّ الإجراءات المؤدية إلى صدور حكم التّحكيم كأن لم يكن، ابتداء من الاتّفاق على التّحكيم وانتهاء بصدور الحكم النّهائي. فالطّعن بالبطلان في أحكام التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة هو ضمانة من ضمانات الرقابة اللّاحقة وهو طريق خاص ومباشر لرقابة حكم التّحكيم، يتماشى مع النشأة الاتّفاقيّة لنظام التّحكيم بهدف معالجة ما قد يشوب الحكم من عيوب تتنافى مع وصفه عملا قانونيّا.[2]

ودعوى بطلان حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة هي دعوى موضوعيّة تقريريّة، يرفعها الطّرف المتضرّر من الحكم التّحكيمي، فهي نظام خاص بمراجعة الحكم

[1] أشرف محمّد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإداريّة وآثاره القانونيّة، المرجع السابق ، ص229.

[2] حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائيّة على التحكيم في المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية، المرجع السابق ص174.

التّحكيمي، وهي طريق استثنائي غير مألوف كطرق الطّعن التّقليديّة[1] تمثّل إحدى صور الرقابة القضائيّة المباشرة على أحكام التّحكيم غايتها التأكّد من مدى مطابقة عمل المحكّم للمهام الموكلة إليه ومدى احترامه للإجراءات واجبة الاتّباع، ولها أسباب حدّدها القانون حصرا.[2]

لقد جعلت بعض الأنظمة القانونيّ دعوى البطلان طريق طعن وحيد ضدّ الحكم التّحكيمي حماية منها لطبيعة التّحكيم على غرار المشرّع المصري، وهو الواضح من نصّ المادة 52 من قانون التحكيم المصري، إذ حضر فيها كلّ طرق الطّعن التّقليديّة، وأجاز فقط دعوى البطلان.[3]

أمّا المشرّع الجزائري فقد أجاز الطّعن بالبطلان في أحكام التّحكيم الدوليّة متى كان الحكم صادرا في الجزائر فقط، وحضر إمكانية الطّعن بالبطلان في أحكام التّحكيم الداخلية، وأحكام التّحكيم الدولية الصّادرة خارج إقليم الجزائر، وهذا ما عبّرت عنه صراحة المادّة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونجد أنّ هذا الاتّجاه استمدّه المشرّع الجزائري من نظيره الفرنسي الذي اعتمد هو الآخر على فلسفة فقهائه الذين دعوا إلى وجوب توزيع الاختصاص بين الدول، وبذلك تصبح دعوى البطلان من اختصاص الدّولة مقر التّحكيم وليس الدّولة المطلوب تنفيذ الحكم التّحكيمي فيها. هذه الأخيرة تختصّ بنظر مسألة التنفيذ فقط بالقبول أو الرّفض.[4]

---

[1] أحمد السيّد الصاوي، بطلان حكم التّحكيم، مداخلة في المؤتمر السّنوي 16 للتحكيم التجاري الدّولي، كليّة الحقوق جامعة الإمارات العربية المتّحدة. أفريل 2008، ص767.

[2] سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدّراسات العربية، القاهرة مصر، ط1،2016،ص204.

[3] نصّت المادة 52 من قانون التّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطّعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبيّنة في المادتين أعلاه".

[4] حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص328.

وهو نفس الاتّجاه الذي عمدت إليه اتّفاقيّة نيويورك في مادتها الخامسة[1]

إنّ البحث في مفهوم دعوى البطلان يجعلنا نتساءل عن طبيعتها القانونيّة هل هي وسيلة طعن أم دعوى منفصلة ومستقلّة؟

الفرع الثّاني: الطبيعة القانونيّة لدعوى بطلان حكم التّحكيم.

طالما أنّ حكم التّحكيم هو عمل قضائي، فإنّ ذلك يستدعي عدم جواز المساس به إلا بواسطة طريق من طرق الطّعن التي نصّ عليها القانون بالنسبة له. ولكن الطبيعة التعاقديّة لاتّفاق التحكيم التي هي مصدر سلطة المحكمين أدّت إلى ظهور دعوى البطلان ضدّ حكم التّحكيم، ولهذا الاعتبار أجازت أغلب التشريعات هذه الدّعوى ضدّ أحكام التّحكيم، ويرجع سبب الإجازة إلى محاولة هذه النظم القانونيّة إلى ممارسة قدر معيّن من الرّقابة القضائيّة على الأحكام التّحكيميّة. ونجد أنّ هذه الرّقابة تقلّ شدّتها وتمارس في حدود تدقيق أمور معيّنة ومحدودة بالنسبة للقرارات التحكيميّة الدّوليّة[2]

إنّ موضوع الطبيعة القانونيّة لدعوى بطلان حكم التّحكيم ثار شأنه لجدل حقيقيّ وانقسم إلى فريقين؛ فمنهم من رأى بأنّ هذه الدّعوى هي دعوى جديدة[3] ترفع أمام المحكمة الإدارية المختصّة بموجب عريضة افتتاحيّة، وتفصل فيها المحكمة وفقا لأسباب البطلان المشار إليها في النص على سبيل الحصر، وخلال آجال قانونيّة معيّنة أسوة بباقي القضايا، وعموما فإنّ تنظيم إجراءات دعوى بطلان حكم التّحكيم يكون وفقا للقانون الإجرائي المعمول به وهو قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

---

[1] نصّت المادة 5 من اتّفاقيّة نيويورك لسنة 1958 على:" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلّا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصّة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على أنّ الحكم أصبح ملزما للخصوم، ولم تلغه ولم توفه السّلطة المختصة في البلد التي صدر فيها ".

[2] محمّد علي بني مقداد، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دراسة نظرية تطبيقيّة مقارنة، حمادة للدراسات الجامعيّة والنشر والتوزيع، أريد، الأردن، ط1 لسنة 2014.

[3] حسن محمّد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص154.

فالمحكمة الإدارية لا تنظر في هذه الدّعوى كدرجة ثانية من درجات التّقاضي، وإنّما تنظر فيها كدعوى جديدة إمّا برفضها- وبالتالي ضمنيّا تؤيّد التّحكيم- وإمّا بقبولها وإبطال حكم التّحكيم كليّا دون تجزئته، فدعوى الإبطال المقبولة هي تلك الرّامية إلى الإبطال الكلّي للحكم التحكيمي وليس إلى تعديله، ولو في جزئية صغيرة[1]، ودور المحكمة في هذه الحالة الثابتة يقتصر على الإبطال دون البحث في موضوع النزاع التحكيمي لأنّها ليست محكمة استئنافية، كما أنّ دعوى بطلان حكم التّحكيم هي وسيلة رقابة وصائية على احترام الهيئة التّحكيميّة لمقومات التحكيم الإجرائية والشّكلية، أي أنّ دعوى البطلان لها صيغة إجرائية وشكلية، ولا تنفذ إلى أصل النّزاع فيمنع على المحكمة الناظرة في دعوى البطلان البحث في كيفية تأويل وتطبي المحكّمين للقانون، اللّهمّ إذا مسّ هذا التأويل بمسألة من مسائل النظام العام.[2]

في حين يرى جانب آخر من الفقه بأنّ دعوى البطلان هي طريق طعن غير عادي من طرق الطّعن شأنها شأن الطّعن بالنّقض الواردة أيضا أسبابه على سبيل الحصر كما في دعوى البطلان، إضافة إلى أنّ الطّعن بالنقض يرمي إلى إبطال الحكم التّحكيمي أيضا[3]، طالما أنّ المحكمة العليا هي جهة قانون تقضي بالبطلان وليست كجهات الموضوع التي لها الحقّ في الإلغاء على غرار المجالس القضائيّة أو مجلس الدّولة في التنظيم الجزائري.

ممّا سبق يبدو أنّ الرأي الأوّل القائل بأنّ دعوى البطلان هي دعوى مستقلّة وجديدة وليست طريق طعن هو الأقرب للصواب والأرجح .

---

[1] محمّد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أعمال المحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،1993، ط01 ص 338.

[2] بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، المرجع السابق، ص157.

[3] حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة المرجع السّابق، ص178.

هذا فيما يخصّ الطّبيعة القانونيّة لدعوى البطلان، ولكن ثار جدل حول جواز دعوى البطلان من عدمه كأساس لرقابة القضاء على حكم التّحكيم في مجال العقود الإدارية بصفة عامّة، وبالتبعية في مجال التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة بصفة خاصّة فقد أجاز فريق منهم دعوى البطلان على أحكام التّحكيم. فيما عارض فريق آخر رقابة القضاء لحكم التّحكيم عن طريق دعوى البطلان وكان لكلّ فريق أسبابه وهذا ما سنستعرضه فيما يلي:

الفرع الثّالث: نطاق دعوي البطلان

إنّ الطّبيعة الاستثنائية لنظام التّحكيم كوسيلة لحلّ نزاعات العقود الإدارية قائمة على الخروج عن طرق التقاضي العادية وإجراءاتها الطويلة التي قد لا تتحمّلها بعض النزاعات لحساسيتها. كما هو الحال في نزاعات الصفقات العمومية التي يدور موضوعها في غالب الأحيان حول سبل استغلال وتسيير الأموال العامّة، جعلت الفقه والقضاء ينقسمان بين مؤيّد ومعارض حول مدعي جواز دعوى بطلان حكم التّحكيم كأساس للرقابة القضائية عنه، فمنهم من قال بأنّ إجازة دعوى البطلان تفرغ اتّفاق التّحكيم من محتواه وتؤثّر على الغاية المرجوّة من التّحكيم كطريق بديل لحلّ النزاعات، وفيها مخالفة لإرادة الأطراف، في حين هناك من أجاز هذه الدعوى واعتبرها ضرورية وواجبة، وفيها تعزيز للتّحكيم. وعليه وجب معرفة حجج المؤيّدين وأسانيد المعارضين.

البند الأوّل: حجج المؤيِّدين (الرأي المؤيّد)

لقد أيّد بعض فقهاء القانون رقابة القضاء على أحكام التّحكيم بموجب دعوى البطلان التي تعزّز من فعالية التّحكيم وتدعمه، وتضمن التزام محكمة التّحكيم بمبدأ المشروعية أي احترام القوانين سارية المفعول في دولة مقرّ إجراء التّحكيم، فأحكام التّحكيم حسبهم من الممكن أن تصدر من أشخاص عاديين، وليس من الضروري أن يكونوا من

المختصّين أو القانونيين[1]، فالعلاقة بين هيئات التّحكيم والقضاء هي علاقة مشاركة وتكامل وتعاون، ولا تحمل أيّ تنافس حتى لا نجيز رقابة القضاء على أحكام التّحكيم بموجب دعوى البطلان، فحكم التّحكيم قد يصدر أحيانا بصفة فجائية وغير متوقّعة ومنعدم الأساس القانوني، وبالتالي فهو غير محصن عن قواعد الرقابة القضائيّة، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأنّ التّحكيم حتى وإن كان دوليّا لا يمكن أن يؤدّي وظيفته بالفعالية المرجوّة من دون رقابة قضائية عن طريق دعوى البطلان المباشرة.[2]

ونجد أنّ أغلب النظم القانونية والقضائية أجازت أيضا دعوى البطلان، ووسعت من نطاقها على أحكام التّحكيم ومنها القانون الفرنسي الذي أقرّ دعوى البطلان كطريق رقابة على أحكام التحكيم بموجب المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي[3] . هذا وكان المشرِّع المصري أكثر اعتناقا لهذا الرأي وأجاز للقاضي نظر دعوى بطلان حكم التّحكيم بالنسبة للتّحكيم الداخلي، أو التّحكيم الدّولي المطبّق على إجراءاته القانون المصري، وهذا ما نصّت عليه المادة الأولى من قانون التّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، واعتبر الطّعن بالبطلان وسيلة رقابة وحيدة إذ أنّه لم يجز طرق الطّعن غير المباشرة في حكم التّحكيم[4].

[1] محمّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المرجع السابق، ص146.

[2] خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،ط1،2010،ص126.

[3] آمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي وفق القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2010، المرجع السّابق،ص71.

[4] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التحكيم، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المرجع السابق، ص16.

أمّا المشرِّع الجزائري فبموجب المادة 1058 قانون الإجراءات والإدارية[1] استمدّ هذه الإجازة مباشرة من نظيريه الفرنسي والمصري، وأجاز رفع دعوى البطلان ضدّ حكم التّحكيم الدولي الصادر في الجزائر ولكنه قيّده بالحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من ذات القانون.[2]وقد انفرد المشرِّع الجزائري عن غيره من المشرّعين بإخضاعه للقرار الصادر عن المحكمة الفاصلة في دعوى البطلان إلى الطّعن بالنقض حسب ما جاء في نص المادة 1061 من نفس القانون[3].

والطّعن بالنقض هنا جائز في القرار سواء قضى بإبطال الحكم التّحكيمي أو برفض دعوى الإبطال.

البند الثاني: الرأي المعارض.

في مقابل إجازة البعض لدعوى البطلان كأداة رقابة على حكم التّحكيم هناك من استنكرها وذهبوا للقول بأنّ فرض هذه الرقابة وبهذا الشكل المباشر يتعارض مع أساس نظام التّحكيم ومع مبررات وجوده التي تستبعد تماما دور القاضي، وتحلّ محلّه المحكّم طلبا للسرعة والنجاعة.[4]

---

[1] نصّت المادة 1058 من،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أيّ طعن، غير أنّ الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتمّ الفصل فيه".

[2] نصّت المادة 1056 من، ق،إ،ج،م،إ، على: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 1 إذا فصلت محكمة التنفيذ بدون اتّفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية، 2 إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، 3 إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، 4 إذا لم يراع مبدأ الوجاهية، 5 إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب، 6 إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدّولي".

[3] نصّت المادة 1061 من، ق،إ،ج،م،إ، على:" تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

[4]خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص129.

وهناك من هذا الفريق من ضخّم الأمر أكثر واعتبر بأنّ نظام الرقابة المباشرة على أحكام التّحكيم يشكّل خطرا على نظام التّحكيم خاصة فيما يتعلّق بالتّحكيم الدّولي[1] إذ أنّ المحاكم الوطنية قد تفهم القانون الأجنبي فهما خاطئا، أو سطحيّا وقد يحمل ذلك تعارضا مع المفاهيم القانونيّة للدول، وذلك سيشكّل عبءً في طريق التّحكيم.[2]

ولقد سايرت بعض التّشريعات كذلك هذا الموقف المستنكر لدعوى البطلان، وقالت بعدم اختصاص القضاء بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم خاصة الدولي وضيّقت من مجاله باستثناء ما يمسّ منه بالنظام العام، ومؤدّى هذا الاتّجاه أنّه لا يجوز الطّعن بدعوى البطلان في حكم التّحكيم حتى ولو انطوت هذه الأحكام على خروقات قانونيّة.

ونجد أنّ القانون البلجيكي نموذج حيّ لهذا الاتّجاه، إذ نصّت المادة 1717 فقرة 4 من قانون التحكيم البلجيكي الصادر بتاريخ 27-03-1985 على: " لا تختصّ المحاكم البلجيكيّة بنظر دعوى البطلان، إلّا إذا كان أحد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التّحكيمي شخصا بلجيكيّا.."[3]

بعد استعراضنا للأسس القانونيّة التي أوجدت بناءً عليها دعوى بطلان حكم التّحكيم في مجال منازعات الصفقات العموميّة، يبقى أن نبحث الآن في النظام القانوني والإجرائي لدعوى البطلان، وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي.

[1] حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التّحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس الجزائر. 2012-2013، ص85.

[2] علي بركات، الطعن في أحكام التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،ط2003،1، ص18.

[3] جورج حزبون، وعبيدات رضوان إبراهيم، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم الأردني والمقارن، مجلة دراسات علوم الشّريعة والقانون، الجامعة الأردنيّة، مجلد 33 عدد 02، ص502.

المطلب الثّاني: النظام القانوني والإجرائي لدعوى بطلان حكم التّحكيم في مجال منازعات الصفقات العموميّة.

لقد أوجدت دعوى البطلان كنظام خاص لفرض الرقابة القضائية على أحكام التّحكيم بخلاف باقي طرق الطّعن الأخرى العادية و غير العاديّة، لدرجة أنّ بعض الأنظمة جعلتها طريقا وحيدا ومباشرا للطّعن في أحكام التّحكيم كرغبة منها في العمل على استقرار نظام التّحكيم والرّقي به، ولأجل دفع الأطراف إلى التنفيذ الإرادي لأحكام التّحكيم[1]، وهذا على غرار المشرِّع المصريّ.

أمّا نظيره الجزائري، فقد أتاح إمكانية الطّعن بالبطلان في أحكام التّحكيم الدولية الصادرة في الجزائر فقط، بينما حضر هذا الطّعن المباشر في أحكام التّحكيم الصادرة خارج الجزائر وأجازه فقط في الأمر القاضي بالاعتراف بها أو بتنفيذها وهو الأمر المشار إليه بالمواد 1056 و1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليهما أعلاه، هذا وقد حدّد المشرِّع الجزائري أسباب الطّعن بالبطلان بأسباب حصرية كما عمل في طريق الطّعن بالنّقض أو بالتماس إعادة النظر.

هذا ونجد أنّ بعض الأنظمة القانونية لم تحدّد أسباب وحالات رفع دعوى البطلان وتركت الأمر للقضاء في إعمال سلطته التقديريّة.[2]

وعليه وجب البحث عن النظام القانوني والإجرائي لدعوى البطلان من حيث شروط قبولها، وما هي أسباب وحالات رفعها في النظام القانوني الجزائري خاصّة؟ وما هي الجهة القضائية المختصّة بنظرها في منازعات الصفقات العموميّة؟ وإلى ما ينجم عنها من آثار قانونية.

[1] سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص348.

[2] نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2011،ط1، ص394.

الفرع الأوّل: شروط قبول دعوى بطلان حكم التّحكيم.

يقتصر دور الجهة القضائية الناظرة في دعوى البطلان على الرقابة القانونية لحكم التّحكيم أي مدى مطابقته للقواعد والنصوص القانونيّة التي قرّرها القانون، وهو ما يجعل من دعوى البطلان دعوى تقريريّة يرفعها مَن صدر ضدّ مصالحه حكم التّحكيم وفقا لإجراءات قانونيّة معيّنة.

ولكن نجد أنّ المشرِّع الجزائري شأنه شأن المشرّع الفرنسي والمصري[1] لم ينصّ على إجراءات خاصّة لدعوى البطلان الأصلية بذاتها، إلا أنّه وبالرّجوع إلى المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] يتبيّن لنا أنّه أرّ نفس الإجراءات المطبقة على طرق الطعن في الأحكام القضائيّة الصادرة عن جهات القضاء الإداري بالنسبة لأحكام التّحكيم. كما أنّ خصومة دعوى التّحكيم تسير وفق الإجراءات المعمول بها قضاءً وتطبق عليها الجزاءات الإجرائية حسب القواعد العامّة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما فيها الآجال وتخضع لعوارض الخصومة المعتادة.[3]

وتأسيسا على ذلك، فإنّ شروط رفع دعوى البطلان ضدّ حكم التّحكيم الصادر في منازعات الصفقات العموميّة تخضع لنفس شروط ومقومات رفع الدعاوى العادية والإدارية، ويمكن تقسيمها إلى شروط عامّة وشروط خاصّة، وفقا لما يلي:

البند الأوّل: الشروط العامّة.

تكمن في الشروط التي قرّرتها القواعد العامّة لرفع أيّ دعوى قضائيّة وهي الصفة والمصلحة[4].

---

[1] سيّد أحمد محمود محمّد، دعوى بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص41.

[2] نصّت المادة 977 من، ق، إ،ج،م،و،إ، على: " تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام وطرق الطعن فيها على احكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

[3] حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص185.

[4] عزمي عبد الفتاح، أساس الادّعاء، دار النهضة العربيّة، القاهرة مصر، دون طبعة، 1991، ص359.

أوّلا: الصفة.

هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى جميعا بموضوعها فيجب أن يكون لكلّ أطراف الدعوى حق أو مركز قانوني يحاولون الدفاع عنه، والصّفة تشترط في المدّعي والمدّعى عليه أيضا بمناسبة دعوى البطلان[1] وهي من النظام العام إذ يجب على القاضي البحث عنها وإن انعدمت يثيرها من تلقاء نفسه، وهذا ما عبّرت عنه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2]التي تطبق على شروط قبول الدعوى سواء في القضاء العادي أو الإداري.

والصفة في دعوى البطلان تقتضي أن يكون رفعها مقصورا على طرفي الحكم التّحكيمي دون سواهما طالما أنّها دعوى مستقلة وجديدة وليست طعنا.

كما أنّه ولتقدير مسألة الصفة يجب مراعاة أحكام التقاضي خاصّة تلك المنصوص عليها في المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة[3] المتعلّقة بمن له الصفة في التمثيل عندما يكون أحد أطراف الخصومة شخصا معنويّا.

ثانيا: المصلحة.

هي المنفعة التي يحققها المبادر لرفع دعوى البطلان، وهي الدافع وراء رفع دعواه والهدف من تحريكها[4].

---

[1] شويحة زينب، الإجراءات المدنيّة في ظلّ القانون 08-09، الدعوى، الاختصاص الخصومة، طرق الطعن، دار أسامة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 3،200، ص40.

[2] نصّت المادّة 13 من، ق، إ،ج، م، إ، الجزائري على: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرّها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدّعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

[3] نصّت المادّة 828 من، ق، إ،ج،م، إ، الجزائري على: " مع مراعاة النصوص الخاصة، عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدة أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في الدعوى بصفة مدعي أو مدّعى عليه، تمثل بواسطة الوزير المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، والممثل القانوني بالنسبة للمؤسسة ذات الصبغة الإدارية."

[4] بربارة عبد الرّحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ،المرجع السابق، ص38.

ويشترط أن تكون مباشرة وقائمة أو محتملة على شرط أن يقرّها القانون[1]، والمصلحة بهذا المعني يمتزج بالصفة في التقاضي إذ أنّ صاحبها يتحتّم أن يكون صاحب صفة كذلك.

هذا وقد أشارت المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] إلى شرط الأهلية إلا أنّها جعلته من حالات بطلان العقود غير القضائية وكذا الإجراءات ولكن من حيث الموضوع لا الشكل، رغم أنّ الأهلية شرط عقلاني لقبول أي دعوى قضائية مهما كانت وهو ما كانت تعتمده المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى[3].

البند الثاني: الشروط الخاصّة.

1- الشّروط الخاصة لدعوى بطلان حكم التّحكيم هي شروط أفردتها القوانين لهذه الدعوى بذاتها، وهي تضاف إلى الشروط العامّة السالف ذكرها، ومن أهمّ هذه الشروط شرط الميعاد إضافة إلى وصف الحكم التّحكيمي.

2- آجال رفع دعوى بطلان الآجال عموما تضمن حسن سير الخصومة القضائية بوجه عام ويضمن هذا الشرط كذلك حقوق الدفاع واستقرار الأوضاع القانونية وعليه كان واجبا تقييد الخصوم بمواعيد لرفع دعوى البطلان لما فيها من تعزيز لفعالية التّحكيم المتميّز بسرعة الفصل في المنازعات، وهو ما عمدت إليه كلّ النظم القانونيّة، إذ نجد أنّ المشرِّع الفرنسي بموجب المادّة 1505 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي" جعل الطعن بالبطلان المحدّد في المادة 1504 من نفس القانون يقدم إلى محكم الاستئناف ابتداءً من تاريخ صدوره كأصل عام، إلّا أنّه لا يقبل هذا الطّعن بعد انقضاء

[1] أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أبجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية الجزائر ط 7،2006، ص156.

[2] نصّت المادة 64 من،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على:" حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات من حيث موضوعها محدّدة على سبيل الحصر فيما يأتي:1 انعدام الأهلية الخصوم، 2 انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

[3] كانت المادة 459 من،ق،إ،ج،م، الجزائري الملغى تنصّ على:" لا يجوز لأيّ أحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك، ويقرّر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية..."

مهلة شهر اعتبارا من تبليغ حكم التّحكيم الممهور بالصيغة التنفيذية، والتبليغ يسري على طرفي التّحكيم أي المدّعى والمدّعى عليه.[1]

أمّا المشرِّع المصريّ فبعدما كان تاركا مجال رفع دعوى البطلان مفتوحا فقد عمد بموجب قانون التّحكيم رقم 27 سنة 1994 المعدّل والمتمم إلى تقيد ميعاد رفعها بـ 90 يوما الموالية لتاريخ إعلان حكم التّحكيم للمحكوم عليه[2]. والمقصود بإعلان حكم التّحكيم هو التبليغ الرّسمي.

أمّا المشرّع الجزائري فقد سلك مسلك المشرّع الفرنسي بخصوص ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التّحكيم. وهو الجلي من المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي جعلت حكم التّحكيم قابل للطعن بالبطلان ابتداءً من تاريخ النطق به ولا تقبل الطّعن بعد شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي له[3].

الملاحظ أنّ المشرِّع الجزائري ساير مقاصد التّحكيم من حيث اختزاله لميعاد رفع دعوى البطلان بشهر واحد فقط. فهذه المدة كافية للأطراف لرفع دعواهم، وفيها تحيين لرغبتهم في حسم النّزاع في أقصى الآجال. وهذا على خلاف المشرِّع المصريّ الذي حدّد آجال الطعن بـ 3 أشهر وهي مدّة طويلة جدّا وغير متلائمة مع غاية التّحكيم كما أنّ هذا الآجال جاء خلافا لكلّ المواعيد المقرّرة للطّعن في الأحكام القضائية وتجاوزها بكثير وهو أمر غريب ويطرح عدّة تساؤلات.

---

[1] رجب محمد السيّد الكحلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2010، ص450.

[2] المادّة 54 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم.

[3] نصّت المادة 1059 من،ق،إ،ج،م،إ، الجزائري على:" يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ، ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرّسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

وقد وجهت له عدّة انتقادات لاذعة ورأى بعض الفقهاء أن الغاية من إطالة الآجال هي التقليل من اللّجوء للتّحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامّة.[1]

يجب لقبول دعوى البطلان أن يكون الحكم التّحكيمي نهائيا؛ أي أنّ صاحب الشأن لا يجد أسباب الاستئناف أو فاتت آجاله، أو أنّ الخصوم اتّفقوا على عدم استئنافه في اتّفاق التّحكيم.[2]

فإنْ كان الطّعن بالاستئناف ممكناً تعيّن اتّباعه وجاز للمستأنف التمسّك ببطلان حكم المحكّم أمام محكمة الاستئناف، إلا أنّ هذا الاتّجاه يؤدّي إلى صعوبات كبيرة وفيه تناقضات عديدة، وهو ما جعل المشرّع الجزائري يتجاهله تماما ولم يحدّد أنواع القرارات التّحكيميّة القابلة للإبطال واكتفى بتحديد القواعد والإجراءات التي تخضع لها العملية التّحكيمية، ولكن هذه الإجراءات سمحت للمحكّم بجمع الأدلّة والتحقّق منها وهو ما يعطيه الحق في الحكم بتعيين خبير، أو بأمر بإجراء تحقيق وغيرها من الأحكام التي ينظرها قبل الفصل في موضوع النزاع التّحكيمي.

فهذه الأحكام لا تحوز على أيّ حجيّة، كما أنّ المحكّم لا يتخلّص من المنازعة التّحكيمية بإصداره لهكذا أحكام. وعليه فإنّ الأحكام التّحكيمية التي يجوز الطعن فيها بالبطلان هي الأحكام القطعية المنهية للنزاع، وهو شرط خاص لقبول هذه الدعوى فيجب أن يكون الحكم نهائيا وقطعيا.[3]

الفرع الثّاني: الجهة المختصّة بنظر دعوى البطلان.

وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي فإنّ محكمة الاستئناف هي المختصّة نوعيا بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم، سواء كان داخليا أو دوليا

[1] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التحكيم الدولي، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المرجع السابق ص 105.

[2] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية المرجع السّابق، ص 792.

[3] بدوي حنا ، التّحكيم، موسوعة قضايا أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص75 .

إلا أنّ هذا التوجّه فسّره مجلس الدّولة الفرنسي في تقرير أورده بشأن الاختصاص النوعي في دعوى بطلان أحكام التّحكيم في العقود الإدارية، وقال بأنّ المقصود بمحكمة الاستئناف هو المحكمة الإدارية الاستئنافية الصادر في نطاق حكمها حكم التّحكيم.

أمّا المشرِّع المصري، ففرّق بين الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم الدولي وحكم التّحكيم الداخلي.[1]فبالنسبة للتّحكيم الدولي ينعقد الاختصاص النوعي للنظر في دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف وذلك بموجب المادة 45 فقرة 02 من قانون التّحكيم المصري رقم27 لسنة 1994 التي تحيل مباشرة إلى المادة 09 من نفس القانون.[2]

أمّا إذا كان التّحكيم داخليّا فيعود الاختصاص إلى محكمة الدرجة الثّانية وقد تعرّض هذا التوجّه للنقد حينما أسند الاختصاص النّوعي للقضاء العادي في العقود الإداريّة لما فيه من اعتداء صارخ على اختصاص القاضي الإداري الأصيل بنظر المنازعات الإداريّة.[3]

أمّا المشرِّع الجزائري فلم يفصل جيّدا هو الآخر في هذه المسألة، إذ نجد أنّ المادّة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعلت دعوى البطلان ترفع أمام المجلس القضائي.

ويفهم من النص أنّ القضاء العادي هو المختصّ، ولكن الواقع خلاف ذلك إذ أنّه بالرّجوع إلى المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة المشار إليها سابقا

---

[1] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التّحكيم الدّولي، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المرجع السابق ص 111.

[2] نصّت المادة 09 من قانون التّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " يكون الاختصاص بنظر مسائل أن يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصريّ للمحكمة المختصّة أصلا بنظر النّزاع، إذا كان التّحكيم دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج يكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف بالقاهرة ما لم يتفّق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".

[3] عصمت عبد الله الشيخ، التّحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر 2003 ص462.

نجد أنّها جعلت أحكام التّحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ومنها الصفقات العموميّة تطبّق عليها من حيث تنفيذها ومن حيث طرق الطّعن نفس المقتضيات المطبّقة على المسائل الإداريّة.

وعليه، فإنّ هي الجهة المختصّة في النظر في دعاوى بطلان أحكام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة هي المحاكم الإدارية باعتبارها محكمة ابتدائية هذا عن الاختصاص النّوعي أمّا الاختصاص الإقليمي فينعقد للمحكمة الإداريّة التي صدر حكم التّحكيم في دائرة اختصاصها.

وكلّ هذه الأحكام تسري على التّحكيم الدّولي الصادر في الجزائر، أمّا التّحكيم الدّاخلي فلم يجز بشأنه المشرّع الجزائري الطّعن بالبطلان.[1]

الفرع الثّالث: أوجه دعوى بطلان حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.

نجد أنّ أغلب الأنظمة القانونيّ خصّت دعوى البطلان هذه بأوجه، كما عمل المشرّع الجزائري في حين نجد أنّ بعض الأنظمة الأخرى وسّعت من نطاق البطلان ولم تقيّده بحالات معيّنة، أو أوجه حصرية كالمشرّع الإنجليزي الذي ترك الأمر للسلطة التقديرية لتقدير مدى تأسيس دعوى البطلان من عدمه.

لقد أجاز المشرّع الجزائري الطّعن بالبطلان في أحكام التّحكيم الدّولية فقط الصادرة في منازعات الصفقات العموميّة، إلّا أنّه قيد دعوى البطلان بستة06 أوجه ذكرها على سبيل الحصر، ما يعني أنّ دعوى البطلان لا ترِد مقبولة شكلا إذا لم تُبنَ على أحد هذه الأوجه، شأنها شأن الطّعن بالنقض والتماس إعادة النظر، ولا يكفي توافر أحد الأوجه

[1] بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التّحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، المرجع السابق ص154.

للحكم بالبطلان بل على الطاعن إثارة ما أتيح له من الأوجه ولو كانت كلّها[1]، ثمّ أنّ التّحديد الحصري لأوجه دعوى البطلان يقتضي عدم القياس على هذه الأوجه.

إنّ الحكم التّحكيمي قد يصدر وهو حامل معه لسبب من أسباب البطلان، قد يكون هذا الوجه متعلّقا بحكم التّحكيم في حدّ ذاته، وقد يكون متعلّقا باتّفاق التّحكيم.

ونجد أنّ المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة جعلت الوجه الأوّل متعلّقا باتّفاق التّحكيم في حين خصّصت الوجه الثّاني والرّابع للإجراءات. أمّا الوجه الثّالث والخامس والسّادس فخصّصته لحكم التّحكيم الستّة فيما يلي:

البند الأوّل: انعدام الأساس الاتّفاقي.

اتّفاق التّحكيم هو أساس العملية التّحكيميّة وهو ركنها الشّرعي، لذا وجب أن يكون اتّفاق التّحكيم قائما وصحيحا، وإلا انعدم الأساس القانوني للحكم التّحكيمي، ولقد أشارت المادّة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة الجزائري في فقرتيها الأوليين إلى وجهين تبنى عليهما دعوى بطلان حكم التّحكيم الدّولي، وهما متعلّقان باتّفاق التّحكيم إذ يجوز رفع دعوى البطلان إذا فصلت محكمة التّحكيم بدون اتّفاقيّة تحكيم أو بناء على اتّفاقية باطلة، أو إذا انقضت مدّة الاتّفاقية.

ونلاحظ أنّ المشرّع الجزائري حرص على أن يبدأ بالحالات التي تمسّ اتّفاقية التّحكيم، وهو حرص مبرّر فاتّفاقية التّحكيم هي أساس سلطات المحكّمين. وعليه فحرص المشرِّع الجزائري كان لأجل ضمان صحّة الأساس القانوني الذي يستمد منه المحكمون سلطانهم سواء من حيث المبدأ أو من حيث النطاق. وعليه يمكن تسمية هذا الوجه بانعدام الأساس الاتّفاقي قياسا على الوجه المحدّد في نصّ المادة 358 قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلّق بالطّعن بالنّقض وهو انعدام الأساس القانوني.

[1] رزوق نوال، الرقابة على أحكام المحكّمين في ظلّ التّحكيم التجاري الدّولي، أطروحة دكتوراه، المرجع السّابق ص324.

هذا الوجه يمكن تقسيمه إلى ثلاثة فروع أشارت إليهم المادة 1056 من نفس القانون في المطة الأولى، وتتمثل هذه الفروع في صدور حكم التّحكم بناءً على ما يلي:

أولا: عدم وجود اتّفاقية التّحكيم.

رغم إشارات المشرِّع إلى إمكانية عدم وجود اتّفاقية التّحكيم كوجه لرفع دعوى البطلان إلّا أنّ هذه الحالة نادرة الحدوث وهذا نظرا للطابع الاتّفاقي للتّحكيم المبني على اتّفاق إرادة الطرفين، ولو حدثت فمعنى ذلك أنّ إرادة الطرفين كانت معيبة ولم تتحقّق كما لو صدر الإيجاب وقوبل بالرفض أو بالصمت، ومن صور هذه الحالة إحالة الخصوم على عقد نموذجي فقد لا يعلم المدّعي أو المدّعى عليه أنّ هذا العقد ينطوي على شرط التّحكيم أو اتّفاق التّحكيم[1]، أو كأن يدّعي خصم أنّ الاتّفاق المبرم مع خصمه ليس اتّفاق تحكيم لأنّ المهمّة الموكلة للشّخص المعين كانت وكالة أو خبرة أو وساطة[2]، فإذا ما تمّ الطّعن بالبطلان على أساس هذه الحالة فإن كان على علم باتّفاق التّحكيم أم لا ولاستخلاص هذا القصد يجب تفسير اتّفاقية التّحكيم وفقا للقواعد العامّة فلا يكون التفسير ضيّقا ولا واسعا.[3]

هذا الوجه كما سبق القول نادر الحدوث في التّحكيم الحر، إلا أنّه يجد مجالا لتطبيقه في التّحكيم المؤسساتي نظرا لسهولة الاثبات التي ينطوي عليها هذا النوع ولكون الإجراءات التّحكيميّة تتمّ فيه دون حضور الخصوم.[4]

ثانيا: اتّفاقية التّحكيم باطلة.

يحصل أن يصدر حكم المحكِّم بناءً على اتّفاق باطل أو قابل للإبطال، وقد تتعدّد أسباب البطلان، فقد يكون سبب البطلان راجعا إلى صدور الحكم بعد موت أحد أطراف الاتّفاق وكان من بين الورثة قصّر، مثلا، أو كان يبرم اتّفاق التّحكيم من طرف ليست

[1] محمود مختار أحمد بربري، التّحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص217.

[2] حسن محمود هند، التّحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص147.

[3] دويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص80.

[4] محمّد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 306.

له أهلية التصرّف، أو كان الوكيل الذي أبرم الاتّفاق ليس له أي تفويض أو وكالة خاصّة وعمومًا قد يكون اتّفاق التّحكيم قابلا للإبطال كلّما كانت إرادة الأطراف فيه معيبة طالما أنّه من العقود الرضائية.

وفي هذا المجال نجد أنّ قانون الإجراءات المدنية والإداريّة نصّ في مادته 976[1] على ضرورة موافقة الوزير المختص المسبقة لإبرام اتّفاق التّحكيم في مادة الصفقات العموميّة وهو ما كرّسته المادة 153 الفقرة الأخيرة من تنظيم الصفقات العموميّة[2].

وقد عالج الفقه والقضاء مسألة الموافقة هذه، فمنهم من ذهب للقول بأن نخلق الموافقة المسبقة بعد خطأ مرفقي ويؤدي إلى بطلان اتّفاق التّحكيم، ومنهم من اعتبر ذلك حيلة يستعملها الأشخاص المعنيون للهروب من اللّجوء إلى التّحكيم، إذ يعيدونه بقوانينهم التنظيمية الداخلية، واعتبروا ذلك مخالفا لمبدأ حسن النيّة المفترض بين الدول.[3]

ثالثا: اتّفاقية التّحكيم منتهية المدّة.

المقصود بهذه الحالة صدور حكم التّحكيم بعد انتهاء المدّة، المحدّدة في اتّفاق التّحكيم، أو التي حدّدها المشرِّع في نص التّحكيم الممنوحة للمحكِّمين للفصل في الخصومة التّحكيمية.

وهذا البطلان يستمدّ مبرراته من طبيعة التّحكيم كقضاء استثنائي وخاص يحدّد الخصوم مدّته بإرادتهم، ويشترط لقبول دعوى البطلان لهذا الوجه ألّا يكون المدّعى

---

[1] نصّت المادة 976 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على: " تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية. عندما يكون التحكيم متعلّقا بالدولة، يتمّ اللّجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين. عندما يتعلّق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللّجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي. عندما يتعلّق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتمّ اللّجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانونيّ، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

[2] نصّت المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الأخير على:" ...ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية البرمة مع متحاكمين متعادين أجانب إلى هيئة تحكيم دولية بناءً على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

[3] مصطفى بونجة ونهال اللّواح، التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع المغرب، ط1،2015،ص 216.

قد تنازل عن مدّة التّحكيم صراحة أو ضمنيا أثناء إجراءات التّحكيم، ولم يدفع للمحكِّم قبل صدور الحكم بانتهاء مهمّته بانقضاء آجال اتّفاق التّحكيم[1].

فإنْ دفع المدّعى بانتهاء مهمّة المحكّم واستمرّ هذا الأخير في عمله وصدر عنه حكم جاز الطّعن فيه بالبطلان، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا الفرنسية في حكمها الصّادر في قضيّة ولاية الدار البيضاء ضدّ شركة Degrement الفرنسيّة.[2]

البند الثاني: الأوجه المتعلّقة بإجراءات التّحكيم.

تشمل الحالات المشار إليها في الفقرة 2 و 4 من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة، إذ هناك مجموعة من الأسباب التي تعتبر مخالفة للإجراءات الواجبة في الخصومة التّحكيمية، فإذا خولفت هذه الإجراءات كان الحكم قابلا للإبطال ويمكن تسمية هذا الوجه بصفة عامّة " بمخالفة إجراءات التّحكيم". قياسا كذلك على وجه مخالفة الإجراءات القانونية الوارد في أوجه الطّعن بالنّقض في القواعد القضائيّة.

أوّلا: مخالفة الإجراءات التّحكيميّة.

قد ينطوي هذا الوجه على حالات نوردها فيما يلي:

تشكيل هيئة التّحكيم تشكيلاً مخالفاً للقانون، على الرغم من تمتّع أطراف التّحكيم بحرية تعيين المحكّمين واختيارهم وطريقة التّحكيم إلّا أنّ إرادتهم هذه ليست مطلقة وهذا واضح من الشروط التي وضعها المشرّع الواجبة التوافر في تخصّص المحكِّم أو الهيئة

---

[1] نسيغة فيصل وغريبة سميّة، الرقابة القضائية على حكم التحكّم عن طري رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 17 لسنة2018 ص243.

[2] بموجب صفقة عموميّة تعاقدت ولاية الدار البيضاء المغربية مع شركة Degrement الفرنسيّة واحتكما للتحكيم فصدر حكم في سبتمبر 1987 ورفضت محكمة فرساي طلب ولاية الدار البيضاء الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التّحكيمي وعقب الطعن أمام المحكمة العليا الفرنسيّة قضت هذه الأخيرة بأن المبدأ:" هو أن المدة التي يحدّدها الأطراف لهيئة التّحكيم من أجل إصدار حكمها النهائي لا يمكن تعديلها من قبل المحكمين ويستوجب تأييدهم محكمة فارساي لذات الأسباب." مشار لهذا القرار في: علاء محي الدين أبو أحمد ، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التّحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر، دون طبعة،2013، ص 402.

التّحكيمية، فالمحكِّم يجب ألّا يكون قاصرا أو محجورا عليه، كما يجب أن يكون شخصًا طبيعيّا وفقا للمادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإداريّة، ويجب أيضا احترام قاعدة التّشكيل الفردي لهيئة التّحكيم طبقا للمادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى شروط يجب توافرها في المحكِّم، كخلق السوابق العدلية الماسّة بالشرف وألّا يكون قد أعلن إفلاسه، إضافة إلى شرط الكفاءة والقدرة، وشرط الحياد والاستقلاليّة، طبقا للمادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليهما أعلاه ، فإذا لم نحترم هذه الشروط مجتمعة في عملية تشكيل هيئة التّحكيم جاز للمحكوم عليه المبادرة إلى رفع دعوى بطلان حكم التّحكيم لهذا السبب.[1]

ثانيا: عدم مراعاة مبدأ الوجاهية.

هذا الوجه متّصل باحترام حقوق الدّفاع، وهو مبدأ مستقر عليه عالميا في كلّ القوانين والأنظمة، فيجب على الهيئة التّحكيمية أن تمكن كلّ طرف من تقديم أدلّته ومستنداته وحججه، على شرط إعلام خصمه ومواجهته بها في الوقت المناسب حتّى يتأتّى له الرّد عليها، وأيّ مخالفة لحقّ الدّفاع تجعل الحكم التّحكيمي باطلا.[2]

ويتّصل مبدأ الوجاهية بالنظام العام في غالب الأحوال وهو يحقق مساواة الفرص بين الأطراف في عرض أوجه دفاعهم، أمّا إذا صدر حكم التّحكيم خلافا لهذا المبدأ يجوز للطرف المتضرّر من هذا المبدأ رفع دعوى البطلان.[3]

أمّا إذا احترم هذا المبدأ و أتيحت الفرصة للخصم وبلغت له كلّ الإجراءات إلّا أنّه امتنع عن الحضور أو عن تقديم دفوعه بغية عرقلة الإجراءات وربح الوقت، جاز للمحكِّم الفصل دون انتظار دفوع الممتنع عن الرّدّ.

---

[1] عامر فتحي البطانية، دور القضاء في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص245.

[2] بدوي حنا، موسوعة قضايا أصول المحاكمات المدنية، التحكيم، المرجع السابق، ص 07.

[3] شريبط وسيلة، طرق الطّعن في قرارات التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دراسة مقارنة، مداخلة في الملتقى الدولي حول التعاون القضائي الدولي بالجزائر.

البند الثالث: الأوجه المتعلّقة بحكم التّحكيم.

وهي الحالات المشار إليها في الفقرات 3 و 5 و 6 من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمن خلال هذا النص على هيئة التّحكيم أن تلتزم باحترام نطاق النّزاع وفقا لما حدّده الخصوم، كما عليها أيضا أن تطبّق القانون المتّفق عليه وألّا تخالف النظام العام، ويجب عليها أيضا تسبيب أحكامها وذكر كلّ البيانات الجوهرية وإلّا أمكن الطّعن في حكمها بالبطلان عموما، فالأوجه المتعلّقة بحكم التّحكيم تنحصر في الفروع الآتية:

أوّلا: تجاوز السّلطة، المادة 1056 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذ فصلت محكمة التّحكيم بما يخالف المهمّة المسندة إليها. فقد خرجت عن موضوع اتّفاق التّحكيم والمنازعة بصفة عامّة، طالما أنّ أساس نظام التّحكيم هو الاتّفاق، وهذا الوجه أساسه المحكِّم في ذاته الذي قد يحيد عن المهمّة المسندة إليه بأيّ شكل من الأشكال، فقد يخرج عن القضاء باتّفاق التّحكيم ويتحتّم طبقا لقواعد العدالة والانصاف وبالتالي يعرض حكمه للبطلان.[1]

فمهمّة المحكِّم هي مجموعة من الواجبات المفروضة عليه من قبل أطراف اتّفاق التّحكيم ومجموعة من السلطات التي تتناسب مع وظيفته القضائية التي تمكنه من الفصل في النّزاع، وعلى المحكِّم الالتزام بكلّ ما اتّفق عليه الأطراف سواء ما تعلّق بالقواعد الموضوعية أو تلك القواعد الإجرائية، فهيئة التّحكيم لا تملك سلطة القضاء العام في الدولة لتطبيق مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع[2]، كما أنّ المادّة 1050

[1] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المرجع السابق، ص 806.

[2] نوال زروق، الرقابة على أعمال المحكمين في ظلّ التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق ص 132.

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] أعطت لمحكمة التّحكيم سلطة استبعاد القواعد الموضوعية في القانون والفصل في الخصومة التّحكيمية وفقا لقواعد العدل والانصاف والاعتراف التي تراها ملائمة.

ثانيا: انعدام أو تناقص في التسبيب: المادة 1056 فقرة 5 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التسبب هو الترجمة الصادقة لما دار في الدعوى من دفوع وطلبات والرّدّ عنها احتراما لإرادة الأطراف، واحتراما لحقوق الدفاع[2]، ولأجل اقناعهم بغاية العدالة سواء كانت قضائية أو تحكيميّة، والتسبب قد ينعدم في الأحكام التّحكيمية، وقد يكون قاصرا وغير كافٍ كان يعتمد الحكم على حيثية وحيدة بالقول بأنّ الضرر قائم مثلا، فهذا فيه قصور طالما أنّه لم يحدّد أركان الضرر التي يقصدها.

أمّا تناقض التسبيب هو الوصول إلى نتائج متناقضة في الحكم نفسه. ونجد أنّ كلّ الأنظمة القانونية أوجبت تسبيب الأحكام القضائية،[3] وكذا التّحكيمية، وقد اعتبر بعض الفقه حالة تناقض الأسباب جزءً من انعدام التسبيب.[4] والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد ساوى بين حكم التّحكيم الدّاخلي والدّولي، وأوجب التسبيب في كليهما، إذ اشترطت المادّة 1056 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تسبيب أحكام التّحكيم الدّولية فيما أشارت المادة 1027 من نفس القانون على تسبيب أحكام التّحكيم الدّاخلية[5].

---

[1] نصّت المادة 1050 من، ق،إ،ج، م، إ، على:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

[2] محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص 371.

[3] نصّت المادة 277 فقرة 1 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الجزائري على:" لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة".

[4] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

[5] نصّت المادة1027 من، ق،إ،ج، م، إ، على: " يجب أن تتضمن احكام التحكيم عرضا موجزا لادّعاءات الاطراف وأوجه دفاعهم. يجب أن تكون أحكام التحكيم مسبّبة".

على عكس المشرِّع الفرنسي الذي أوجب التسبيب في أحكام التّحكيم الداخلية دون الدولية رغبة منه في التماشي مع حرية المعاملات الدولية في التّحكيم، فنصّ المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي لم توجب التسبيب في أحكام التّحكيم الدوليّة.

وتمسك المشرِّع الجزائري بالتسبيب في حكم التّحكيم بنوعيه، لعلّه يعود لأهميّته إذ أنّه يقيِّد المحكِّم ويبثّ في الخصوم الثّقة والطمأنينة بمعرفتهم لأسباب الحكم لهم أو عليهم، وهو ما يدفعهم إلى التنفيذ الطّوعي كما يسمح للقضاء ببسط الرقابة اللّاحقة على أحكام التّحكيم سواء كانت رقابة مباشرة أو غير مباشرة، ثمّ أنّ اعتماد المشرِّع الجزائري لمبدأ تسبيب أحكام التّحكيم فيه رقابة أشدّ عليها طالما أنّ بعض الفقه يرى بأنّ عدم تسبيب الأحكام لا يشكّل مخالفة للنّظام العام الدّولي.[1]

ثالثا: مخالفة حكم التّحكيم للنظام العام الدّولي: المادّة 1056 فقرة 6 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فكرة النظام العام هي مصطلح فضفاض وواسع، إذ يمكن أن نعتبر أنّ كلّ ما يضرّ أو يمسّ الصالح العام اجتماعيّا واقتصاديّا وسياسيّا منه كما يمكن اعتبار قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي كذلك من مسائل النظام العام. وبالتّالي فهو فكرة غير واضحة المعالم. والخلاف حولها لازال قائما بين الأنظمة القانونية، إذ استعصى عليهم تعريفه. واكتفى الفقه بتقريب هذه الفكرة للأذهان بقولهم:" أنّه الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان كلّ دولة" أو " هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهمّ المجتمع مباشرة أكثر ممّا تهمّ الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسيّة، أو اجتماعيّة، أو اقتصاديّة، أو خلقيّة."[2]

[1] خليل بوصنبورة، القرار التحكيمي وطرق الطّعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، المرجع السابق ص 214.

[2] حسن محمّد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 152.

المشرّع الجزائري على غرار المشرّع الفرنسي أشار إلى فكرة النظام العام الدّولي دون النظام العام الدّاخلي على خلاف أغلب الأنظمة القضائية كالمشرّع المصري الذي لم يفرّق بينهما، ولعلّ العلّة في ذلك ترجع إلى محاولة منه إلى تضييق نطاق البطلان ضدّ التّحكم الدّولية وحصره في نطاق ضيّق، وهو المستشفّ من الأحكام الفاصلة في دعاوى البطلان إذ أنّ محكمة باريس الاستئنافيّة وخلال 10 سنوات عالجت 46 دعوى بطلان قبلت اثنتين منها فقط ورفضت الباقي.[1]

وقد يدخل أيضا في نطاق النظام العام في التّحكيم الداخلي أحكام الشّريعة الإسلاميّة طالما أنّ دين الدّولة عندنا هو الإسلام، فهو الشريعة العامّة التي يحتكم لها الجميع. والإسلام هو المصدر الرّئيسي للتشريع في كلّ الدول المسلمة، وعليه يمكن إبطال أيّ حكم تحكيم صدر مخالفا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة التي تدخل في نطاق النظام العام[2].

وممّا يدخل في حيّز النظام العام اتّفاق الأطراف على الاحتكام لغير القانون الإداري في منازعة متعلّقة بصفقة عموميّة أحد أطرافها الدّولة بمفهومها الواسع، فإرادة الأطراف مقيّدة في هذا المجال لكون قواعد القانون الإداري هي قواعد آمرة لا يجوز الاتّفاق على مخالفتها، وإذا خالف المحكّمون هذه القواعد، فإنّ الحكم الصادر منهم يعتبر باطلا وهو ما شكّل وجها من أوجه مخالفة النظام العام[3]. كما لا يجوز لهيئة التّحكيم تطبيق قواعد القانون المدني أو التجاري على عقد إداري.[4]

---

[1] حفيظة السيّد حداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، المرجع السابق، ص 482.

[2] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامّة للتحكيم، دراسة مارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعيّة، المرجع السّابق، ص 810.

[3] يسرى محمّد العطار، دور هيئات التحكيم في المنازعات الإداريّة، مداخلة ألقيت في الملتقى العربي الثّالث لتطوير العلاقات بين القانونيين والإداريين، تحت عنوان: " أثر التكنولوجيا والمعلوماتيّة على النشاط القانوني والإداري"، بشرم الشيخ، مصر يومي 15-17 ديسمبر 2003، ص 167.

[4] محمّد عبد الله المؤيد، جواز التحكيم في العقود الإداريّة عبر الحدود بين مفهوم العالمية والعولمة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونيّة والاقتصادية، القاهرة، مصر، عدد 10-2004، ص 300.

ويدخل أيضا ضمن مقتضيات النظام العام إذا كان موضوع النّزاع من المسائل التي لا يجوز التحكّم فيها، أو أن يكون الحكم التّحكيميّ قد صدر خلافا لحكم سابق حاز حجيّة الشيء المقضي فيه، ولأجل اعتبار الحكم مخالفا للنظام العام يجب أن تظهر المخالفة في منطوق الحكم التّحكيمي، لا في أسبابه وعلّاته، فلا معنى لها لأنّ في هذا الوجه إذ أنّها تشكّل الوجه السّابق المتعلّق بانعدام الأسباب.[1]

الفرع الرابع: آثار دعوى بطلان حكم التّحكيم.

إنّ حكم التّحكيم ومنذ صدوره يصبح حكماً نهائيّاً باتّاً، ويكتسي حجيّة الشيء المقضي فيه طبقا لأنظمة التّحكيم، وتبعا لذلك يمكن امهاره بالصيغة التنفيذية حتى يدخل حيّز التنفيذ. فخصومة التّحكيم تنتهي طبيعيّا بصدور الحكم التّحكيمي الفاصل قطعيّا في النّزاع الذي اتّفق الأطراف على إخضاعه للتّحكيم فهو الغاية الحقيقيّة لنظام التّحكيم التي أراد من خلالها الأطراف إبعاد النزاع الثائر بينهم عن قضاء الدّولة ليفصل فيه قاضٍ يختارونه بأنفسهم.

وحكم التّحكيم باعتباره حكماً صادراً عن قضاء استثنائيّ ارتضاه الخصوم، فهو كالحكم القضائي يصدر بعد إجراءات معيّنة، كما يمكن الطّعن فيه بطرق الطّعن المشار إليها أعلاه، إضافة إلى الطّعن المباشر بدعوى البطلان[2] محلّ الدّراسة.

ولكن إنّ معاملة حكم التّحكيم بالمعاملة نفسها التي يلقاها الحكم القضائي من حيث جواز الطّعن المباشر وغير المباشر فيه قد لا يتّفق من غاية ومقاصد نظام التّحكيم الرّاميّة إلى الفصل في النزاعات على وجه السّرعة، وبإجراءات غير معقّدة كما هي أمام القضاء، إذ لا يعقل أن يجيز المشرّع للأفراد الحقّ في الاتّفاق على التّحكيم للهروب

[1] أشرف محمّد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإداريّة وآثاره القانونيّة، المرجع السابق، ص243.

[2] عقون مصطفى، حكم التحكيم الدّولي ومدى إمكانية الطّعن فيه، مجلة القانون والعلوم السيّاسيّة، معهد الحقوق والعلوم السيّاسيّة، المركز الجامعي أحمد صالحي، النعامة، الجزائر،ع 6-2017، ص 123.

من الإجراءات المعقّدة. وفي المقابل يجيز لهم الطّعن أمام القضاء سواء كان مباشرا أو غير مباشر، فيجدون أنفسهم أمام القضاء الذين حاولوا تفاديه منذ البداية.[1]

لكن وفي الوقت نفسه لم يكن للمشرِّع أن يترك أحكام التّحكيم من دون رقابة قضائيّة، وعليه أجازها لحماية حقوق الأطراف وتعزيز التّحكيم في الوقت نفسه، خاصّة الطّعن غير المباشر المتمثّل في دعوى بطلان حكم التّحكيم، هذه الدعوى تفرز آثارا قانونيّة قد يتعلّق بعضها بدعوى بطلان الحكم التّحكيمي في حدّ ذاتها، وقد يتعلّق بعضها الآخر بالحكم الذي يصدر فيها. وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

البند الأوّل: الآثار المترتّبة عن الدعوى.

إنّ لجوء الأطراف للتّحكيم نابع من مزاياه التي يتمتّع بها، وخاصّة السّرعة في الفصل بالنزاع الناشئ بينهم، هذه الميزة جعلت الفقه ينقسم بشأن الآثار المترتّبة عن دعوى بطلان حكم التّحكيم، فمنهم من رأى بأنّها لا توقف تنفيذ حكم التّحكيم، ومنهم من قال بأنّ لها أثراً موقفاً له.

إلّا أنّ الأنظمة القانونيّة الحديثة وزّعت هذا الأثر على أساس أنّ هناك قاعدة عامة لها استثناءات.

أوّلا: القاعدة العامّة:

إنّ لدعوى البطلان أثراً سلبيّاً على التنفيذ إذ لا يقبل طلب التنفيذ إلّا بعد الفصل في دعوى البطلان بحكم قضائي،[2] وعليه نجد أنّ أغلب التّشريعات، ومنها المشرِّع الجزائري، قد اعتمد هذه القاعدة العامّة، وهي أنّ دعوى البطلان ليس لها أثر موقف لتنفيذ حكم التّحكيم، فالأصل هو الاستقرار في التنفيذ لأجل تحقيق المصالح التي قضى بها حكم التّحكيم. إلّا أنّ ذلك قد يؤدّي إلى أضرار قد لا يمكن تداركها فيما بعد إذا ما اتّضح

[1] أشرف محمّد خليل حماد، التّحكيم في المنازعات الإداريّة وآثاره القانونيّة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص229.

[2] حسن محمّد هند، التحكيم في المنازعات الإداريّة، المرجع السّابق، ص106.

بأنّ الحكم التّحكيمي قد انطوى على أسباب حقيقيّة للبطلان،[1] وهو المبدأ نفسه المعمول به في وقف تنفيذ أحكام المحاكم الإداريّة إذ أجازت المادّة 911 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] إمكانية وقف تنفيذ الأحكام الإداريّة المضرّة بمصلحة عامّة. كما أنّ المادّة الموالية[3] أعطت لمجلس الدولة سلطة وقف تنفيذ حكم إداري إذ كان من شأن تنفيذه إحداث عواقب يصعب تداركها، وفي هذا السياق، فإنّ المادّة 1058 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعلت الأوامر القاضية بتنفيذ حكم التّحكيم الدّولي غير قابلة لأيّ طعن، واستثنت الطّعن بالبطلان الذي ينجم عنه حتما الطّعن في أمر التّنفيذ. ويفهم من المادّة أنّ الطّعن بالبطلان ليس له أثر موقف للتّنفيذ.

ثانيّا: الاستثناء.

ادراكاً لخطورة هذا الأثر المؤدّي إلى مواصلة التّنفيذ رغم وجود دعوى طعن بالبطلان ضدّ حكم التّحكيم أردف المشرّع الجزائري على غرار أغلب الأنظمة استثناءً من القاعدة، العامّة، وهو أنّ لدعوى البطلان أثراً موقفاً للتنفيذ إذ لمجرّد رفع الدّعوى فإنّ التنفيذ يجب أن يوقف، ما لم تقض المحكمة بالاستمرار في التنفيذ[4]. وهو ما اعتمده المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 1060 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة التي نصّت على:" يوقف تقديم الطّعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056، و1058 تنفيذ أحكام التّحكيم". ويقابل هذا النّص المادّة 1506 من قانون

[1] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التحكيم الدّوليّ، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المرجع السّابق ص 113.

[2] نصّت المادة 911 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على: " يجوز لمجلس الدّولة، إذا أخطر بعريضة رفع وقف التنفيذ المأمور به من طرف المحكمة الإدارية، أن يقرّر رفعه حالا، إذا كان من شأنه الإضرار بمصلحة عامّة او بحقوق المستأنف وذلك إلى غاية الفصل في موضوع الاستئناف".

[3] نصّت المادّة 912 من،ق،إ،ج،م،و،إ، على:" عندما يتمّ استئناف حكم صادر عن المحكمة الإدارية قضى برفض الطّعن لتجاوز السّلطة لقرار إداري، يجوز لمجلس الدولة ان يأمر بوقف التنفيذ بطلب من المستأنف عندما يكون تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه من شأنه إحداث عواقب يصعب تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في العريضة من خلال ما توصّل إليه التّحقيق جديّة، ومن شأنها تبرير إلغاء القرار الإداري المطعون فيه".

[4] حسن محمّد هند، التحكيم في المنازعات الإداريّة، المرجع السّابق، ص 107.

الإجراءات المدنيّة والإدارية الفرنسي النّاصّة على:" آجال ممارسة الطّعون المنصوص عليها في المواد 1501،و 1502، و1504 يعلّق تنفيذ الحكم التّحكيمي والطّعن المرفوع خلال هذا الأجل يوقف تنفيذه أيضا، وهو أيضا التوجّه نفسه الذي سار عليه المشرِّع المصريّ.[1]

غير أنّ هذا الاستثناء الذي أقرّه المشرِّع الجزائري والمقارن مقيّد بضوابط يجب مراعاتها للقول بأنّ دعوى البطلان توقف تنفيذ حكم التّحكيم، نذكر منها:

1-يجب إشعار الجهة القضائيّة المختصّة بالآثار السلبيّة لتنفيذ حكم التّحكيم، وذلك بعريضة أو طلب يظهر فيه الطابع الوقتيّ.

2- يجب تقديم طلب وقف التنفيذ خلال الآجال المقرّرة لرفع دعوى البطلان.

3- وجوب تسبيب طلب وقف التنفيذ بالاستناد على أسباب بطلان جديّة.

4-أمّا فيما يتعلّق بالمدّة الممنوحة للجهة القضائية للفصل في الطلب، فالمشرِّع الجزائري لم يعالج هذه المسألة، ما يجعلنا نطبق القواعد العامّة المتعلّقة بالاستعجال إذ عليها الفصل في أقرب الآجال في حين نجد أنّ المشرّع المصري حدّد آجال الفصل بإلزام الجهة القضائيّة بالفصل في موضوع طلب وقف تنفيذ حكم التّحكيم المطعون فيه بدعوى البطلان خلال 60 يوما من تاريخ أوّل جلسة محدّدة لنظرها.[2]

ولعلّ القاعدة العامّة الرّامية إلى وجوب وقف تنفيذ الحكم التّحكيمي بمجرّد الطّعن فيه بالبطلان هي الأقرب للصواب نظراً لأنّ فعالية التّحكيم تقتضي التريّث قبل التنفيذ وليس الشرع المؤدّي إلى حصول الضرر.[3]

---

[1] نصّت المادّة 57 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على: " لا يترتّب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدّعي ذلك في صحيفة الدّعوى وكان الطلب مبنيّاً على أسس جديّة ".

[2] خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التحكيم الدّولي، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المرجع السّابق ص 116.

[3] رنا محمّد راضي، التحكيم في العقود الإداريّة، دراسة مقارنة، المرجع السّابق، ص 111.

البند الثّاني: الآثار المترتّبة عن الحكم.

بمجرّد قيد دعوى بطلان حكم التّحكيم، فإنّ الولاية تنتقل إلى الجهة القضائية المختصّة للفصل في الدعوى، ويحتمل ذلك أمرين، فإمّا قبول الدّعوى وإبطال حكم التّحكيم، أو رفض الدّعوى. ولكلّ منهما آثار معيّنة:

أوّلا: الحكم ببطلان حكم التّحكيم.

إذا استجابت الجهة القضائية المختصّة لدعوى البطلان ونطقت به، فمعناه زوال الحكم وزوال كلّ الآثار التي كانت تترتّب عليه، ومنها عدم إمكانيّة تنفيذه إذا كان لم ينفذ بعد.

أمّا إذا كان قد نفّذ، فيجب أن يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ كما أنّ إبطال الحكم التّحكيمي يمتدّ إلى اتّفاقيّة التّحكيم التي لا يمكن العمل بها من جديد[1]، وهذا الأثر يعكس مدى تأثّر القضاء بالتّحكيم، ما أدّى بالبعض إلى الحديث عن التّحكيم القضائي.

ثانيا: الحكم برفض دعوى البطلان:

رفض دعوى البطلان معناه ضمنيّا تأييد حكم التّحكيم، والإبقاء عليه وعدم المساس به، ومعناه أيضا زوال الخطر الذي كان يهدّده ويترتّب عنه إسناد القوّة التنفيذيّة للحكم التّحكيمي وثبوت حق المحكوم له.[2]

هذه الآثار لم ينظمها المشرّع الجزائري، ولم يتكلّم عليها شأنه شأن المشرّع المصري إلّا أنّها ناتجة قياساً على آثار الطّعن في الأحكام القضائيّة.

[1] نور الدّين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامّة، التحكيم الدّاخلي، المرجع السابق، ص 229.

[2] صابر غلاب، إدارة إجراءات التحكيم، الجوانب القانونية والعملية في قضاء التحكيم ، الدعوى التحكيمية، الشروط الإجراءات، دعوى البطلان، قواعدها حالاتها، آراء الفقه، وأحام القضاء، المرجع السابق، ص69.

إلّا أنّ الملاحظ أنّ المشرِّع الجزائري انفرد عن المشرّع المصري في إتاحة امكانيّة الطّعن بالنّقض في حكم الجهة الناظرة في الطّعن بالبطلان بموجب المادّة 1061 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية[1].

البند الثّالث: دور المحكمة في دعوى البطلان.

انقسمت الآراء الفقهيّة حول دور المحكمة بمناسبة نظرها في دعوى بطلان حكم التّحكيم، فمنهم من منحها صلاحية الفصل في النزاع بعد رفضها لدعوى البطلان، ومنهم من جعل سلطتها تقصر على النظر في البطلان فقط، ومن ثمّ تنتهي مهمّتها.

وهذا الخلاف يرجع إلى اختلاف الأنظمة في مسألة الطبيعة القانونيّة للتّحكيم، فمن تأثر بالطبيعة الاستثنائيّة للتّحكيم قال بأنّ بطلان حكم التّحكيم يؤثّر على بطلان اتّفاق التّحكيم، ومن تأثر بالطبيعة القضائيّة لنظام التّحكيم أعطي للمحكمة الناظرة في دعوى البطلان صلاحيّة النظر في النزاع بعد حكمها بالبطلان.[2]

ويمكن ترجيح هذا الرأي الأخير على الأوّل لما فيه من اختصار للجهد والوقت.

وإذا كان المشرِّع الجزائي والمصري جعل من الجهة الناظرة في دعوى البطلان جهة قانون لا موضوع شأنها شأن الجهة الناظرة في الطّعن بالنّقض، ولا تتطرق للموضوع وسلطتها تتوقف عند هذا الحدّ دون أن تملك سلطة الفصل في موضوع النزاع، فإنّ المشرِّع الفرنسي قد أعطاها سلطة الفصل في موضوع النّزاع عند رفض دعوى البطلان في حدود المهمّة التحكيميّة شريطة ألّا يكون هناك اتّفاق مخالف للخصوم عندها يجوز

[1] نصّت المادة 1061 من، ق،إ،ج، م، و، إ، على: " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و1056و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

[2] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظريّة العامّة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية المرجع السّابق، ص 820.

لهم تجريد المحمة المختصّة بذمّ دعوى البطلان من سلطة الفصل في موضوع النّزاع والاكتفاء بإبطال الحكم فقط[1].

[1] نصّت المادّة 1485 من، ق،إ،ج، م، و، إ، الفرنسي على: " إذا فصلت المحكمة المختصّة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، فإنّها تفصل في النزاع في حدود المهمّة المسندة للمحكم ما لم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك".

الخاتـمة

تنقسم الوسائل المختلفة لحسم منازعات عقود الدولة بحسب ما تنتهي إليه هذه الوسائل من حلول و مدى إلزاميتها، إلى وسائل قضائية وأخرى غير قضائية، هذه الأخيرة تتمثل في الوساطة والتوفيق والخبرة والمحاكمات المصغرة، وهي تتّسم بعدم إلزاميتها للأطراف ما يعني في غالب الأحيان فشلها والعودة إلى نقطة الانطلاقة مع خسارة الوقت وهدر أموال معتبرة، فافتقار هذه الوسائل للطابع الإلزامي انعكس على فعاليتها إذ يملك الأطراف فيها مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات التي يصدرها الموفّق أو الوسيط، هذا ما جعل عديد العقود تنصّ على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات فيمكن اللّجوء إلى الوسائل البديلة كخطوة أولى وعند فشلها يتمّ اللّجوء إلى التحكيم أو قضاء الدولة كخطوة ثانية، من هنا يتّضح بأنّ الوسائل القضائية تكمن في قضاء الدولة والتحكيم وهما على خلاف الوسائل السابقة ملزمان لأطرافهما.

ولعلّ ما جعل غالبية الأطراف المتعاقدة يحبذون التحكيم كطريق بديل عن قضاء الدولة هو ما يتسم به من مزايا كالسرعة والسريّة التي تعدّ قوام العمليات الاقتصادية والاستثمارية إضافة إلى الحرية التي يتمتّع بها الأطراف في ظلّ هذا القضاء الخاص.

وبما أن الصفقات العموميّة هي أداة تنفيذ مختلف المشاريع ذات المنفعة العموميّة وهي وسيلة لدفع عجلة التنمية، فقد سعى المشرّع إلى إحاطتها بمنظومة قانونية متكاملة وفعّالة تضمن تحقيق مختلف الأهداف المنوطة بها، حيث يعدّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أحدث نص تشريعي ينظم أحكام هذه الصفقات، والذي أدخل فيه المشرع العديد من التعديلات والاضافات مقارنة بالمرسوم السابق 10-236 ، لعلّ من أبرزها نصّه صراحة ولأوّل مرّة في نصّ قانوني يحكم الصفقات العمومية على إمكانية اللّجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الأجنبي.

فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153 على ذلك، وهذا على الرغم من أنّ ذلك يعدّ بمثابة تنازل من قبل المشرع عن المبدأ العام القاضي بحظر إخضاع نزاعات الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم بدلا من القضاء الداخلي ، وكان ذلك بداية في

القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي أجاز فيه اللّجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات الصفقات العموميّة، ليؤكد بعدها ذلك في المرسوم الرئاسي الأخير، والذي أوقف اللّجوء إليه على الموافقة المسبقة للحكومة أثناء اجتماعها وبعد اقتراح من الوزير المعني.

وعلى العموم فإنّ خروج المشرّع الجزائري عن مبدأ حضر التحكيم ، وإقراره لإمكانية التحكيم في منازعات الصفقات العموميّة لم يكن من فراغ بل كان وراءه عدّة اعتبارات أهمّها إرساء المزيد من الضمانات القانونية لدعم مناخ الاستثمار الأجنبي في الجزائر، وذلك لما يوفره من ضمانات قانونيّة للمستثمر في تسوية عادلة ومنصفة للمنازعات التي يكون طرفا فيها مع المصلحة المتعاقدة.

إن نوعية وقيمة النزاعات المستحدثة أعطت لنظام التّحكيم أهميّة خاصة في عصرنا هذا نظرا ، فقد ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحليّة في القرن الحالي بتزايد اللّجوء إلى التّحكيم كطريق لحلّ المنازعات، وقد ساعد على انتشار التّحكيم رغبة المتعاملين في التحرّر بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونيّة للتّقاضي خاصة في المعاملات التي تكون الإدارة طرفا فيها أي كل ما يتعلق بالعقود الإدارية وخاصة بالصفقات العمومية، غير أنّ اللّجوء لهذا النظام ليس متوقّفا فقط على وجود نزاع بين أطراف الصفقة بل لا بدّ من وجود اتّفاق التحكيم، الذي قد يرد في صورة شرط مكتوب في الصفقة أو مشارطة لاحقة لها.

كما أنّ صحّة اتّفاق التّحكيم يتوقف على توفّر مجموعة من الشروط منها ما هو شكلي يتعلق خاصة بضرورة كتابة اتّفاق التّحكيم، إلى جانب الشروط الموضوعية المتمثّلة في التراضي أي تلاقي إرادات الأطراف على إخضاع النّزاع للتّحكيم، ويجب أن يصدر التّراضي من صاحب الأهلية وتكون الإدارة في هذا الإطار مؤهلة بموافقة الجهة المختصّة على أنْ ينصبّ محل الاتّفاق في منازعات الصفقات العموميّة.

نظرا للخصوصيّة التي يتميز بها نظام التّحكيم في الصفقات العمومية فقد أحدثت هذه الآلية جدلا حقيقيا ممّا أدى إلى انقسام الفقه بشأنه إلى اتّجاهين؛ الأوّل يرى بعدم جواز التّحكيم في منازعات هذه العقود بحجّة المساس بسيادة الدولة ، وكذا بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، أمّا الاتّجاه الثاني فذهب للقول بجواز التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية كونه لا يمسّ بسيادة الدولة، وأنّه لا وجود للتّعارض بين التّحكيم في هذه المنازعات وبين اختصاص القضاء.

أمام هذا الخلاف الفقهي تدخل المشرِّع بعد تردّد كبير في غالبية بلاد العالم وأجاز التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية وهو ما عمدت إليه قوانين أغلب الدّول، إذ سن بعضها قانونا مستقلا للتّحكيم، فضلا عن انضمام غالبيتها لاتّفاقيات التّحكيم الدّوليّة كمصر وفرنسا، أما في التشريع الجزائري فقد نصّت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العموميّة". وفي ذات السياق نصّت الفقرة الثالثة من المادة 1006 من نفس القانون على أنه:" ولا يجوز للأشخاص المعنويّة العامّة أن تطلب التّحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدّولية أو في إطار الصفقات العموميّة"، وبذلك حصر المشرِّع إمكانية اللّجوء إلى التّحكيم في مجال الصفقات العموميّة.

بعد انقضاء مرحلة اتّفاق التّحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية، تأتي مرحلة دعوى التّحكيم التي لا يمكن مباشرتها إلّا بعد نشأة النّزاع حول الجانب المالي للصفقة العموميّة بطلب من أطرافها أو الطرف الذي يهمّه التّعجيل، و تتولى هذه المهمّة محكمة التّحكيم التي تختلف كيفية تشكيلها فإذا كنّا بصدد تحكيم في منازعات الصفقات العموميّة الوطنية فيتم تعيين المحكّمين في اتّفاقية التّحكيم أو على الأقل يشار فيها الى تحديد كيفية تعيينهم، أمّا في التّحكيم الدّولي فتشكل محكمة التّحكيم من قبل الأطراف أو بالرّجوع إلى نظام التّحكيم أو النظام القضائي، إلّا أنّه في كلا الحالتين لأطراف النّزاع

ردّ المحكّمين واستبدالهم في الحالات المحدّدة قانونا، كما يتمتّع المحكّم بسلطات عدّة منحها له المشرِّع ومنها سلطة القيام بالتحقيق وتحرير المحاضر وكذا سلطة الفصل في الدّفع المتعلِّق بالاختصاص، وتقديم الأدلّة إلى جانب الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفظية وتحديد القانون الواجب التّطبيق على المنازعة وذلك باتفاق الأطراف، وتنهي محكمة التّحكيم مهمّتها بإصدار حكم التّحكيم وفق شروط معيّنة من ضرورة الكتابة والتوقيع ووجوب ذكر مجموعة من البيانات حتى يكون صحيحا، غير أنّه لتنفيذه لا بدّ من إمهاره بالصيغة التنفيذيّة من قبل المحكمة الإداريّة، والاعتراف به إذا كان التحكيم دوليا.

وأحكام التّحكيم في هذا المجال شأنها شأن الأحكام القضائيّة تحوز حجيّة الشيء المقضي فيه، وهو ما جعل كلّ الأنظمة القانونيّة تحرص على أن يكون لقضاء الدّولة دوره في الرقابة على أحكام التّحكيم، وتتجسّد هذه الرقابة في رقابة سابقة لصدور حكم التّحكيم وتتّسم بالطّابع الوقائي والعلاجي، حيث يساعد قضاء الدّولة أحيانا في تعيين المحكّم أورده أو استبداله أو إنهاء مهمّته، أمّا الرّقابة الحقيقيّة فتكمن في ممارسة القضاء لدوره التّقليدي وهو الرّقابة اللّاحقة على صدور حكم التّحكيم وتنقسم إلى رقابة غير مباشرة تتمثّل في مباشرة طرق الطّعن في أحكام التّحكيم وفي الطّعن في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التّحكيم ، ورقابة مباشرة تجسدها دعوى بطلان حكم التّحكيم القائمة على نفس أسباب الطّعن بالبطلان وقد حدّد المشرِّع أسباب الطّعن بالبطلان بشكل حصري في ستة حالات كلّها مشتقة من أسباب الطّعن بالنّقض والهدف منها هو تولي القضاء بصفته صاحب الولاية العامّة القيام بوظيفة مراقبة أحكام المحكّمين للتأكّد من عدم تجريدها من المقومات الأساسيّة للأحكام بصفة عامّة.

لقد تمخّضت هذه الدّراسة على جملة من النتائج نوردها فيما يلي:

– لقد أصبح التّحكيم في الصفقات العموميّة أمرا مسلّما به ومطلباً تنمويّاً، وأنّ معارضته لم تعد تجد نفعاً.

– لم تعد هناك أهميّة للجدل الذي ثار بشأن مدى إمكانية خضوع المنازعات المتعلقة بالصفقات العموميّة للتّحكيم من عدمه والتي كانت قائمة على أساس عمومية النصوص التي تجيز التّحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة فقد تدخل المشرِّع في كثير من الدول ومنها الجزائر وأجاز التّحكيم في الصفقات العموميّة بالذات.

– التّحكيم نظام بديل يقوم على فلسفة تلاقي إرادة أطرافه في اختيار القانون الواجب التطبيق والإجراءات التي يسير عليها المحكِّمون بشرط عدم مخالفتها للنظام العام، ومن ثمّ كان لا بدّ من وضع الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصيّة منازعات الصفقات العموميّة عند خضوعها للتّحكيم منها ضرورة تطبيق قواعد وأحكام القانون الإداري التي تمنح للإدارة سلطات وامتيازات على المتعاقد معها.

– لقد استثنى التّشريع الجزائري بعض منازعات الصفقات العموميّة وجعلها غير خاضعة للتّحكيم وأعطى اختصاص نظرها للقضاء دون سواه كالمنازعات التي تثور في مرحلة إبرام الصفقة العموميّة أو المنازعات الناشئة في مرحلة التنفيذ وتلك غير المتعلقة بالالتزامات المالية للأطراف .

– يتمّ إدراج الاتّفاق على التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة إمّا بواسطة شرط التّحكيم الوارد في الصفقة ذاتها، أو بواسطة مشارطة التّحكيم إذ يتمّ الاتّفاق على التّحكيم بعد ظهور النّزاع ويفرغ كتابة على شكل ملحق للصفقة الأم.

– إنّ الدّفع بوجود اتّفاق التّحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يجب أن يثار قبل أيّ دفاع في الموضوع وإلّا اعتبر كأن لم يكن ويمتنع قضاء الدولة على نظر النّزاع الذي ورد فيه اتّفاق تحكيم إذا ما أثير قبل أيّ دفاع في الموضوع وهذا تحقيقا للغاية المرجوّة من التّحكيم ودعما لفعاليته.

– تتشكّل هيئة التّحكيم الناظرة في المنازعة من محكّمين يجب أن تتوفّر فيهم الاستقلاليّة والخبرة مع احترام مبدأ الوترية في التشكيل، ويمكن ردّهم أو استبدالهم وفقا

للحـالات والإجـراءات الـواردة فـي نـص المـادة 1016 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإدارية.

– حكم التّحكيم الصادر في منازعة صفقة عموميّة يحوز حجيّة الشيء المقضي فيه بمجرّد صدوره ويتمتع بالطبيعة القضائيّة وينفذ طواعية من طرف المحكوم عليه، إلّا أنّ تنفيذه جبرا لا يكون إلّا بعد الحصول على الأمر بتنفيذه من قضاء الدولة المختص.

– رغم أنّ التّحكيم هو نظام مستقل وطريق بديل لحلّ منازعات الصفقات العموميّة بعيداً عن السلطة القضائية، إلّا أنّ ذلك لا يعني الانفصال التّام بينهما إذ تجمعهما علاقة وثيقة تتجلى في ممارسة القضاء رقابة على أحكام التّحكيم سواء قبل صدورها أو بعد ذلك.

– الرقابة القضائيّة على التّحكيم في الصفقات العموميّة قائمة على أساس قانوني ومنطقي، فالمحكّم ليس قاضيا وإنّما هو شخص عادي أنيطت له مهمّة الفصل في نزاع تقني ومعقّد في غالب الأحيان، كما أنّه إنسان وقد تتعرّض أعماله للغش أو الغلط أو غيرها ما يؤدي لعدم عدالة حكمه وعليه كان واجباً تصحيح حكمه، وهذا لا يتحقق دون رقابة القضاء.

– الرقابة القضائيّة على التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة ليس الغرض منها إحكام الخناق على المحكم وإجراءات التّحكيم، وإنّما تهدف إلى الحماية والمساعدة وليس الى التعطيل. من هنا أوجد المشرّع رقابة سابقة على صدور حكم التّحكيم ودورها وقائي يهدف إلى الحد من صدور أحكام تحكيم باطلة، إلّا أنّها أحياناً غير كافية وعليه كان لا بدّ من وجود رقابة علاجية وهي ما تعرف بالرقابة اللّاحقة على صدور حكم التّحكيم وتتجسّد مظاهرها في مباشرة طرق الطّعن ضدّ هذه الأحكام أو بمناسبة التّنفيذ ، ولعلّ أهمّ مظاهرها هي دعوى بطلان حكم التّحكيم.

إنّ النتائج المتوصّل إليها من خلال هذه الدّراسة جعلتنا نفكّر في مجموعة من التوصيات لعلها تكون مفاتيح لدراسات لاحقة نوجزها فيما يلي:

– ضـرورة سـنّ قـانون مسـتقل يكـون شـاملا لكـلّ أنـواع التّحكـيم ، ومنهـا الصـفقات العمومية وعدم ترك هذا النظام كجزء بسيط من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يراعي هذا القانون كلّ الجوانب الشكلية والاجرائيّة والموضوعية للخصومة التّحكيميّة ككل ويصبح هذا التّشريع هو القاعدة العامّة للتّحكيم.

– إلى ذلك الحين وكضرورة آنية وجب تعديل نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية وجعلها تتوافق مع المادة 6 من المرسوم 15–247 إذ أنّ بقاء نص المادة 800 على هذه الحالة يجعل التّحكيم جائراً ومقتصراً على الأشخاص المعنوية التقليدية فقط دون باقي أشخاص القانون العام الأخرى.

– البحث عن نصوص صريحة تحدد الجهة القضائيّة المختصة في مساعدة هيئة التّحكيم أثناء سير الخصومة التّحكيميّة أو كجهة رقابة بعد صدور الحكم التّحكيمي على أن يكـون القضـاء الإداري دون سـواه كونـه الجهـة القضـائيّة الأكثـر إلمامـاً بمنازعـات الصـفقات العموميّـة والعقـود الإداريـة بصـفة عامّـة ومـا تتميّـز بـه مـن سـلطات اسـتثنائيّة ممنوحة للإدارة.

– استبعاد التشكيلة الفردية لهيئة التّحكيم وجعلها تتماشى والنّظام القضائي الإداري المبني على التّشكيلة الثلاثيّة.

– نوصـي كـذلك بوجـوب إعـادة النظـر فـي الطبيعـة القانونيّـة للـدّفع باتّفـاق التّحكـيم واعتباره دفعاً بعدم القبول وليس دفعاً بعدم الاختصاص، كما ذهب إليه التّشريع الجزائري طالمـا أنّ اتّفـاق التّحكـيم لا ينـزع الاختصـاص الكامـل للقضـاء ، وإنّمـا يحـول دون نظـر الدعوى فقط ويبقى القضاء مختصّاً بنظر باقي المسائل المتّصلة بالنزاع محل التّحكيم.

– سـحب ولايـة المحـاكم الإداريـة علـى أحكـام التّحكـيم الدوليـة وجعلهـا فـي ولايـة واختصاص مجلس الدولة على غرار باقي الأنظمة المقارنة كمصر وفرنسا.

– إضافة مواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحدّد آجالا معيّنة للقاضي لأجل الفصل في المسائل التي تخرج عن اختصاص الهيئة التّحكيميّة كدعاوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة تماشيا وخصائص التّحكيم المتميّز بالسرعة.

– إنّ سيمات وميزات التّحكيم هي التي جعلته طريقاً بديلاً عن القضاء خاصة في مجال الصفقات العموميّة، ولعلّ هذه الميزات تصطدم بطرق الطّعن الجائرة في أحكام التّحكيم، وعليه نرى ضرورة إلغاء طرق الطّعن غير المباشرة المتمثّلة في الاستئناف واعتراض الغير، والإبقاء على الطريق المباشر المتمثّل في دعوى البطلان كطريق طعن وحيد.

– ثم أنّ اتّفاقيّة نيويورك لسنة 1958 قد عمّرت طويلاً وأصبحت لا تصلح نظرا للتطوّرات التي عرفها التّحكيم الدّولي وأصبحت لا تتماشى مع فلسفة تنفيذ أحكام التّحكيم الدّوليّة خاصة، لذا وجب العمل على إبرام اتّفاقيات دولية تعمل على توحيد أسباب بطلان الأحكام التّحكيمية.

– ضرورة تفعيل العمل بالتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة الداخلية واعتباره طريقا بديلا، وهذا لأجل تخفيف العبء على المحاكم الإدارية التي عجّت رفوفها بقضايا الصفقات العموميّة.

– يجب العمل على تكثيف الدراسات ودعمها بالندوات وورشات العمل والملتقيات والأيام الدراسية لأجل نشر ثقافة التّحكيم خاصة في مجال الصفقات العموميّة ولأجل البحث عن الثغرات التي تعيب نظام التّحكيم وتقديم المقترحات الكفيلة بتطوير هذا النظام ومشاركة الجهات الحكومية والقضائية والتعليمية وفتحها على المستويات الإقليمية والدولية.

– ولعلّ الأهم هو العمل على إقرار مادة التّحكيم وربطها بالصفقات العمومية بالذات كمقرر للطلبة في كليات الحقوق والعلوم السياسية وعلى كلّ المستويات.

- إنّ غياب مراكز تحكيم بالجزائر أصبح يحدّ من تفعيل العمل بهذا النظام وعليه وجب على الجهات المتخصّصة اعتماد مراكز تحكيم بالجزائر وتنظيمها وتقنينها وجعلها تعمل تحت إشراف حكومي، وهذا لأجل تشجيع العمل بالتّحكيم وتخفيف العبئ عن القضاء.

اخيراً ورغم اهتمام المشرع الجزائري بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية إلا أن جوانبا كثيرا منه لا زال يكتنفها الغموض والفراغ، وعليه وجب على المهتمين بهذا المجال تكثيف البحوث في الموضوع للوصول إلى حلول قد تؤدي إلى عدالة قليلة التكلفة وسريعة بهدف الوصول إلى أكثر نجاعة لآجل تنفيد الصفقات العمومية بما يتماشى وفلسفة التنمية.

قائمة المصادر والمراجع

أوّلا: المصادر

- القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع.

ثانيا: قائمة النصوص القانونية والتنظيمية

أ. النصوص القانونية.

1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، ج،ر،ج،ج، عدد 94 الصادر بتاريخ 24-11-1976.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في استفتاء 23- 02-1989،ج،رج،ج، عدد 09، الصادر بتاريخ 01-03-1989.

3- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في استفتاء 28-11-1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96- 438 المؤرخ في 07- 12- 1996،ج،ر،ج،ج عدد 76 الصادر بتاريخ08-12-1996،المعدل بالقانون 02-03 الصادر في 10-04-2002 ج،ر،ج،ج،عدد25 الصادر في 14-04-2002 المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 15-11-2008 ج،ر،ج،ج،عدد63 الصادر في 16-11-2008 المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06-03-2016 ،ج،ر،ج،ج، عدد14 الصادر بتاريخ 07-03-2016 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20 -442 المؤرخ في 30-12-2020 المصادق عليه في استفتاء 01-11-2020، ج،ر،ج،ج عدد 82 الصادر بتاريخ 30-12-2020.

ب_ النصوص التشريعية والتنظيمية الوطنية.

1- أمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم، المتضمن قانون العقوبات الجزائري ،ج،ر،ج،ج، عدد 49 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1966.

2- الأمر رقم 67- 90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 52 الصادرة بتاريخ 27 يونيو 1967.

3- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26- 09-1975، المتضمن القانون المدني جريدة رسمية عدد 78 المؤرخة في 30- 09- 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13- 05- 2007، ج،ر،ج،ج، عدد 31 لسنة 2007.

4- الأمر 75- 59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري، ج، ر ج،ج،عدد 101 الصادر بتاريخ 19- 12- 1975، معدل ومتمم.

5- المرسوم رقم 82- 45 المؤرخ في 10-04-1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج،ر،ج،ج، العدد 15 الصادر بتاريخ 13 أبريل 1982.

6- المرسوم رقم 84- 116 المؤرخ في 12-05-1984، المتضمن إحداث النشرة الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج،ر،ج،ج، العدد 20 الصادرة بتاريخ 15-05-1984.

7-القانون رقم 88-01 المؤرخ في12-01-1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج،ر،ج،ج، عدد 2، الصادر بتاريخ 13-01-1988،المعدل والمتمم.

8-القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 ، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج،ر،ج،ج، عدد 53 ، الصادر بتاريخ 13-12-1989

9-المرسوم التنفيذي 91- 434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج،ر،ج،ج،عدد 57 الصادر بتاريخ 13-11-1991.

10- الأمر 95-22 المؤرخ في 25-08-1995 المتضمن خوصصة المؤسسات العمومية ج،ر،ج،ج، عدد 48 لسنة 1995.

11- القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26-06-2001 المتضمن، قانون العقوبات الجزائري، ج،ر،ج،ج، عدد 34 الصادر بتاريخ 27-06-2001.

12- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج،ر،ج،ج،العدد 52 الصادر بتاريخ 28 يوليو 2002.

13- المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج،ر،ج،ج عدد 55 الصادر بتاريخ 14-09-2003.

14- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المعدل والمتمم والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج،ر،ج،ج، عدد 14 الصادر بتاريخ 08-03-2006 المعدل والمتمم بالأمر 10-05 المؤرخ في 26-08-2010 ج،ر،ج،ج،عدد 50 الصادر بتاريخ 01-09-2010.

15- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج،ر،ج،ج، عدد 24 الصادر بتاريخ 23-04-2008.

16- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج،ر،ج،ج، عدد 62 الصادر بتاريخ09-11-2008.

17- المرسوم الرئاسي رقم10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج،ر،ج،ج، عدد 58 الصادرة بتاريخ 07-10-2010.

18- المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 01-03-2011 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في07-10-2010،ج،ر،ج،ج،عدد14 لسنة2011.

19- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18-01-2012، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج،ر،ج،ج، عدد 04 الصادر بتاريخ 26-01-2012

20- المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13-01-2013 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 والمتضمن قانون الصفقات العمومية ج،ر،ج،ج عدد 02 الصادر بتاريخ 13-01-2013.

21- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.

22- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج،ر،ج،ج، عدد 50 الصادر بتاريخ 20-09-2015.

ج. النصوص القانونيّة الأجنبيّة:

1. قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2001المعدل بالمرسوم2011-1000 المؤرخ في 25-08-2001 المعدل والمتمم بالمرسوم 360-2016 الصادر 25-03-2016 ،ج،ر،ف رقم 74 الصادرة بتاريخ 27-03-2016.
2. القانون رقم 92-386 المؤرخ في 22-07-1992، المتضمن قانون العقوبات الفرنسي ، ج،ر،ف الصادرة في 23-07-1992 .
3. المرسوم رقم 75-1123 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الصادر بتاريخ 09-12-1975 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13-01-2011 .
4. قانون رقم 27 لسنة 1994 الصادر في 21-04-1994 المتضمن قانون التحكيم المصري في المواد المدنية التجارية،ج،ر،م العدد 16 الصادر بتاريخ 21-04-1994 المعدل والمتمم بالقانون 09 لسنة 1997 ،ج،ر،م، العدد 20 الصادر بتاريخ 15-05-1997.
5. قانون رقم 05-08 لسنة 2007 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربية.
6. المرسوم الملكي رقم 46 الصادر بتاريخ 12-07-1403 المتضمن قانون التحكيم السعودي المنشور في جريدة أم القرى ،عدد،2969 الصادر بتاريخ 22-08-1403.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

أ. المراجع العامة

1- إبراهيم محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة مصر،1981.
2- أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التّحكيم التّجاري الدولي، دار الفكر العربي مصر، دون طبعة،1981.

3- أحمد أبو الوفا، التّحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية ،مصر ط 2015.

4- أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط13، 1980.

5- أحمد السيد ضاوي، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 1979.

6- أحمد شعبان علي الحلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، سنة 2015.

7- أحمد عبد الكريم سلامة، التّحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ،ط1، 2004.

8- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التّحكيم التجاري الدولي، تنظير وتطبيق مقارن دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ط1، بدون سنة النشر.

9- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أبجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر ،ط2006،7.

10- آدم وهيب البداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، العراق ط3 2011.

11- أشرف جابر سيد، موجز أصول الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ط 2003.

12- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتّحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دار النهضة العربية، مصر، ط2، 1998.

13- أيمن بهاء الدّين، المركز القانوني للمحكم، دار الجامعة الجديدة للنّشر الإسكندريّة، مصر، دون طبعة 2015.

14- بدوي حنا ، التّحكيم موسوعة قضايا أصول المحاكمات المدنية، منشورات زين الحقوقية، مركز الشرق الأوسط الثقافي، بيروت لبنان، الجزء العاشر، ط1، 2012

15- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم09-08 المؤرخ في 23 فيفري 2008، ط 02، منشورات بغدادي،الجزائر ،2009.

16- بربري مختار محمود أحمد، التّحكيم التّجاري الدّولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط2007،03.

17-بوزيان سعاد، طرق الاثبات في المنازعات الإدارية، دار الهدى، الجزائر2015.

18-بلعروسي أحمد التيجاني ووابل رشيد، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر، دون طبعة ، وسنة النشر.

19- تركي نور الدين، التّحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999.

20- جاك الحكيم، الحقوق التجارية، مطبوعات جامعة دمشق،سوريا،ج01، 1989.

21- جمال الدّين بن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان،ج01، 1994.

22- حسن السيد بسوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، الهيئة العامة للكتاب..... 1981.

23- حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي.....

24- حفيظة السيّد حداد، الموجز في النظرية العامة في التّحكيم التّجاري الدّولي منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، دون طبعة، 2010.

25-خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتّحكيم وأثره على الدعوى القضائية، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012-2013.

26- خالد أحمد حسن، بطلان حكم التّحكيم، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،ط12010.

27- خالد محمّد القاضي، موسوعة التّحكيم التّجاري الدّولي في منازعات المشروعات الدّولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق مصر، ط1، 2002.

28- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2008.

29- رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية، الدعاوى وطرق الطعن العادية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،الجزء02، ط2013،02.

30- رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2005.

31- زكي النجار، الوسائل القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية 1994.

32- سامية راشد، التّحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، القاهرة مصر، ط1، 1984.

33- سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري،، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر،2015.

34- سيد أحمد محمود، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والكوني والمصري، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ط2004.

35- شويحة زينب، الإجراءات المدنيّة في ظلّ القانون 08-09، الدعوى الاختصاص الخصومة، طرق الطعن، دار أسامة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة3،2000.

36- صابر غلاب ، إدارة إجراءات التحكيم ، الجوانب القانونية والعلمية في قضاء التحكيم ، الدعوى التحكيمية، الشروط، الاجراءات ، دعوى البطلان، قواعدها وحالاتها، آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 2018.

37- عامر فتحي البطانية، دور القضاء في التّحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة عمان، الأردن، ط1، 2009.

38- عبد الحكم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، دار المطبوعات الجامعيّة، القاهرة مصر، ط02، 1994.

39- عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية والحجوز والتحفظ ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ،1991.

40- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار المعارف، لبنان 1998.

41- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2008.

42- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، ج30، مؤسّسة نوفل، لبنان، دون طبعة،1990.

43- عبد الحميد الشواربي، التّحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة، منشاة المعارف ، الإسكندرية، مصر 1996.

44- عبد الحميد المنشاوي، التّحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994. منشأة المعارف الإسكندرية مصر، ط1 1994.

45- عبد الرحيم بحار، الاجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والاقتصادية،ع8، 2005.

46- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد الأول، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر، ط ،1981.

47- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.

48- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإداريّة، في ضوء قانون المناقضات والمزايدات و لائحته التنفيذيّة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة مصر،2015.

49- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً ، سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ تعاقداتها الإدارية، الالتزامات

التعاقدية للإدارة المتعاقدة معها، تسوية منازعات العقود الإدارية، منشأة المعارف القاهرة، مصر، 2009.

50- عبد الغفار حسين ، التحكيم نعم أم لا ، دار النشر، دبي الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى،1991.

51- عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية ج5، من دون مطبعة وسنة الطبع.

52- عبد القادر نريمان، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 1996.

53- عبد الهادي عباس و جهاد هوامش، التّحكيم، المكتبية القانونية، دمشق، سوريا ط3، بدون سنة.

54- عزمي عبد الفتاح ، التحكيم في القانون الكويتي ، مطبعة جامعة الكويت ، ط1 1990.

55- عزمي عبد الفتاح، أساس الادّعاء، دار النهضة العربيّة، القاهرة مصر، دون طبعة، 1991.

56- علي إسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم في التحكيم، في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

57- علي بركات، الطعن في أحكام التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصرط01،2003.

58- علي عوض حسن ، التّحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية دار الفكر الجامعي ، القاهرة، مصر، 2001.

59- عماد محمد عبد الله، اتّفاق التحكيم وإجراءات المحكم ، مكتبة الصباح ، بغداد العراق، 2013.

60- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع الجزائر،ط1، 2007.

61- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرّئاسي 15-247 المؤرّخ في 16سبتمبر2015، جسور للنشر والتوزيع، القسم الأوّل الجزائر ، ط5،2017.

62- فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر ط3، 1993.

63- فتحي والي، قانون التّحكيم في النّظريّة والتّطبيق، منشأة المعارف، مصر، ط1 2007.

64- كروم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي مصر، 2010.

65- كلوفي عز الدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012.

66- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التّحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، ط1،1999.

67- لزهر بن سعيد، التّحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون ،إ،ج،م،إ، والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2014.

68- مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، المناقصة العامّة نموذجا، دار الجامعة الجديدة، القاهرة مصر، ط2، منقحة، 2010.

69- مبروك بن موسى، فقه وقضاء محكمة التعقيب والتّحكيم التجاري الدولي منشورات بخمسون عاما من فقه القضاء المدني، 1959-2009، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010.

70- محمّد إبراهيم أبو الهيجاء، التّحكيم بواسطة الإنترنيت، الدار العلميّة الدوليّة للنشر والتّوزيع، عمان الأردن، ط 01، 2002.

71- محمّد حسن جاسم المعماري، التّحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني المكتب الجامعي الحديث، الإسكندريّة مصر، ط1، 2014

72- محمد شهاب ، أساسيات التّحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربياً وعالمياً، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة مصر، ط1، 2009.

73- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، منازعات الصفقات العمومية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

74- محمد عبد المجيد إسماعيل ، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة لأثر العولمة الثقافية على المتغيرات التشريعية والقضائية والانماط التعاقدية وفكرة بداية ونهاية العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، الامارات العربية المتحدة، 1999.

75- محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، مصر،2008.

76- محمد واصل حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، دراسة مقارنة مسقط، عمان، ط 2004.

77-محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

78- محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، طبعة 1999.

79- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط03، 2007.

80- محمود مرسي، شرح القانون المدني المصري ، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1988.

81- محي الدين إسماعيل، منصة التّحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول دار الفكر العربي، القاهرة،1986.

82-مفتاح خليفة عبد الحميد ،وحمد محمد حمد الشيلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، طبعة2008.

83- نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،2002.

84- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ،ط1.2001.

85- نبيل إسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم المحكّم، دار الجامعة الجديدة الإسكندريّة مصر،2011.

86- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنيّة والإداريّة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2008.

87- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، النظرية العامّة للتّحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، ط1 2016.

88- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية لبنان،ط2، 2012.

89- نور الدين قارة، قانون التّحكيم، مقدمة عامة، التّحكيم الداخلي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2017.

90- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر1997.

91- هشام بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، التّحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط 1، 2012.

92- وائل أنور بندق، موسوعة التّحكيم، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية مكتبة الوفاء القانونية، مصر ط2، 2009.

93- يحي الجمل، اختيار المحكمين ، حصاد القرن العشرين في عالم القانون، دار الشرق الأوسط، القاهرة، مصر، ع1، ط 2006.

94- يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم الاجراءات الوقتية والتحفظية ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2017.

95- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون،إ،ج، م،إ، الجديد ، دار هومة، الجزائر، ط2009.

ب. المراجع المتخصصة:

1. أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى ، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدّولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة سنة 2008.
2. إبراهيم أحمد إبراهيم، التّحكيم الدّولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط2، سنة 2000.
3. أحمد أبو الوفا، التّحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ط 5، 1987.
4. أحمد أبو الوفا، التّحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المنشورات الجامعية، القاهرة مصر،2007.
5. أحمد أبو الوفا، عقد التّحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات العربية، الإسكندرية مصر، ط 2007.
6. أحمد قسمت الجدوي، التّحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، درا النهضة ، مصر،1982.
7. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التّحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، دون طبعة،2008.
8. أشرف محمد خليل حماد، التّحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ط1، 2010.
9. إيناس خلف الخالدي، التّحكيم والوسائل البديلة لحلّ المنازعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2016.
10. بشار جميل عبد الهادي، التّحكيم في منارات العقود الإداريّة، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2005 .
11. جابر جاد نصار، التّحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، ط1 سنة 1987.

12. جورجي شفيق ساري، التّحكيم ومدى جواز اللّجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،1999.
13. جعفر مشمش، التّحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجاري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2009.
14. جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التّحكيم بين الإجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2016 .
15. حسن محمد هند، التّحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبير، مطابع شتات، مصر، 2008.
16. حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 2000.
17. حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التّحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر، للدراسات والبحوث العلمية القاهرة، مصر، ط 1، 2017.
18. خالد عبد الهادي الزناتي، بطلان حكم التّحكيم الدّولي، دعوى البطلان وإجراءاتها العملية وآثارها، المكتبة العصريّة للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2011.
19. دويب حسين صابر، حدود اختصاص القضاء الإداري بدعوى بطلان أحكام التّحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة 2014.
20. رجب محمد السيّد الكحلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2010.
21. رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2016
22. سهيلة بن عمران، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية مركز الدّراسات العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2016.

23. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي وأحمد محروس علي باجي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ط1، 2012.

24. شرف الدين أحمد، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 1993.

25. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة ، في ضوء احدث الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع المصري والفرنسي دار الفكر والقانون للتوزيع، مصر، 2011.

26. صابرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 2016.

27. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

28. عزيزة الشرف، التّحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1993.

29. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، دون طبعة، 2003.

30. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة،2013.

31. غلاب عبد الحق، التحكيم في الصفقات العمومية وفا للتشريع الجزائري ، في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر دون طبعة ، 2017 .

32. فؤاد محمد أبوطالب، التّحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام ، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر 2010.

33. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التّحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.

34. قمر عبد الوهاب، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، دار المعرفة الجزائر، 2009.

35. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتّحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، دون طبعة، 2004.

36. محمد ابراهيم خيري الوكيل، اتّفاق التّحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مطبعة القانون والاقتصاد، السعودية، ط 2014.

37. محمّد الحبيب، القضاء والتّحكيم،" أيّة صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية" دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط 1، 2016.

38. محمد بن سعيد بن حمد ألمعماري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ. دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر طبعة 2011.

39. محمد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ احكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، دون طبعة، 2015.

40. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2003.

41. محمّد علي بني مقداد، المسلك السّليم لإصدار وتنفيذ حكم التّحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دروب للنّشر والتّوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2013.

42. محمّد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أعمال المحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،ط1، 1993.

43. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003.

44. محي الدين مصطفى أبو أحمد، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون طبعة ،2008.

45. مراد محمّد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة دار الثقافة، الأردن، ط1 ،2010.

46. مصطفى بونجة ونهال اللّواح، التّحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، ط1، 2015 .

47. مناني فراح، التّحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديلات، ق،إ،ج،م،إ دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، طبعة 2010.

48. منير عبد المجيد، الأسس العامّة للتّحكيم الدّولي والدّاخلي، منشأة المعارف الإسكندريّة، مصر ،ط1، 2000.

49. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتّحكيم الدّولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1997.

50. نجلاء حسن السيد، التحكيم في المنازعات الإدارية ، درا النهضة العربية، مصر ط2، 2003-2004.

51. هاني محمّد كامل المنايلي، اتّفاق التّحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، مصر ط 1، 2014.

52. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدّولية أمام المحكّم الدّولي، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، ط1، 2008.

53. وائل عز الدّين يوسف، التّحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدّولي، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، مصر، دون طبعة 2010.

54. يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونيّة ، الإسكندريّة مصر ط1، 2011.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ. أطروحات الدكتوراه

1. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1975.

2. أمينة مصطفى النمر، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1992.

3. بو الصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010-2011.

4. بوحادي عمر ، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

5. بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة،الجزائر ،2008،2007.

6. جعفر ذيب المعاني، التّحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، ط 01، 2014.

7. رزوق نوال، الرقابة على أحكام المحكّمين في ظلّ التحكيم التجاري الدّولي أطروحة دكتوراه، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2014-2015 .

8. سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق باتنة، الجزائر، 2010-2011.
9. صديق بغداد، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم الدولي في القانون الجزائري والقانون الدولي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر ،2013-2014 .
10. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2010-2011.
11. علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسيع في اللّجوء للتّحكيم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق قسم القانون العام،2012.
12. عدنان يوسف الحافي، النظام القانوني للتحكيم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدّراسات العربية، قسم البحوث والدّراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2008.
13. قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
14. نبيل زيد مقابلة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونيّة في القانون الدّولي الخاص أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدّراسات العربيّة، القاهرة، مصر ،2007.
15. هدى محمّد عبد الرحمان، دور المحكّم في خصومة التّحكيم وحدود سلطاته أطروحة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، مصر1997.

ب. مذكرات الماجستير

1. أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم الدولي وفق القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية 2010.
2. بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة الجزائر،2010.
3. بن قلفاط مايا، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001-2002.
4. بوكلي نور الدّين، اتّفاق التّحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1995-1996.
5. بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، ذات الطابع الدولي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.
6. حدادان الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر 2012.
7. حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التّحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر. 2012-2013.
8. الحسين لعوبي، سلطة القاضي الإداري في الاثبات والتحقيق في الدّعوى الإداريّة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة محمّد بوضياف، المسيلة، الجزائر 2014، 2015.
9. دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم ، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال ،كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة 2008.

10. زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً للقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2015-2016.

11. سعيدي بن يحي، الملكية في الجزائر بين التأميم والخصخصة، مذكرة ماجستير معهد البحوث العربية القاهرة، 2006-2007.

12. سمير عبود فرحان، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص جامعة الشرق الأوسط، لبنان، 2017.

13. شهيناز حسن علي ربيعي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، الجامعة الخليجية كلية الحقوق قسم القانون العام، القاهرة مصر،2009.

14. صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، 2002.

15. طاهير العيد، الاخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء تنفيذها كركن من أركان جريمة المحاباة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014.

16. عمار غالب مصطفي تركمان ،تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، 2013.

17. عيسى بادي سالم الطراونة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط، لبنان، 2011.

18. قطاف حفيظة، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء ، ق،إ،ج،م،و،إ، الجزائري الجديد 08-09، رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر 2014-2015.

19. كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير معهد الحقوق والعلوم القانونية والإدارية ، بن عكنون ، الجزائر، 2001-2002.

20. كمال بوجاه، اتفاقية التعاون القانون والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، السنة الجامعية 1993-1994.

21. محمد بن عمر ، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة مكملة للنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والسياسية، قسم الحقوق ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر،2015.

22. محمدي أحمد بن صالح المعولي، العوامل المؤثرة في إثبات الدعوى الإدارية ودورها في خلق نظرية خاصة بالإثبات أمام القضاء الإداري، دراسة تحليلية وتطبيقية في كل من الأردن، وسلطة عمان، رسالة ماجستير في الحقوق ، قسم القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن،2011.

23. نساخ سفيان، التحكيم في نزاعات عقود استغلال النفط في القانون الجزائري رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان بيرة ،بجاية ، الجزائر2013-2014.

24. ولد علي عمار ماسينيسا، الاخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العموميّة قبل إبرامها كركن من أركان المحاباة، مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي ليابس، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة،2013-2014.

25. وهيبة بلباقي، الاثبات في المواد المدنية والإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010.

رابعاً: المقالات العلمية المنشورة في المجلات

01- إبراهيم إسماعيل الربيع ،علي صباح خدير الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري ذات الطابع الدولي ،**مجلة** المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ،كلية الحقوق، جامعة نابل ،ع2 ،2015 .

02- أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، **مجلة** المحكمة العليا ،عدد خاص، ج1، قسم الوثائق، الجزائر 2009.

03- إلياس عجابي، النظام القانوني للتّحكيم التجاري الدّولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والتجارية، **مجلة** المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد السابع، 2010.

04- بنور أسماء، القاضي الإداري والتحكيم، **مجلة** القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة الجزائر، العدد 4، جوان 2016.

05-يم إسماعيل الربيع ،علي صباح خدير الجنابي ،النظام القانوني لتنفيذ أحكام التّحكيم التجاري ذات الطابع الدولي، **مجلة** المحقق للعلوم القانونية والسياسية كلية القانون، جامعة بابل،العراق،ع02،السنة السابعة،2015.

06- جبايلي صبرية ، بوعبد الله مختار، مقال التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء، ق،إ،ج،م،إ، 08-09 ، **مجلة** العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، الجزائر، عدد 43، جوان 2015.

07- جورج حزبون، وعبيدات رضوان إبراهيم، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم الأردني والمقارن، **مجلة** دراسات علوم الشّريعة والقانون، الجامعة الأردنيّة، مجلد 33 عدد 02.

08- زيادة محمّد فالح، دور إرادة التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية، **مجلة** جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات مجلد،1،ع 30، حزيران 2013.

09- حليمة جبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام ق،إ،ج،م، إ، الجزائري الجديد ، **مجلة** المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدارسيين حول الطرق البديلية لحل النزاعات ، الصلح والوساطة والتحكيم الجزائر يومي15-16 جوان 2008، ج2، 2009.

10- محمّد ماهر أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التّحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنّت قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم، **مجلة** التحكيم العربي، العدد الأوّل 1999.

11- محمّد عبد الله المؤيد، جواز التحكيم في العقود الإداريّة عبر الحدود بين مفهوم العالمية والعولمة، **مجلة** حقوق، حلوان للدراسات القانونيّة والاقتصادية، القاهرة مصر، عدد 10-2004.

12- محمدين جلال، التّحكيم تحت مضلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، **مجلة** حقوق الإسكندرية، الجزء الثاني،2015.

13- ميمونة سعاد، الغرامة التهديدية في المنازعات الإدارية، **مجلة** الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر،ع 2016،2.

14- مجرابي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، **مجلة** الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة المدية، الجزائر، ع 13،جويلية 2018، ص804.

15- نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية، **مجلة** المحكمة العليا، عدد خاص، ج1، قسم الوثائق، الجزائر 2009.

16- نسيغة فيصل وغريبة سميّة، الرقابة القضائية على حكم التحكّم عن طري رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، **مجلة** المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 17، 2018 .

17- سيف الدّين إلياس حمدتو، التّحكيم الإلكتروني، **مجلّة** العلوم القانونيّة، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، عدد 3، جوان 2011.

18- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الإلزامي، **المجلة** التونسية للتّحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتّحكيم، تونس، العدد 02، 2002.

19- عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، **مجلة** المحكمة العليا عدد خاص، ج1،2009، قسم الوثائق، الجزائر.

20- علوان محمد يوسف، الاتجاهات الحديثة في العقود الإدارية الاقتصادية، مقال منشور في **مجلة** نقابة المحامين الأردنيين، العدد 11، 1976.

21- علي صادق قناص عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي، **مجلة** العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاويا ليبيا، عدد 8، السنة الرابعة جوان 2016.

22- عقون مصطفى، حكم التحكيم الدّولي ومدى إمكانية الطّعن فيه، **مجلة** القانون والعلوم السيّاسيّة، معهد الحقوق والعلوم السيّاسيّة، المركز الجامعي أحمد صالحي، النعامة، الجزائر،ع 6-2017.

23- فؤاد ذيب، تنفيذ أحكام التّحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة، القسم الأولى، **مجلة** جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، عدد 3، 2011.

24- رشدي المحمدي، التّحكيم والصفقات العمومية، **المجلة** التونسية للتحكيم الصادرة عن مركز تونس للمصالحة والتّحكيم، تونس، العدد 03، سنة 2005.

25- رضا هميسي ، خركوكي مباركة حنان، دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكمية ، **مجلة** العلوم القانونية والسياسية ، جامعة الواد ، عدد 17 جانفي 2018.

26- غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظلّ المرسوم الرّئاسي 15-247. **مجلة** معالم للدراسات القانونيّة والسيّاسيّة، العدد الرابع جوان 2018. المركز الجامعي تندوف الجزائر.

27- عمامرة حسان، المنازعة الإدارية القابلة للتّحكيم، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 18، جوان 2017.

28- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن الكويتي والمصري **مجلة** الحقوق الكويتية، ع3، سبتمر 2001.

29- محمّد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللّجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، **مجلّة** دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، العدد 2007.02.

30- جورج حزبون، النظام القانوني للتّحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، **مجلة** كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، السنة11، 2009.

31- إبراهيم حرب محسين، طبيعة الدفع بالتّحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمقارن **مجلة** البحوث والدارسات ، الأردن، عدد1 1997.

32- يحي عبد العزيز الجمل، المخاصمة والرد، دراسة مقارنة بين القضاة والمحكم **مجلة** التحكيم العربي، القاهرة، مصر، عدد 9، 2006

33- عبد الله السوفاتي، التدخل القضائي في إجراءات ، دراسة نظرية مقارنة، **مجلة** جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية ، مج 24، ع4، 2012.

خامساً: الملتقيات والمؤتمرات والندوات.

01- الندوة الدولية حول موضوع القضاء والتحكيم، بمساهمة رئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم التجاري، العميد عبد الوهاب الباهي، عضو التحكيم بواشنطن ورئيس الاتحاد المغاربي للتحكيم والتجارة الدولية ونقابة محامين ناحية تلمسان الجزائر، المنعقدة بتلمسان يوم 15-6-2015.

02- أحمد السيّد الصاوي، بطلان حكم التّحكيم، مداخلة في المؤتمر السّنوي 16 للتحكيم التجاري الدّولي، كليّة الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أفريل 2008.

03- شريبط وسيلة، طرق الطّعن في قرارات التحكيم التجاري الدولي في الجزائر دراسة مقارنة، مداخلة في الملتقى الدولي حول التعاون القضائي الدولي،الجزائر ،2016.

04- عبد العزيز محيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التّحكيم التّجاري الدّولي، دراسة مقارنة مع القضاء الدّولي، المؤتمر السّنوي السّادس عشر، التّحكم التّجاري الدّولي أهمّ الحلول البديلة لفضّ المنازعات الاقتصاديّة، كليّة القانون جامعة الامارات العربيّة المتّحدة، 28، 30 أبريل 2008.

05- عيساوي محمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الباطلة في ضوء ق،إ،م،و ،إ الجزائري ،مداخلة في الملتقي الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزعات ،الحقائق والتحديات ،26 -27 أفريل 2016 جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر .

06- يسرى محمّد العطار، دور هيئات التحكيم في المنازعات الإداريّة، مداخلة ألقيت في الملتقى العربي الثّالث لتطوير العلاقات بين القانونيين والإداريين، تحت عنوان: " أثر التكنولوجيا والمعلوماتيّة على النشاط القانوني والإداري"، بشرم الشيخ، مصر يومي 15-17 ديسمبر 2003.

سادساً: الاتفاقيّات والمعاهدات الدولية.

1-اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المعترفة بالتحكيم لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنضمة إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 ، المؤرخ في 11-05-1988 ، جر عدد 48 لسنة 1988.

2- الاتّفاقية الأوربية للتّحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، والتي وضعت موضع التنفيذ في 07 يناير 1964.

3-اتفاقية في واشنطن الأمريكية بتاريخ 18مارس1965 وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21جانفي1995 المتضمن

المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى الصادر بالجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 1995 .

4-اتّفاقية الجزائر المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية والجمهورية الفرنسية المتعلّقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود والتنمية الصناعية الجزائرية والموقعة في مدينة الجزائر في 29 جويلية 1965،ج، ر ج،ج، الصادرة في 19 نوفمبر 1965. والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 65-287 المؤرخ في 18 نوفمبر 1965.

5-اتّفاقية الجزائر المتضمنة المصادقة على البرتكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الجزائر وفرنسا،ج،ر،ج،ج، عدد 32 الصادرة في 10 أوت 1982، والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي 259-82 المؤرخ في 07 أوت 1982.

6-اتّفاقية عمان للتّحكيم التّجاري والتي أقرّها مجلس الوزراء العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80-55 في أبريل 1987.

7- اتّفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في30 أكتوبر1995،ج،ر،ج،ج،عدد66 الصادر بتاريخ 05-11-1995.

المراجع الأجنبية:

01_ Bergeal Catherine ,Lenica ,Frédéric, contetieux des marches public, imprimerie nationale, Edition Paris 2004 .

02_ David René : L'arbitrage dans le commerce international, édition 1, économica, paris, 1982.

03_ J. Gaudement :« Institution de l'antiquité » Sirey, 2édition 198,N103

04_Jean robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privée, Dalloz, 1993.

05_ Jean Robert , l'arbitrage droit interne et internationale Edition 4N° 409.

06_ Joseph Richani, les preuves dans l'arbitrage international , thèse doctorat ,université libanaise , 2013.

07_ houleux Dominique.Foyer jacques pro delle Gérard de creouffre ; droit international privé. Paris 1981.

08_ ISSAD(M) : « La nouvelle Loi Algérienne relative à l'arbitrage international » revue de l'arbitrage ,2008, n°3 .

09_ Motulsky « La nature de l'arbitrage » in Ecrits, t, II , Etude notes sur l'arbitrage , Dal loz 1974.

10_ Mohamed Mentalecheta , L'Arbitrage commercial en droit Algerien . Office des publications universitaires ;Alger , 2eme Edition,1986 .

11_ Mohand issad, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international. Revu de l'arbitrage 2008.

12_ Mostafa Trari Tani, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1er Edition , Ed Berti, Alger, 2007

13_ Patrick schultz.les marchés publics l.g.d.j .France 200311_ 12_Loquin ,E , les obligations de confidentialie dans l'arbitrage,revue de L'arbitrage,2006.

14_ Hocine Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thés de doctorat en droit, université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, Algérie, juin 2012.

15_ Pierre. D'elvolvé. L'arbitrage en droit public Français, in collection l'arbitrage en droit public, sous la direction de David Renders , pierre d'elvolvé et thierrytanquerelBruylant 2010.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

بسملة	
شكر وعرفان	
اهداء	
قائمة المختصرات باللغة العربية	
قائمة المختصرات باللغة الفرنسية	
مقدمة	1
الباب الأوّل: التّحكيم آلية من آليات تسوية منازعات الصفقات العموميّة	
الفصل الأوّل: المحدّدات المفاهيمية للتّحكيم في الصفقات العموميّة.	
المبحث الأوّل: نظام التّحكيم وعلاقتُه بالصفقات العموميّة.	21
المطلب الأوّل: مفهوم التّحكيم وإطاره القانوني.	22
الفرع الأوّل: تعريف التّحكيم وبيان أسسه.	22
الفرع الثّاني : مصادر التّحكيم.	32
الفرع الثالث: مفهوم المنازعة في تنظيم الصفقات العموميّة.	43
المطلب الثّاني: الطبيعة القانونية للتّحكيم.	45
الفرع الأوّل: الطبيعة التّعاقدية للتّحكيم.	46
الفرع الثّاني: الطبيعة القضائيّة للتّحكيم.	48
الفرع الثالث: التّحكيم ذوطبيعة مختلطة.	49
الفرع الرّابع : الطبيعة المستقلّة للتّحكيم.	49
المبحث الثّاني: ذاتية وأهميّة التّحكيم في الصفقات العموميّة.	54
المطلب الأوّل: أهمية نظام التّحكيم وسيماته في منازعات الصفقات العموميّة.	54
الفرع الأوّل: أهميّة نظام التّحكيم في الصفقات العموميّة.	54
الفرع الثّاني: مزايا نظام التّحكيم وعيوبه.	57
المطلب الثّاني: أنواع التّحكيم وتميّزه عمّا يشابهه.	64
الفرع الأوّل: تقسيمات وأنواع التّحكيم.	65

الفرع الثّاني: تميّز التّحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له.	75
الفصل الثاني: التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة طريق جديد ذو طبيعة غامضة.	
المبحث الأوّل: وسيلة التّحكيم ومدى ملاءمتها كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية.	84
المطلب الأوّل: نطاق التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	85
الفرع الأوّل: عدم جواز اللّجوء للتّحكيم في الصفقات العموميّة .	85
الفرع الثاني: جوازية اللّجوء إلى التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	91
المطلب الثّاني: الاتّفاق على التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	101
الفرع الأوّل: صور اتّفاق التّحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العموميّة.	102
الفرع الثّاني: الاتّفاق على التّحكيم (مشارطة التّحكيم) عند تنفيذ الصفقة العموميّة.	122
الفرع الثّالث: استقلالية اتّفاقية التّحكيم عن الصفقة العموميّة.	129
المبحث الثّاني: الأحكام الإجرائيّة للتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	140
المطلب الأوّل: هيئة التّحكيم والإجراءات التّحكيميّة المباشرة أمامها.	141
الفرع الأوّل: محكمة التّحكيم.	142
الفرع الثاني: الإجراءات التّحكيميّة.	149
المطلب الثّاني: حكم التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة وكيفية تنفيذه.	159
الفرع الأوّل: مفهوم الحكم أو القرار التّحكيمي.	159
الفرع الثاني: أنواع أحكام التّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	160
الفرع الثالث: شروط إصدار الحكم التّحكيمي.	164
الفرع الرابع: مضمون الحكم التّحكيمي.	171

الباب الثاني: الرقابة القضائيّة على التّحكيم في الصفقات العموميّة.	
الفصل الأوّل: الرّقابة القضائيّة السّابقة لصدور حكم التّحكيم.	
المبحث الأوّل: نطاق وحدود الرقابة القضائية على اتّفاق التّحكيم.	179
المطلب الأوّل: مفهوم اتّفاق التحكيم وصوره في منازعات الصفقات العمومية.	181
الفرع الأوّل: مفهوم اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية.	181
الفرع الثّاني: صور اتّفاق التّحكيم في منازعات الصفقات العمومية	182
المطلب الثّاني: طبيعة الدفع بالتّحكيم في منازعات الصفقات العموميّة	185
الفرع الأوّل: موقف الفقه والقضاء المقارن.	186
الفرع الثّاني: موقف المشرِّع الجزائري.	190
المبحث الثاني: مظاهر الرقابة القضائية على اتّفاق التحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	192
المطلب الأوّل: رقابة ودور القضاء في تشكيل هيئة التّحكيم.	194
الفرع الأوّل: شروط وضوابط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم.	195
الفرع الثّاني: الجهة القضائية المختصة باختيار المحكّمين.	203
الفرع الثّالث: دور القضاء في ردّ المحكّم.	208
الفرع الرابع: اختصاص القضاء بنظر المنازعة الإدارية في حالة عدم صدور حكم التّحكيم في الميعاد.	215
المطلب الثّاني: رقابة القضاء على سير الخصومة التّحكيمية.	218
الفرع الأوّل: تعريف الإجراءات التحفظية والوقتية.	220
الفرع الثّاني: الجهة المختصة باتّخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية	221
المطلب الثالث: دور القضاء في جمع أدلة الإثبات واستدعاء الشهود.	228
الفرع الأوّل: تعريف الإثبات وأنواعه.	229
الفرع الثاني: مظاهر تدخل القضاء للحصول على الأدلة.	233
الفصل الثّاني: الرقابة اللّاحقة على صدور حكم التّحكيم.	
المبحث الأوّل: الرّقابة غير المباشرة.	239

المطلب الأوّل : الرقابة عن طريق مباشرة طرق الطعن في حكم التّحكيم الصادر في منازعات الصفقات العموميّة.	240
الفرع الأوّل: طرق الطّعن في أحكام التّحكيم الداخلي.	241
الفرع الثّاني: طرق الطّعن في أحكام التّحكيم الدّولية.	253
المطلب الثّاني: الرقابة من خلال تنفيذ حكم التّحكيم.	260
الفرع الأوّل: تنفيذ أحكام التّحكيم الداخلية.	263
الفرع الثّاني: تنفيذ أحكام التّحكيم الدوليّة.	267
المبحث الثاني: الرقابة المباشرة.	277
المطلب الأوّل: الأسس القانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	278
الفرع الأوّل: تعريف دعوى بطلان حكم التّحكيم.	279
الفرع الثّاني: الطبيعة القانونيّة لدعوى بطلان حكم التّحكيم.	282
الفرع الثالث: نطاق دعوى البطلان	284
المطلب الثّاني: النظام القانوني والإجرائي لدعوى بطلان حكم التّحكيم في مجال منازعات الصفقات العموميّة.	288
الفرع الأوّل: شروط قبول دعوى بطلان حكم التّحكيم.	289
الفرع الثّاني: الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان.	293
الفرع الثّالث: أوجه دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات الصفقات العموميّة.	295
الفرع الرّابع: آثار دعوى بطلان حكم التّحكيم.	305
الخاتمة	313
قائمة المصادر والمراجع	323
فهرس المحتويات	353