



السنة الجامعية: 2010/2011

كلية الحقوق  
قسم الحقوق  
مذكرة تخرج

مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه

الرقابة القضائية على التحكيم في  
منازعات العقود الإدارية

شعبة القانون الإداري

للطالبة: بن عمران سهيلة

مدير مذكرة التخرج: زواقري الطاهر      أستاذ محاضر-1-      جامعة عباس لغرور خنشلة

أمام اللجنة

الرئيس: لحرش عبد الرحمان      أستاذ  
الفاحصان: مزياني فريدة      أستاذ  
عليوش قربوع نعيمة      أستاذة محاضرة -1-      جامعة باجي مختار عنابة  
جامعة الحاج لخضر باتنة  
جامعة باجي مختار عنابة

الإهداء

إلى الروح التي ترعاني من السماء

أبي رحمه الله

إلى سندي الدائم للعلم والعطاء

أمي حفظها الله

إلى تاج عزي وفخري زوجي

إلى أختاي خليلة ومفيدة

إلى أكليل فخري اخوتي الاعزاء جعفر عادل طارق رضا عبد الرؤوف

إلى عائلة صيد

إلى صديقاتي سمية ربعة ليلى سعيدة وداد

إلى كل من علمني حرفا من حروف الهجاء أساتذتي

اهدي هذا العطاء

سهيلة بن عمران

شكر

لقوله عليه الصلاة والسلام ( من لم يشكر الناس لم يشكر الله )

أتوجه بأسمى معاني الشكر والعرفان و التقدير إلى الأستاذ المشرف الدكتور الطاهر زواقري الذي لطالما لم يبخل علي من ملاحظات وتوجيهات كان لها بالغ الأثر سواء من ناحية الشكل أو الموضوع وحرص على تليقي قدرا وافرا من خبرته العلمية .

فجزاه الله عني خير الجزاء ودمتم منبعا للعطاء.

وتعجز الكلمات و تتوارى الحروف ويخجل القلم أن يقف هذا الموقف ولكن اجتهد لأرد إليكم بعضا مما أخذت الى اعضاء لجنة المناقشة

كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى كل أساتذة مدرسة الدكتوراه في القانون الإداري وجميع أساتذة معهد العلوم القانونية جامعة عباس لغرور خنشلة

أقول لهم جزاكم الله خيرا .

بن عمران سهيلة

Le sujet de ma mémoire qui s'intitule « le contrôle juridique de l'arbitrage des contentions des contrats administratifs » correspond à un sérieux essai dont le but est d'étudier l'arbitrage des contrats administratifs sachant que la loi 08-09 a donné une très grande importance à l'arbitrage de façon générale et à l'arbitrage des contrats administratifs de façon particulière

L'arbitrage procure sa légitimité à partir de la convention d'arbitrage cette dernière et comme toute convention compromise doit être initialement correcte sous la peine de nullité que ce soit devant les arbitres qui se trouvent dans l'obligation d'accomplir leurs tâches sur un correct compréhensible ou bien devant la juridiction nationale qui va confirmer l'existence de ces conditions afin de résoudre l'un des problèmes que pose l'arbitrage avant son entame ou lors de son exécution

Et pour que s'accroisse l'efficacité de la sentence arbitrale l'intervention de la juridiction nationale se trouve indispensable afin de lui imposer le contrôle juridique avec un contrôle préalable de la sentence arbitrale et un autre lui faisant suite

Donc le but du contrôle juridique de la sentence arbitrale est de s'assurer de sa validité d'une part et de l'exhorter à accomplir minutieusement son devoir d'autre part ce contrôle a donc un double intérêt à la fois préventif et curatif en sorte d'assurer une sentence correcte et valide et de préserver le véritable essence de l'instance arbitrale

Comme conclusion à mon étude les règles de la personne privée qui elle soit étrangère ou bien autochtone

Le pouvoir exécutif a joué un rôle important dans la conclusion des contrats internationaux ces derniers contribuent à consolider les racines nationales du contrat administratif international et joue un rôle aussi dans la création des règles appropriées pour le droit administratif et le droit international la juridiction administrative doit être mise à jour au cours du développement du commerce international car elle est la protectrice des contrats des juges spécialisés dans l'arbitrage afin de comprendre la nature spéciale de l'arbitrage des contrats administratifs nationaux et internationaux.

## المخلص

ان موضوع بحثي الذي يحمل عنوان "الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات

العقود الادارية" ، هو محاولة جادة لدراسة التحكيم في الصفقات العمومية ، حيث اولى القانون 08-09 اهتماما خاصا بالتحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة. يستمد التحكيم شرعيته من اتفاق التحكيم ، هذا الاخير ككل عقد او اتفاق يجب ان ينشا صحيحا تحت طائلة البطلان، سواء امام المحكمين الذين يتعين عليهم ان يتبنوا اختصاصهم على اتفاق صحيح، او امام القضاء الوطني الذي يتأكد من توافر هذه الشروط لكي يحل اشكالا من الاشكالات التي يطرحها التحكيم قبل مباشرته او اثناء تنفيذه. ولكي تكتمل فاعلية السند التحكيمي لا بد من تدخل القضاء الوطني لفرض الرقابة القضائية عليه، كرقابة سابقة على صدور حكم التحكيم ، ورقابة لاحقة على صدور حكم التحكيم، والهدف من الرقابة القضائية

على حكم المحكم هو التحقق من صحة حكمه ، وحثه على القيام بعمله بعناية تامة ، فهذه الرقابة تؤدي دورا مزدوجا وقائيا وعلاجيا وهذا بهدف ضمان صحة الحكم ، والحفاظ على الجوهر السليم للمنازعة التحكيمية .

وقد توصلت الى ان قواعد القانون الاداري تؤمن وبامتياز مصلحة الشخص الخاص الاجنبي و الداخلي ، فللسلطة التنفيذية دور مهم في ابرام المعاهدات الدولية التي تساهم في ترسيخ الجذور الوطنية للعقد الاداري الدولي، ولها دور ايضا في اصدار قوانين تلاءم بين قواعد القانون الاداري والقانون الدولي، يبقى على السلطة القضائية الادارية ان تواكب التطور في التجارة الدولية ، فالقضاء الاداري هو الامين على تعاقدات جهة الادارة، لذلك يجب تكوين قضاة متخصصين في نظام التحكيم من اجل الاطلاع على الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم في العقود الادارية الداخلية والدولية.

## مقدمة:

يستمد التحكيم فاعليته من سلطة القضاء، لان التحكيم بوصفه قضاء خاصا يمارس اختصاصه خارج ولاية المحاكم القضائية، بالنسبة إلى نزاعات يتولى حلها باتفاق الخصوم محكمون غير مفوضين من الدولة بسلطة الحكم بل يختارون بناء على الثقة التي يمنحها إياهم أطراف التحكيم , إلا أن عملية التحكيم طالما أنها تتم تحت مظلة النظام القانوني للدولة، فإنها تحتاج لكي تستكمل أسباب فاعليتها وإنفاذ قراراتها وأحكامها إلى تدخل قضاء الدولة، باعتباره سلطة عامة تملك وحدها إلزام الخصوم , ومن لهم صلة بالنزاع بتنفيذ قرارات المحكمين , على اعتبار أن القضاء وحده من له سلطة الإلزام بالتنفيذ , لكون حكم التحكيم لا يملك بذاته القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم القضاء، وعلى هذا النحو استوجب التنظيم القانوني للتحكيم إعطاء دور فعال لقضاء الدولة في عملية التحكيم سواء قبل بدايتها أو خلال سيرها أو بعد إصدار الحكم فيها .

كما يتضح أن المقصود بالرقابة القضائية على حكم المحكم هي التحقق من صحة حكمه , وحثه على القيام بعمله بعناية تامة , فهذه الرقابة تؤدي دورا مزدوجا وقائيا وعلاجيا وهذا بهدف ضمان صحة الحكم , والحفاظ على الجوهر السليم للمنازعة التحكيمية .

## أهمية الموضوع:

### الأهمية العلمية:

- على الرغم من أن التحكيم وسيلة ودية لتسوية المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية بحكم ملزم لإطرافها, إلا أن له ذاتيته الخاصة التي ينفرد بها والتي تتطلب تدخل قضاء الدولة ما سيتم الكشف عنه في هذا البحث.

- يعتبر موضوع البحث من الموضوعات المستحدثة والتي بدأت تظهر أهميته على صعيد سن القوانين وعلى المستوى الفقهي والقضاء الإداري, لذلك كان من الواجب معرفة أهم الأفكار والقواعد المنظمة للتحكيم في التشريع الجزائري والوقوف عند الرقابة القضائية عليها.
- ولأن القواعد التي تحكم منازعات الصفقات العمومية متناثرة على مستوى مختلف النصوص القانونية فسأحاول أن اجمع هذه النصوص سواء المتعلقة بالتسوية القضائية أو الطرق البديلة وعلى رأسها التحكيم وهذا على ضوء أحدث التعديلات القانونية .

### الأهمية العملية:

- إن أهمية الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية تبرز لوجود العديد من الصفقات العمومية التي تبرمها جهة الإدارة سواء مع المتعاقدين الوطنيين أو الأجانب, هذا ما يؤكد ضرورة وأهمية تتبع التطورات المختلفة في التشريع الجزائري على ضوء أحدث النصوص القانونية.
- كما تيسر هذه الدراسة عناء البحث عن قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة والرقابة القضائية عليها بصفة خاصة وهذا سواء للقضاة أو الأساتذة أو الطلبة أو الإداريين.

### إشكالية البحث:

إن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تخضع لتشريع خاص هو قانون الصفقات العمومية وهذا راجع لخصوصية العقود الإدارية لأن الإدارة تتمتع فيها بامتيازات السلطة العامة. بالإضافة إلى خصوصية نظام التحكيم وحدائته بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية والتحكيم هو إجراء اختياري للأطراف لكن في حالة رفض المحكوم ضده تنفيذ حكم التحكيم استلزم الأمر تدخل القضاء. انطلاقاً مما سبق أجدني في مواجهة إشكالية جوهرية هي:

**ما مدى نجاعة آليات الرقابة القضائية المترتبة على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية استعنت بأسئلة فرعية هي:

- ما هو التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

- ما هي آليات الرقابة القضائية على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

**أسباب اختيار الموضوع :**

**الدافع الشخصي:**

- يكمن الدافع لاختياري لهذا الموضوع, في ضرورة فهم واحد من المواضيع التي تعتبر في صلب تخصص القانون الإداري.

### الدافع الموضوعي:

-جدة الموضوع محل البحث تزامنا بتسليط الضوء على أهم جوانبه القانونية والعملية لتتضح الرؤيا لي أولا, ولرجال الإدارة, وللطلبة والمهتمين بموضوع الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

### أهداف البحث:

تتمثل أهداف الدراسة في :

#### الأهداف العلمية :

- محاولة الإجابة على إشكالية البحث من خلال:

- 1- تحديد المفاهيم العامة للعقود الإدارية على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 236/10 .
- 2- تحديد مفهوم العقد الإداري الدولي كون أن القانون الإداري الدولي في حد ذاته نظام جديد.
- 3- تحديد دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين العقد الإداري الداخلي والعقد الإداري الدولي.
- 4- محاولة الإلمام وجمع القواعد القانونية التي تنظم عملية الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية.
- 5- تحديد القواعد القانونية التي تحكم التحكيم في العقود الإدارية.
- 6- تحديد آليات الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الإدارية.

#### الأهداف العملية:

- 1- تسليط الضوء على الواقع العملي بعد دخول التحكيم في منازعات الصفقات العمومية حيز النفاذ.
- 2- إسقاط قواعد التحكيم بصفة عامة والتحكيم في باب العقود الإدارية بصفة خاصة على الساحة العملية.

#### منهج الدراسة :



لقد اعتمدت في بحثي على المنهج الاستقرائي الذي ينطلق من استقراء القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة والعكس. بالإضافة إلى المنهج الوصفي التحليلي وهو منهج يعتمد على دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ويهتم بوصفها وصفا دقيقا.

مع الاستعانة بأدوات النقد والتحليل والمقارنة عند الضرورة من خلال ما تقتضيه بعض العناصر.

### الدراسات السابقة :

- على حسب اطلاعي فاني لم اعثر على أية دراسة تحمل نفس العنوان إلا بعض الموضوعات القريبة نوعا ما من الموضوع محل الدراسة

### صعوبات الدراسة:

#### الصعوبات العلمية:

تتمثل الصعوبات العلمية في غموض فكرة العقد الإداري من جهة، وحدائث نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية من جهة أخرى ، الأمر الذي صعب مهمة البحث خاصة مع عدم توفر التطبيقات القضائية في هذا المجال، وعدم دقة النصوص القانونية المنظمة له ، وكثرة الثغرات القانونية التي تتعلق بالإجراءات التحكيمية، مما صعب علينا دراسة الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

#### الصعوبات العملية:

تتمثل هذه الصعوبات في ندرة المراجع المتخصصة في الموضوع لاسيما الوطنية منها حيث لم يحظى الموضوع بدراسة كافية ومستقلة من طرف باحثين متخصصين، وهذا راجع لحدائث الموضوع.

### خطة البحث:

بناء على الإشكالية المطروحة والأهداف المسطرة المرجو تحقيقها سلكت في هذا البحث خطة تكونت من مقدمة وفصلين وخاتمة.

- مقدمة تحدثت فيها على أهمية الموضوع محل الدراسة وإشكالية البحث وأسباب اختياري له ثم الأهداف المسطرة فبيان المنهج المتبع في البحث ثم عرجت على الدراسات السابقة وأخيرا الخطة.

- الفصل الأول فتناولت فيه التحكيم في منازعات العقود الإدارية أولاً النظام القانوني لمنازعات العقود الإدارية ثم قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

- الفصل الثاني تناولت فيه آليات الرقابة القضائية على حكم التحكيم تطرقت فيه إلى الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم ثم الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم.

تدخل الإدارة في روابط عقدية مع الغير، بهدف القيام بنشاطاتها خدمة للمصلحة العامة كون أنها تتعلق بمشاريع الدولة وباقي أشخاص القانون العام، لذلك وجب أن تتبع فيما يخص المنازعات التي تنور بشأنها طرقا خاصة وأحكام متميزة، ويعتبر التحكيم طريقة بديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية بحكم ملزم لأطرافها، وله ذاتيته الخاصة التي ينفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات.

وإذا كان التحكيم في العقود الإدارية هو موضوع هذا الفصل، فإن الأمر يقتضي منا عرضا للنظام القانوني لمنازعات العقود الإدارية بصفة عامة، في مبحث أول بمثابة تمهيد للمبحث ومقدمة طبيعية لتناول قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية، كمبحث ثاني يشكل صلب الموضوع.

الواقع أن دراسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية تقتضي منا تحديد نطاق بحث هذا الموضوع، ذلك أنها تكشف من ناحية عن مفهوم العقود الإدارية (الصفات العمومية) التي يراد التحكيم في منازعاتها، كما أنها تحدد من الناحية الأخرى طرق تسوية منازعات العقود الإدارية وذلك بالتطرق إلى الطرق الأخرى التي تسوى بها منازعات الصفات العمومية غير التحكيم.

ونقطة البداية هنا هي محاولة التعرف على النظام القانوني لمنازعات العقود الإدارية وذلك من

خلال مطلبين.

**المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية.**

**المطلب الثاني : تسوية منازعات العقود الإدارية.**

**المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية**

إن دراسة مفهوم العقود الإدارية يقتضي منا التعرض إلى تعريف العقد الإداري في فرع أول، وكذلك إبراز الطبيعة القانونية للعقود الإدارية في التشريع الجزائري، ونبين في فرع ثالث الخصائص الذاتية للعقود الإدارية.

### الفرع الأول: تعريف العقد الإداري

إن من بين ما يميز العقود الإدارية أنها تبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص خاص إما داخلي (العقود الإدارية الداخلية) أو شخص خاص أجنبي (العقود الإدارية الدولية) ولذلك سوف نتعرض إلى كل عقد بالشرح والتفصيل.

#### أولاً: تعريف العقد الإداري الداخلي

إن تميز العقد الإداري من حيث الهدف (المصلحة العامة) ومن حيث الأطراف (كون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام) يفرض تخصيصه بأحكام متميزة ومستقلة عن أحكام القانون المدني، لذلك خصها المشرع الجزائري بتشريع خاص بعنوان قانون الصفقات العمومية وسوف نتطرق إلى تعريف العقود الإدارية من خلال هذا القانون.

#### أ- التعريف التشريعي:

#### 1- التعريف في قانون الصفقات الأول "الأمر 67-90":

تعرف الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في الأمر

67-90<sup>1</sup>

#### 2- التعريف في المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي " 82-145":

عرف الصفقات العمومية على أنها – صفقات المتعامل العمومي – هي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد و الخدمات.<sup>1</sup>

### 3- التعريف في المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1991:

ويعرف هذا المرسوم التنفيذي الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة.<sup>2</sup>

### 4- التعريف في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

يعرف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 القديم الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب مصلحة المتعاقدين.<sup>3</sup>

أما المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية فلم يأتي على تعديل أو تحديث فيما يخص تعريف الصفقات العمومية.

أما في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فلم يتضمن تحديثا لتعريف الصفقات العمومية من خلال نص المادة 04 منه.

#	(	'	&	'	1982	#	10	145-82	"	04	-1		
										!15	!		
					1991	'	9	434-91	)*	"	03	-2	
										!57			
		!		&	2002	/07/24		250-02	"	+	"	03	-3

ويبدو من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقبة زمنية مختلفة، بل وفي مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى ولعل هذا الإصرار يعود للأسباب التالية:

- إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد.
- إن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.
- إن الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية وغير المألوفة في عقود أخرى.

ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأنها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية حتى يتسنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة تنظيماً<sup>1</sup>.

#### ب- التعريف القضائي:

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات، إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفاً للصفقات العمومية.

حيث ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بيسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: (...).  
وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاوله أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات (...).<sup>2</sup>

ويلاحظ أن مجلس الدولة قد حصر مفهوم الصفة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص، في حين أن العقد الإداري أو الصفة العمومية يمكن أن تجمع طرفاً آخر غير الدولة ممثلاً في الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وباقي الهيئات المذكورين في قانون الصفقات العمومية.<sup>1</sup>

كما أن التعريف أعلاه حصر الصفة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أن الصفة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى، ومع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميز كونها صفة عمومية.

ولم يصرف التعريف القضائي أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلاً أن الصفة العمومية تتم وفقاً لأشكال وإجراءات محددة قانوناً رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب.

ولا تفوتنا الإشارة أن التعريف أيضاً استعمل مصطلح مقابلة وكان حري به أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني.<sup>2</sup>

### ج- التعريف الفقهي:

لقد تعددت التعريفات الخاصة بالعقد الإداري ومع ذلك فهي تبقى متقاربة ونورد الآن بعض التعريفات الفقهية:

◆ يعرفه محمد الصغير بعلي بأنه: (العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير

مرفق عام وفقاً لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.<sup>3</sup>)

1- " " + 338-08 # % " + " 250-02 \$ % ' & !  
 2- " 21 5" 374 . , ' -  
 3- 7 6 % ' . & 8 % % 20 /! 2005 4 10 !



◆ كما يعرفه عمار عوابدي على أنه: (توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة فلكي تعتبر عملا قانونيا ما عقدا لابد من اتفاق أو توافق إرادتين متقابلتين أو متعارضتين على إنشاء وإحداث التزامات.<sup>1</sup>)

◆ و يعرفه فؤاد العطار على أنه: (عقد يبرمه شخص معنوي عام متوسلا في ذلك بوسائل القانون العام، ويهدف به إلى تنظيم مرفق عام وتسييره أو إلى تحقيق النفع العام.<sup>2</sup>)

◆ اما المفهوم الحديث للعقد الإداري فهو مفهوم واسع يؤكد على الركن المادي و يعتمد على هدفين الاول الالتزام والثاني هدف العقد الممتد.<sup>3</sup>

و عرفه نواف كنعان : ( هو ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة متبعا في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الإتباع في عقود القانون الخاص. )<sup>4</sup> وهو مفهوم راجح في تقديري كونه يتضمن كافة العناصر المتعلقة بالعقد الإداري وهي:

-المعيار العضوي: أي يجب أن يكون احد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام (الدولة ، الولاية ، البلدية والمؤسسة العمومية المحددة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية).

-المعيار الموضوعي: يشترط أن يتصل العقد بمرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه.

-المعيار الشكلي: من حيث احتواء العقد على بنود استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

### ثانيا: تعريف العقد الإداري الدولي

1 - - ' & 8 ) 01 : 9 ; 8 / 3 ; ) - ' / +01 2000 4 !186

2 - / & 8 ) 3 = < 1992 4 76 !

<sup>3</sup> - 47-46 p droit des marchés publics berti éditions alger 2007 C.LAJOYE

4 - , > . & 8 ) = > 9 89 % 3 20 4 2007 1313 !

يذهب جانب من الفقه التقليدي إلى القول بأن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي لا يمكن إضفاء الطابع الإداري عليها، ذلك أنه إذا كانت المهمة الأساسية التي تضطلع بها الأشخاص المعنوية العامة هي العمل على تحقيق الصالح العام، لذا منحها القانون العام بعض الامتيازات والسلطات التي تعينها على ذلك، إلا أن هذه الامتيازات والسلطات لا يمكن أن تمارس إلا على الإقليم الوطني، أما خارج حدود هذا الإقليم فلا تستطيع تلك الأشخاص ممارسة الامتيازات الممنوحة لها.

هذا الاتجاه المنكر لإضفاء الطبيعة الإدارية على عقود الدولة قد رفضه غالبية الفقهاء المعاصرين الذين يرون أن عقود الدولة ليست عقوداً خاصة على إطلاقها، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية.<sup>1</sup>

ويكاد الفقه يجمع على صعوبة تحديد مفهوم العقد الدولي فيرى **POMMER** أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي بينما يؤكد **LAGARDE** أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة ذلك أنه من ناحية أولى يتعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على جميع أنواع العقود الدولية، وأنه إذا استثنينا غموض التعريفات المقترحة فإن عموميتها لن تكون مفيدة لأن خصوصية بعض أنواع العقود الدولية قد يؤدي للتأثير على التعريف المقترح ومن ناحية أخرى فإن تحديد معيار جامد تتحدد به صفة الدولية يتعين أن يأخذ في الاعتبار تعدد وتعقد أشكال هذه العقود بالإضافة إلى أن ذلك يؤدي إلى عدم انطباق المعيار على عقد غير تمطي على الرغم من توافر صفة الدولية فيه.<sup>2</sup>

ولقد عرف البعض عقود الدولة من خلال تعداد العناصر المتميزة في العقد فقد اعتبر **MC NAIR** أن: ( عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة،

1- -' .? >7 -0 8 \* '/ 1 1 >"8 279 4 2010  
2- 7 - ' - @ 1 - "# - & 63 # >7 ( 3 %' &7 ' /! 132 4 2003

طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي وتتضمن شروط تحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص).

وقد عرف البعض عقود الدولة في مجال القانون الدولي بأنها العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية مثل عقود شراء الأسلحة للحفاظ على أمنها الداخلي والخارجي، وعقود امتياز المرافق العامة، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص، فهي لا تندرج تحت ما يسمى اصطلاحاً بعقود الدولة.

إن الدولة كما تبرم عقوداً إدارية داخلية تبرم أيضاً عقوداً تجارية دولية مستعملة في عقودها البنود الخارقة، وبالتالي تجتمع في تلك العقود خاصيتان:

✓ ارتباطهما بمصالح التجارة الدولية لما فيها من دخول وخروج للقيم عبر الحدود.

✓ واتصافهما بالطبيعة الإدارية لما تحتويه من بند خارق وتحقيق لمرفق عام.

ويرى جانب من الفقه أن العقود الإدارية الدولية هي: (العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من امتيازات السلطة العامة تحقيقاً لمرفق عام فهي لهذه الجهة من العقود الإدارية، ولكن في المقابل إن هذه العقود تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وهي لهذه الجهة من العقود الدولية، فالعقود الإدارية الدولية إذن هي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام).

كما أنه إذا ما أجاز المشرع للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين الحق للجوء إلى التحكيم فإنه يقصد دون شك هذه النوعية من العقود والواقع أنه إذا كان العقد الإداري الدولي يتميز عن غيره من العقود في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة على أساس أن أحد أطراف العقد هو الدولة وهي شخص سيادي سواء في إطار القانون الدولي العام أو في إطار القانون

الدولي الخاص والطرف الثاني هو شخص اعتباري أجنبي، صحيح أنه يتمتع بالقوة الاقتصادية والمالية ولكنه ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي العام.

لذلك فإن أي تعريف لهذا العقد يجب أن يبرز هذا العقد كأداة دولية للتعامل الاقتصادي والتجاري

من جهة ويبرزه كأداة وطنية تجسدت في الكيان القانوني للعقد الإداري في صورته الكلاسيكية<sup>1</sup>

### ثالثا: معايير تحديد صفة دولية العقد الإداري

لقد تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لتحديد صفة الدولية في العقد وأسفرت هذه المحاولات عن اتجاهات ثلاثة أولها هو المعيار القانوني وهو ذلك المعيار المستمد من تحليل العلاقة التعاقدية الدولية وردّها إلى عناصرها الأساسية ثم المعيار الاقتصادي المستمد من تأثير العقد على اقتصاديات أكثر من دولة وأخيرا ظهر جانب من الفقه دعا إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي وفيما يلي عرض لهذه المعايير:

#### أ- المعيار القانوني:

ويقضي هذا المعيار باعتبار العقد دوليا متى اتصل عن طريق أحد عناصره الرئيسية بصلات أو روابط بأكثر من نظام قانوني ومن ثم فقد أطلق على هذا المعيار (المعيار القانوني).

ويذهب **BATIFFOL** إلى أنه: ( يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه يتصل بروابط مع أكثر من نظام قانوني ).

ويرى البعض في الفقه العربي أن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي، ومفاد ذلك إذا كان أي من عناصر العقد يتصف بالدولية فيمكن أن يكون العقد دوليا.

1- < 7 7 0 . & = 1 - 8 # % A & 8 > 7 3 % 7  
87 ' / 1 2008 . 4 - 40 - 142 !

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه ذلك العقد الذي يستمد صفته من طبيعة العلاقة التي يحكمها بمعنى أنه لكي يكون العقد دولياً يتعين أن يحكم هذا العقد علاقة دولية.

وخلص القول في هذه التعريفات أنه يلزم القول لتوافر صفة الدولية في العقد توافر صلة أو رابطة بين هذا العقد وأكثر من نظام قانوني عن طريق أحد عناصر العقد الرئيسية سواء الرضا أو المحل أو السبب، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن العناصر الواردة في تعريف BATIFFOL ليست متماثلة فالبعض منها يعد من عناصر الواقع والبعض منها على العكس يعد من عناصر القانون<sup>1</sup>.

وقد ظهر خلاف بين أنصار المعيار القانوني حول مدى فاعلية واثر العناصر القانونية للرابطة العقدية على اتسام هذه الرابطة بالطابع الدولي، فجانبا من هذا الفقه التقليدي يرى التسوية بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية، أما الجانب الآخر فيرى ضرورة التفرقة بين هذه العناصر من حيث مدى تأثير كل منها على دولية العقد فتحرير العقد على ورق مصنع في دولة أجنبية أو الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، ومحل إبرام العقد لا يصلح أساساً لإضفاء الطابع الدولي على الرابطة العقدية من حيث الموضوع نظراً لطابع الصدفة الذي يعتريه، أما محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين، ولو اتحدا من حيث الجنسية يعتبر من العناصر المؤثرة وعموماً تحديد مدى أهمية المعيار هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية.

وفرق الفقه بين الدولية المطلقة والدولية النسبية للروابط العقدية، فالعلاقة تتسم بالدولية الموضوعية (المطلقة) فيما لو اتصلت عناصر العلاقة الذاتية بدولتين أو أكثر، وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح عليها النزاع أمام محاكمها، أما الدولية النسبية فقد اعتبرها البعض لا تكفي في ذاتها

لإضفاء الطابع الدولي المتطلب للرابطة العقدية كشرط لإعمال قاعدة التنازع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة<sup>1</sup>.

ب- المعيار الاقتصادي:

مفاده أن العقد يعد عقدا دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية بمعنى انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة فيترتب عليه انتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول<sup>2</sup>. ويرجع الفضل لمحكمة التمييز الفرنسية باعتماد المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل العقد عبر قضية Pellissiet Du Besset التي تتعلق بعقد إيجار أبرم في الجزائر بين مؤجر إنجليزي ومستأجر فرنسي واتفق فيه على الدفع بالجنيه الإسترليني.

فقد قال MATTER: (بأن العقد يكون دوليا محضا في هذه الحالة لأن العبرة باعتبار العقد دوليا أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي يترتب عليه تداول في حركة الأموال والبضائع خارج النطاق الإقليمي لدولة واحدة وبذلك يكون العقد داخليا وليس دوليا لعدم تجاوز العقد حدود الدولة الفرنسية). ويعتبر هذا الحكم الصادر في سنة 1927 الأول الذي يعتمد المعيار الاقتصادي وقضى بإبطال العقد لبطلان شرط الدفع بالإسترليني في علاقة فرنسية خالصة<sup>3</sup> وهذا ما يطلق عليه فكرة "المد والجزر للبضائع عبر الحدود الدولية".

ثم طورت محكمة النقض الفرنسية فكرة MATTER في حكمها الصادر بتاريخ 1934.02.14 فقررت أن العقد يكون دوليا إذا كان خاصا بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطني.

1 - < 7 0 7 21 " \$ . 4 - 32 133

2 - ' - 00 ' - % . >7 - 0 & 8 % & 0> & C &

1/ 2008 4 131 !

3 - < 7 0 7 21 " \$ . 4 - 34 134

ولم يستمر هذا المعيار طويلا حيث ارتأت محكمة النقض الفرنسية وجوب فحص العملية في مجملها لتحديد صفة الدولية وذلك للوصول إلى حكم أدق على العلاقة التعاقدية وأطلق الفقه عليها فكرة "ارتباط العقد بعملية دولية تجتاز النطاق الاقتصادي الوطني".

ثم نشأت فكرة جديدة هي "العقد الذي يراعي مصالح التجارة الدولية" في رحاب القضاء الفرنسي حيث ذهب في العديد من أحكامه إلى إتباع فكرة جديدة مفادها أن العقد يكون دوليا إذا كان يأخذ في الاعتبار مقتضيات التجارة الدولية، ويرى البعض أن هذه الفكرة ليست محددة المعالم، كما يرون أنها تتبع من ذات فكرة MATTER فالفكرة تتحقق في الوقت الذي ينشئ فيه العقد تحركات للأموال والخدمات أو مقابلها النقدي عبر الحدود الدولية.

ولكن هذه الفكرة تبدو أكثر مرونة من تلك التي قام السيد MATTER لكونها تستلزم وجود إحدى الحركتين ولا تشترط أن تأتي الحركة الثانية في شكل مادي محسوس.<sup>1</sup>

ويرى بعض الفقه أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد لا يتعارض مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني.

### ج- المعيار القانوني الضيق:

لقد صدرت أحكام قضائية فرنسية جمعت بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لدولية العقد.

إلا أن جانبا من الفقه اعتبر أن الجمع بين المعيار القانوني الموسع والمعيار الاقتصادي سيفضي إلى ذات النتيجة التي كان يمكن إدراكها فيما لو اكتفى القضاء بالمعيار القانوني المضيق لأن هذا الأمر

سوف يؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي تتضمنه الرابطة العقدية إلا فيما لو كان هذا العنصر مؤثرا وهو يكون كذلك في مجال عقود المعاملات الدولية، إذا أدى إلى انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود.

ويرى البعض أن اعتناق المعيار القانوني المضيق كأساس لدولية عقود المعاملات المالية سيؤدي إلى إدراك نفس الغاية التي يسعى إليها أنصار المعيار الاقتصادي وهو ما يؤكد سلامة المعيار القانوني في ذاته لتحريك قواعد القانون الدولي الخاص في مجال العقود يستوي في ذلك القواعد المادية في هذا القانون أو تلك المتعلقة بتنازع القوانين.

لذلك فإن المعيار القانوني المضيق هو أفضل من المعيار الاقتصادي نظرا لأنه يتسم بالمرونة والوضوح في نفس الوقت على خلاف المعيار الاقتصادي الذي وإن تحققت له المرونة المتطلبة لمواجهة تعدد التجارة الدولية وتنوعها، إلا أنه يخلو من التحديد اللازم توافره في المعيار الذي سيتخذه القضاء أساسا لتعيين النظام القانوني الذي يخضع العقد لأحكامه.<sup>1</sup>

#### د- اتفاقية روما 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:

لقد أعادت هذه الاتفاقية طرح مسألة التدويل بشكل غير مألوف، فقد انفردت هذه الاتفاقية بنظام تدويل تختلف به ليس فقط عن قريناتها، وإنما عن القانون الدولي الخاص الداخلي (الوطني) أيضا. وبدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ أصبح تكييف مشكلة تدويل العقد على أنها فقط مشكلة معيار الدولية الذي يتعين توافره توطنه لإعمال قاعدة الإرادة محل نظر، إذ يعتمد تكييف هذه المشكلة داخل اتفاقية روما على تحديد المقصود بحالة تنازل القوانين وليس المقصود بالدولية، فإنفراد الاتفاقية باستخدام اصطلاح (العقد الذي يثير تنازع القوانين) بدلا من اصطلاح العقد الدولي الوارد في مشروعها الدولي، لجدير بأن يطرح التساؤل عن حقيقة العلاقة فيما بين فكرة تنازع القوانين والدولية مع الإشارة إلى أن



اصطلاح العقد الدولي هو المستخدم على كافة مستويات العمل القانوني سواء في التشريعات الدولية أو القضاء الوطني والدولي.

والواقع أن الاتفاقية أطلقت حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون اشتراط طبيعة معينة للعقد، وهو الأمر الذي يوحي بأن دولية العقد لم تعد مسألة أولية يتعين توافرها مقدما لإعمال قاعدة الإرادة.

ويرى الفقه الذي عنى بهذه المسألة أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق كافيا لمنح درجة الدولية اللازمة لتحقيق حالة تنازع القوانين اللازمة لتطبيق الاتفاقية.

وواقع الأمر إن جعل إرادة الأطراف معيارا للدولية وكذلك معيارا لحالة تنازع القوانين يخالف الإجماع المستقر عليه الذي يعتبر أن العقد الذي يتضمن في عناصره الذاتية عنصر أجنبي مؤثر هو الذي يثير تنازع قوانين وذلك تبعا للتقاليد الثابتة في نظرية التنازع.<sup>1</sup>

ومن واقع المعايير السالفة الذكر يمكن استنتاج تعريف للعقد الإداري الدولي ومفاده هو: (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، مع شخص خاص أجنبي أو عدت أشخاص أجنبية، ويتصل بأكثر من نظام قانوني عن طريق احد عناصر العقد الرئيسية "رضا، محل أو سبب"، مع انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة). وتبريري لهذا التعريف انه يضم كل المعايير المقررة لتمييز العقد الإداري الدولي عن العد الإداري الداخلي.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية في التشريع الجزائري

تلجأ الإدارة العامة أحيانا في إطار تسييرها لمرافقها العامة وإدارتها لمشاريعها إلى أسلوب التعاقد، وتخضع العقود المبرمة من قبلها لنظامين قانونيين متميزين من حيث التكييف القانوني والقضائي فهناك نوعين من العقود المبرمة من قبل الدولة، الأولى عقود إدارية والثانية عقود مدنية.<sup>2</sup>

1 - < 7 07 . 21 " \$ . 4 - 37 138

2 - B ? " @ - # . # / & % & 8 3 1994

إن القاعدة العامة تقتضي أن يحدد المشرع الطبيعة القانونية لعقوده بنصوص قانونية صريحة لا غموض فيها، لذا نجد أن المشرع الجزائري كيف بعض العقود بأنها عقود مدنية، أما عقود الامتياز، وعقد شغل الأملاك العمومية فلقد كيفها المشرع على أنها عقود إدارية.

فإن كان المشرع قد حدد طبيعة هذه العقود فماذا عن الصفقات العمومية ؟

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع قد سكت عن تكييف الصفقات العمومية،

فلم ينسبها لا إلى العقود المدنية ولا إلى العقود الإدارية.

إذ تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431

الموافق لـ: 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: (الصفقات العمومية عقود

مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز

الشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة }.

فإن كان المشرع قد نص على وجوب الطابع الكتابي للصفقة العمومية وموضوعها فإنه قد سكت

عن تحديد طبيعتها القانونية ومما زاد من غموض طبيعتها نص المشرع على عبارة " في مفهوم التشريع

المعمول به "، عن أي تشريع يتحدث المشرع، هل هو مجموعة القواعد العامة وبالتالي قواعد القانون

المدني أم ماذا؟.

وهو ما يؤكد غموض الطبيعة القانونية للصفقة العمومية على مستوى النصوص القانونية التي

كان من المفروض أن تحدد طبيعتها، وهذا حتى مع هذا القانون الجديد حيث أنه لم يستدرك النقص في

تحديد الطبيعة القانونية الذي كان في ظل القانون السابق<sup>1</sup>، فكيف لنا أن نكيف الصفقة العمومية؟.

أولاً: الصفقة العمومية (العقد الإداري) عقد مدني

تنص المادة 54 من الأمر رقم: 75- 58 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005: { العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما } .

### 1- أسس اعتبار الصفقة العمومية عقدا مدنيا:

نظرا للغموض التشريعي الذي أحاط به المشرع الطبيعة القانونية للصفقات العمومية إذ سكت عن تحديد طبيعتها القانونية، وهو ما أدى إلى وجود اختلاف فقهي حول تحديد وتكييف الصفقات العمومية فظهر اتجاه اعتبرها عقودا مدنية واتجاه اعتبرها عقودا إدارية.

أما عن الاتجاه الذي يكيف الصفقة العمومية على أنها عقدا مدني فيؤسس رأيه على الحجج التالية والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

#### أ- الأساس الأول:

وهو الأساس الذي جاء به "الشريف بن ناجي" في رسالة الماجستير حول تطور تنظيم الصفقات العمومية إذ يعتبر أن الصفقة العمومية عقد مدني انطلاقا من نص المادة الثالثة<sup>1</sup> من تنظيم الصفقات العمومية وأن مصطلح التشريع المعمول به لا ينصرف إلا لشيء واحد هو خضوع هذه الصفقات لأحكام وقواعد الشريعة العامة ضمن قواعد العقود المدنية أو التجارية.

#### ب- الأساس الثاني:

يؤسس مناصرو تكييف الصفقة العمومية كعقد مدني موقفهم على أساس استناد القضاء في حله لبعض القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية على أحكام القانون المدني وهو ما تؤكد قضية " توهامي الطاهر " ضد " والي ولاية عنابة " المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بالقرار المؤرخ في 12.07.1990.

1- (& % 4 4 " " + " . 10 - 236 07 > ' " 2010 & !

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد: توهامي الطاهر الذي أبرم صفقة عمومية مع ولاية عنابة في 1977.06.27 قصد تشييد مقر لبلدية الحجار، وبعد فترة من بداية الشغال ظهر نزاع بين الطرفين أدى إلى فسخ الولاية للعقد من جانب واحد، وعلى إثر ذلك رفع توهامي الطاهر دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء عنابة فرفضت، فطعن في ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و قد جاء في حيثيات الحكم ما يلي:

- حيث أن المادة 553 من القانون المدني بدورها تنص على توجيه الإنذار من المتعامل إلى المقاول ليتدارك نقصه في الأجل المحدد.

- حيث أن العقد شريعة المتعاقدين حسبما تنص المادة 106 من القانون المدني وأن الطرفين هما اتفقا على أن يوجه إنذار إلى المقاول في حالة تقصيره وفي أجل 10 أيام وبعدها فإن الإدارة تتحلل من التزاماتها التعاقدية.

وعليه فإن رجوع القاضي في منازعة موضوعها صفقة عمومية لأحكام الشريعة العامة (القانون المدني) يعد إصابة لخصوصية النظام القانوني للصفقات العمومية، إذ أن القاضي في هذه القضية قد طابق بين مفهوم عقد المقاول من القانون الخاص الذي تعرضه المادة 549.

### الفرع الثالث: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية

أولاً: التصور الحقيقي للخصائص الذاتية للعقود الإدارية

يشير الفقه والفقهاء إلى الخصائص الذاتية للعقود الإدارية من خلال بعض المظاهر نعرض لها فيما يلي موضحين المفهوم الحقيقي للخصائص الذاتية للعقود الإدارية:

#### 1- سمو المركز القانوني للإدارة في مواجهة المتعاقد معها:

فلا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد الإداري، حيث أن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها لا نظير لها في العقود المدنية، وهذه السلطات والامتيازات تعكس

مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري على أساس أن الإدارة تبتغي من إبرام العقد الإداري تحقيق النفع العام، وبالتالي سمو مركزها القانوني في مواجهة المتعاقد يبرر الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرام العقد الإداري وهي غاية النفع العام.

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا هل النفع العام كغاية تسعى إليها الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية يبرر سمو مركزها القانوني على نحو يتعارض مع الغاية التي يسعى إليها المتعاقد من خلال إبرام العقد الإداري وهي غاية الربح المشروع؟ أم أنه يمكن التوفيق بين هدف الإدارة من إبرام العقد الإداري (النفع العام) وهدف المتعاقد من إبرامه (تحقيق الربح المشروع)؟.

والحقيقة أن فكرة التوفيق بين هدف الإدارة وهدف المتعاقد لم تأت من فراغ، لأن هناك نية مشتركة للطرفين كأساس لتحديد التزامات وحقوق المتعاقدين في العقد الإداري، وهذه النية المشتركة للطرفين في العقد الإداري يكون لها مدلول معين، حيث يترتب على اتصال العقد الإداري بالمرفق العام، واستهدافه تحقيق النفع العام تفسير النية المشتركة للطرفين المتعاقدين باعتبارها تتجه نحو تحقيق المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام وعدم الإضرار في الوقت ذاته بالحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة، تلك الحقوق التي تشكل الباعث والدافع على التعاقد من جانبه.

واستخدام فكرة النية المشتركة للطرفين يحدده اعتباران أساسيان هما:

❖ **الاعتبار الأول:** هو المدلول الخاص لتلك الفكرة باعتبار أن تلك النية المشتركة تنصرف إلى

تحقيق النفع العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري.

❖ **الاعتبار الثاني:** أنه الاستناد إلى إرادة الطرفين سواء أكانت الضمنية أو المفترضة في تفسير العقد تأكيد لدور الرضائية في العقد الإداري التي تعتبر وبحق جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام<sup>1</sup>.

## 2- سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادة المنفردة:

يتجه الرأي الغالب في الفقه الإداري الفرنسي والعربي اليوم إلى قبول فكرة أن الإدارة تملك أن تعدل بإرادتها المنفردة في التزامات المتعاقد معها بموجب عقد إداري وذلك بزيادة تلك الالتزامات أو الإنقاص منها، وهي سلطة لها خطورتها دون شك، فالإدارة التي تملكها لا تقف في مباشرتها لتلك السلطة عند حد إصدار الأوامر والنواهي فيما يتعلق بتنفيذ العقد، بل تتعدى ذلك إلى تغيير التزامات المتعاقد معها في عنصر من العناصر التالية:

1- كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد.

2- شروط التنفيذ المتفق عليها.

3- مدى التنفيذ.

وهذه السلطة كان دافعها أن المصلحة العامة عرضة للتغيير ومن ثم فإن تحقيقها لا يمكن أن يبقى حبيس نصوص العقد إذا ما دعى الداعي لتغيير أو تعديل لتلك النصوص.

وإذا كان الفقهاء الإداريون يؤيدون هذه السلطة التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فإن أفكارهم ليست متطابقة تماما، فقد تعرضت هذه السلطة للإنكار من جانب بعض الفقهاء إلا في حدود ما نص عليها، ونادى البعض الآخر منهم بوجوب قصرها على بعض العقود<sup>2</sup>.

## **03- فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد:**

A ' / >"8 1 > & D 9 8 -0 >7 . 7 # %B 7 , 3 -1  
!324 -323 .4 2010 "  
!< ' 174 .4 1981 " A ' / > GH ' > 8 & .F 5/ < '@-2

فمن المتصور دائما أن تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة محلا للاعتبار في اختيار المتعاقد، وفي تنفيذ أحكام العقد الإداري، فشخصية الملتزم أو صفاته تشكل عنصرا جوهريا في نطاق عقود الامتياز، كذلك الأمر في نطاق عقود الأشغال العامة وللتوريد، حيث تكون شخصية المتعاقد أو المورد محلا للاعتبار فيما يتعلق بإبرام العقد وتنفيذه، هذا وإن كان الاهتمام بالاعتبار الشخصي يمكن أن يتفاوت في أنواع العقود الإدارية المختلفة حيث يتوقف ذلك على مدى درجة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام.

ومن الصفات التي تكون محلا للاعتبار الشخصي بالنسبة لشخص المتعاقد مع الإدارة فإنها تتمثل بصفة أساسية في الكفاية المالية للمتعاقد ومقدرته الفنية، وخلقه، وسمعته وجنسيته والهدف من اشتراط هذه الصفات في شخص المتعاقد هو التأكد من قدرته على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على نحو يحقق النفع العام.

هذا ويرتب على فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري نتيجة أساسية مؤداها التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد شخصيا، وعدم جواز التنازل عنه أو التعاقد بشأنه من الباطن إلا بموافقة الإدارة. والسؤال الذي يطرح هنا هل اشتراط موافقة الإدارة للمتعاقد على التنازل عن العقد الإداري أو التعاقد بشأنه من الباطن تمثل سلطة تحكيمية تجعل من فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد إحدى الخصائص الذاتية المميزة للعقد الإداري عن العقد المدني؟.

الأصل أن فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد فكرة لا يستقل بها العقد الإداري، ففي مجال القانون الخاص يتصور تمسك الدائن بضرورة قيام مدنية التنفيذ بنفسه، وذلك عند الرغبة في رفض التنفيذ من الغير، أو التمسك بإبقاء المتعاقد في نطاق عقوده وحقوقه والتزاماته لا يستطيع حوالتها أو نقلها إلى الغير. من ناحية أخرى أن لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري مدلولاً فنياً معيناً، فالتنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني التنفيذ المادي للعقد الإداري من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري، وصورة أخرى للسؤال الذي

طرح، هل موافقة الإدارة على التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن تمثل سلطة مطلقة أم أنها سلطة تقديرية مقيدة يحسن استعمالها وبعدم التعسف فيها؟.

في الحقيقة لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة للمتعاقد عن التنازل عن العقد لمجرد الرفض، بل يجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، ومثال ذلك ضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما أن له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بتعويض الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك الرفض<sup>1</sup>.

#### 4- حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلب المصلحة العامة ذلك:

المقصود هنا وضع نهاية للعقد لاعتبارات المصلحة العامة، وليس كجزاء على خطأ جسيم يرتكبه المتعاقد مع الإدارة كما هو الحال بالنسبة لجزاء الفسخ<sup>2</sup>، حيث يعتبر فسخ العقد الإداري من أشد الجزاءات وأخطرها أثرا إذ أن هذا الجزاء يضع نهاية حاسمة للعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، ولذا فإن القضاء الإداري مستقر على أن من حق الإدارة فسخ العقد إذا تبين بصفة نهائية أن المتعاقد لم يعد بإمكانه تقديم مشاركته في تنفيذ العقد بطريقة مرضية<sup>3</sup>، أما إنهاء العقد فإنه قد تستدعي المصلحة العامة ومتطلبات تسيير المرافق العامة أن تنهي الإدارة العقد بإرادتها المنفردة، فالإنهاء الميسر للعقد يقدمه القضاء على أنه امتداد لحق تعديله، وذلك عندما تتحدث عن الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الإدارة المنفردة بما يشمل سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان باعتبار أن الإنهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد<sup>4</sup>.

#### 5- قاعدة عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ:

1- 3 ، 7 ، % # 7 . 21 " \$ ' 4 . 325 - 326 - 327 !

2- 7 ' - / " ' . & 8 ) 1 1 % 3 > " / ! 2006 4 378 !

3- , > . & 8 ) 21 " \$ ' 4 ! 364

4- 7 ' - / " ' . 21 " \$ ' 4 378 !



في مجال القانون الإداري أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واستمرار تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من السباب مادام في استطاعته أدائها، ذلك أن العلاقة التي تربط المتعاقد بالإدارة هي علاقة تعاون من أجل تسيير المرفق العام، وبناء على ذلك فإن المتعاقد لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص.

وطبقاً لهذه القاعدة لا يستطيع المتعاقد أن يستند إلى تأخر الإدارة في سداد المقابل المالي لوقف العمل.

والسؤال الذي يطرح هنا هل هذه القاعدة طليقة من كل قيد أم أن هناك ضوابط لتطبيقها، وهذه الضوابط تؤكد فكرة العدالة الرضائية في مجال العقد الإداري؟

للإجابة على هذا التساؤل نورد الملاحظات الآتية:

❖ **الملاحظة الأولى:** إن عدم تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها يرتبط باستطاعة المتعاقد الاستمرار في التنفيذ، بمعنى آخر أن يراضي الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية على نحو يعجز معه المتعاقد على مواصلة التنفيذ، ويجيز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة.

❖ **الملاحظة الثانية:** يجوز للإدارة والمتعاقد معها الاتفاق في العقد الإداري على جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة إذا أخلت بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية.

كما أن هذه القاعدة لا تمثل امتيازاً مطلقاً للإدارة بلا أي قيد بل أن تطبيق هذه القاعدة يرتبط بضوابط قوامها أن استمرار المتعاقد في التنفيذ يرتبط بقدرته الفعلية فلا تكليف بمستحيل.<sup>1</sup>

**ثانياً: دور القضاء الإداري في الملائمة بين العقد الإداري الداخلي والعقد الإداري الدولي**

يرى البعض ضرورة إكمال القضاء الإداري ترسيخ خصائص العقد الإداري الدولي، لأنه القضاء الأكثر خبرة بخصائص العقد الإداري ويدرك أكثر من غيره إلى أي مدى يمكن أن تتم عملية الإدماج بين

هذا العقد والعقد التجاري الدولي وهو المكلف قانونا بحماية هذا العقد مع الإشارة إلى أن فكرة الحماية هي التي دفعت هذا القضاء سابقا إلى رفض التحكيم الدولي في المنازعات الإدارية.

لأن القضاء الإداري بتطبيقه للمقاييس التقليدية للعقد الإداري الداخلي على عقود تتضمن عناصر خارجية بالنسبة لنظام القانون الداخلي يمكنه وحده أن يثبت ويحدد العقد الإداري ويعترف به، لكن في الواقع مازلنا بعيدين عن هذا الاعتراف في العالم والاجتهاد لأن بلاد القضاء المزدوج مازال يعتبر أمر العقد الإداري الدولي صعبا فهو إما عقد إداري وإما دولي فلا خلط بين الاثنين.

وقد اعتبر **PROPER WEIL** على أن: { إسهام القانون الإداري يتحدد من خلال ما يسمى الفلسفة العامة للعقد الإدارية }، والواقع أن القضاء الإداري ليس عليه أن يخشى واقع التجارة الدولية، ويجب أن يتركز دوره في إعطاء الثقة للمستثمر الأجنبي، فهذا الطرف ليس عليه أن يخشى القضاء الإداري، ولا يعيب أن تسعى الدولة بمساعدة القضاء الإداري إلى توضيح نظريات القانون الإداري إلى الطرف الأجنبي، وإلى تضمين العقد مفردات وأفكار هذا القانون، صحيح أن المستثمر الأجنبي قد يرفض هذه الأفكار، إلا أن المسألة كلها مرهونة بالمفاوضات التي تسبق إبرام العقد بحيث يمكن التركيز على الامتيازات التي يقدمها القانون الإداري للطرف المتعاقد مع الدولة، ومن جهة أخرى يجب على القضاء الإداري إضفاء بعض المرونة في تقييمه للعقد الإداري الدولي، لذلك فإن دور القضاء الإداري يجب أن يتركز في تأكيد أن سمة القضاء الإداري تطغى على السمة الدولية دون أن تلغيها، بشكل يسمح للدولة ببعض السلطات، فإذا استردت الدولة الامتياز الإداري قبل انتهاء المدة المحددة له فإن ذلك ناتج عن أن العناصر المسيطرة على العقد هي معايير العقد الإداري على الرغم من توافر المعايير الدولية في العقد والتي تمثل الوجه الآخر من عناصر السيطرة على العقد.

إن القاضي الإداري إذا ما أراد أن يحفظ اختصاصه عليه أن يطور من نظرية القانون الإداري دون أن يخترق محيطها الدائري، ويمكن في ذلك أن يلجأ إلى المبادئ العامة في تفسير القانون، فمجلس الدولة يمكنه أن يطبق نصوص القانون المدني من خلال المبادئ العامة<sup>1</sup>.

والبحث عن نظام مختلف عن ذلك الذي تخضع له العقود المعتاد إبرامها في نطاق المعاملات التجارية الدولية يتأثر بالضرورة بالتفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية، فهذه العقود تقع على حدود كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، على نحو يؤدي إلى تصارع كافة هذه الأنظمة القانونية من أجل الفوز بتنظيم هذه العقود وهو ما يجعل من تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع وفاضل نظرا لتشابك هذه العقود<sup>2</sup>.

وتطبيق القانون الإداري لن يجعل الاتفاق المبرم عقد إداري ولا حتى عقد دولي، ولكن الأصح أن يقال أن القانون الذي اختاره الأطراف وخصائص الاتفاق المتميزة عقود دولية تتنافس من مبادئ القانون الإداري الفرنسي، وهذه الخصائص هي التي تشير إلى تطبيق نظام العقود الإدارية.

أخيرا نشير إلى أن استخدام مفهوم العقد الإداري اليوم في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ينطوي على بعدين مهمين الاستناد إليه سعيا لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بشكل عام وهذا البعد لا يعمل به إلا إذا انتفى اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد، والاستناد إليه بغية تحديد القواعد الداخلية للقانون الوطني الواجب التطبيق وذلك عندما لا يشتمل هذا القانون على قواعد موحدة، كما هي حال القوانين التي تفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاضعة للقانون الخاص، وهذا في حال اختيار الأطراف لقواعد قانون وطني لتحكيم العقد.

1- < 7 07 21 " \$ .4 187 ' < !  
2- 7 " 7 . & ' ' # B3 4 ' 1 3 %' 87 ' 2003 4 10 !

والواقع أن من دعا سابقا إلى عدم جواز التحكيم على العقود الإدارية تنصب جهوده اليوم على تطبيق مفهوم العقد الإداري على العقود التي تبرمها الدولة على ساحة التجارة الدولية لاستبعاد تطبيق أي قانون غير قانون الدولة المتعاقدة نظرا لأنه يرى أن جواز التحكيم في العقود الإدارية ما كان ليتم لولا إرادة المشرع، لذلك فإن هذه الإجازة لا تعني أن طبيعة هذه العقود قد تغيرت وأنه لم يعد بالإمكان إخضاعها لقواعد القانون الإداري.

ونظرا لأن هذه المسألة مثار أخذ ورد دعا البعض إلى أنه الأضمن للوقت الراهن إضافة نص صريح في العقد يشير إلى تطبيق قواعد القانون الإداري<sup>1</sup>.

### ثالثا: تطبيق المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية على عقود الدولة

يتفق الفقه في مجموعة بل وكثير أيضا أحكام التحكيم الصادرة بشأن عقود الدولة على أن هذه النوعية من العقود تختلف عن العقود الأخرى المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية. وعلى الرغم من هذا الاتفاق الملحوظ في تقرير ذاتية عقود الدولة، وتميزها عن عقود التجارة الدولية المعتادة، إلا أن هناك اختلاف ظاهر بين الفقهاء وأيضا في أحكام التحكيم حول العناصر التي بالرجوع إليها تظهر ذاتية هذه العقود.

فيذهب جانب من الفقه من أجل تأكيد لذاتية هذه العقود إلى تعداد وحصر للعناصر التي تعد من وجهة نظره مرجحة لاعتبار العقد من عقود الدولة التي تخرج من زمرة عقود التجارة الدولية المألوفة ولعل من ابرز الفقهاء الذين سلكوا ذلك المسلك : SEIDL MOHENVELDERN و BOCKESTIEGEL, MC NAIR، فذهب MCNAIR إلى تعداد العناصر المميزة لعقود الدولة على النحو التالي:

أ- يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.

ب- تتمس هذه العقود بطول مدتها فهي لا تنصب على عملية واحدة كبناء سفينة، وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية يتم في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طول مدة العقد<sup>1</sup>.

وسوف نوضح اتجاهات القضاء الإداري - خاصة الفرنسي - نحو تطبيق معايير تمييز العقود الإدارية الوطنية على العقود الإدارية المشتمة على عنصر أجنبي.

### 1- المعيار العضوي:

من المسلم أن العقد لا يكتسب الطابع الإداري إلا إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، وهذا أمر بديهي، إذ أن قواعد القانون الإداري ما وضعت إلا لتحكم نشاط الأفراد، ومن ثم فإن العقود التي تيرمها الأشخاص الخاصة لا تعد عقودا إدارية، وإذا كان هذا المعيار لا يثير الكثير من المشاكل القانونية بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ذلك أن العقود الأولى يكون طرفها - دائما - الإدارة الوطنية خلافا للعقود الثانية التي يمكن أن يكون أحد أطرافها إدارة أجنبية، ومن ثم يثار التساؤل عن الدور الذي تلعبه جنسية الإدارة في تحديد اختصاص القضاء الإدارية أو بعبارة أخرى هل يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي يكون طرفها شخص عام من جنسية أجنبية؟

يذهب الفقه والقضاء إلى أن العقد الإداري الدولي الذي يكون أحد طرفيه شخص عام أجنبي لا يختص بنظره القاضي الإداري وذات الأمر بالنسبة للعقود التي تجري تنفيذها لحساب الشخص العام

الأجنبي، فهذه العقود لا يختص كذلك القضاء الإداري الوطني بنظرها لغياب المصلحة العامة الوطنية في هذه العقود.

## 2- المعيار الموضوعي:

وإذا كان الأصل المستقر في القضاء هو أنه لكي يكون العقد إداريا يلزم أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، بحيث يخرج من إطاره - كقاعدة عامة - العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، وهو ما يمثل الجانب العضوي في معيار تمييز العقود الإدارية، وعلى هذا النحو يعد شرطا ضروريا وهاما، بيد أنه لا يكفي بمفرده لحسم مسألة التمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة ولتحقيق تلك الغاية يجب أن يصاحبه معيار موضوعي يقوم على مدى اتصال العقد بالمرفق العام ومدى إتباع وسائل القانون العام في شأنه<sup>1</sup>.

### أ- اتصال العقد بالمرفق العام:

لكي يكون اتصال العقد إداريا يجب أن يكون محله أو موضوعه متعلقا بمرفق عام، سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره وضمن انتظام عمله بإطراء لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وهو ركن استقر عليه غالبية الفقه الإداري.

إلا أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يعني أن يكون موضوع العقد متعلقا مباشرة بمرفق عام وإنما يتحقق هذا الشرط بأي صورة من صور هذا الاتصال سواء تنظيم أو استغلال أو المعاونة في تسييره كما تتحقق هذه الصفة في العقود التي تتضمن شغل المال العام والانتفاع به<sup>2</sup>، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي صراحة إلى هذا العنصر لتقرير الطابع الإداري على عقود الإدارة الدولية، وذلك في حكميه الصادرين

1 - : 315

2 - , > ' " \$ 21 3194 \* > | 7 6 % ' & 8 - 184-19

' , 684!

في قضية Mme Johorton و قضية Mme Félicien إذ قرر أن: { هذا العقد يتضمن المساهمة المباشرة لموظف في وظيفة مرفق عام }، ومن الجدير بالذكر أنه يشترط لاختصاص القضاء الإداري في هذه الحالة أن يكون العقد متعلق بنشاطات مرفق عام وطني، بحيث يخرج من اختصاصه العقود المتعلقة بنشاطات المرافق العامة الأجنبية<sup>1</sup>.

#### ب- إتباع أساليب القانون العام:

والمقصود أنها شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص ومحصلتها أن العقد الإداري يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامه بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها.

وإن قيمة هذا العنصر ليست مطلقة إذ لا يستلزم بالضرورة في تكييف كل عقد إداري، ذلك أنه إذا اتصل العقد اتصالاً قوياً ومتيناً بتنفيذ المرفق العام، فإن ذلك يكفي لاعتباره إدارياً في غيبة أي شرط غير مألوف في نطاق القانون الخاص، ربما لأن الاتصال بتنفيذ المرفق العام على هذه الدرجة يمكن أن يعد في ذاته وضعاً غير مألوف في العلاقات الخاصة البحتة أو يكاد<sup>2</sup>.

ومن الأحكام التي أخذت بهذه الفكرة في مجال العقود الدولية، حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Dame Veuve Langlais بخصوص عقد قرض يتضمن شرط الدفع بالذهب أصدرته فرنسا في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1921، فقد ذهب مفوض الحكومة Gand من أجل عقد الاختصاص للقضاء الإداري ينظر هذا النزاع إلى القول بأن: { اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بعقود القرض لا جدال فيه سواء استند إلى أحكام القانون أو سواء استند إلى الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي غالباً ما تتضمنها هذه العقود }.

1 - ' - .? " 21 \$ " 4 316 !

2 - 7 ' - ./ " " 21 \$ " 4 51 !

كما يذهب TOUBIANA إلى أن عقود الدولة لا يحكمها القانون الدولي الخاص أو القانون الدولي العام بسبب احتوائها - دائما - على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص التي تنبئ على انصراف الدولة إلى التعاقد بوصفها سلطة عامة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية (العقود الإدارية)

لان الصفقات العمومية تتعلق بالمال العام فان المشرع الجزائري افرد لها تشريعا خاصا وقواعد متميزة إجرائيا وبالرجوع إلى هذه القواعد (المواد 114/115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية) نجد المشرع قسمها الى منازعات ناتجة عن الإبرام ومنازعات ناتجة عن التنفيذ، لذلك قسمت المطلب الى المنازعات الناتجة عن الإبرام في فرع أول، والمنازعات الناتجة عن التنفيذ في فرع ثاني.

### الفرع الأول: المنازعات الناتجة عن الإبرام

بالجمع بين القواعد والأحكام المقررة في كل من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المواد 114 و 115) وقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المواد 800 و 801) يمكن تقسيم منازعات الصفقات العمومية الناتجة عن مرحلة الإبرام إلى قسمين منازعات ترفع أمام لجنة الصفقات المعينة ومنازعات تعرض على القضاء.

1- '? ' 21 \$' " 4 .316 -317!



أولاً: المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية

جاء في المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إجراء المنح المؤقت حيث تنص: { ... يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 144 من هذا المرسوم ... } وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز وهذا من بابا إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية.<sup>1</sup>

وهذا الإجراء مكن به المشرع المتعهدين المعنيين والذين قدموا عطاءاتهم من حقهم في رفع التظلم الإداري قبل لجوئهم إلى القضاء المختص.

وبالتالي يمكن للمتعهد أن يرفع تظلماً أمام لجنة الصفقات المختصة، والتظلم يعني الطريقة القانونية أو الشكوى أو الطلب المرفوع من طرف المتظلم للحصول على حقوقه أو تصحيح وضعيته، والمادة 830 تجعل التظلم إجراء جوازيًا أمام الجهة مصدرة القرار.

ولقد كان المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 دقيقاً في مسألة العلاقة بين الطعون المقررة بموجب قانون الصفقات العمومية وبين الطعن المحدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ ميز صراحة بينهما عندما اشترط على المتعامل المتعاقد القيام بالطعن وفقاً لأحكام المرسوم المذكور أعلاه دون أن يغني عن القيام بإجراء التظلم وفقاً لنص المادة 114 من المرسوم رقم: 10-236 بقولها: { زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به { وبالنتيجة نقبل أن يطعن المتعامل المتعاقد تطبيقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب عليه أن يرفع طعناً في قرار الاختيار أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، وهي اللجنة الوزارية للصفقات، لجنة الصفقات الولائية، اللجنة البلدية للصفقات<sup>2</sup>

1- - ' . , ' 21 "\$ 4 218!

2- 114 133 135 137 A% = " + " . 10-236 ' > 7 2010

! &

وهذا بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري هذا بالنسبة للصفقات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية، وبالنسبة للصفقات التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية، ومراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 02، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو الوطنية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة وهذا حسب نص المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.

ومن خلال قراءة هذه المادة وتحليلها يتبين أن المشرع لم يشر ولو إشارة بسيطة إلى الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات مرحلة إبرام الصفقات العمومية وإنما على إمكانية الطعن الإداري في الاختبار الذي قامت به الإدارة في إطار إعلان المناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، من جهة أخرى لم ينص المشرع الجزائري على منازعات مرحلة الإبرام بأكملها وإنما أشار إلى إجراء إعلان المناقصة فقط أو التراضي وكأن المنازعة تنحصر في هذا الإجراء لا غير، لم يورد المشرع مصطلح المناقصة والتراضي بعد الاستشارة وكان طرق إبرام الصفقات العمومية تنحصر فيهما فقط<sup>1</sup>.

وبذلك كفل المشرع حقوق المتعهدين وأجبر الإدارة على العمل في إطار الشرعية والوضوح بما يكفي مبدأ المساواة بين المتنافسين ويبعد الإدارة عن كل شبهة للتحيز لطرف متنافس أو آخر وتتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولائية أو الوزارية كما تقدم البيان دراسة الطعن المرفوع أمامها، وعلى من رفع الطعن إثبات وجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين، ومن المؤكد أن لجان الصفقات المختلفة بحكم تركيبها البشرية المتميزة تستطيع الحسم في التظلم المرفوع أمامها.

وتصدر اللجنة المختصة قرارها خلال 15 يوما من انتهاء الأجل المحدد لرفع التظلم ويبلغ هذا

القرار للمتظلم والمصلحة المتعاقدة<sup>2</sup>.

- 1 J ' 70' & : 8 ) A% -0 & - 68 K : 1\* " " 1 %  
 & \$ - ' 2007 1844  
 - 2 - ' ' 21 " \$ ' 218 .4 - 219

ويخضع إجراء إلغاء المنح المؤقت من قبل المصلحة المتعاقدة، إلى الموافقة المسبقة من الوزير

أو الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني<sup>1</sup>.

ثانيا: المنازعات أمام القضاء الاستعجالي الإداري

إن من بين أهم القواعد الإجرائية التي جاء بها القانون رقم: 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة إبرام.

فالمادة 496 من القانون المذكور أجازت للطرف المعني صاحب المصلحة رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في حال إخلال أحد الإدارات المتعاقدة بقواعد الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، ويتم إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ويتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال.

وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية أن يقدم الإخطار إلى المحكمة الإدارية، كما يجوز إخطارها قبل إبرام العقد، ويمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، ويمكن للمحكمة الإدارية أيضا وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما<sup>2</sup>.

وتفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا

للمادة 946<sup>3</sup>.

ويفصل القضاء الإداري في الشق المستعجل من الناحية المستندة إلى العقد الإداري لا على اعتبار

أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية

!	&	236-10 .	" + "	114	-1
!	8	:	18	946	-2
!	8	:	18	947	-3

المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر ونتائج يتعذر تداركها حماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن التنفيذ

أولاً: التسوية من غير اللجوء إلى القضاء

#### 1- التسوية الودية:

تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي: { تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات ... }.

ومن خلال نص المادة يبدو بأن المرسوم الرئاسي أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن تنفيذ، وهذا تفادياً للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار.

وفي حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة<sup>2</sup>.

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية وحتى يتمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم

1- 1 =L % . & 8 1 1 /! 2009 .4 -229 -!230  
 2- ' ' " + " . 10-236 > 7 ' 2010 & 115  
 5 I L8 # ) \* > " A6% 02-250 M 7 5 102 \* > " # ( + /  
 " % "7 # 3 N - 4 % 5 & 115 ! 1

يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، وحتى يتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في أجاله وهو ما يتمشى وهدف خصلة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.

من أجل ذلك جاءت المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 معلنه عن ضوابط الحل

الودي وحدوده وأحكامه فنصت على أن الحل الودي يجب أن يراعى فيه مايلي:

**1-** أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه، فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.

**2-** الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين، فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا، أو أن تنكر عليه هذا الحق خاصة وان نص المادة 115 في غاية الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقا للظروف الجديدة<sup>1</sup> تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية.

**3-** التوصل إلى إسراع إنجاز لموضوع الصفقة: ألح المشرع الجزائري في المادة 115 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ.

**4-** البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية

الصفة فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفة في آجالها المحددة في العقد.

وإذا لم يحدث الاتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فإن المشرع كفل للمتعاقل المتعاقد أحقية اللجوء للقضاء.

غير أنه فرض أولا رفع طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات وهو ما أكدته المادة 115 والمادة 144 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 وكأنا المشرع أراد أولا البحث عن حل خارج الإطار القضائي بما قد يحقق منافع بالنسبة لجميع الأطراف.

هذا فضلا على أن النزاع أثناء التنفيذ عندما يمثل أمام اللجنة الوطنية للصفقات بحكم تركيبها من الناحية البشرية فهي تضم ممثلين عن كل الوزارات أو القطاعات، ونتيجة لذلك فإن النزاع أحيل على هيئة متخصصة تضم كفاءات ذات مؤهلات عالية وخبرة واسعة ومن الراجح أن يجد النزاع حلا له على يد هذه اللجنة المتخصصة.

ولقد فرض المشرع على اللجنة الوطنية للصفقات أن تحسم في النزاع المعروض عليها خلال مدة 30 يوما بدءا من إيداع التظلم أو الطعن.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما ألزم الإدارة المتعاقدة بموجب الفقرة الرابعة (04) من المادة 115 بالتقيد بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة الوطنية للصفقات بقوها: {ويصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية}.

وهو ما يضيف على قرار اللجنة الوطنية للصفقات حجية النفاذ اتجاه الإدارات المعنية، وبفرض الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات يكون المشرع الجزائري قد خص منازعات الصفقات العمومية

بأحكام خاصة وإجراءات مميزة، وإذا لم يجد النزاع حلا له على مستوى اللجنة الوطنية للصفقات فإنه بإمكان المتعامل المتعاقد رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة<sup>1</sup>.

إن التدقيق في نص المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية يربط النتائج التالية:

**1-** عدم تطرق المشرع الجزائري لقواعد الاختصاص النوعي لمنازعات الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ على الإطلاق، إذ نجده قد نص في الفقرة الأولى من المادة 115 على ما يلي: { تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها }.

عن أي أحكام تشريعية يتحدث المشرع الجزائري؟

**2-** أشار المشرع الجزائري في الفقرة السادسة من نفس المادة إلى اللجوء إلى القضاء بعبارة " قبل كل مقاضاة أمام العدالة " دون أن يحدد القضاء المختص بنظر منازعاتها نوعيا، هل يتعلق الأمر بالقضاء العادي أم الإداري<sup>2</sup>؟

**3-** إن عبارة " يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة " الواردة في المادة 115 تفيد الجواز لا الوجوب بما يعني أن إجراء الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات صار اختياريا وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعامل المتعاقد أن يتجاوز إجراء التظلم ويرفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة<sup>3</sup>.

**4-** كما يمكن أن تسجل على المادة نفسها مركزية شديدة في إحالة كل النزاعات على مستوى التراب الوطني وفي كل القطاعات على لجنة واحدة هي اللجنة الوطنية للصفقات، وكان أفضل لو أسند المشرع

1 - - ' . , ' 21 " \$ 219 .4 ! <

2 - J ' 70 " \$ 21 " !864

3 - ) \* 250-02 A6% " + " 5% " + " 338-08 ) \* A6 ; I \* # 2 ) -

' - / ' 236-10 1 " + " D " 102 " " & BE ; +  
& 0 1 %

ولاية الفصل في النزاعات الناتجة عن التنفيذ للجان الصفقات الأخرى الوزارية والولاية والبلدية حسب طبيعة الصفقة بما يخفف من وجه المركزية<sup>1</sup>.

## 2- الوساطة في منازعات العقود الإدارية:

### أ- تعريفها:

لقد نصت المادة 994 من وقانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: {يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع}.

فمن خلال نص المادة نجد بأن الوساطة هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق قد يجنبهم كثيراً من الوقت والجهد إذا ما لجأ إلى القضاء.

كما عرفت المادة 3/1 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: عملية يتم من خلالها حل النزاع ودياً سواء بالوساطة أم بالتوفيق مع محاولة الوسيط الحصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل.

وبالتالي فيمكن القول: إن الوساطة عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل<sup>2</sup>.

1 - - ' . , 21 " \$ ' 4 224 !

2 - 7 '@ < ' 1( .: >7 >8 & 3% 20 / ' 1 " 2009 4 26 !



كما يمكن تعريف الوساطة أنها: { اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق قد يجنبهم كثيرا من الوقت والجهد والنفقات إذا ما لجأوا إلى ساحات القضاء أو حتى التحكيم وتكمن الفكرة من وراء نظام الوساطة في تمكين الأطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي نشبت وإزالة سوء الفهم حول النقاط التي ثارت بينهم }<sup>1</sup>.

#### ب- خصائص الوساطة:

➤ تكفل الوساطة قدرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية النزاع فيجب أن يحرص الوسيط على حفظ قدر من السرية بين الأفراد والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالمنازعة لأي طرف آخر خلاف أطراف المنازعة، وهذا ما أكدت عليه المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

➤ الوساطة تكون دون المساس بأي إجراءات قضائية قد اتخذت لتسوية النزاع، وهذا ما أكدت عليه المادة 2/995 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

➤ الوساطة تتم كسائر وسائل تسوية المنازعات بغير اللجوء إلى القضاء، لذلك فهي توفر الوقت والجهد والنفقات لاسيما في منازعات العقود الإدارية التي تتسم بتشابكها وتعقيداتها<sup>2</sup>.

➤ قيام الوساطة على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات على خلاف القضاء، حيث يجبر المتنازعان على المثل أمام المحكمة خصية إجراء محاكمة الغائب منهما وعليه يمكن القول إن الوساطة لا تعدو كونها عملية تطوعية، سواء عند الاتفاق على البدء فيها أم الاتفاق على الاستمرار وقبول الحل الذي يطرحه الوسيط.

1- 7 - ' 1 @ - # 21 " \$ 4 322!

2- :H- ' - . / " #7 0 - 3 % 20 / ' 1 " 1999 .4 -9

➤ تجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الاستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهما من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها.

➤ يتميز هذا النظام بحياد ونزاهة الوسيط عند إحالة النزاع إليه مع حرصه على إعطاء الفرصة الكاملة للمتنازعين في عرض نزاعهما ومنحهما الوقت الكافي لذلك<sup>1</sup>.

### ج- صلاحيات الوسيط والتزاماته:

بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط وعلى هذا الأخير أن يخطر القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة ويجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك، ويرى الوسيط في سماعه فائدة لتسوية النزاع، كما يحظر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في أثناء أداء لمهمته، وعند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه هو والخصوم ويجب على الوسيط أن يحفظ السر إزاء الغير<sup>2</sup>.

### د- سلطات القاضي الإداري في الوساطة:

تنص المادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: { يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة، يطلب من الوسيط أو من الخصوم.

يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط }.

ومن خلال نص المادة نجد أن الوساطة تنتهي بطريقتين إما بطلب من الوسيط أو الخصوم وإما أن ينهيها القاضي من تلقاء نفسه وهذا عندما يتبين له استحالة السير الحسن للوساطة، ويجب في جميع

-1 : 27.

-2 : 1000 1001 1003 1005 % & % # \$ " # " ! .

الحالات أن ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم عن طريق أمانة الضبط، كما يجب أن ترجع القضية للجدول بالتاريخ المحدد لها مسبقاً<sup>1</sup>.

ولا يترتب عن الوساطة تخلي القاضي وبالتالي يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً - حسب المادة 2/995 - وفي حالة نجاح الوساطة يعد محضراً بالاتفاق ويقوم القاضي بالمصادقة عليه ويعد سنداً تنفيذياً له نفس حجية الحكم القضائي وهذا طبقاً لنص المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>2</sup>.

### 3- الصلح في منازعات العقود الإدارية:

#### أ- تعريف الصلح:

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه: { الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه }، ويستفاد من المادة أن للصلح عنصران أساسيان لا قيام له دون اجتماعيهما وهما: 1- وجود نزاع قائم أو محتمل، 2- النزول المتبادل من كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته.

والصلح كما هو جائز في المنازعات التي تدخل تحت إطار القانون الخاص فإنه كما هو جائز كذلك في المنازعات الإدارية، ولم يأت المشرع بأي نص تشريعي يمنع الدولة وسائر تجمعات القانون العام من اللجوء إلى الصلح<sup>3</sup>.

بل بالعكس جاء في نص المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: { يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل }.

1- 3 /1003 : 18 8 +01 (!)  
2- 0.1004 & & ' A% 7 J '\$ =1 ' L # / ) 7 J '\$ "  
\* !P  
3- '? ' 21 '\$ 4 66!

ويجوز اللجوء إلى الصلح بشرط ألا يتعلق الأمر بالمسائل المتعلقة بالنظام العام<sup>1</sup>، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 970 نجد أن الصلح محذور في قضاء المشروعية لأن هذا الأخير يتعلق بالنظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته، وإجراء الصلح على العموم هو إجراء جوازي يمكن أن يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائياً، كما يمكن أن يتم بسعي من القاضي، كما أن الصلح غير مقيد بمدة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، والقاضي بماله من سلطة تقديرية هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يراهما مناسبين لإجراء الصلح ما لم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك<sup>2</sup>.

#### ب- وظائف الصلح:

لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 971 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة }، وهذا ما أكدت عليه المادة 990<sup>3</sup> أيضاً من نفس القانون، وإن تأكيد المشرع على إجراء عملية الصلح في المنازعات الإدارية يعبر على أهمية والوظائف الأساسية للصلح والمتمثلة في:

- إدراك النزاعات بحيث يجنب الوصول إلى الصلح الأطراف متابعة الدعوى القضائية الإدارية.
- الفصل في النزاعات بصفة جديدة بحيث يستطيع القاضي أثناء عملية الصلح أن يتعرف على المشكل المطروح بصفة واسعة وعميقة.
- الفصل في النزاعات بأكثر إنصاف وعلى أي حال بصفة أوسع من الحدود التي يفرضها القانون

على القاضي<sup>4</sup>.

-1	461	&	!				
-2	971	272	990	991	18	:	8
-3	4	0.990	0	1	0	B%	Q %& +
-4	3	%	.	8	-0	'/	1
							104 4 1998

➤ كما يعتبر الصلح وسيلة لحسم المنازعات بدلا من طريق القضاء العام في الدولة محقق بذلك غاية يحرص عليها المشرعون وهي عودة الوئام والود بين الأطراف المتنازعة.

### ج- النظام القانوني للصلح في منازعات العقود الإدارية:

تنص المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { إذا حصل صلح يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن } وكذلك المادة 992 من نفس القانون على ما يلي: { يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية }.

تحتوي هذه المواد على عدة قواعد قانونية وإجرائية أساسية تتعلق بدور القاضي ومجال الصلح وسريانه والجهة التي يقام أمامها الصلح.

فقد يقوم القاضي في عملية الصلح بدور المصالح أي أن القاضي الفاصل في النزاعات الإدارية على مستوى المجالس القضائية يرتدي ثياب القاضي والمصالح في نفس الوقت ويصبح قاضي مصالح. وتتمثل وظيفة المصالح في تهدئة النزاعات بين الأشخاص واستعمال كل الطرق الملائمة حتى تلك التي تذهب أبعد مما حدده القانون الوضعي، وتثير مسألة اتساع سلطات القاضي الإداري في عملية الصلح عدة تساؤلات:

✧ هل ينظر القاضي المصالح إلى النزاع من زاوية القانون الوضعي أو من زاوية الإنصاف؟

✧ ما هي مكانة وقوة النظام العام أثناء عملية الصلح؟

✧ ما هي صلاحيات وواجبات القاضي المصالح؟

✧ هل يستطيع أن يتحرر من قواعد النظام العام؟

إن الأمر المطروح في هذه الأسئلة لا يتعلق بدور القاضي وصلاحياته عندما يبيت في موضوع النزاع لأن مصدر قواعد المنازعات الإدارية يتمثل في القضاء وبالتالي يمكن للقاضي الاعتماد على

قواعد الإنصاف ولكن يحدث أن يواجه القاضي المصالح بعض القواعد الآمرة عندما يقوم أو يشرف على عملية الصلح<sup>1</sup>.

ويثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية، كما يعتبر محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط<sup>2</sup> أي له نفس قوة الأحكام القضائية.

#### 4- التحكيم في منازعات العقود الادارية:

في الجزائر، قانون الاجراءات المدنية الملغى والذي ساير قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم، نص على منع التحكيم في المادة 442/ف1 بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والدواوين العامة.

اول فجوة احدثت في هذا المنع كانت بفعل اتغاق اتي في الشكل المبسط (تبادل الرسائل) بين فرنسا والجزائر في 17 مارس 1983 ، والذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين فرنسيتين وولايتين جزائريتين هما وهران وقسنطينة. الغرفتان الاداريتان المعنيتان اعتبرتا بانهما غير مختصتين حينما رفع اليهما النزاع، بناء على مبادرة من الولايتين الجزائريتين وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفة العمومية المبرمة ، وهذا ما دفع بالوزير الاول بان يبعث بتعليمة تاكد على ضرورة الرجوع الى احكام قانون الاجراءات المدنية في هذا الصدد.

قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 نظم هذه المسألة بنوع من التفصيل في المادة 975 المتعلقة بالقضايا الادارية وفي المادة 1006 المتعلقة بالقابلية للتحكيم في الصفقات العمومية، وهي محور الدراسة<sup>3</sup>.

1- 3 % . 21 " \$ 4 107 !

2- 993 : 18 ! 8

1- 9) / A B3 4 & >7 / " 1 : 1J

J % & 7 \$ 1 < # 63 % A & / 2009 88.874

ثانيا: التسوية باللجوء إلى القضاء

### 1- تحديد جهة الاختصاص:

إن أهم ما يبحثه القاضي عاديا كان أو إداريا هو تحديد طبيعة الموضوع المطروحة عليه، ذلك لأن تحديد طبيعة النزاع تحدد طبيعة القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة بنظر القضية، وإن أي خطأ في تكييف وتحديد الطبيعة القانونية للمنازعة القضائية يؤدي بالضرورة إلى الوقوع في عيب عدم الاختصاص النوعي الذي يعد من النظام العام.

وهناك غموض وتضارب في تكييف الطبيعة القانونية للصفقة العمومية في التشريع الجزائري والذي يمكن رده إلى الأسباب الآتية:

1- سكوت المشرع الجزائري عن تحديد الطبيعة القانونية الواردة بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإننا لا نعثر علي أي نص قانوني يحدد الطبيعة القانونية هل هي عقد مدني أو إداري أو اقتصادي، لذا فالقاضي الذي ينظر منازعة موضوعها صفقة عمومية لا يجد أي جدوى من الرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية لتكييف طبيعة الموضوع المطروح عليه.

2- اصطدام المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية بالمادة 800، 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك أن المشرع الجزائري أكد ثانية على تبني المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري والمعيار الذي يقوم على أساس التمييز بين المنازعات التي تكون الإدارة أحد أطرافها، ومن خلال تحليل المادتين 800-801 من القانون رقم: 08-09 نجدها تقوم على مبدئين أساسيين:

الأول: التأكيد على المعيار العضوي لعقد اختصاص القضاء الإداري.

**الثاني:** تحديد الأشخاص العامة على سبيل الحصر<sup>1</sup>، إذ حصرها في أشخاص القانون التقليدي وهي الدولة، الولاية البلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري<sup>2</sup>، ويأتي المشرع في المادة 801 من نفس القانون لإثارة الغموض من خلال تفصيله للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وجاء في نص المادة فقط { المؤسسة العمومية المحلية ذات الصيغة الإدارية } متجاهلا بذلك المؤسسة العمومية الوطنية ذات الصيغة الإدارية وهو ما يثير إشكالية، بالإضافة إلى المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، في حين نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إذ تنص على أنه: { لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

✓ الإدارات العمومية.

✓ الهيئات الوطنية المستقلة.

✓ الولايات.

✓ البلديات.

✓ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

✓ مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتقني والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة {.

حيث أن المشرع الجزائري أضاف نوعاً جديداً من المرافق العمومية التي بمقدورها إبرام الصفقة العمومية، إذ يجد نفسه أمام إشكالية غاية في الأهمية: هل يكيف الصفقة العمومية التي أبرمتها هذه المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 أم يكيفها على أنها عقد

J - 1 70' 21 "\$ 4 180 !

- 2 4 800 18 : 8 !



مدني تأسيسا على نص المادة 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اعتبار أن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام ولا يجوز مخالفتها<sup>1</sup>.

وبالقراءة المتأنية لنص المواد 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإننا لا نعثر على أية إشارة إلى مصطلح " الصفة العمومية " إذ أن المواد 800 و 801 قد عقدت الاختصاص النوعي للقضاء الإداري في جميع المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو أي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري طرفاً فيها.

وهنا يبدو أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ مفهوم الولاية العامة للقضاء الإداري في جميع القضايا أي كانت طبيعتها متى توفر المعيار العضوي<sup>2</sup>، غير أن المرسوم الرئاسي حين أقم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل نظر أكثر لتمويل الصفة كون أنها ممولة من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة، لذا شفع لها هذا الجانب أو هذا المعيار فعدت حينئذ صفة عمومية مشمولة بقواعد المرسوم الرئاسي 10-236 وإن تعلق بمؤسسة عمومية صناعية وتجارية وطالما عدت الصفة المبرمة من قبل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري صفة عمومية خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236 شريطة أن تكون ممولة من خزينة الدولة، فإنه يصعب التسليم باختصاص القاضي العادي بالنظر في منازعاتها فلا يعقل أن يعرض النزاع الذي يثور بين مقاول ومؤسسة عمومية صناعية وتجارية حول صفة تتوافر فيها الشروط المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 لاختصاص القاضي المدني أو التجاري، فتعرض على قاضي فرد على مستوى محكمة عادية ابتدائية لما لقانون الصفقات العمومية من طابع إداري محض لا يمكن التشكيك فيه.

1 - 1	:	4	:	1 / 807	:	18	:	8	:	0.5	:	4	:	BJ	:	-	:	4	:	BJ	:	4	:	%
				IP																				
				7 % >																				
				2 - J																				
				70'																				
				21																				
				\$'																				
				82																				

وإذا كان من الطبيعي أن يطبق القاضي المدني أو التجاري قواعد القانون المدني أو القانون التجاري على الخصومات المعروضة عليه حسب الموضوع وطبيعة كل عقد، فإنه من المؤكد أنه من غير الطبيعي أن يطبق القاضي العادي مدنياً كان أم تجارياً قواعد الصفقات العمومية والتي تنطوي على طابع إداري محض<sup>1</sup>.

إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد 800 و 801 وكذا المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 يمكن القول أن الاختصاص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية موزع على النحو التالي:

#### أ- المحاكم الإدارية:

حسب الاختصاص الإقليمي المحدد في المواد 803 (التي تحيل إلى المادتين 37-38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والمادة 804 وهو من النظام العام كما سبق الإشارة، تختص المحاكم الإدارية بالنظر في جميع منازعات الصفقات التي تبرمها كل من:

السلطة الإدارية المركزية والهيئات الوطنية لأنها حسب نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01 لا يختص بها مجلس الدولة والولايات والبلدية وجميع أنواع المؤسسات العمومية التي أوردتها المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236.

#### ب- المحاكم العادية:

يعود الاختصاص القضائي للمحاكم العادية للفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي يمكن للمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية أن تبرمها، طبقاً لمقتضيات وشروط المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 ذلك أن المواد 800 و 801 إنما تنص على اختصاص الغرف الإدارية بفض منازعات المؤسسات العمومية الصناعية التجارية وهو ما يؤكد قضاء مجلس الدولة من حيث: { أن

القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري }.

## 2- تصنيف منازعات الصفقات العمومية:

يمكن رد اختصاص القضاء الإداري بصفة عامة إلى نوعين رئيسيين هما:

1- القضاء الكامل " قضاء التعويض "

2- قضاء الإلغاء.

والمعروف أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة بعمل أو امتناع، أما القضاء الكامل فيدخل القاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته، والمسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل، ولكنه يثير بعض النواحي التي تتعلق بقضاء الإلغاء<sup>1</sup>.

## 1- القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:

القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية والمنازعة حول العقد الإداري في مجال القضاء الكامل تتعدد صورها حسبما تستهدف ومن ثم فقد تتخذ الدعوى أحد الصور التالية:

### 1- دعوى بطلان العقد:

وذلك لعيب في تكوينه ففي هذه الحالة ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية، وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال.

1- 7 ) " >- 3 . " - & 8 R3 , "8 > 1998 4 198

## ب- دعوى الحصول على مبالغ مالية:

وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال.

## ج- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية:

فإذا صدر من الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل وتحفظ دعواه في هذه الحالة بصفقتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل، حتى ولو اقتصر على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفقتها متعاقدة.

## د- دعوى فسخ العقد:

ذلك أن المتعاقد له أن يطالب بفسخ عقده في حدود معينة، ودعواه في هذا الصدد تدرج في نطاق القضاء الكامل أيضاً<sup>1</sup>.

## 2- قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية:

قد تصدر الجهة الإدارية المختصة قراراً إدارياً يتعلق بصفقة عمومية فلا يكون للقرار الإداري وجوداً بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما أصطلح عليه فقها بالأعمال المنفصلة، كالقرارات الإدارية المتضمنة المنح المؤقت أو القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة وهذه القرارات جميعاً اعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالاً بالإلغاء.

ويجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري مثل مخالفة لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب وغيرها<sup>2</sup>.

1- 7 ) " >- 3 . 21 " \$ ' . 4 . 100 - 101 !

2- - ' . , 21 " \$ ' 4 230 !

ويثير اختصاص قاضي الإلغاء بالقرارات المنفصلة عن العملية العقدية التساؤلات التالية ما هي هذه القرارات وأنواعها وكيفية تمييزها عن غيرها من القرارات المتصلة بالعملية العقدية وأسباب الطعن فيها وشروطه وأثره وهو ما سنجيب عنه في النقاط التالية:

### 1- شروط دعوى الإلغاء:

#### أ- أن يتعلق النزاع بقرارات منفصلة:

يقصد بها تلك القرارات الإدارية الناتجة عن عمليات مركبة تتعلق بعمليات وإجراءات تحضير عملية إبرام وانعقاد الصفقة العمومية، مثل قرارات إرساء المناقصة أو المزايدة أو قرارات لجنة فتح الأظرفة، فهي قرارات منفصلة عن الصفقة العمومية غير أنها تساهم في تكوينها وتستهدف إتمامها فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجبر الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً عن العقد وهي ليست غاية في ذاتها لكنها تندرج في عملية التعاقدية، فهي أعمال انفرادية قابلة للطعن فيها بالإلغاء إذا وتوافرت عناصر القرار الإداري.

#### ب- آثار الحكم بالإلغاء على العملية العقدية:

تقضي القاعدة العامة أن ما بني على باطل فهو باطل غير أن السؤال المطروح هو ما مدى تطبيق هذه القاعدة بالنسبة لإلغاء قرار إداري منفصل عن العملية التعاقدية التي ساهم في وجودها؟

أقر الفقه والقضاء المقارن أن إلغاء القرار المنفصل بذاته لا يؤدي إلى إلغاء العقد بل يبقى العقد نافذاً وسليماً إلى أن يتمسك الذي يصدر حكم الإلغاء لصالحه بالاحتجاج به أمام قاضي العقد الذي يخول له دون سواه الحكم بإلغاء العقد استناداً إلى حكم إلغاء القرار والذي لا يستطيع قاضي العقد مناقشة حجته، أو مدى شرعيته نتيجة لحجية حكم الإلغاء.

أما إذا صدر الحكم بالإلغاء قبل التعاقد تعرض الدعوى على قاضي العقد فإن الإدارة في هذه الحالة لا تستطيع السير قدماً في عملية التعاقد حتى نهايتها لأنها تكون قد خالفت بذلك الحجية المطلقة لحكم الإلغاء وكذلك قوة الشيء المقضي فيه ويستوي في هذا الشأن أن يقدم حكم الإلغاء ممن كان طرفاً في العقد

أو من الغير، ولكن لبطئ إجراءات التقاضي فإن الحكم بإلغاء القرار المنفصل قبل التعاقد عادة ما يصدر بعد إبرام العقد<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني : قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعتبر التحكيم من بين الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، وله أهميته وذاتيته الخاصة التي تميزه عن باقي الطرق المقررة لتسوية منازعات العقود الإدارية، ويستمد التحكيم تميزه من نظام التحكيم نفسه، وخصوصية المنازعة الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. وباعتبار هذا المبحث يشكل نقطة الانطلاق في صلب الموضوع فقد حاولنا التركيز على أهم المحاور الأساسية التي تخدم البحث انطلاقاً من تحديد المفاهيم الأساسية للتحكيم ثم اللجوء للتحكيم وذلك في مطلبين هما:

**المطلب الأول:** مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

**المطلب الثاني:** اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

### المطلب الأول: مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن دراسة مفهوم التحكيم في العقود الإدارية يفرض علينا التعرض إلى تعريف التحكيم وبيان أهميته في فرع أول ، ثم توضيح الطبيعة القانونية للتحكيم في فرع ثاني ، ثم في فرع ثالث نحاول التمييز بين التحكيم والأنظمة المشابهة له.

#### الفرع الأول: تعريف التحكيم وأهميته

##### أولاً: تعريف التحكيم

##### 1- التعريف التشريعي للتحكيم:

هو فض النزاع من طرف خواص يعينهم الأطراف أي أن المحكمين ليسوا قضاة بالمعنى الصحيح فالأصل أن الجهات القضائية هي صاحبة الولاية الكاملة في فض النزاعات، إلا أن المشرع قد أجاز للمتقاضين فض نزاعاتهم بواسطة محكمين يعينهم لهذا الغرض<sup>1</sup> وذلك في بعض المواد.

إذ تنص المادة 422 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أن: { يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن<sup>2</sup> والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم }.

وبعد إلغاء نص المادة 422 من خلال المرسوم التشريعي رقم 09/93: { يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص

1 - 18 01 M 6% : 3 % % 20 - ' / 2002 4 1104 !  
2 - 154-66 . 08 " 1966 : 18 # !

وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية<sup>1</sup> {

أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، فجاء في المادة 1006: {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 علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية<sup>2</sup> {

وإذا تتبعنا هذه التعديلات سنستنتج أن التحكيم مر بثلاث مراحل:

1- الأمر رقم: 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية:

وتعتبر مرحلة إنكار النظام الجزائري للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام.

2- المرسوم التشريعي رقم: 09/93 المعدل والمتمم للأمر رقم: 154/66 : الذي ألغى المادة 442.

واعترف صراحة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم لكن حصره في علاقاتهم التجارية الدولية.

3- القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

الذي اعترف للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام بالإضافة إلى جواز لجوئهم للتحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية أيضا أجاز التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

**2- التعريف الفقهي:**

اختلف الفقه في تعريف التحكيم، فعرفه الفقيه الغربي ROBERT: ( بأنه نظام للقضاء الخاص

تفض فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيه.)<sup>3</sup>

1-	"	3	. 09-93	#	S	. 154-66
2-	.	09-08	' 25	2008	:	18
3-	"	7	< 7	> 7	-0	8
	'/	"	2008	4	136	



كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: (الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلا عن الطريق القضائي العام).<sup>1</sup> غير أن التعريفان لم يتعرضا لحالة النزاع الحالي والمستقبلي.

ويعرف أيضا انه: ( عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي به ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها )<sup>2</sup>.

هناك أيضا من يعرف نظام التحكيم على أنه طريقا خاصا للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه.

ونظام التحكيم هو بناء قانوني يكون مركبا من ثلاث إرادات:

- إرادة النظام القانوني الوضعي.
- إرادة الأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم".
- إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

وإذا افترق نظام التحكيم إلى أي من هذه الإرادات فإننا لا نكون عندئذ بصدد نظام التحكيم.<sup>3</sup>

1- " - 7 ( ) 1 : 1 ) 8 >7% BJ ) & 8 T 1 T- ' / >"8  
!39 4 2003 " ' / >8

2- " ) 7 >7 -0 8 & L & ( ' " 4 2001 " !14

3- " 7 - " ) 7 ? " ' >7 RT3 T J T > 1 " 7 - " 7 >"8 ,  
!34-32 4 2001 /!

كما يعرف التحكيم على انه : (الالتجاء إلى طرف ثالث يعرض عليه الطرفان المتخاصمان خلافهما، فيقوم في النهاية بفرض حل ملزم لكليهما).<sup>1</sup> إلا إن التعريف لم يتطرق إلى التفصيل بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

وتبرز تعاريف أخرى الصفة النظامية للتحكيم حيث يعرف التحكيم انه: (إنشاء محكمة خاصة بفضائها يتم حل المنازعات التي تطرح على محاكم القانون العام والتي اتفق أطرافها على طرح الحالة للفصل فيها).<sup>2</sup>

ويقترح محمد عبد المجيد إسماعيل تعريفا للتحكيم فيعتبره: ( اتفاق الأطراف بهدف الوصول إلى تسوية قضائية ملزمة لمنازعة ما حالة أو مستقبلة )<sup>3</sup>. إلا انه ما يعاب على التعريف انه خلا من ذكر هيئة التحكيم أو المحكم الذي يحل المنازعة.

باستعراض المحاولات المختلفة فقها وتشريعا لتعريف التحكيم يتضح أنها جميعا قد خلت من تعريف يمكن اعتباره ملائما أو ملما بكل عناصر التحكيم، ولكن من خلالها يمكن استخلاص تعريف للتحكيم أحاول فيه الإلمام بكل العناصر المكونة له ومؤداه: (هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، على اللجوء لمحكمين يتم اختيارهم من قبل الأطراف، في منازعة قائمة بالفعل أو يحتمل أن تنثور بينهم، وذلك بحكم ملزم لأطراف المنازعة).

### ثانيا: أهمية التحكيم

تتلخص أهمية التحكيم بوجه عام والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه من خلال منظرين اثنين: الأول يخص المتعاقد مع الإدارة، وعلى الخصوص المستثمر الأجنبي، والمنظار الثاني يهم الدولة بمعناها الواسع أو الشخص المعنوي العام.

Zaki badawi dictionary of managment sciences dar al –kitab almasri cairo 1ed 1984 p48 -1

Jean-robert l'arbitrage-droit intene-droit intrnational prive 2ed 1993 p 3 -2

4 2003 /! ' &7 '% 3 ( >7 # 63 &- # - "@ 1 '- 7 -3

1 - أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة:

أ- التخوف من مساس الدولة بحيادها:

لئن كانت الدولة مجرد طرف في العقد الرابط بينها وبين المستثمر وخاصة إن كان أجنبياً، فهي بطبيعة الحال طرف قوي يتمتع بالسيادة التي من شأنها في نظره أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد الرابط بين الطرفين، فضلاً عن إمكانية تأثيرها على القضاء الوطني ليحكم في النهاية لصالحها. فقد نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد طرفيها متعاقدًا أجنبياً والطرف الآخر هو الدولة أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة، التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية، أو سياستها ومن ثم نادوا بمنح مثل هذه المنازعات لقضاء محايد هو قضاء التحكيم.

ب- التخوف من تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

فضلاً عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي فإنها ولا شك والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية التي بموجبها يخطر على قضاء دولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفاً فيها<sup>1</sup>.

لأن تدخل الدولة -أشخاص القانون العام بصفة عامة- في خصومة تحكيم قائمة أو مستقبلية يعتبر نزولاً ضمنياً من جانبها عن امتيازات الحصانة القضائية وعلى الأخص متى تطرقت إلى موضوع النزاع، ولكن مجرد عدم مثول الدولة أمام قضاء التحكيم رغم إعلانها لا يعتبر نزولاً عن حصانتها.

كما أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر، يعتبر بمثابة نزول ضمنى مقدماً عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع

1- 7 " 7 J \$ A% >7 &- \* ' / 8 & A% < 9E =1 ' / 8-7-6 4 2001 /! >"8 1 - ' /

نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم<sup>1</sup>.

## 2 - أهمية التحكيم بالنسبة للدولة:

الأصل في المنازعات الإدارية بالنسبة للدولة التي تعرف ازدواجية القضاء، هو أن يعهد بالبت فيها إلى القضاء الإداري الذي يوفر للأفراد ضمانات أكثر من القضاء العادي، إذ لا يمكن الكلام عن دولة القانون من دون التساؤل عن مدى احترام مبدأ المشروعية مع العلم بوجود نظريات خاصة بالقانون الإداري، لا نظير لها في القانون المدني مثل نظرية الظروف الطارئة ... ونظرا للاعتبارات الداعية إلى اشتراط التحكيم على الدولة، السالف بيانها فإن لهذه الأخيرة أيضا اعتبارات للاستجابة إلى اعتبارات المستثمرين.

فمن المسلم به في مختلف ربوع العالم، أن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية -إدارية أو عادية- في استمرار منقطع النظير، وهو ارتفاع لا يضاهيه ارتفاع في عدد الموارد البشرية المتخصصة، ولا في التجهيزات الضرورية مما استدعى وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف من وتيرتها وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات من بينها التحكيم.

فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة.

ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة، وخاصة الاستثمار الأجنبي، ذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها

التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات، التي أصبح ينظر إليها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من أن تكون وسائل قصرية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

#### أولا: النظرية العقدية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تشريعات التحكيم التي تسنها الدول أو الاتفاقيات الدولية لا تضع أحكاما أمره إلا في صيغة الحدود ولخدمة وتحقيق إرادة الأطراف في الالتجاء إلى التحكيم. فالدولة تقف عند دور الدولة الحارسة تسهر على منع المساس بالنظام العام، أما بدء التحكيم وتسييره حتى صدور الحكم فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم ثم في اتفاقهم مع المحكمة على الانصياع والخضوع لما يصدر عنه من أحكام، فعملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدة الاتفاق وقيمتها الحكم<sup>2</sup>.

ولأن للتحكيم هذا الطابع التعاقدية، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف إتباع إجراءات سريعة واطل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية، وإن كان في هذا التخلي بعض المخاطر فهي ولا شك مخاطر محسوبة، فمركز النقل هو اتفاق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق بنود العقد أو عقد تحكيم منفصل عن العقد الأساسي، ففي إرادة الأطراف يتعين البحث عن المرتكز الأساسي لعملية التحكيم، وتبعاً لهذا المفهوم يجب أن يؤخذ التحكيم كمجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة<sup>3</sup>.

كما لا يمكن اعتبار المحكم يقوم بأداء عمل ضمن أعمال السلطة العامة إلا إذا كان الأطراف الذين عينوا هذا المحكم يتمتعون بهذه السلطة العامة وهو ما لم يرقم به احد.

1- 7 ' 17 > " -0 & 8 % : & ' 6 & %  
 >7 % - 4 B ; :01 ; 2 / \$ ' % #7 -0 ; 0% / " ; >7 " ; \$+9 2009 4 !395  
 2- 7 " < 21 " \$' 4 !46  
 1-2 3 U >7 & 8 1 V " & W 3 0 &7 1/ 2009  
 4 !368

ولعل ما يؤيد هذا الاتجاه أحكام محكمة النقض الفرنسية الأولى التي كانت تؤسس للنظرية العقدية لذلك فقد أجمل بعض الفقه أسانيد هذه النظرية فيما يلي:

**1-** حكم المحكمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف، فالتحكيم جوهره هو التقاء إرادة المحكمين بقرار المحكم.

**2-** سلطة المحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم.

**3-** يؤكد القانون الوضعي أن عمل المحكم ليس عمل قضائيا فقد أجاز أن يكون المحكم أجنبيا وأجاز رفع دعوى ببطلان القرار الذي يصدره<sup>1</sup>.

ويتبين أيضا أن إرادة الأطراف لها سلطان واسع، حيث يتمتع الفرقاء بحرية كبيرة يتمكنون بموجبها من رسم الإجراءات التحكيمية والقواعد القانونية التي يقتضي اعتمادها من قبل المحكم، ووجوه تشكيل هيئة التحكيم، فضلا عن تحديد المهل.

وبهذا فإن المحكم يكون معينا على تطبيق الاتفاق الحاصل بين الفرقاء ممهدا الطريق لوضعه موضع التنفيذ من أجل الإبقاء على فاعلية العقد وقوته الإلزامية ذلك أن اتفاقية التحكيم تشكل عقدا ذا تنفيذ متتابع وليس عقدا فوريا إلا أن السلطان المعترف به لإرادة الفرقاء، تحده بالنتيجة حدود تفرضها مقتضيات النظام العام، والقواعد الإلزامية التي يقع في طليعتها احترام وجاهية المحاكمة وحقوق الدفاع<sup>2</sup>.

#### ❖ تقدير الاتجاه:

رغم أن الاتجاه الفقهي لا يخلو من وجاهة، وهي أن التحكيم يقوم بداءة على إرادة الأطراف إلا أنه خلط بين استناد التحكيم في البداية على إرادة الأطراف وبين كون المحكم ذاته لا يرتكن إلى هذه الإرادة إذ يعمل أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه دون النظر إلى حكمه لذا ذهب رأي في نقد هذا الاتجاه إلى أن: {الأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية}.

1- 7 " < 7 21 " \$ 4 48!

2- 1 3 U 21 " \$ 4 69!

أيضا يعتبرون أنه لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية، كما أن الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثارا إجرائية كذلك التي تترتب على المحكم<sup>1</sup>.

### ثانيا: النظرية القضائية

إن القرار التحكيمي هو عمل من أعمال القضاء، والمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، بل أن فكرة المنازعة وكيفية حلها، وهي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم<sup>2</sup>.

كما يعتبر جانب من الفقه أن المحك في التعريف على طبيعة التحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة التي توكل إلى محكم والغرض من هذا النظام ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية مثبتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون القضاء، وعلى ذلك فإن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الأطراف لقول الحق أو حكم القانون بينهم<sup>3</sup>.

وإذا كان التحكيم يبتدىء في مرحلته الأولى بعمل إرادي عبر بند أو عقد التحكيم فإن هذا العمل لا يعدو كونه مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليها الطبيعة القضائية شأنه في ذلك شأن العمل الإرادي للخصوم في اللجوء إلى قضاء الدولة ذلك أن جوهر النظامين يبقى واحدا ألا هو النزاع.

ويبدو أن الطبيعة القضائية للتحكيم هي التي تحظى الآن بتأييد واسع فقد اعتبر أن التحكيم يعد قضاء استثنائيا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم.

كما تظهر أيضا هذه الطبيعة القضائية للتحكيم بمجرد صدور القرار التحكيمي وقبل إعطائه الصيغة التنفيذية كما أن القرار التحكيمي ليس عملا عاديا ولكن تجب مقابله بالحكم القضائي الحقيقي

1- 7 " < 7 21 " \$ 4 49-150

2- 1 3 U 21 " \$ 4 69!

3- 7 " < 7 21 " 5 4 150!

والذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل للصفة التنفيذية التي لا يتخذها إلا من خلال الأمر بالتنفيذ<sup>1</sup>، أيضا يعتبر المحكم حائزا لحجية الأمر المقضي به ويستند إلى ولاية من يصدره، كما أنه تطبق الأنظمة المختلفة على المحكمين بعض القواعد المطبقة على القضاة كالرد والعزل.

كما يعتبرون أن ذبوع التحكيم وانتشاره، وظهور العديد من المنظمات والهيئات والمراكز الدائمة التي تنظم التحكيم يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم.

#### ❖ تقدير الاتجاه:

رغم أن الفقه الغالب يؤيد هذا الرأي إلا أنه قد وجه إليه العديد من أوجه النقد:

إن المحكم وإن كان يقوم بنفس وظيفة القاضي أي الفصل في النزاع إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي وهي سلطة الأمر، وهذا يرجع إلى أن المحكم يقوم بمهمة القاضي بصفة وقتية أي حين النظر في النزاع، ونظرا لهذه الصفة الوقتية للمحكم والقيام بعمل القاضي وقتيا واستثنائيا حال نظرة التحكيم فقد أطلق عليه أنصار هذا الاتجاه وصف القضاء الاستثنائي ذلك أن هناك اختلاف بين حكم التحكيم و الحكم القضائي، وكذا بين المحكم والقاضي، فإذا نظرنا إلى القاضي والمحكم لوجدنا أن الأول يقوم بوظيفة عامة يتمتع بالحصانة والدوام والاستقرار، كما أن له سلطة الأمر والإجبار ويعد منكرا للعدالة إذا توافرت إحدى حالتها ودخل للخصوم في اختياره، في حين ذلك لا يتوفر للمحكم مما لا يمكن معه إضفاء صفة القضاء عليه<sup>2</sup>.

#### ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه إذا كان أنصار النظريتين السابقتين يقفون من طبيعة التحكيم موقف المتشدد، حيث يضيف عليه البعض الطبيعة التعاقدية في كافة مراحه المركبة والمعقدة والبعض الآخر يعتقدون في طبيعته القضائية فإنهم يؤثرون التعرف على طبيعة التحكيم من خلال موقف تجريبي حيث يرصدون هذه الطبيعة من خلال رصدتهم للتأثيرات المزدوجة في هذا النظام أي فكرة العقد وفكرة

1- 1 3 U 21 " \$ ' 4 71 !

2- 7 " < 7 21 " \$ ' 4 52 !



القضاء، وإذا كان التحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطان الإرادة ومقتضيات الانصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع فإنه يبدو وكأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين التناقضين، ذلك لأنه في هذا النظام يتمثل من ناحية فكرة العقد التي هي تجسيد بمبدأ سلطان الإرادة و من ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء أي يكون اقتضاء الحق عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة<sup>1</sup>. ويرى البعض أن التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا وإنما هو نظام يمر في مراحل يلبس كل منها لباسا خاصا، ويتخذ طابعا مختلفا فهو يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء، ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم.

والخلاصة أن التحكيم تتعاقب عليه صفتان ويعتبر نقطة التقاء لتأثيرات مزدوجة، فكرة العقد وفكرة القضاء، فيبدو وكأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين المتناقضين. فالتحكيم يعتبر نوعا من القضاء الخاص ذا أساس اتفاقي تتناوب على طبيعته التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معا، وأن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد الحكم القضائي<sup>2</sup>.

#### ❖ تقدير الاتجاه:

رغم ما يتضمنه هذا الرأي من وجهة ومحاولته الجمع بين الرأيين سالف الذكر إلا أن البعض قد وجه إليه أسهم النقد فيما يلي:

➤ اختار الحل الأسهل ولم يتصد للمشكلة، وعاب عليه البعض أخذه بالفكرة التحويلية

للتحكيم من عقد إلى قضاء وأن هذا يعد هروبا من المشكلة.

➤ القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له إذ يجب تحديد هذه الطبيعة<sup>3</sup>.

#### الفرع الثالث: تميز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له

##### أولا: التحكيم والصلح

1- 7 " < 7 21 5" 4 53!

2- 1 3 U 21 " \$' 4 75-74!

3- 7 " < 7 21 " \$' 4 54!

أ- تعريف الصلح:

رغم أن الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه لاسيما القانون المدني. إلا أن تصدي المشرع لموضوع الصلح بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية يأخذ طابعا إجرائيا في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفيات مباشرته.<sup>1</sup>

ولقد عرفت المادة 459 من القانون المدني عقد الصلح بأنه: عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه باستثناء ما تعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام (م 461).<sup>2</sup>

ب- أوجه الشبه بين الصلح والتحكيم:

1- كلاهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية، محققة بذلك الغاية التي يحصر عليها كل المشرعون وهي عودة الوئام بين الأطراف المتنازعة.

2- كلاهما يرتكز على توافق إرادة الأطراف فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح كما أن كلاهما لا يثبت إلا بالكتابة.

3- تطابق النطاق الموضوعي لكل من التحكيم والصلح، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأشخاص.

4- إن وجود كل من التحكيم والصلح يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء والدفع بحجته الشيء المقضي به، فما فصل فيه بالتحكيم أو اتفق عليه صلحا يصلح لإثارة الدفع بحجبة الشيء المحكوم به عند إثارة ذات النزاع أمام القضاء.<sup>3</sup>

ج- أوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم:

1- '7 ' ' 3 G : 18 8 3 6 ) +01 / 1 " 2009 5174  
2- & !  
3- ' - ? ' 21 " \$ 4 68 !

**1-** إن تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، وقد يقتضي التنازل عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع حيث يقتصر دور الأطراف على اختيار محكم يتولى حسم النزاع بحكم ملزم وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر<sup>1</sup>.

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

### ثانياً: التحكيم والتوفيق

#### أ- تعريف التوفيق:

{ تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما وتسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين }<sup>2</sup>.

#### ب- الفرق بين التحكيم والتوفيق:

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

**2-** يجوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به، فهو عمل قضائي بينما ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية.

**3-** المحكم يعتبر قاضياً يفصل في نزاع بمقتضى حكم يفرض على الأطراف، بينما الموفق لا يعدو أن يكون مجرد وسيط يلجأ إليه عند الضرورة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: التحكيم والقضاء

إن المحكم ليس كالقاضي في بعض المسائل نذكر منها:

1- " 7 7 ( >7 ( ' / ' A " 2003 4 34!

2- " ) 7 " 21 \$' 4 44!

3- '- ? " 21 \$' 4 74-75!

- 1- يشترط لصحة حكم المحكم رضاء المحكمين، أما حكم القاضي فيصلح وإن لم يرض به المدعي عليهم.
- 2- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة الشخصية، أما هذه المسألة فيجوز فيها القضاء.
- 3- للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم وليس لهم عزل القاضي<sup>1</sup>.
- 4- الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضى بوقف تنفيذه، وعلى العكس من ذلك فإن أحكام المحكمين لا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: اللجوء للتحكيم

بعد دراسة مفهوم التحكيم في العقود الإدارية يتعين علينا شرح عملية اللجوء للتحكيم وذلك بعد إبراز الاختلاف الفقهي حول جوازية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرع أول ثم تحديد مجال التحكيم في فرع ثاني وأخيرا في فرع ثالث مرجعية التحكيم.

#### الفرع الأول: موقف الفقه من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

##### أولا: الاتجاه المعارض

استند الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية إلى العديد من الأسس أهمها:

#### 1- مساس التحكيم بسيادة الدولة:

ذهب رأي في الفقه إلى أن أهم الخصائص التي تتمتع بها الدولة بوصفها كذلك هي خاصية السيادة وهي العنصر الجوهرية في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، ولما كانت الخاصية الأساسية في شرط التحكيم الذي قد يرد في العقود هو عنصر الرضا فيه إلا أن جانبا من الفقه يرى أن ذلك قد يتعارض مع

1- 7 " < 21 " \$ 4 10!

2- - 00 ' - % 21 " \$ 4 - 17 18!

سلامة الدولة ومصحتها العليا التي هي فوق سلامة القانون، كما أن التحكيم قد يمس ببعض الاعتبارات السياسية لها.

وكما يرى البعض فإن وضع المشكلة يتمثل في مدى جواز معاملة الدولة معاملة الأفراد عندما تحاكي هؤلاء الأفراد في نشاطاتهم الاقتصادية والتجارية وأن تكون طرفا في اتفاق تحكيم مثلهم.<sup>1</sup> كما ذهب رأي آخر بأن التحكيم في العقود الإدارية يعتبر مساسا بسيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب للاختصاص الأصيل للقضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر السيادة.

فالتحكيم يقوم به أفراد عاديون أو هيئات خاصة ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي استبعادا للقانون الوطني من التطبيق على محل اتفاق التحكيم، وتأبى سيادة الدولة أن تمثل أمام قضاء خاص أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها، وتنظمه قوانينها.

#### ❖ نقد الحجج:

➤ لا يمكن الاحتجاج بفكرة السيادة كمبرر لرفض التحكيم، فالتحكيم يقوم على مبدأ إرادة أطراف التعاقد الحرة والتراضي التام، فالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى هي التي تختار بمحض إرادتها التحكيم كوسيلة لتسوية هذه المنازعات، فهو لا يفرض عليها، كذلك فإن المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم وينظم إجراءاته، فتمنح تلك النصوص التشريعية المنظمة للتحكيم القضاء سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة أو الإشراف.

➤ كما أن القانون الوطني ليس مستبعدا في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع للتحكيم حيث يكون بوسع الأشخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد الإداري وإدراج شرط التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعاتها أن تشترط تطبيق القانون الوطني لتسوية تلك المنازعات.<sup>2</sup>

#### 2- اعتبار التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الوطني:

1- 7 - ' 1 @ - # 21 " \$ 4 1389

2- 3 , 7 % # 7 21 " \$ 4 34-135

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم هو حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء في شأن النزاعات القائمة بينهما لما في اتفاق التحكيم من نزول عن حق الالتجاء إلى القضاء، وأن ما يقابله من أثر إيجابي يكمن في أن هيئة التحكيم التي اتفق عليها سيكون لها القول الفصل في الخصومة بينهما بإصدارها حكما واجب التنفيذ، وأن كلا الأثرين في حقيقة الأمر ينطويان على سلب للاختصاص القضائي بغير سند صحيح من حكم القانون.

كما أن وجود شرط التحكيم في عقد من العقود الإدارية يتضمن تنازل أطراف العقد عن الالتجاء إلى القضاء في المنازعات المتعلقة بذلك العقد ومن ثم فهو ينشئ دفعا بعدم اختصاص المحكمة الإدارية بجوز إيدأه ممن رفعت عليه الدعوى أمام القضاء<sup>1</sup>.

ويعتبر أصحاب هذا الرأي بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ينطوي بالاعتداء على الولاية العامة لاختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، ويعتبر إخلالا بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، ويؤدي إلى قلب للنظام القانوني للاختصاص عندما يجد القاضي المختص نفسه مستبدلا به محكما يختاره أطراف النزاع، وعليه يصعب التسليم بخضوع هذه المنازعات للتحكيم إذ لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له، فالاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية يكون قاصرا على القضاء الإداري وحده، وهو اختصاص متعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعده، فأى اتفاق بينهم باللجوء إلى التحكيم يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن للقاضي إثارته عفوا.

كما أن قواعد الاختصاص يفترض وجودها بنص قانون، وبالتالي فإن تعديل هذه القواعد يتعين أن يكون بقانون تشريعي ولا يجوز أن يكون ذلك بأداة قانونية أقل من ذلك كمرسوم مثلا.

حجة أخرى يثيرها أصحاب هذا الرأي حيث يعتبرون اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خروجاً على المبادئ الأساسية المعروفة في التفويض، ونجد هذه الحجة أصلها ومصدرها في "نظرية الوزير القاضي" التي كانت معروفة في الماضي ومضمون هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم

يعني قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم لمحكمين وهم لا يملكون ذلك ولا يستطيعون تعديل أن تغيير نظام جهات القضاء.

ويذهب البعض إلى أنه تطبيقاً لقاعدة التفويض لا يرد على تفويض فإن العقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة فلا يجاوز هذا الاختصاص، ومن ثم فليس لجهة عامة أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة، إذ أن جهة الإدارة العامة مقيدة في تعاقدها، وباعتبار أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة الخصوم بعرضه على هيئة التحكيم، وأن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الحقيقي لحق التقاضي، أما لجؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتفويض صريح يرد من عمل تشريعي<sup>1</sup>.

#### ❖ نقد الحجج:

إن هذه الحجج لا تعد مبرراً كافياً لحظر التحكيم في العقود الإدارية إذ بدلاً من رفض اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات أشخاص القانون العام فمن الممكن تعديل قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية بالطعن في أحكام التحكيم، بحيث ينعقد الاختصاص بنظرها للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع<sup>2</sup>.

#### 3- مخالفة التحكيم لفكرة النظام العام:

يؤسس الفقه الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكرة النظام العام والتي يرى في التحكيم في تلك المنازعات إخلالاً بها، على اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة -النظام العام- في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود

1- 3 ، 7 ، # % 21 " ' \$ 4 38-139!

2- 3 ، 7 ، # % 21 " ' \$ 4 39!

الإدارية بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء، والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية، ومنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلاً<sup>1</sup>.

### ثانياً: الاتجاه المؤيد

**1-** ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فقد ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الأصلي للقضاء، فهئية التحكيم تلتزم بناء على ما يقنضي به القانون باحترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها الدعاوي أمام القضاء، ولا يجوز لها مخالفة القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضده الطعن في حكم التحكيم بالبطلان.

**2-** ويرى هذا الجانب أنه لا يوجد تبرير لحضر أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم إلا التبرير المعنوي الذي يقوم على فكريتي القدوة وسمو الشخص العام، فيجب أن تكون الدولة قدوة للأفراد فلا تتصل من الخضوع لرقابة القضاء الذين قامت بتعيينهم للفصل في المنازعات، كما لا يصح أن يتنازل الشخص المعنوي العام عن مكانته السامية، ويقبل الخضوع لهئية تحكيم خاصة.

**3-** وقد أجاز الفقه أيضاً الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، والتحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع<sup>2</sup>.

**4-** كما يحتجون أيضاً أن أحكام قانون مجلس الدولة -القانون الإداري- لم يتضمن بين طياته نصاً يقضي بحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن ما تضمنته المواد القانونية من تحديد اختصاص محاكم

1 - ' - 00 ' % 21 " \$ ' 4 75 - 176 !

2 - 3 , 7 % # 7 21 " \$ ' 4 155 !



القضاء الإداري قد قصد بها بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري من القضاء العادي ومن ثم فلا يجوز تعدي هذا الغرض للقول بعدم جواز حسم منازعات العقود الإدارية بطريق التحكيم<sup>1</sup>.

### نقد الحجج:

✦ على الرغم من إجازة أنصار هذا الاتجاه الفقهي للتحكيم في العقود الإدارية، إلا أن بعضهم يبدي تحفظات في هذا الشأن حيث يرى اقتصار إجازة التحكيم على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بمعناها الفني، وهذا الأمر لن يحتاج إلى تدخل تشريعي يجيزه، حيث تستند إجازة ذلك إلى الاتفاقيات الدولية التي تنظم إليها الدولة وتقر التحكيم كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية<sup>2</sup>.

✦ كما وجهت اعتراضات إلى الاتجاه القائل بجواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لعدم وجود نص صريح في القانون يحظر التحكيم في هذه المنازعات، وذلك من منطلق أن استثنائية نظام التحكيم تقتضي النص صراحة على جوازه، بمعنى أن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا بد وأن يكون من خلال إرادة صريحة للمشرع وقاطعة لا تترك مجالاً للاستنتاج والاستنباط وبدون هذه الإرادة لا يمكن القول بجواز ذلك<sup>3</sup>.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

### 1- قبل صدور القانون رقم 08-09:

#### أ- بعد الاستقلال:

عرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغاً تشريعياً كبيراً، لذلك استمرت على العمل بالقوانين الفرنسية لسد هذا الفراغ، ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، وإذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي، فإن الجزائر اعتبرته مخالفاً للسيادة.

1- 7 - ؟ ' 21 \$ " 4 184 !

2- 00 ' - ' % 21 \$ " 4 179 !

3- ؟ ' 21 \$ " 4 185 !

وتمتد مرحلة إنكار نظام التحكيم بصفة عامة من الاستقلال إلى غاية مرحلة التأميمات وهي مرحلة مؤقتة بالنسبة إلى موقف الجزائر من التحكيم إذ يظهر في المجال الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناجمة عن العلاقات الاقتصادية بين فرنسا والجزائر، كاتفاقية إيفيان، والاتفاقيات التي تلتها في إطار التعاون الجزائري الفرنسي خاصة اتفاق 1963 و 1965 اللذين كان لهما تأثير سلبي في السيادة الوطنية حتى جاء اتفاق الجزائر جيتي لسنة 1968 الذي خفف من التأثير السلبي الذي مارسته فرنسا على السيادة الوطنية فكان على الجزائر استندراك ذلك وهذا بتقليص دور التحكيم عن طريق اللجوء إلى عملية التأميم وهذا تعبيراً عن حقها في ممارسة سيادتها كاملة غير منقوصة، حيث اتخذت موقفاً رافضاً للتحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية وإبقائه في المجالات الأخرى.

وقد استمرت مرحلة التحفظ التي اعتبرت مرحلة التنكر والعداء حتى فترة بداية الثمانينات، حيث يظهر في بعض القوانين الداخلية عدم اتخاذ موقف واضح اتجاه التحكيم مما أدى ببعض التفسيرات إلى القول بقبول التحكيم الدولي، بالإضافة إلى تكريسه اتفاقياً بموجب اتفاق الإطار بين الجزائر وفرنسا في سنة 1982 والذي أدى إلى إبرام نظاماً للتحكيم لأول مرة سنة 1983<sup>1</sup>.

#### ب-موقف الأمر رقم 66-154:

جاء في الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ: 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية في كتابه الثامن المتعلق بالتحكيم صراحة عدم جواز لجوء الدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم إلا أنه أجاز التحكيم التجاري الدولي، فتنص المادة 442: {يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم.

وبعد صدور المرسوم التشريعي رقم 9/93 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 حيث تم إلغاء المادة 442 ق.إ.م وتستبدل بـ:

{ يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.  
ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.  
ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية}.

إذا نجد أن المرسوم التشريعي 9/93 قد أجاز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية لكن يبقى محظورا على أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في مادة الصفقات العمومية.

#### ج-موقف قانون الصفقات العمومية لسنة 1982م<sup>1</sup>:

بموجبه أصبحت كل المؤسسات العمومية تابعة للقانون الإداري وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد وحد التسمية بإدراج تسمية المتعامل العمومي وهذا من أجل تدعيم الرقابة على هذه المؤسسات، وبالتالي جعلت المادة 05 من المرسوم 1945/82 المؤسسات الاشتراكية مثل الإدارات العمومية، أما المادة 22 من نفس المرسوم فحددت الأشخاص الأجانب الذين يمكن لهم أن يتعاقدوا مع الطرف الوطني بمفهوم المادة 05 التي نصت على أنه:

{ يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

➤ جميع الإدارات العمومية.

➤ جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

➤ جميع المؤسسات الاشتراكية.

1- " 145/82 1982.04.10 & ' ( # T 1 T " 15 " " 3- ' X 1982.04.13 ! 1% ( +01

➤ أو وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

➤ تطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون رأسمالها عموميا {.

كما تضيف المادة 20 من ذات المرسوم أشخاص آخرين لهم صفة المتعامل العمومي.

أما المتعامل الأجنبي حسب المادة 22 فهي المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات من دولها، أو التي تضمن نفسها بنفسها.

أما عن تسوية النزاعات فقد نصت المادة 1/104 من هذا المرسوم على أنه: {تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل}.

مع العلم أن الأمر رقم 44/75 يحيل إلى التحكيم الإلزامي الداخلي لكن أغلب العقود المبرمة آنذاك مع الطرف الأجنبي تحيل في كثير من المناسبات إلى التحكيم الدولي رغم نص المادة 3/442 ق.إ.م التي تحضر لجوء الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية.

ومما سبق يمكن أن نكيف هذه الفترة من الناحية النظرية، بفترة التحفظ أو العداء تجاه التحكيم، الأمر الذي أثار إشكاليات عدة<sup>1</sup>.

كما أن التحكيم قد يمس ببعض الاعتبارات السياسية لها.

وكما يرى البعض فإن وضع المشكلة يتمثل في مدى جواز معاملة الدولة معاملة الأفراد عندما تحاكي هؤلاء الأفراد في نشاطاتهم الاقتصادية والتجارية وأن تكون طرفا في اتفاق التحكيم مثلهم.

ويرى الفقهاء مثل الفقيه أندريه دي لوبادير ومعظم فقهاء القانون العام عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا بنص تشريعي<sup>2</sup>.

2- بعد صدور القانون 08-09 (المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية):

1- 7 > J " 21 \$ " 4 33-31!

2- 7 - ' 1 @ - " # - " 21 \$ " 4 390-389!

جاء في القانون 08 - 09 إجازة صريحة وبنص تشريعي للجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

كما لا يختلف اختصاص القضاء الإداري في مادة التحكيم عما هو مقرر بالنسبة للقضاء العادي من خلال:

**أ- أوجه الشبه:**

- تطبيق نفس الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في المواد 1006 إلى 1031 من ق إ م و إ أمام الجهات القضائية الإدارية وهي تشمل الأحكام العامة والخصومة التحكيمية وأحكام التحكيم.
- كما تطبق مقتضيات مواد نفس القانون من المادة 1032 إلى 1038 المتعلقة بتنفيذ التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية<sup>2</sup>.

**ب- أوجه الاختلاف:**

- لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 ق إ م و إ ويقصد بهم، الدولة، الولاية، البلدية المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية، أن تجري تحكيميا إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية حسب نص المادة 3/6 ق إ م و إ .
- ويتم اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية:

✓ بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالدولة.

✓ بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية على الترتيب.

✓ بمبادرة من الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صيغة إدارية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - 1006 : 1J J !

<sup>2</sup> - ' 7 ' ' 21 \$ " 4 1562 !

فالمشرع الجزائري بإجازته لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم يكون قد واكب الحياة الاقتصادية الحديثة ذلك أن مطالب الاستثمار والتنمية تقتضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما لا يوجد ما يمس بهذه السيادة.<sup>2</sup>

كما أنه قد استفاد من مزايا التحكيم وأهمها السرعة في حل منازعات العقود الإدارية بشكل لا يؤثر على انتظام سير المرفق العام.

### الفرع الثاني: مجال التحكيم

#### أولاً: شروط اتفاق التحكيم

##### أ- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

##### 1- كتابة اتفاق التحكيم:

اتجه القانون إلى توحيد شكل اتفاق التحكيم، فأوجب الكتابة كشرط لانعقاد الاتفاق وهو ما أكده القانون 08-09.

#### ❖ بالنسبة للتحكيم الداخلي:

الكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم حيث يقع باطلا كل اتفاق تحكيم لم يفرغ في شكل مكتوب سواء كان شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم ووفقاً لنص المادة 1008: {يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها...}<sup>3</sup>.

هذا بالنسبة لشرط التحكيم.

أما اتفاق التحكيم فجاء في المادة 1012: { يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً... }<sup>4</sup> وبالتالي فإن الكتابة صارت لصحة الشرط التحكيمي وليس لإتباعه.

-1	4	976	!	@	!
-2	0	#	'-	1	'@
'	' <	7	0	7	\$
'	' <	!	8	!	
-3	18	:	8	!	
-4	18	:	8	!	

❖ بالنسبة للتحكيم الدولي:

جاء في نص المادة 1040 من القانون 09-08: { تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة...}

وبالتالي صار الباب مفتوحاً أمام الفاكس وأمام البريد الإلكتروني، فيكون القانون الجديد قد سبق اتفاقية نيويورك بقبوله الفاكس والبريد الإلكتروني إلى جانب البرقيات التي تسير إليها اتفاقية نيويورك والفقهاء يعتبر أن المراسلات تشمل البرقيات والتلكسات، وفي كل الأحوال فإن عبارة القانون الجديد -قانون 09-08- في التحكيم الدولي: { ... أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة... } تحمل معنى واسع جداً للإثبات الكتابي<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة 1/2 و2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: {1-تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم في كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

2-يقصد بـ:"اتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 2/7 من اليونسترال على أنه:

{ يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل

1- ' 7 = 7 >7 +01 ) 1 % >7 % / V 4 B - % >7 % T-0 #T7 T%' \$

"/ " 0% >7 W :01 # 2009 4 28!

2- ' I R3' -J , \* >7 >7 ' 1 10 5 1958 ( @ T+01

" 07 ' 1989!

للاتفاق أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد<sup>1</sup>.

ويظهر من خلال هذا النص أن الكتابة شرط لانعقاد الاتفاق، لكن، واستجابة لما تتطلبه التجارة الدولية من سرعة ومرونة لم تتطلب المادة شكلية معينة إذ يمكن أن تكون الكتابة في شكل مراسلات وتلكسات أو برقيات، وكل وسيلة متوفرة حالياً خاصة مع تطور وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي بشرط أن تكون قاطعة الدلالة في لجوء الطرفين إلى التحكيم.

وعليه فإن الدول المنظمة لاتفاقية نيويورك والتي اعتمدت القانون النموذجي اليونسترال سنة 1985 ينبغي أن تلتزم بالكتابة إذا ما أبرمت عقداً مع طرف آخر لا توجب قوانينه الوطنية شرط الكتابة في اتفاق التحكيم ومن هنا لا يعتد باتفاق التحكيم الشفوي، لأن هذه القاعدة الموحدة في معاهدة نيويورك لا تتغير طبقاً لقوانين الدول الموقعة على المعاهدة وهي تمثل حداً أقصى أنه لا يجوز الاستناد إلى قانون داخلي أكثر شدة وهي تمثل حد أدنى بمعنى أنه لا يجوز الاعتماد باتفاق التحكيم الشفوي.

ولكن لا يشترط في الكتابة أن تكون في محرر رسمي بل يكفي الشكل العرفي، ومع ذلك فإن الاتفاق على التحكيم كتابة لا يظهر الاتفاق ذاته من كافة العيوب الأخرى التي قد تشوبه وتؤدي إلى بطلانه، عندئذ تعتبر الكتابة كأن لم تكن<sup>2</sup>.

كما ذهب الفقهاء إلى القول بعدم إلزامية توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم الوارد في شكل برقيات مادام أنها قاطعة الدلالة عن مصدرها، لكن أوردت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استثناءً عن وجود الكتابة وذلك في المادة 1/7 عندما نصت على أنه:

- 1	&	1*	> 7 %	) 1	1%	7 %	1	) 1	56	'	"	7	) 1	( -
1		7 %	) 1	21	1985									
- 2	' -	1	21	\$'	107-108									



{ لا تخل أحكام هذه الاتفاقيات بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالفدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ } .

يفهم من هذه الفقرة أن الحكم التحكيمي الذي يصدر استنادا إلى قانون طرف متعاقد لا يشترط الشكلية في الحكم التحكيمي، ويمكن أن تنتج آثاره في بلد متعاقد آخر يشترط الكتابة وهذا استثناء من القاعدة الواردة في نص المادة 1040 ق.إ.م وإو وكذلك المادة 1/02 و02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 .

وقد ذهب الأستاذ نور الدين تركي ردا على بعض الفقهاء إلى القول أنه: { ينبغي تفسير هذا الاستثناء تفسيراً محددًا، والقول بأن نص المادة 1/07 من الاتفاقية تعني الأحكام التحكيمية وليس اتفاق التحكيم الذي بنيت على أساسه هذه الأحكام التحكيمية }<sup>1</sup> .

## 2- العدد الوتري للمحكمين:

رغبة في الوصول إلى حل للنزاع التحكيمي في حالة انقسام الآراء فقد استلزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادة 1017: { تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي } وهذا النص وإن كان المشرع قد ترك فيه لأطراف النزاع تحديد عدد المحكمين بواحد أو أكثر، إلا أنه قيد إرادتهم في حالة الاتفاق على زيادة عدد المحكمين عن واحد، حيث تطلب أن يكون العدد وترا وإلا وقع الاتفاق باطلا.

وإذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد لعدد المحكمين كان العدد ثلاثة<sup>2</sup>.

## 3-تحديد موضوع النزاع:

يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم، يقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموعة الإدعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم ويجب أن تحدد بشكل واضح، إلا أن مثل

1- 7 > J 21 " \$ 4 116-120!

2- 00 ' - % 21 " \$ 4 134!

هذا التحديد يمكن تصوره بالنسبة لاتفاق التحكيم -مشاركة التحكيم- على اعتبار أن النزاع قد ثار بين

الأطراف ويمكن تحديده بصفة دقيقة هذا ما أكدته المادة 2/1012 من القانون رقم 08-09.<sup>1</sup>

ويتم الاكتفاء في شرط التحكيم بتحديد المحل الذي يدور حوله النزاع ويمكن تحديده بصفة إجمالية

كالقول بأن شرط التحكيم يتعلق بكل نزاع قد ينشأ عن تنفيذه عقد معين.

أما في التحكيم فلم ينص على هذا الشرط.

### ب- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

إن الاتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم ما هو إلا عقد يلقي التزاما

على عاتق طرفيه بعدم اللجوء إلى القضاء لتسوية هذا النزاع وهذا يتطلب أن تتوافر في هذا الاتفاق

الشروط الواجبة التوافر لصحة الالتزامات بصفة عامة من رضى وسبب ومحل بالإضافة إلى شروط

موضوعية خاصة بالتحكيم.

#### 1- الشروط الموضوعية العام:

##### ❖ شرط الرضا:

تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث يتفق على اللجوء إليه في التعاقد

ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصا ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

وضرورة الرضا بالجوء إلى التحكيم كبديل للجوء للقضاء في تسوية منازعات العقود الإدارية

أساسه أن التحكيم نظام ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية

كافة المنازعات ومن ثم فلا يجوز فرض تسوية المنازعات التي يكون الأفراد طرفا فيها عن طريق

التحكيم لما في ذلك من مصادرة لحق الأفراد في التقاضي أمام قاضيهم الطبيعي وهو حق مكفول

دستوريا.

والمقصود بهذا النص التقاضي أمام القضاء العام عاديا كان أم إداريا ولا يشمل ذلك التحكيم الذي يعد نظاما استثنائيا لفض المنازعات.

وفي هذا الحكم تأكيد للرضا كركن لازم لقيان التحكيم في المنازعات التي يكون الأفراد أطرافا فيها، وعدم دستورية إجبارهم على تسوية منازعاتهم بواسطته حيث ينطوي ذلك على الحيلولة بينهم وبين المثل أمام قاضيهم الطبيعي<sup>1</sup>.

#### ❖ شرط المحل:

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون موضوعه مخالفا للنظام العام، وأن تكون مادة التحكيم مقيدة بقواعد النظام العام، فإنه أمر ليس بالمستغرب لأن كل مواد القانون خاضعة لسيادة النظام العام، سواء أكان ذلك في الحقل الداخلي أو الحقل الدولي، ولكن ما يميز النظام العام في مادة التحكيم عن سائر المواد، هو مسألة تطبيقه تثار أمام مرجعيتين: أمام المحكم وأمام القاضي، أما في سائر المواد فالمسألة تثار أمام مرجعية واحدة فقط هي القاضي<sup>2</sup>.

وحكمت عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيه أن تسري عليها قواعد موحدة، وهو الأمر الذي لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل.

وقد تأكد عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام بنص المادة 2/1006 من القانون 09-08 بالقول: { لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ... }.

يضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون محلا للتحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية أو أهليتهم حيث تعد تلك المسائل من النظام العام، هذا بنص المادة 2/1006 من القانون 09-08: { لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم }<sup>3</sup>.

1- 00 ' % 21 " \$ 4 36-35 !

2- 1 3 U 21 " \$ 4 161 !

3- 00 ' % 21 " \$ 4 39-38 !

ويفرق البعض بين مبادئ النظام العام وقواعد النظام العام فالمبادئ تعبر عن نظام عام عبر الدول، أما قواعد النظام العام فهي لا تعبر إلا عن نظام خاص بدولة معينة، ومنه يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم وهو موضوع النزاع مشروعاً وغير مخالف للنظام العام وفقاً للقواعد العامة ويستوي أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام المنازعة أو لاحقاً عليها كما يستوي أن يتم اتفاق التحكيم داخل الدولة أو في الخارج<sup>1</sup>.

#### ❖ شرط السبب:

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم العاقد والسبب يعتبره البعض ركناً في العقد بينما يعتبره آخرون ركناً في الالتزام، ويرى الأستاذ سليمان مرقس: { أنه ركن في إرادة الالتزام }. كما يبين الأستاذ السنهاوري أنه عنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة فهو ليس عنصر من عناصرها<sup>2</sup> فسبب إبرام اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيها من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية ووقوتية ولما يحققه من سرية مطلوبة ويديره متخصصون مع فرض حسن النية<sup>3</sup>.

#### ❖ شرط الأهلية:

لأن اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه فإن هذا الاتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم إعمالاً لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالنسبة للأهلية في مجال الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإن الشخص العام

ليس أهلاً لإبرام هذا الاتفاق إلا بشروط<sup>4</sup>.

T9 7	+	&	<1 J 2	&	K	' 0	>7 :	>7	?	A /	7 -1
							9	3- 99	"	'	%
			!141 4	2005							
			!414 4	1952	<&	1% 3		& G 3	/ "	) ("	'- 2-
T%	WT'	&	) +01	&	V	1	&	>7 \$	<	! %'	-3
!293-292 4	2009	\$+9	"	>7	/ "	Q%	- 0	#7 %	\$ /	4 B -	% >7
											'- 4-
											'- 00
											'- 21
											'- 39 4

في القانون السابق كان لا يجيز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد صار بإمكان الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والولاية والبلدية أن تدرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد صفقة عمومية أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر هذا ما تؤكدته نص المادة 975 ق.إ.م.و: { لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيميا إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية }<sup>1</sup>.

أيضا نص المادة 3/1006 من ق.إ.م.و بالقول: { ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية }.

ويوقع العقد الوزير والوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفا، وإذا كانت الولاية طرف فيوقع الوالي، أما إذا كانت البلدية طرف فيوقع رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويوقع الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي تتبعها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، هذا ما جاء في نص المادة 976 ق.إ.م.و، أما المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي<sup>2</sup>.

### ثانيا: مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي

#### 1- تعريف مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي:

يقصد باستقلالية اتفاق التحكيم عدم تأثيره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة والتمسك ببطلانه، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه وإمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد<sup>3</sup>، إن هذا المبدأ قبل أن يكون قاعدة قانونية معتمدة في القوانين الداخلية كان قاعدة من القواعد الموضوعية الدولية.

1- 7 & 4 B3 2/800 ; . < J % "" \* / 8 2' ) !;  
 2- 7 ' - 7 = 7 21 " \$' 4 68-69.  
 3- 0 / = & % & +01 ) & " > 1 D +01 1991 4 !353

إن النظام القانوني لاتفاق التحكيم يسيطر عليه ويحكمه مبدأ استقلالية هذا الاتفاق، الذي كان نتيجة لتطور الاجتهاد القضائي مما جعل تقرير صحته كقاعدة مادية بمجرد وجوده في العقد نتيجة حتمية ومنطقية لما ترتب لهذا المبدأ من آثار تجعله غير قابل للإبطال وهو ما يؤكد فاعلية هذا الاتفاق والمبدأ الذي يحكمه.

## 2- مصادر مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي:

يعود الفضل إلى الاجتهاد القضائي في بروز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وتطور نظامه القانوني، يمكن القول بأن القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة انفصال اتفاق التحكيم الدولي عن العقد الأصلي فصدر بتاريخ 27 ديسمبر 1935 حكم عن المحكمة الهولندية يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم.

كما أصدر القضاء الألماني في 14 ماي 1952 حكماً يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه وهو ما قرره القضاء الإيطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الإيطالية بتاريخ 12 يناير 1959، من أهم الأحكام الصادرة في هذا الشأن أمام القضاء الفرنسي الحكم الصادر بتاريخ 07 ماي 1963 في قضية GOSSET الذي أقر بأنه في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر باحتمال عدم صحة أو بطلان هذا التصرف أكد القضاء الفرنسي في مسألة مدى تأثير اتفاق التحكيم بالعقد الذي يحتويه في قرار صادر في 18 ماي 1971 على استقلالية اتفاق التحكيم دون أي قيد في قضية IMPEX.

كما جاء قرار HECHT في نفس السياق فصلا في مدى تأثير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي أقرت محكمة النقض يتمتع شرط التحكيم باستقلالية كاملة، وبتاريخ 4 جويلية 1972 وبعبارات تكاد تتطابق مع عباراتها في حكم "جوسي" تأييدها لمحكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من أن لشرط التحكيم استقلالاً قانونياً كاملاً عن العقد الذي أدرج فيه.

نفس الإشكال أثير في قضية MUNICUCCI وقضت محكمة استئناف باريس سنة 1975 بأن هذا الشرط يكون صحيحا ومستقلا دون أي رجوع لقانون أية دولة بعد أن ذكرت بأن هذا الاتفاق في مجال التحكيم الدولي يشكل استقلالية تامة.

واستمرت محكمة النقض الفرنسية في تكريس هذا المبدأ في حكمها الصادر في 20 ديسمبر 1993 في قضية DALICO المعروفة والذي جاء فيه: { بأنه وفقا لقاعدة من القواعد المادية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وذهب إلى تقرير استقلاليته عن أي قانون وطني }.

إن تطور مبدأ الاستقلالية في التطبيق الفرنسي تؤكد في قضية ZANZI في قرار محكمة النقض الصادر في 5 جانفي 1999 والذي كرس استقلالية هذا الاتفاق عن العقد الأصلي وأكثر من ذلك صحة هذا الاتفاق دون أي تحفظ<sup>1</sup>.

### 3- تكريسه في الأنظمة القانونية:

#### أ- في قانون التحكيم الداخلي:

لم ينص القانون السابق على استقلالية الشرط التحكيمي ولكن بعض الاجتهاد والفقهاء اعتبر أن الشرط التحكيمي الذي يجب أن يوقعه الأطراف إلى جانب توقيعهم على العقد هو بحد ذاته توقيع على عقد في العقد.

ولأن قانون التحكيم الداخلي لم يتبن نظرية استقلالية الشرط التحكيمي وبالتالي فإن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى القضاء، فإذا قضى بصحة العقد عادت الحياة إلى الشرط التحكيمي وإلى التحكيم وإلا نظر القضاء بالنزاع التعاقدية<sup>2</sup>.

#### ب- في قانون التحكيم الدولي:

1- ' % < \$ >7 & 1 & v & +01 ) & W ' 2T1  
 " \$ ' 4 292-293-294-295!  
 2- ' - 7 7 = 21 " \$ ' 4 27-70!

لقد نص قانون الإجراءات المدنية السابق على نظرية استقلالية الشرط التحكيمي فنص على أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح<sup>1</sup>.

وقد أيد القانون 09-08 هذا الاتجاه فجاء في المادة 1040 في فقرتها الأخيرة: { لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي }.

وتتجسد مظاهر الاستقلالية فيما يلي:

➤ عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه لا يؤثر على شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم<sup>2</sup>،

وأساس هذا المبدأ أن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم يعالج موضوعا يختلف تماما عن موضوع العقد الأصلي إذ أن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تصرف قائم بذاته.

➤ أيضا ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون

الذي يحكم العقد الأصلي وهذا في إطار تنازع القوانين، إذ يمكن تطبيق المبادئ العامة على اتفاق التحكيم بغض النظر عن القانون المطبق على العقد الأصلي<sup>3</sup>.

➤ أما اتفاقية نيويورك الخاصة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أي حكم يتعلق باستقلالية

اتفاق التحكيم، لكن تنص المادة 1/5 بأن الاعتراف وتنفيذ القرار يمكن أن يرفض إذا أثبت الطرف

المتمسك بالبطلان أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم وبهذا تكون

اتفاقية نيويورك قد أقرت بمبدأ الاستقلالية ضمنا أي أن هذه المعاهدة تكون قد قبلت بصفة ضمنية أن

يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي ويعتبر هذا من آثار اتفاق التحكيم<sup>4</sup>.

4- آثار استقلالية الشرط التحكيمي:

أ- الآثار المباشرة:

154/66	S	#	09/93	3	"	WV	>	458	-1
									18 :
									!
>7 / 3 A @ %	&	H/' =''' ,	7 #9 H/'	>7 / 3 (	>	+ 9"	J 7 I <	>	-2
	!		% B %	&	> *@	% 4	5 ' >	>	
						!104-103 4	\$' " 21	J >	7 -3
						!296-295 4	\$' " 21	%'	-4



**I- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد:**

إن أهم أثر يركبه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مما يجعله أكثر فعالية في حل النزاع عن طريق التحكيم هو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي ويعني ذلك أن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف أو يتأثر بمصير العقد الأصلي.

ويشترط لكي يترتب على استقلال اتفاق التحكيم هذا الأثر أن يكون هذا الاتفاق في حد ذاته صحيحا، فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم (كعيب الرضا مثلا) فإنه يبطل الاتفاقين معا ولا يكون لمبدأ الاستقلالية في هذه الحالة أي أثر.

**II- خضوع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن القانون المنظم للعقد الأصلي:**

إن أعمال هذا المبدأ يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف في طبيعته وفي مصادره عن ذلك الذي يحكم العقد سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون محدد بتطبيق قواعد الإسناد التقليدية أو تم إخضاع اتفاق التحكيم كما هو الحال في الاتجاه الحديث للقضاء تطبيق قواعد مادية. فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم لنفس القواعد القانونية التي تحكم العقد فيجوز للأطراف اختيار قانون معين يحكم العقد وآخر يحكم اتفاق التحكيم، كما يجوز أن يخضع اتفاق التحكيم لقاعدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق أو أن يخضع لقاعدة مادية.

ولقد كرس القانون الجزائري هذه النتيجة في قانون الإجراءات المدنية السابق في نص المادة 458 مكرر 3/1 بقوله: { إن اتفاقية التحكيم ... تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للقانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الجزائري ... } أما في القانون رقم 08-09 جاء في المادة 1040 منه تكريس لحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم حيث أنه حذف القانون المطبق على العقد كما حذف القانون الجزائري مما يمثل الاتجاه الجديد للقانون الدولي الخاص السويسري<sup>1</sup>.

ب- الآثار غير المباشرة:

**I- اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه:**

الفكرة الأساسية التي يقوم عليها المبدأ هي أنه ليس هناك مبرر للتشكيك سلفاً بالمحكمن بأنهم غير قادرين على التواصل إلى قرار يكون في نفس الوقت عادلاً وحامياً للمجتمع<sup>1</sup>.

ويعتبر المبدأ الذي يمنح للمحكم سلطة الفصل في مدى اختصاصه قاعدة من القواعد الأساسية في قانون التحكيم، ويرى بعض الفقه ومنهم E.GAILLARD الذي يذهب إلى القول بأن هذا يعتبر بمثابة المبدأ الملازم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لأن منح اتفاق التحكيم استقلالية في مواجهة العقد والقانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية إذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية فتبقى هذه الاستقلالية دون فائدة.

وقد كرس القانون الجزائري هذا المبدأ فجاء في المادة 1044 من القانون رقم 08-09: { تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع } وهذه المادة متطابقة مع نص المادة 458 مكرر 07 من القانون السابق<sup>2</sup>.

في حين يذهب رأي آخر من الفقه أن مبدأ الاستقلالية ومبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه هما قاعدتين منفصلتين حيث أن مبدأ "الاختصاص للنظر بالاختصاص" يجيز للمحكمة التحكيمية متابعة مهمتها حتى ولو كان وجود أو صحة العقد التحكيمي موضع نزاع وطعن، ليس لأسباب تتعلق ببطان العقد الأساسي، فالاستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأساسي تجيز للمحكم الذي يستمد اختصاصه من الشرط التحكيمي أي يتابع مهمته ولكنه غير قادر على تبرير متابعة السير بالدعوى واعتبار نفسه مختصاً إذا كان الشرط التحكيمي ذاته هو موضع الطعن<sup>3</sup>.

**II- استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني وإقرار مبدأ صحة اتفاق التحكيم:**

1- '7 7 = 7 - " >7 :01 9 , / " 4 !163

2- ' %' 21 " \$' 4 301-300

3- '7 7 = 7 - " >7 4 !163

لقد جاء مبدأ الاستقلالية ليعزل اتفاق التحكيم مما يمكن أن يصيب العقد الأصلي من عيوب واتخذ تدريجيا اتجاها جديدا جاء ليكمل هذه الغاية مما يترتب عنه نتيجة جديدة جاءت في نفس المسعى وهي إفلات هذا الاتفاق من القوانين الوطنية ومنهج التنازع مما يجعل هذا الاتفاق صحيحا بمجرد وجوده في العقد الدولي بموجب إرادة الأطراف، ولقد أقرت اتفاقية نيويورك مبدأ صحة اتفاق التحكيم وذلك في المادة 2.

بالمقابل كرس القانون الجزائري هذا المبدأ في المادة 1040 في القانون 08-09، كما نص عليه في القانون السابق المادة 458 مكرر 2/1 إذ يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم صمام أمان لاتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: مرجعية التحكيم

لم يميز قانون الإجراءات المدنية السابق من حيث المرجعية، بين التحكيم المبني على شرط والتحكيم القائم على اتفاق بحيث اكتفت مادته 443<sup>2</sup> بلفظ الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم رغم أن الاتفاق الوارد في عقد معين يسمى " شرط التحكيم CLAUSE COMPROMISSOIRE " أما إذا تم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم يسمى " اتفاق التحكيم COMPROMIS"<sup>3</sup>، بينما يرى عبد الحميد الأحذب أن قانون التحكيم الجزائري السابق فرق بوضوح بين الشرط التحكيمي الوارد في العقد والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع مستندا إلى نص المادتين 444 و 443 من قانون الإجراءات المدنية<sup>4</sup>، لكن الرأي الأول هو الأرجح لأننا إذا رجعنا إلى النص الأصلي باللغة الفرنسية- نجد أن نص المادة 443 استعملت مصطلح COMPROMIS وهو اتفاق التحكيم كذلك نص المادة 444 استعملت مصطلح COMPROMIS لكن في الفقرة 03 من المادة 444

1- ' % 21 " \$ 4 302-301 !

2- 443 : 18 ; 7 # \$ A% >7 >7 \* B < B '9 J \$ @ 7 &- " - ;!

3- ' 7 ' ' 21 " \$ 4 538 !

3- ' 7 ' = 7 >7 +01 ) 1 21 " \$ 4 25 !

نصت على وجوب إثبات شرط التحكيم " LA CLAUSE COMPROMISSOIRE " بالكتابة ما يلاحظ أن هناك نوع من الخلط وعدم الدقة في المصطلحات باستعماله مصلح " LE COMPROMIS " في بداية نص المادة 444 ثم يتضمنه مصلح " LA CLAUSE COMPROMISSOIRE " وكأن المشرع الجزائري لم يقصد التفرقة بينهما.

أما من خلال النص الجديد في القانون رقم 08-09 فقد تدارك المشرع هذا النقص وفصل بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم.

### أولاً: شرط التحكيم LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

#### أ- في قانون التحكيم الداخلي:

عرفت المادة 1007 شرط التحكيم على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم. إذا قد يكون تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه وفي هذه الحالة يكون تنفيذ الشرط أمراً احتمالياً تبعاً لاحتمال حصول النزاع أو عدم حصوله<sup>1</sup>.

ولقد أحسن المشرع الجزائري حين نص على جواز شرط التحكيم حيث اعتبره اتفاق سابق يحدد الجهة المكلفة بالنظر في نزاع محتمل بمناسبة تنفيذ عقد ومتمى ما تم هذا الاتفاق يمنع على الأطراف اللجوء إلى القضاء إلا في حالة فشل التحكيم.

وإذا ما اختارت الأطراف المتعاقدة شرط التحكيم عليها أن تحترم تحت طائلة البطلان ما يلي:

1- أن يرد الشرط كتابة في صلب الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

2- أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، وهذا ما أكدت عليه المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا اعترضت صعوبة أثناء تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يقوم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل

تنفيذه بتعيين المحكم أو المحكمين وهذا حسب نص المادة 1009 ق.إ.م وإ، وتشير ذات المادة أنه إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألا وجه للمتابعة.

#### ب- في قانون التحكيم الدولي:

شرط التحكيم هو الشرط المنصوص عليه في العقد، وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، وقد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نيه الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص ويسمى شرط التحكيم الفارغ.

كما قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد الجلسات، والمواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع.

ولقد حسمت أغلب الاتفاقيات الدولية مسألة تحديد صور اتفاق التحكيم فنصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في المادة 02/02 بأنه: { يقصد "باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في العقد ... }، كما تنص المادة 1/07 من القانون النموذجي "اليونسترال" على أنه: { ... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في العقد ... }<sup>1</sup>.

أما في القانون الجزائري فجاء في المادة 458 مكرر 01 من قانون الإجراءات المدنية بالقول: { تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة } وتقابلها المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد أثار النص جدلا حول ما إذا كان يجيز الشرط التحكيمي أم لا أم أنه حصر التحكيم في نوع واحد من الاتفاقيات التحكيمية.<sup>2</sup>

1 - %' 21 '\$ 4 264-265!

2 - ' 7 = 7 >7 +01 ) 1 '\$ 4 26

وقد يكون شرط التحكيم عاما أو خاصا، يكون عاما إذا أحال إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، يكون خاصا إذا اقتصررت الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو الموضوعات دون غيرها.

كما تثير دراسة شرط مسألة هامة وهي هل يمتد مجال شرط التحكيم من عقد ينص عليه إلى عقد آخر لا يتضمنه لكن له علاقة بأحد أطراف العقد؟.

اختلفت فيه المواقف الفقهية، لكن يمكن الحديث عن نوعين من الامتداد:

### 1- الامتداد العمودي:

ويعني امتداد شرط التحكيم من عقد أصلي يحتوي عليه إلى عقد تبعي لا يشمل عليه.

### 2 - الامتداد الأفقي:

ويعني مد شرط التحكيم الذي وافقت عليه الإدارة أو أكثر إلى عقود وقعت إدارات أخرى لم تنص

على شرط التحكيم، لكنها تنتمي وتتصل ببعضها.<sup>1</sup>

### ثانيا: اتفاق التحكيم LE COMPROMIS

#### أ- في قانون التحكيم الداخلي:

عرفت المادة 1011 اتفاق التحكيم على أنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق

نشوؤه على التحكيم، فاتفاق التحكيم حينئذ يتعلق بنزاع فعلي يرغب في شأنه الخصوم تجنب اللجوء إلى القضاء.

ويوقع الاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع يوقع أمام المحكمة الذين يتم اختيارهم ويحرر من أجل ذلك

محضرا، ويجب أن يكون خطيا وأن يعين أسماء المحكمين وموضوع النزاع تحت طائلة الإبطال<sup>2</sup>، فإذا

رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة.

1- %' 21 " \$' 4 266-267!

2- ' 7 7 = 7 > 01 + ) 1 \$' " 21 4 25!

ويجوز لأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية في هذه الحالة، بإمكان الخصوم من وجهة نظرنا التماس إرجاء الفصل في الخصومة وفقاً للمادة 214 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى حين انتهاء أجل التحكيم المنصوص عليه في المادة 1018 من نفس القانون على اعتبار أن التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، فإذا انتهت الخصومة التحكيمية بصدور حكم يتم التنازل عن الخصومة القضائية، أما في حالة فشل التحكيم يعاد السير في الخصومة القضائية<sup>1</sup>.

### ب- في قانون التحكيم الدولي:

يمكن تعريف اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم بأنه: { اتفاق بين المتعاملين على المستوى الدولي على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم }.

تتميز مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم في أن هذا الأخير يتم اللجوء إليه أثناء إبرام العقد وقبل نشوء النزاع ويأتي في الغالب ضمن بنود العقد، في حين أن مشاركة التحكيم يتم الاتفاق عليها بعد أن يثور النزاع وتكرس في اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، وجاء في المادة 458 مكرر 01 من قانون الإجراءات المدنية الجزائية: { تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة } دون أي توضيح ونفس الحكم تضمنه القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية وهذا في المادة 1040 منه.

لم تفرق اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم حيث نصت المادة 2/02 على أن: { المراد بالاتفاقية المكتوبة هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف والمتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة } كما جاء القانون النموذجي للتحكيم الدولي "اليونسترال" بصورة اتفاق التحكيم إذ نصت المادة 07 منه على ما يلي: { ... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل }.

ونشير في الأخير إلى ضرورة التفرقة بين وثيقة التفويض ومشاركة التحكيم بحيث أنه جرى العمل أمام هيئات التحكيم الدولية وعلى الأخص غرفة التجارة الدولية بباريس على أن يحرر أطراف

المنازعة والمحكمون أثناء بدء إجراءات التحكيم وثيقة يطلق عليها اسم " وثيقة التفويض " يكون الهدف منها تسيير مهمة المحكم وذلك من خلال بيانات تشتمل عليها تلك الوثيقة وتحرر هذه الوثيقة مهما كانت صورة اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.



بعد صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولكي تكتمل فاعلية السند التحكيمي لا بد من تدخل قضاء الدولة ليمارس الرقابة على حكم التحكيم، وتختلف صور الرقابة التي يباشرها قضاء الدولة على حكم التحكيم استنادا إلى الغاية من هذه الرقابة، لذلك كان عنوان هذا الفصل "آليات الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية".

فقد يكون الهدف من هذه الرقابة التثبيت من وظيفة المحكم والمهام المنوطة به ومدى احترامه للقواعد القانونية سواء تلك المتصلة باتفاق التحكيم ذاته او بإجراءات التحكيم .

وقد يكون الهدف من هذه الرقابة التيقن من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون الوطني من اجل الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه وذلك بمناسبة الطلب المقدم من المحكوم لصالحه بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

لذلك فان الأمر يقتضي منا التطرق للرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مبحث أول ثم في مبحث ثاني نتناول الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

## المبحث الأول: الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم

تتم الرقابة القضائية السابقة غالبا من خلال تصحيح الإجراءات أثناء التحكيم، ومن أهم صور الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم هي صحة اتفاق التحكيم واعتماده على أساس توافر شروطه، كذلك تقديم المساعدة في تعيين المحكمين أي بصفة عامة نظر المنازعات التي دتثور حول تشكيل هيئة التحكيم.

وفي هذا السياق نعرض هذا المبحث من خلال مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول:** حدود الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم.

**المطلب الثاني:** تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم

### المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم

ينشا التحكيم "اختياريا" من اتفاق بين طرفي النزاع لذلك متى نشأ هذا الاتفاق أصبح اللجوء إليه إجباريا في حالة حدوث منازعة حول عقد إداري ونفاذ أحكامه لا يكون إلا بقرار من قضاء الدولة لذلك يجب التطرق لمفهوم اتفاق التحكيم وطبيعة الدفع به أمام قضاء الدولة في فرع أول ثم في فرع ثاني الرقابة القضائية على وجود اتفاق التحكيم وصحته.

### الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعة الدفع به أمام قضاء الدولة

#### أولا: مفهوم اتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى الحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة.

وبعبارة أخرى إن اتفاق التحكيم هو ذلك العقد الذي يتفق بمقتضاه أطرافه على حل النزاع الناشئ فعلا أو النزاع المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم، ويمنح التحكيم سلطة الفصل فيه بحكم ملزم، ويمنع قضاء الدولة من النظر فيه.

ويأخذ اتفاق إحدى الصورتين: شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

أما اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم<sup>1</sup> وإلى جانب هاتين الصورتين للاتفاق على التحكيم فإن هناك صورة أخرى كشفت عنها الممارسات العملية وهي تلك المعروفة باسم شرط التحكيم بالإحالة أو شرط التحكيم في الإشارة، فقد لا

يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي بنصه بل يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، ويستوي أن تكون وثيقة المحال إليها اتفاقا بين الطرفين، أو وثيقة صادرة من أحدهما أو من أي شخص

آخر أو عقدا نموذجيا أو لائحة لمركز تحكيم وهذه الإحالة تعتبر اتفاقا على شرط تحكيم.<sup>1</sup>

إضافة إلى ذلك يعتبر اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الوارد فيه، وبذلك يعتبر عقدا مدنيا يستقل عن العقد الأصلي في مضمونه، فلا يتأثر بصفته وكونه عقدا إداريا، فاتفاق التحكيم يحدد الأصول والقواعد الواجب إتباعها للفصل في المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، أما العقد الأصلي فيحدد حقوق وواجبات أطرافه، ويترتب على ذلك أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي بل هو عبارة عن عقد من الناحية المادية في العقد الأصلي.

ويؤدي استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بأنه يخضع إلى نظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، وأن القول بعدم استقلال اتفاق التحكيم بالصورة المبينة يعني إخضاع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لذات النظام القانوني، كما أن اتفاق التحكيم يبقى نافذا إذا أبطل العقد الأصلي.

ويشترط في اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا.<sup>2</sup>

ويترتب على اتفاق التحكيم أثاران هما:

- 1- & % +, - " \* " ( \$ ) # : 7:6 6 534103 ( . / 0 1 2
- 9 # 1 2 . \* 1 / 1 2 . # 9
- 9 \* )# = ; 1
- 51 % % 1& 9 ; 1& 8 % %
- 52 % % 1 \$ % / 1& 8 % %
- 53 % % 1& 8 % % 9 ; 1\* : 9 ;
- 54 % % 9 ( 2 1 / 1 2 % %
- 189-188 ! B- 1 & ) @ 1 2 . , \* ; A
- 1040-1012-1008 : -2 % % 1 2 1 . < -2 % %

1- الأثر الإيجابي: ووفقا له يتعين على أطراف النزاع أن تحترم الاتفاق الصادر عنها، وتلتزم بحسم نزاعاتها عن طريق التحكيم، وبالتالي اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإعمال أثر اتفاق التحكيم.

2- الأثر السلبي: ووفقا له يمتنع على القضاء نظر النزاع عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم من قبل المدعي قبل الدخول في تفاصيل موضوع النزاع إذا ما تبين له صحة هذا الاتفاق، فإذا لم يتمسك المدعي عليه بوجود الاتفاق فإن للقضاء الاستمرار في نظر النزاع رغم وجوده وصحته وهنا يجب على المحكم إذا ما رفعت الدعوى التحكيمية أمامه إنهاء الإجراءات التي قد تكون بدأت.<sup>1</sup>

### ثانيا: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم

كما سبق فإن عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف في نزاع نشأ بينهم، بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية ويمكن إبرامه ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة وهذا ما جاء في المادة 1013: { يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية }.

ورقابة القضاء على وجود اتفاق التحكيم وصحته تتخذ عدة صور وأشكال، إذ يجوز لصاحب المصلحة من أطراف التحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء تحسبا لتمسك الطرف الآخر به وذلك إسنادا للقواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها التحكيم باطلا لانعدام الأهلية اللازمة لعقد الاتفاق أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا أو إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام أو مما لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم بنص القانون.<sup>2</sup>

ويتمثل الهدف من الرقابة القضائية السابقة على بدء التحكيم لاعتماد اتفاق التحكيم في توقي المنازعات المتعلقة بالبطلان لأسباب ترتبط بالاتفاق على التحكيم، ومن ثم ينبغي أن تتم هذه الرقابة من

1- > A ; B- ! 187-191.

2- \$ , 1 & /+ 1 ; EA % - . - ' D 1 C 1 - 1

1 : 2F B- ! 359-360.

خلال مراجعة قاضي التنفيذ بالمحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى لاتفاق التحكيم، بعد أن يتم إفراغه في شكل مشاركة تحكيم فقط، ويكون ذلك إما ابتداء في حالة الاتفاق على التحكيم في صورة مشاركة تحكيم، وأما بعد تحقق النزاع وتحرير المشاركة في حالة الاتفاق على التحكيم في صورة شرط التحكيم، وذلك لأنه من غير المتصور أن تكون هذه المراجعة فعالة ومحققة للغرض منها لو تمت والاتفاق على التحكيم لازال في صورة شرط تحكيم لا يشمل في الغالب على العديد من البيانات الواجب خضوعها لتلك المراجعة.<sup>1</sup>

ويختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة متى تمسك المدعى عليه بوجوده، وقد تفاوت هذا الخلاف بين اعتبار هذا الدفع من قبيل وقف إجراءات الدعوى القضائية؟.

#### ❖ الاتجاه الأول: يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم من قبيل الدفع بعدم القبول

يرى البعض أن الدفع الذي يبدي أمام قضاء الدولة بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أو بتحكيم دولي.

وأن قضاء الدولة بحسب الأصل هو صاحب الاختصاص بالفصل في المنازعات فالاتفاق على التحكيم لا ينزع اختصاص القضاء إنما يبقى قضاء الدولة مختصاً بالفصل في المسائل المتصلة بالتحكيم وعكس ذلك يعني أن يتوجب على قضاء الدولة عندما يحكم بعدم اختصاصه أن يحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة، وعلى هذا لا يمكن التسليم بأنه على المحكمة هنا أن تحيل الدعوى إلى هيئة التحكيم كونها لا تعتبر جهة قضاء بالمعنى المعروف، وأنها غير متابعة في تنظيمها للدولة.<sup>2</sup>

#### ❖ الاتجاه الثاني: يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم من قبيل الدفع بعدم اختصاص قضاء الدولة:

1 - ; " < / \* 1 \* & : 1 ( G : > 2 1 ' ! 283 .

2 - - \* % " \$ \* " ( 1341 / , 1 D 1 G % \* B - . ; & : B\* ; % :

ويؤيد هذا المعنى الفقه والقضاء وبعض الأنظمة والاتفاقيات الدولية، ويتضح أنه يمتنع على قضاء الدولة نظر النزاع الذي يرد في شأنه اتفاق تحكيم بين طرفيه لعدم اختصاصه وذلك إذا طلب منها أحد الخصوم، ويحيل القضاء الأطراف إلى هيئة التحكيم لاختصاصها بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم. وينتقد البعض هذا الاتجاه، ويرى أن الحديث عن الاختصاص يمكن أن يثور بين جهات القضاء المتعددة داخل الدولة وليس فقط بين محاكم الجهة الواحدة توزيعا للولاية المتعلقة بالنظام العام، وهيئة التحكيم لا تعد محكمة عادية تابعة لجهة قضائية معينة، يمكن أن تتنازع في الاختصاص مع جهات قضائية أو ذات اختصاص قضائي أخرى، فإن ذلك يخالف التنظيم الوضعي لولاية هيئة التحكيم إذ أن ولايتها لا تتعلق بالنظام العام.

كما أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص كليا عن محاكم الدولة، بل يظل الاختصاص ببعض المسائل المتصلة بالنزاع محل هذا الاتفاق أمام القضاء.<sup>1</sup>

❖ **الاتجاه الثالث:** يذهب إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من قبيل وقف إجراءات الدعوى

#### القضائية

ويكون ذلك بناء على دفع المدعى عليه في الدعوى، وقد أثار بعض الفقه أنه لوقف إجراءات الدعوى القضائية يجب مراعاة بعض الضوابط لكي لا يبقى الأمر مزاجيا بين محكمة وأخرى وهذه الضوابط هي:

1- وجود اتفاق تحكيم صحيح وقابل للتنفيذ ذلك أن اختصاص قضاء الدولة يتوقف عند شروط صحة اتفاق التحكيم وقابليته لإعمال أثره عند الدفع بعدم اختصاصه لنظر النزاع.

! 1980 1 354 : \$ 1 . : \* % % 1458 ( ? # % . - 1  
H- . += I J , : 1 K 9 1+ / K B\* 7:6  
% 1 H- 1+= I J , % #9 \$ \$ A : /& % 1 )# = H-  
: /& % % % " \* 1 , - L % E = % \$ \$ A : /&  
.7 < & % \$ \$ A

- 2- يكون موضوع اتفاق التحكيم قابلا للحل بالتحكيم طبقا لقانون القاضي نفسه.
- 3- يقدم طلب الوقف من أحد أطراف التحكيم لوقف إجراءات الدعوى.
- 4- يقدم الطلب قبل إبداء أي دفاع في موضوع الدعوى.
- 5- يجب على المحكمة عند إبداء طلب الوقف السابق أن توفق الدعوى ما لم تقتنع بأن اتفاق التحكيم باطل، أو غير نافذ، وعلى المدعي الذي رفع الدعوى القضائية عبء إثبات صحة اتفاق التحكيم.

### موقف المشرع الجزائري:

#### 1- على صعيد التحكيم الداخلي:

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أي من مواده على طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فهل اعتبره من قبيل الدفع بعدم القبول، أو الدفع بعدم الاختصاص أو اعتباره من قبيل وقف إجراءات الدعوى القضائية وعلى هذا يبقى الأمر غامض.

#### 2- على صعيد التحكيم الدولي:

جاء في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: { يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف }.

ويفهم من المادة أن المشرع الجزائري تبنى فكرة كون طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص – وهو في هذا سائر القانون الفرنسي – ولقد وضحت المادة حالتين:

- 1- إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة فعلا يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع.
- 2- إذا تبين للقاضي وجود اتفاقية تحكيم لكن بشرط أن يكون قد أثارها أحد الأطراف، والملاحظ أن الغاية من منع المحكمة من إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها هو احترام إرادة الأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى قضاء الدولة قصد حل نزاعاتهم على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، والذين لم يرغبوا في إثارة الدفع به بعد أن تراجعوا عن ذلك الاتفاق أو ألغوه ضمنيا<sup>1</sup>.



وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري ساير في طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 3/2 التي تنص: { على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق ... }<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الرقابة القضائية على وجود اتفاق اتفاق التحكيم وصحته

تفرد بعض التشريعات القانونية المنظمة للتحكيم بأنها تشترط تسجيل اتفاق التحكيم ابتداء لدى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع عند قيد طلب التحكيم في سجل خاص، وقبل البدء بإجراءات التحكيم فتصدر المحكمة قرارها باعتماد وثيقة (اتفاق) التحكيم لإعطائه أثره، والذي ينزع اختصاص القضاء، فالمحكومون لا يستطيعون مباشرة عملهم إلا بعد صدور قرار المحكمة المختصة بالاعتماد، والهدف من الرقابة القضائية (قرار الاعتماد) على وثيقة التحكيم هو التأكد من صحتها، وخلوها من أي مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام.

أما التشريعات القانونية الأخرى فقد منحت هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه، ويكون ذلك بعد بدء إجراءات التحكيم إذ أن الحق في الدفع لا يقوم إلا إذا قامت الخصومة.

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض له في باب التحكيم الداخلي أما بالنسبة للتحكيم الدولي فجاء في المادة 1044: { تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع {.

إذا فالمشرع الجزائري في باب التحكيم الدولي منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها أي تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يعني أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها أم لا حتى ولو دفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بسقوطه. ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز لصاحب الشأن في التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أن يرفع دعوى البطلان أمام قضاء الدولة؟

للإجابة على هذا التساؤل يبرز لنا اتجاهين:

❖ **الاتجاه الأول:** ينطلق من فكرة أن القانون قد منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم وبدأت في الإجراءات عندئذ لم يعد باستطاعة قضاء الدولة الفصل في صحة اتفاق التحكيم إلا تبعا للطعن ببطلان حكم التحكيم بعد صدوره، بذلك تكون هذه المسألة مانعا يمنع قضاء الدولة من الفصل في تلك الدفوع قبل صدور حكم التحكيم في موضوع النزاع، ومعنى ذلك أنه طوال مدة سريان إجراءات التحكيم إلى وقت صدور حكم التحكيم لا يختص قضاء الدولة بالنظر في الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، لكن اختصاص القضاء ينظر بطلان حكم التحكيم يمتد ليشمل الأسباب التي تقوم عليها تلك الدفوع في حالة رفضها من قبل هيئة التحكيم ورغم بطلانها صدر حكم التحكيم.

❖ **الاتجاه الثاني:** ينطلق هذا الاتجاه من فكرة أن القانون إذا أسند إلى هيئة التحكيم الاختصاص ينظر الدفع بعدم اختصاصها المبنى على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، فإنها لا تفصل إلا في مدى اختصاصها، ولا تتعرض لمدى صحة اتفاق التحكيم إلا بوصفها مسألة أولية تمهيدا للفصل في مدى اختصاصها لما لم يخولها اتفاق التحكيم الفصل في صحته أو بطلانه أو بسقوطه.

ومعنى ذلك أنه يجوز لصاحب المصلحة في اتفاق التحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة حتى قبل صدور حكم التحكيم إذا قدر أن هذا الاتفاق ورد على مسألة غير قابلة للتحكيم<sup>1</sup> لتعلقها بالنظام العام أو تضمن مخالفة لقواعد تتعلق بالنظام العام، كأن تكون المسألة ممن تقع في الاختصاص المانع الحاجز لمحاكم الدولة.

ويرى البعض أن منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه لا يحول دون مراقبة القرار الصادر عنها من قبل قضاء الدولة، وإمكانية إلغائه إذا ما تبين عدم صحته، وأن تخويل الهيئة هذه السلطة يعتبر تنازلاً من قبل أطرافه عن الحق في الطعن على القرار الصادرة بالبطلان، وأن الحق بالطعن بالبطلان يتعلق بالنظام العام، فلا يمكن إنكاره على أطراف النزاع فالمعنى أن تفصل هيئة التحكيم في المسألة المذكورة بقرار يخضع في النهاية لرقابة القضاء عند بطلانه في حالة إذا رفع إلى هيئة التحكيم دعوى مبنية على اتفاق تحكيم باطل، واستمرت بناء على ذلك بنظر الدعوى، لذلك لا بد من منح القضاء الرقابة على اتفاق التحكيم أثناء سير إجراءات الدعوى التحكيمية للحد من حالات البطلان لحكم التحكيم، ويوفر ذلك على الأطراف الرجوع إلى القضاء من جديد بعد إجراءات مكلفة أمام هيئة التحكيم.

وتملك المحكمة المختصة بحسب الأصل سلطة الفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه الظاهر إذا لم يدفع أمامها أحد الخصوم بوجوده وإذا ما انتهت المحكمة إلى بطلان الاتفاق، فعليها أن تستمر في نظر الدعوى، وهنا نجد أنه لا تعارض مع نص المادة 1044<sup>2</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي قضت بأن محكمة التحكيم تملك سلطة الفصل في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها تطبيقاً

1- > A ; B- ! 198 .  
 2- ( 1044 % 7:09-08 ; \$ \* 1 \$ AL ! A ! ( 89H- B\* : \$ AL ! ;  
 " \* J / \$ ; 1 \* \$ A \* \$ \$ L9 # % B\* : \$ AL ! J /  
 , J # = \* ' . A

لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، والتعرض بالتالي لسقوط اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انعدامه، ومع ذلك فإنه متى أصدرت المحكمة المختصة حكماً ببطلان اتفاق التحكيم أو بسقوطه، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي أمام هيئة التحكيم، عندئذ يجب على هيئة التحكيم أن تقضي بإنهاء إجراءات التحكيم حتى لا تصدر حكماً في موضوع النزاع قابلاً للبطلان وكذلك إذا أصدرت هيئة التحكيم حكماً باختصاصها بناءً على صحة اتفاق التحكيم قبل صدور حكم المحكمة بذلك، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي به أمام قضاء الدولة، وذلك تطبيقاً لنص المادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>1</sup>

إن ما تقدم يتعلق بالحالة التي تثور في مسألة مدى صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم بنظر النزاع، أما إذا لم تكن إجراءات التحكيم قد بدأت فيجوز لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة تحسباً لتمسك الطرف الآخر به.

ويتضح أن القانون منح هيئة التحكيم سلطة النظر في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم وبدأت في الإجراءات عندئذ لم يعد باستطاعة قضاء الدولة الفصل في صحة اتفاق التحكيم إلا تبعا للطعن ببطلان حكم التحكيم بعد صدوره.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم

J, ! A \* = \$ - 6\* /& < 1- , 7: ! 09-08 % 1031 ( -1  
. H \* ! A &\* : ( )# = 76\* ; \$  
H \$ % 6 E K 6 9 . : % E " ? # > EA / " \$ " 2 < /& % L9 -2  
N, & ! \$ A ? # % . < -9 > 1+ = 1 , M / / . < -9 < : 1 \$  
% : ? # E 8 " 2 < /& 1 5B.O.T3 . & % B . # " 9 & ' < 9N  
L9 L1 2 & : \* L % 9 L ? # % : 1 2 1 6 # % E  
6 E 6 A H 6\* % = 1 : ! A O 1 6\$ \$ A % ! A , 1&\*  
.201-198 ! B- ; A > L # = \* - 1&\* )# = %

يتدخل القضاء بالمساعدة بالعديد من الصور لذلك تناولت في فرع اول التدخل المساعد للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم ثم في فرع ثاني دور القضاء في رد المحكم ثم في فرع ثالث اختصاص القضاء بنظر المنازعة الإدارية في حالة عدم صدور حكم التحكيم في الميعاد ثم في فرع أخير تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية.

### الفرع الأول: التدخل المساعد للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم

إن الأصل هو خضوع تشكيل هيئة التحكيم لإرادة الأطراف، فلم أن يتفقوا على العدد الذي تشكل منه هذه الهيئة شرط أن يكون وترا حسب نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> كما لهم أن يتفقوا على وقت وكيفية هذا التشكيل.

ولكن قد يتعرض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها إتمام عملية التحكيم ولا يستطيع الأطراف التغلب عليها، فمن هنا يصبح من الضروري البحث عن جهة توكل إليها مهمة مساعدة الأطراف في إزالة هذه العقبات حتى يحقق التحكيم فاعليته ويؤدي دوره المنشود كطريق أكثر سرعة من القضاء لفض المنازعات.

وبالنظر إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أنها أعطت هذا الدور المساعد للقضاء الوطني، ليس فقط من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم، ولكن أيضا من أجل أن يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية، فالدولة عندما تصدر تشريعا تعترف فيه بجواز اللجوء إلى التحكيم وتقر بمشروعيته<sup>2</sup>، فإنها بذلك تفوضه جانب من اختصاصاتها السيادية المتمثلة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والذي يضطلع به القضاء كأصل عام في الدولة.

1- ( 1017 % & % / 09-08 % D 1 7: ! 1 % ( % )

2- ' B- ! .421

ويتميز نظام تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة متعلقة بعقد إداري عدة تساؤلات من حيث شروطه وضوابطه، والمحكمة المختصة بذلك وهذا ما سيتم التطرق إليه.

### أولاً: شروط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم

يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم شرطان أساسيان هما: وجود نزاع، ووجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم وذلك على النحو التالي:

#### 1- وجود نزاع:

تنص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { 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 ... }.

ويفهم من نص المادة أنه يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يكون هناك نزاع قائم بالفعل بين طرفي التحكيم ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يعني جواز اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين قبل نشوب النزاع، ذلك أن تشكيل هيئة التحكيم لا يتم غالباً إلا بعد نشوب نزاع بالفعل، فمن غير المتصور عقلاً أن يجهد الأطراف أنفسهم في الداخل في مفاوضات أو في اللجوء إلى القضاء من أجل استكمال تشكيل هيئة التحكيم دون وجود نزاع حقيقي قائم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الشرط يعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه حيث لا يوجد مصلحة فلا دعوى<sup>1</sup> وبالتالي إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتفاء شرط المصلحة فيها.

1- ( ! 13 % & % 09-08 - L7:6 "D , - ! A / & % 6 \$ 1 6 \$ 1 + 1 = & 1 % 7... .

## 2- وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم:

يشترط لإجازة تدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن تعترض عملية تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحددة لها في اتفاق الحكيم.

وهذا شرط بديهي، ذلك أن تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتر ذو طبيعة احتياطية، لا يتم إعماله إلا في حالة وجود صعوبات تعترض عملية التشكيل، وبالتالي إذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم دون وجود صعوبة تذكر في هذا الشأن، فلا يجوز للقضاء التدخل في هذه الحالة لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف وحسن نواياهم.

ويمكن رد اهم العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم إلى عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين.

إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكم أو المحكمين<sup>1</sup> أو على وقت وكيفية هذا الاختيار تعين على القضاء أن يقوم بهذا الاختيار بناء على طلب أحد الأطراف.

ومن الجدير الإشارة إليه أن القضاء ملزم في هذا الشأن بالعدد الذي تم الاتفاق عليه بين طرفي التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين -مثلاً- كان العدد كذلك.<sup>2</sup>

ويجب على الأطراف - تحت طائلة البطلان- تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفيات تعيينهم<sup>3</sup>، أما في حالة ما إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة.<sup>4</sup>

- 1- ( 141009 % & % \* 09-08 #97:6 / \$ . : 1 ; 1 ; D > ! )
- 2- ( 1 # -9 < . : % % % ; + ' 1 \* B + ) \$ \$ A ; 9 ; & ; # ( .7 )
- 3- ( 1008 1012 % & % 09-08 .425 -422 ! B- ' )
- 4- ( 341012 % & % 09-08 . )

وإذا كان تعيين المحكم أو المحكمين سواء كان - شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم- أمر إجباري تحت طائلة البطلان بالنسبة للتحكيم الداخلي، فإنه بالنسبة للتحكيم الدولي نجد أن المادة 1/1041 تنص على أنه: { يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم }

ويعني هذا أن الأمر جوازي أي يمكن للأطراف مباشرة أو بعد الرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين فإذا تم التعيين فلا تثار إشكالية، أما إذا لم يتم التعيين فتتص ذات المادة في فقرتها الثانية على أنه: { في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله 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 تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر }.

كما يتبين من نص المادة 2 /1041 أن المشرع يوقف تعهد رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو تعهد رئيس محكمة الجزائر في التحكيم الدولي على طلب أحد الأطراف أي الذي يهمله التعجيل منه تعيين المحكم لاستكمال تركيبة هيئة التحكيم، فلا يجوز للقاضي التعهد من تلقاء نفسه بمسألة تعيين عضو أو أعضاء هيئة التحكيم، ولو مع ثبوت قيام عارض من عوارض تكوينها لديه.<sup>1</sup>

1- =, </ P 1 - 1 : . B , ' 1 2008 1 !  
486 - 487.  
- 2 % % ( 2 - 1 . < \* ! ( 458 ( & 4 1 8 "# % : %  
- 1 A 1 - 1 D 1 > # = & C9 < \* ) - 2 % . < 1 2 1 .



## ثانيا: تحديد المحكمة المختصة باختيار المحكمين

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في حالة وجود عقبات يستحيل معها تشكيل هيئة التحكيم ولم يستطع الأطراف التغلب عليها، ففي هذه الحالة يجوز لمن يهمه الأمر من الخصوم اللجوء إلى جهة القضاء المختصة لإزالة هذه العقبات ومن ثم تمام عملية التحكيم.<sup>1</sup>

ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أوكلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري؟.

## 1- موقف المشرع الجزائري:

لم تكن نية المشرع الجزائري واضحة فقد أقر بالنسبة للتحكيم الداخلي حسب نص المادة 1009 يتم التعيين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وبالتالي فإن المشرع اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النوعي فلو أن المشرع قصد جهة القضاء الإداري لجا في المادة أن الاختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو يذكر المحكمة الإدارية المختصة.

مما يجعلنا نعتقد أن نيته اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

ونفس الاتجاه بالنسبة للتحكيم الدولي فجا في المادة 1041 أنه ينعقد الاختصاص إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فنية المشرع الجزائري اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة وإلا كان يجدر به أن يوكل الاختصاص إلى المحاكم الإدارية إذا كان التحكيم في

الجزائر أو إلى مجلس الدولة إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات الإدارية المعمول بها في الجزائر.

وتضيف المادة 1042 أنه إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، إذا فالمشرع الجزائري اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النوعي.

## 2- موقف الفقه:

يشير بعض الفقهاء إلى أن تدخل القضاء الرسمي في الدولة لتعيين المحكمين أو المحكم المرجح لا بعد ذو طابع رقابي، وإنما من قبيل الدور المساعد أو التعاوني، والغرض منه تحريك عملية التحكيم وضمان نجاحها واحترام الالتزامات التعاقدية دون أن يتعرض القاضي لموضوع النزاع والقواعد المطبقة عليه.<sup>1</sup>

هذا الطابع التعاوني الذي تقوم عليه قاعدة تدخل القضاء الوطني في عملية تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعات العقود الإدارية هي التي دعت جانب من الفقه إلى المناداة بضرورة استبعاد اختصاص القضاء الإداري وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي ويستند هذا الرأي إلى أمرين: أ- الأمر الأول: طبيعة نشاط التحكيم وتطوره خارج كل مرجعية على مفهوم المرفق العام وفكرة السلطة العامة، وهما أساس اختصاص القضاء الإداري.

ب- الأمر الثاني: يرجع إلى النصوص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والتي نظمت تدخل القاضي الوطني لتقديم دور المساعد في تشكيل هيئة التحكيم قد سنت بالنظر على أنها قانون أساسي يحكم إجراءات التحكيم في كافة مراحلها وترتبط به، وهذا يتطلب عدم فصل إجراءات التحكيم عن قواعد القانون الخاص التي تحكمها.

وبالرغم من وجهة هذا الرأي، وقوة الحجج التي يستند إليها إلا أنه لا يمكن التسليم به لعدة اعتبارات.

#### ■ الاعتبار الأول:

إذا كان من الصحيح أن إجراءات التحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يبرر استبعاد اختصاص القاضي الإداري من نظر أمر تعيين المحكم المنوط به حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري، فحضور الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع وارتباط الأمر بمنازعة إدارية يتطلب أن تكون جهة القضاء المختصة هي جهة القضاء الإداري.

#### ■ الاعتبار الثاني:

إن القول بأن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم وارتباط إجراءاته بقواعد القانون الخاص ارتباطاً لا يقبل التجزئة هي التي تبرر عقد الاختصاص للقاضي العادي بنظر المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم ومنها تشكيل هيئة التحكيم يؤدي - بلا شك - إلى امتداد هذا القول إلى كافة المسائل التي تثار أثناء سير إجراءات التحكيم والتي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً لاختصاص القضاء الإداري كتلك المتعلقة بنظر مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد.<sup>1</sup>

#### ■ الاعتبار الثالث:

لا يقتصر عمل القضاء الوطني في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم على مجرد تقديم المساعدة إلى الأطراف بل إنه يمارس في بعض الأحيان دوراً رقابياً على أداء المحكمين لمهامهم يصل إلى حد توقيع جزاء العزل أو في حالة الرد كما سيأتي شرحه لاحقاً.

#### ■ الاعتبار الرابع:

إن المطالبة بوجود تنظيم قانوني مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يقتضي استبعاد تدخل القاضي العادي في كافة المسائل التي تثار بمناسبة هذه التحكيمات، وفي الواقع إن مسك المشرع الجزائري يدعو إلى الاستغراب والدهشة:

➤ **الاستغراب:** من أن يسمح المشرع لشخص خاص بأن يلي مهمة التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية شأنه في ذلك شأن القاضي الإداري ويرفض في ذات الوقت بأن يكون تعيينه بواسطة هذا القاضي.

➤ **الدهشة:** من اتجاه المشرع نحو عقد الاختصاص للقاضي العادي في حين أن القاضي الإداري هو الأجدر على اختيار محكم يتمتع بالمواصفات التي تؤهله لفهم الطبيعة المميزة للعقد الإداري.<sup>1</sup>

### ثالثا: ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم

إن تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم ليس مطلقا وإنما تحكمه عدة ضوابط وإجراءات يجب إتباعها في هذا الشأن وهي:

**1- احترام الشروط التي حددها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف:** يجب على القضاء وهو بصدده ممارسة دوره المنوط به في تشكيل هيئة التحكيم أن يتأكد من أن المحكم الذي يعينه تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف.

فضلا عن ذلك ينبغي على القضاء أن يقوم فعلا بتعيين شخص يعهد إليه بممارسة وظيفة قضائية، فليس من سلطة القضاء – مثلا- أن يقوم بتعيين خبير أو موفق احتراماً لإرادة الأطراف في هذا الشأن ولكن يلاحظ في هذا الشأن أن الأطراف قد يستخدمون ألفاظاً غامضة لا يفهم منها طبيعة المهمة الممنوحة للمحكم، ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يتأكد أولاً بأنه أمام اتفاق تحكيم حقيقي، ثم يقوم بعد ذلك بتعيين المحكم تاركا لهيئة التحكيم سلطة الفصل في شرعية وحدود مهنتها تحت رقابة لاحقة من القضاء،

وذلك احتراماً لما قرره مختلف القوانين من إعطاء السلطة لهيئة التحكيم في تقدير مدى صلاحيتها في نظر النزاع من عدمه.

2- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم: يكتسب القرار الصادر عن القضاء بتعيين المحكم حصانة مطلقة، فلا يجوز الطعن فيه بالطريق العادي أو غير العادي.<sup>1</sup>

وهذه القاعدة حسب القضاء -الفرنسي- يرد عليها استثناء هام مؤداه جواز الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم الذي لم يراع فيه إرادة الأطراف أو نصوص القانون المنظمة لعملية التعيين.

3- أن يكون الطلب في صورة دعوى: لم ينص قانون التحكيم الجزائري صراحة على الطريق الذي يتحقق من خلاله إجراء تعيين المحكم، هل هو أمر على عريضة أم في صورة دعوى؟.

إلا أنه باستقراء المادة 1016 من القانون 08-09 المتعلقة بحالات رد المحكم في فقرتها السادسة تنص: { ...في حالة نزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل }.

ومنه نجد أنه يتم تعيين المحكمين بواسطة القضاء المستعجل بإجراءات الدعوى المستعجلة لتحقيق فاعلية التحكيم بالسرعة. إن منح القضاء السلطة في تعيين المحكمين بناء على طلب الأطراف أو أحدهما تمكنه من إضفاء رقابته على تشكيل هيئة التحكيم، وذلك عن طريق التحقق من صحة الاتفاق ومدى قابليته للتطبيق والتنفيذ، ويرجع هذا الدور الرقابي للقضاء بالتعيين إلى أن للأفراد -حسب الأصل- الحق في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن فيه.

لكن يثار التساؤل حول الحل إذا ما رفض قضاء الدولة طلب التعيين بعد الطلب منه ذلك؟<sup>2</sup>

1- 2 ( ) % J , - + " \* \$ ! \$ 1 # ( / 6 L 9 & 1 ! 1016 ( !  
 % & % 09-08 : 1& L . \* ! \* & ( 9 : % = 7 # D Q ; "D ; % ; & %  
 : % / Q ; "D : %  
 -2 \* # ? > A ; B- ! 210 - 211 # ? ' B- \$ 1 442 R  
 444

جاء في نص المادة 1009 / 2 أنه: { إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين } .

إذا فالمشرع الجزائري أجاز رفض تعيين المحكم إذا تبين له أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، أو غير كاف لإمكان تعيين المحكم، فالقاضي لا يقضي ببطلان الاتفاق أو سقوطه، وإنما يحكم بعدم قبول طلب التعيين بالنظر فقط إلى ما يبدو من الظاهر لاتفاق التحكيم.

وقد أصاب المشرع في ذلك لأنه من غير المعقول أن يفرض على المحكمة تعيين محكم دون أن يوجد اتفاق تحكيم بين الطرفين، أو أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، إذ لا جدوى عندئذ من تعيين المحكم، لكن هذا في التحكيم الداخلي أما في التحكيم الدولي فالمشرع لم يتطرق له ولكن يجب إعماله دون نص للأسباب السابق ذكرها.

وإذا صدر حكم المحكمة المختصة بالتعيين فإنه لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، والغاية من ذلك عدم تعطيل إجراءات التحكيم من قبل بعض الأطراف الأمر الذي يهدم الغاية من التحكيم، لكن لا يمنع الطعن في الحكم الصادر برفض التعيين.

وبالرغم من ذلك فإنه يمكن لطرفي العقد طلب تعيين المحكم من قبل القضاء إذا لم يوجد اتفاق بينهما بحل النزاع بطريق التحكيم حتى ولو كان موضوعا لدعوى مقامة أمامه<sup>1</sup> وهذا حسب نص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: { يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية } .

### الفرع الثاني: دور القضاء في رد المحكم

مما لا شك فيه أن المحكم ليس إلا قضايا بكل ما تتطلبه مهنة القاضي من استقلال وحيدة، فالمحكم بمجرد تعيينه يجب أن يكون مستقلا عن شخص أطراف النزاع لا يتلقى منهم أية توجيهات أو تعليمات.

## أولاً: حيده المحكمين واستقلالهم

يقصد بالاستقلال كما عرفه REDFERM AND HANTER عدم وجود أية علاقة مالية أو غيرها بين المحكم وأحد الأطراف، وعلى النقيض فإن الانحياز تعني وجود علاقة بين المحكم وأحد أطراف الدعوى.<sup>1</sup>

إذا فالاستقلال معناه ألا توجد للمحكم أي صلة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين، بل يكون مستقلاً عنهما استقلالاً مالياً واجتماعياً ومهنياً، والحيده تعني أن المحكم لا ينحاز إلى أحد الطرفين أو ضده لأسباب خاصة أو شخصية، فالحيده حالة نفسية أو ذهنية غير ظاهرة تتعلق أساساً بالعاطفة.<sup>2</sup>

ويرى البعض أنه من الضروري ألا يكون لأي من المحكمين أية علاقة أو مصلحة بأي من أطراف النزاع، فيجب ألا يكون المحكم صديقاً أو قريباً لأي منهم، كما يتعين ألا يكون له معرفة سابقة أو صلة سابقة بموضوع النزاع أو أية مصلحة مالية من قريب أو بعيد قد تمت بصلة لموضوع النزاع أو لأي من أطرافه.<sup>3</sup>

وحياد المحكم وهو شخص مختار من قبل الخصوم يختلف عن مضمون حياد القاضي التابع للدولة، ويقصد بالحياد في هذا المقام أن يكون المحكم مستقلاً عن الخصوم، حتى عن الخصم الذي قام باختياره ويشترط الاستقلال والحياد في جميع المحكمين منذ تعيينهم وأياً كانت طريقة اختيارهم.

ولم يفرق الفقه بين محكم وحيد أو محكم رئيس أو محكم مختار من جانب الخصوم، أو بواسطة المحكمة بصدده واجب الحياد والاستقلال.

1-	-	9	;	B-	!	454.
2-	>	A	;	B-	!	213.
3-	-	9	;	B-	!	454.

كما يتفق الفقه على رفض فكرة المحكم الخصم، أو المحكم الموالي للخصم لأنها تتعارض مع الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.

واستقلال المحكم وحياده فكرتان تتحدان أو تتشابهان في غايتها ولكنهما لا تندمجان أو تختلطان في مضمونيهما، فالاستقلال هو مسألة موضوعية ملموسة، والحياد هو مسألة شخصية أو ذهنية أو معنوية، والاستقلال يمكن تقديره موضوعيا وبشكل مادي، أما الحياد فهو لا يثبت إلا بعد ممارسة العملية التحكيمية، والاستقلال قرينة على الحياد، والمحكم قد يكون محايدا رغم أنه غير مستقل عن الخصوم، والاستقلال المعنوي للمحكم عن الخصوم أي حياده هو شرط لا غنى عنه لممارسة الوظيفة القضائية.

ولكن هناك سؤال يثور حول ما إذا كان الاستقلال المعنوي أي الحياد له ذات المعنى بالنسبة للقاضي والمحكم؟.

هناك من يرى أن الأمرين من طبيعة واحدة بالنسبة للقاضي والمحكم نظرا لوحدة الطبيعة القانونية للوظيفة التي يقوم بها الاثنين، ويرى البعض الآخر أنه لا يمكن التسوية بينهما، وينبغي بناء على ذلك التساهل في تقدير حياد المحكمين لاعتبارات متعددة تستمد من فلسفة نظام التحكيم والهدف منه:

**1-** فمن ناحية يشترط الاستقلال التام في القاضي عن الخصوم لأنهم لم يختارونه، أما المحكم فالخصوم هم الذين اختاروه والكل يعمل في ذات المجال والمهنة والتحكيم مبني على الثقة وبالتالي فمن الصعوبة تصور الحياد التام والاستقلال التام للمحكم عن الخصوم.

**2-** التشدد في تطلب الحياد والاستقلال في المحكم سيؤدي إلى تضيق الدائرة في من يتم اختياره كمحكم.



**3-** التساهل في تقدير الاستقلال والحياد يؤدي إلى توفير الثقة بين المحكمين والخصوم ويساعد على تسهيل مهمة هيئة التحكيم.<sup>1</sup>

### ثانيا: التنظيم التشريعي لعملية الرد

الأصل يستطيع المحكم أن يعدل قبول المهمة قبل بدء إجراءات التحكيم إذا أبدى أسبابا جدية تمنعه من القيام بمهمته، وتبرر عدوله كما لو أصابه مرض بعجزه عن القيام بمهمته أو اضطر إلى سفر طويل يحول دون أداء مهمته في الميعاد المحدد للتحكيم، كذلك إذا علم ما يثير عدم حيده أو استقلاله مما قد يعتبر سببا لرده من قبل أحد الأطراف.

وإذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم.<sup>2</sup>

كذلك إذا توافر ما يؤدي على عدم حيده المحكم أو عدم استقلاله وقيام أحد الأطراف برده ولم ينتج عن القيام بمهمته فإن الحكم الصادر منه رغم طلب تنحيته يكون باطلا.

ويقصد برد الحكم أن يعبر أحد أطراف النزاع عن إرادته طبقا لإجراءات معينه في عدم الامتثال

أمام محكم معين في قضية معينه لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون.<sup>3</sup>

وبعبارة أخرى فإن المحكم هو طلب يتقدم به أحد الأطراف إلى الجهة المختصة بذلك لمنع المحكم

من نظر النزاع، والفصل فيه لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وأيضا لعدم توافر شرط من الشروط الواجب توافرها في المحكم غير الحيده والاستقلالية.

1- 9; \* 101 999 ! 2004 1  
2- 09-08 % & % 2 41015 ( %  
3- 09-08 % & % 1016 ( !

وإن أهمية رد المحكم يعكس احترام مبدأ إجرائي أصيل هو حق الدفاع فمن حق كل طرف أن يمثل أمام محكم أو قاضي محايد.

وقد يستخدم أحد الأطراف هذا الحق بهدف عرقلة وتعطيل إجراءات التحكيم، كأن يعلم مسبقا بعدم حيده المحكم أو عدم استقلاله مما يدفع بالمشرع إلى إحالة هذا الحق بعدة ضوابط قانونية تهدف إلى جدية طلب الرد، وتحفظ للمحكم نزاهته وكرامته.

وتخضع قواعد وإجراءات رد المحكمين للقانون الذي يحكم إجراءات خصومة التحكيم.

يعترف المشرع الجزائري لقضاء الدولة بسلطة الفصل في طلبات رد المحكمين حسب نص المادة

1016 من القانون رقم 08-09 ويمر طلب رد المحكم بمرحلتين:

- 1- تبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.
- 2- في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفيات تسويته أم لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل.

وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.

إذا فإن القانون يمنح الاختصاص للقاضي الذي يباشر اختصاصه بصورة مستعجلة وذلك بأمر لا يقبل الطعن بأي من طرق الطعن، أما إذا صدر قرار القاضي برفض طلب رد المحكم فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالة أو أن المادة كانت تنص على الحالتين معا؟.

كما لم يبين المشرع الجزائري هل يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم؟.

لكن يذهب بعض الفقه إلى أن وقف إجراءات التحكيم في هذا الوضع يكون حتميا على اعتبار أن المسألة يملئها المنطق القانوني فلا يجوز أن يستمر المحكم في عمله رغم تقديم طلب برده مما يؤثر على

حياده ويخل بحق الدفاع، هذا فضلا على أن الفصل في طلب الرد هو فصل مسألة أولية يخرج أمر الفصل فيها عن ولاية المحكم، كما أنه إذا حكمت المحكمة برد المحكم فإنه يترتب على ذلك اعتبار المحكم الذي حكم برده غير صالح للتحكيم في النزاع، وأن الإجراءات التي كانت قد بدأت تعتبر كأن لم تكن بما في ذلك حكم التحكيم النهائي إذا كان قد صدر، يعني ذلك أن رد المحكم وتعيين بديل له يؤدي إلى إعادة تشكيل هيئة تحكيم جديدة بالطريقة ذاتها التي كان معينا بها الأول، ما لم يكن معينا باسمه في اتفاق التحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم<sup>1</sup> طالما أن إرادة الطرفين اتجهت إلى قيام المحكم الذي حكم برده محدد باسمه بنظر النزاع.

أما إذا حكمت المحكمة برفض دعوى الرد بعد أن تأكدت من حيده المحكم واستقلاله، بالتالي تستمر هيئة التحكيم في نظر النزاع كما تم تشكيلها قبل تقديم طلب الرد.

وضع القانون الجزائري شروط وضوابط لعدم قبول رد المحكم وهي:

1- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين<sup>2</sup> ومعنى ذلك أنه لا مجال لرد المحكم لأسباب كان يعلمها طالب الرد وقت تعيين المحكم، ويعني ذلك موافقته الضمنية على هذا الوضع، وأنه قد تنازل عن حقه لطلب الرد، 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 أنه تحقيقا لفاعلية التحكيم من خلال أنه طريق سريع لحل المنازعات في إطار الصفقات العمومية فإنه لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم الطلب برد المحكم

-1 1008 - 1012 - 1040 P 1 2 / \* 91 6 H- % ; . 1+ E 6  
 < % 1 : .  
 -2 ( 4 1016 % & % 09-08

ذاته في عملية التحكيم، أي أنه لا يجوز للأحد طرفي التحكيم ان يطلب رد محكم بذاته أكثر من مرة خلال عملية التحكيم نفسها.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لميعاد طلب الرد فلم ينص عليه المشرع الجزائري ولكنه أكد على طابعه الاستعجالي، كما لم يفرد المشرع الجزائري نصا لمعالجة عبء إثبات سبب الرد في حالة رد المحكمين، و الحقيقة أن مشكلة عبء إثبات عدم العلم بسبب الرد - ثارت في فرنسا - ، وطبقا للقاعدة التقليدية البينة على المدعي فإن من يدعي أنه يجهل سبب الرد عليه إقامة الدليل على ذلك، ولكن القضاء رأى أن التكاليف بإثبات عدم العلم هو تكليف بإثبات واقعة سلبية وهو أمر مستحيل عملا من وجه نظر القضاء، ومن ثم فإن عبء الإثبات يلتزم به المطلوب رده حيث يثبت أن طالب الرد كان يعلم بسبب الرد ولكنه لم يتمسك به، وميزة هذا الحل أن الإثبات سوف ينصب في هذا الغرض على واقعية إيجابية وهي علم الطرف الآخر.

وجدير بالذكر أن مسألة صعوبة الإثبات قد ناقشها مؤتمر علمي عقد في فرنسا، كما شغلت الفقه أيضا، وقد اقترح لحل هذه المسألة أن يجنب أطراف التحكيم هذه المسألة وأن يلقى على عاتق المحكم ذاته التزام بأن يبلغ أطراف التحكيم بالظروف التي من شأنها أن تؤثر على استقلاله في أداء عمله، وقد اعتنق المشرع الجزائري هذه الفكرة في المادة 1015 / 2 من القانون رقم 08-09 بالقول: { إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم } واستكمالا لهذه الفكرة السديد فقد كان ينبغي النص على التزام المحكم بغرامة مالية إذا ثبت غير ذلك فضلا عن التزامه بالتعويضات في مواجهة الخصم الآخر طبقا للقواعد العامة.<sup>2</sup>

1- \* # ? > A ; B- ! 216 - 222 .  
2- \* % \* % . : \* & 1 - . 22 1 . 1

لكن ما يلفت النظر في القانون الجزائري، أن أسباب الرد ليست من النظام العام وبالتالي يمكن تسويتها، وبالتالي فإذا ظهر سبب للرد فيمكن للطرفين أن يتفاوضا عليه وأن يتوافقا على القبول به.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: اختصاص القضاء بنظر المنازعة الإدارية في حالة عدم صدور حكم التحكيم

#### في الميعاد

نصت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { يكون اتفاق التحكيم

صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة ... }.

وهكذا فإن تحديد بدء الميعاد لحساب المدة التي يجب أن يصدر خلالها حكم التحكيم يتحدد من تاريخ تعيين المحكمين أي آخر واحد منهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

كما ترك القانون رقم 08-09 لسلطان الإرادة أن يحدد مدة التحكيم واعتبر العقد صحيحاً حتى ولو لم يحدد مهلة التحكيم ولكنه في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة أشهر.

والتמיד جائز وهو لسلطان الإرادة فإذا تعذر الأمر للنظام التحكيمي المطبق الذي تطبق مهله فإذا انقضت ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق على التمديد يعود الأمر إلى القضاء المختص.<sup>2</sup>

ويشير البعض تساؤلاً هاماً في هذا الصدد حول مدى إمكانية اللجوء للقضاء المختص في حالة تقدم طرف للمحكمة بطلب لمد الميعاد، وتقدم طرف آخر بطلب إنهاء الإجراءات فإذا استجاب رئيس المحكمة

1- H D % +,- " - B- ! 87 .

2- H D % +,- " - B- ! 116 - 117 .

لطلب مد الميعاد وأصدر أمر بذلك هل يجوز للطرف الآخر تجاهل هذا الأمر ورفع دعواه أمام القضاء المختص؟.

ذهب البعض أن حق أي من الطرفين في اللجوء إلى القضاء مقصور على حالة صدور أمر بإنهاء لإجراءات في حين ذهب البعض الآخر إلى أن اللجوء إلى القضاء جائز في الحالتين ومن ثم يمكن تجاهل أمر رئيس المحكمة بتحديد ميعاد إضافي واللجوء مباشرة إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع<sup>1</sup>، أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذه المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما لم يحدد القانون أيضا حسب نص المادة 1018 حد أقصى لتمديد الميعاد

وفي التحكيم الدولي فقد أجاز المشرع الجزائري استئناف قرار إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم

تحكيمي دولي في نص المادة 1/1056 التي تنص: { إذا فصلت محكمة التحكيم ... بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية }.

والاتفاقية التحكيمية الدولية تنص على مهلة للتحكيم أو تحيل على نظام تحكيمي أو على نظام

مركز تحكيمي يحدد المهل وبالتالي إذا انقضت المهلة المحددة من سلطان الإرادة في التحكيم الدولي فإن

الأمر بإعطاء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي الصادر عن هذا التحكيم، يكون معرضا للفسخ، أما إذا

لم يحدد سلطان الإرادة مهلة أو أحال لنظام تحكيمي كنظام تحكيم اليونسترال، الذي لا يحدد مهلة فلا

تكون المهلة منقضية لأنه ليست هناك مهلة أصلا وبالتالي فإن التحكيم الدولي الذي لم تحدد اتفاقيته

التحكيمية الدولية مهلة للتحكيم لا تكون صيغة التنفيذ المعطاة له قابلة للفسخ أو الإلغاء لانقضاء المهلة

لأنه ليست هناك مهلة لهكذا تحكيم<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية

1- A " - " 1/ : 1 & = ( : 18 8 2007 ! 157  
 . = :  
 2- B- H D ! 117 - 118 .

ومن المسائل القانونية التي تتدخل فيها المحكمة الإجراءات الوقتية والتحفظية وإذا كان الأصل هو اختصاص القضاء بهذه المسائل، إلا أن القانون الجزائري أعطى هذه الصلاحية لهيئة التحكيم أيضا على ما سوف نراه لاحقا، والإجراءات الوقتية والتحفظية هي نوع من القضاء المستعجل والقضاء المستعجل قضاء مؤقت لا يمس أصل الحق وإنما يرمي إلى تدارك خطر محقق به بأحكام عاجلة تصدرها المحكمة بعد إجراءات مختصرة وفي مواعيد قصيرة.

ويتصف القضاء المستعجل بأنه عمل قضائي وله وظيفة مساعدة لأنه يرمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية سواء كانت مرفوعة أم يحتمل رفعها.<sup>1</sup>

وتثير السلطة الولائية للمحكم مسائل عدة منها مدى سلطته في إصدار قرارات تحفظية أو وقتية، ومدى سلطته في إصدار أوامر ولائية من حيث الشكل والمضمون (الأوامر على العرائض) أو من حيث الشكل (كأوامر الأداء وأوامر التقدير).

### أولا: مفهوم السلطة الولائية

المقصود بالسلطة الولائية وفقا للفقهاء التقليديين: { سلطة إصدار الأوامر على العرائض، أو سلطة اتخاذ القرار في غيبة الخصومة أو الخصوم ومباشرة النشاط دون وجود منازعة بين خصمين، فهو قرار يصدر من القاضي بناء على عريضة يقدمها الطالب دون مواجهة الطرف الآخر ويصدر من القاضي ليس باعتباره قاضيا بل باعتباره حاكما فهو قديما نشاط إداري تقوم به المحاكم لأسباب تاريخية وعملية وإن ذهب الفقهاء والقضاء الحديث إلى اعتباره عملا قضائيا }.

والسلطة الولائية وفقا للفقهاء الحديث هي السلطة التي تواجه القصور القانوني في إرادة الأفراد عن رعاية مصالحهم القانونية، وذلك بنص القانون إما لأسباب تتعلق بالإرادة ذاتها- كما في حالة عدم الأهلية

1- \* / & 1 \* - " 1\* 88 B , % 1 1: 2008 1 .115 !

أو نقصانها، وإما تتعلق بأهمية المصلحة بالنسبة للغير أو المجتمع فيتطلب القانون تدخل القاضي فيها لمراقبة هذه الإرادة أو تكملتها لتحقيق الرعاية المنشودة، ومن ثم يكون دور القاضي فيها منشأ وليس كاشفاً، حيث يسهم مع الأفراد أو يحل محلهم في هذا الإنشاء، ونكون في هذه الحالة إزاء مركز ولائي أي مركز أو حق مراقب وهو المركز أو الحق الذي يتطلب إنشاؤه أو ممارسته تدخلاً إلزامياً للقضاء.

### ثانياً: المقصود بالإجراءات التحفظية والوقائية

اختلف الفقهاء حول المقصود بالإجراءات التحفظية والوقائية، فبعضهم قسمها على أساس الغرض منها إلى إجراءات التحقيق، وهي إجراءات تهدف إلى حفظ الأدلة 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 قسمها بعضهم الآخر بحسب مفهومها إلى اتجاه موسع، حيث يعد إجراء وقتياً كل إجراء يهدف إلى تأمين السير الطبيعي لإجراءات الخصومة أو إلى اتجاه ضيق، وهي الإجراءات التي تسبق تنفيذ الحكم، ويكون الغرض منها ضمان تنفيذ الحكم، وبعضهم الثالث يذكر أمثلة منها فقط.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تدخل القضاء في الإجراءات التحفظية والوقائية بالنسبة للتحكيم الوطني أو الداخلي فقد تعرض لها فقط بالنسبة للتحكيم الدولي.

ومن مجمل النصوص الواردة في التشريع الجزائري فإننا سوف نقوم بتناول مسألتين:

#### 1- سلطة القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية قبل بدء النزاع:

لقد كانت هذه المسألة مثار اهتمام في الفقه الفرنسي وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

1- " \$ % & % & \* D 1 D \$9 \* 1 -1  
& \$ % ' : - 1: . 25 1 : 8 0 2001 ! -79 .83



أ-الاتجاه الأول: وهو الذي يرجح تمتع القضاء الوطني بشكل قاصر عليه بنظر الإجراءات الوقتية والتحفطية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم<sup>1</sup>، وذلك لاعتبارات عملية منها:

➤ وجود ضمانات خاصة في القضاة لدرابتهم ومعرفةهم بالقانون والخبرة في تطبيقه.

➤ كما أن استبعاد قضاء الدولة لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الولائي أو الوقتي.

➤ أيضا لا يملك المحكم سلطة الإجبار بوصفه قاضيا خاصا لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير.

➤ وأن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب.

➤ كما أن نظام التحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة في حين أن اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية يستوجب إضافة إلى السرعة عنصر المفاجأة، فاحترام مبدأ المواجهة فيها يضيع الغرض من هذا الإجراء ويعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه.

➤ كما أن المحكم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء أكانت موضوعية أم وقتية مما سيضطر الخصوم إلى اللجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام فيكون من الأفضل اللجوء للقضاء من البداية<sup>2</sup>.

-1 \* 1 B- ! 118 .  
-2 B- ! 97 - 98 .

➤ كما أن الأساس الاتفاقي العقدي للتحكيم الذي له أثر نسبي، ولا ينال من المسائل التي لها اتصال بالنظام العام مثل الإجراءات الوقتية والتحفظية.

➤ كما أن الحاجة لاتخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التحكيم وقبل انعقاد ولايتها على النزاع.

وهكذا يظهر من خلال هذا الاتجاه أن الطابع الخاص للتحكيم يعد على حد تعبير الأستاذ إيريك لوكان: { بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية } ويحد من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلل من فاعلية التحكيم، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتماد المحكم نفسه على عدالة الدولة في هذه المسائل.<sup>1</sup>

ب- الاتجاه الثاني: فهو يذهب إلى عكس ما يذهب إليه الاتجاه الأول ويرى أن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها ويستند هذا المذهب إلى إرادة الأطراف ذاتها على أساس وجود شخص (المحكم) يتولى الفصل في ذلك بعد تشكيل الهيئة، ومن ثم فلا حاجة للجوء إلى القاضي وأن هذه الهيئة هي الأقدر من غيرها على تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى تستطيع اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تمس هذا الموضوع، بالإضافة إلى ما يحققه ذلك من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذ من إجراءات وقتية أو تحفظية وتوحيد جهة الفصل في النزاع وأن فلسفة نظام التحكيم تسمح بهذا الحل، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم بإرادتهم وارتضوا به بديلا عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية أو تحفظية.<sup>2</sup>

1 - =, 9 B- ! 510 - 511.

2 - B- ! 99 - 100.

أيضا كون أن هذا الاتجاه يستند إلى حرية الإرادة التحكيمية للأطراف فيجري المفعول السالب لاتفاقية التحكيم على المسائل الوقتية والتحفظية ويجعله اختصاصا اقصائيا إذا نص الأطراف صراحة في اتفاقية التحكيم على استبعاد قضاء الدولة، بل إنه يرى استبعاد اختصاص هذا الأخير حتى إذا كان هناك إقصاء ضمني، وأما افتقار المحكم لسلطة الجبر، فإنه يمكن تجاوزه بأن تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقتي أو التحفظي الذي أذنت به عند إصدارها الحكم النهائي في الأصل، كما أنها يمكن أن تتخذ في صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضائها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية.

لكن ظهر موقف جديد يرجح إلى ثبوت حقيقة مفادها أن اتفاق التحكيم لئن يؤدي إلى اعتبار القضاء الوطني غير مختص بالفصل في موضوع النزاع محل الاتفاق، لكنه لا ينال من الاختصاص الثابت لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات التي حتى مع افتراض تشكيل هيئة التحكيم فإن هذه الأخيرة تظل عاجزة عن اتخاذها، فيكون من غير المعقول الاعتراف للمحكم بولاية عامة في اتخاذ تلك الإجراءات والادعاء بإقصاء قضاء الدولة في شأنها و الحال انه عاجز عن اتخاذها او عن نفاذها، فمن الثابت أن بعض الإجراءات ولا يمكن لغير قضاء الدولة اتخاذها، إما لأنها تتجاوز مناط التحكيم من حيث الأطراف كالتي تهم الغير مثلا، أو لأنها تعبر عن سلطة الجبر التي تختص بها الدولة.

ولعل هذه الحقيقة هي التي كانت وراء ظهور الاتجاه الثالث التوفيقى الذي يرى أن الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية لا يمكن أن يكون إقصائيا في أي من الاتجاهين السابقين، وإنما هو يبقى مفتوحا عليهما معا.

**ج- الاتجاه الثالث:** الاختصاص المشترك باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية ينطلق أصحاب هذا المذهب من معاينة الواقع القانوني الوضعي الذي يوزع الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين

القضائين التحكيمي والعمومي، للقول بأن العلاقة بينهما هي علاقة اشتراك لا إقصاء ويعتبرون على ذلك بمبدأ الاختصاص التزاحمي أو المشترك لكن هذا المبدأ ترد عليه قيود تقصي أحد القضائين في بعض الحالات المخصصة لذلك نبدأ ببسط المبدأ، ثم نتناول القيود الواردة عليه:

### ☆ مضمون المبدأ:

يظهر من المصادر المختلفة لقانون التحكيم سواء كانت نصوصاً تشريعية أو معاهدات دولية أو لوائح تحكيم، أو فقه قضاء تحكيمي، أن هناك تزامناً في الاختصاص في شأن اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم.

فإذا كانت بعض التشريعات الوطنية قد اختصت قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فإن التشريعات الحديثة متأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أقر اختصاص المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، اتخذت موقفاً مغايراً يقر الاختصاص المشترك للجهتين.

أما فقه القضاء التحكيمي فهو بمختلف أنواعه يعترف للمحكمين بسلطة اتخاذ القرارات الوقتية والتحفظية، ويحق إدراجها ضمن قرار وقتي تحضيري أو تمهيدي، محاولاً بذلك تجاوز عائق غياب سلطة الجبر التنفيذي لدى المحكم.

ويجمع الفقه الحديث على أن مبدأ الاشتراك في الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضائين يتضمن عناصر ثلاثة تعد قوام المبدأ أو مؤداه المنطقي ومضمونه الحقيقي ألا وهي:

➤ إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاقية تحكيم على

أساس ما له من ولاية عمومية وسلطان سيادي.

➤ إن إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع.

➤ إن إقرار اختصاص قضاء الدولة على ذلك الأساس لا يعني إقصاء اختصاص القضاء التحكيمي باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية.

لكن هذه الثلاثية لئن عبرت عن مبدأ الاشتراك إلا أنها لا تحسم إشكالية تنازعه أو خطر توارده بين القضائين في نفس الحالة أحيانا فلا بد من رسم حدود له.

لقد قام جدل فقهي حول الوسائل والإجراءات التي يجوز للمحكم اتخاذها وحول أساس اختصاصه بها، ومدى فاعلية قراراته وهو الفاقد للسلطان في مواجهة قضاء الدولة صاحب الولاية العامة والتأهيل العمومي والحامل لعباءة السيادة الوطنية الضامنة للنفذ الجبري، وإزاء مسائل تتصل عادة بالنظام العام وتدخل في جانب أساسي منها ضمن الاختصاص الاقصائي للقضاء الوطني.

فلا يكفي إذا الإقرار بالاشتراك في الاختصاص بالمسائل الوقتية والتحفظية لحل إشكالية تنازعه، ورفع الجدل حوله بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي، فهذا المبدأ ليس مطلقا وإنما ترد عليه استثناءات تتمثل في قيود على اختصاص كل من القضائين في بعض المسائل يكون مرجعها إما الإرادة، وإما طبيعة الاختصاص.

#### ✧ القيود المتصلة بالإرادة التعاقدية " قصور الإرادة " :

يستند الفقه القائل بمبدأ الاختصاص المشترك في إقرار صلاحية المحكم للتصدي للمسائل الوقتية والتحفظية إلى حرية الإرادة العقدية في الخروج عن قضاء الدولة واللجوء إلى التحكيم، وفي تحديد نطاق التحكيم وضبط إجراءاته، ويكون لهذه الإرادة تبعاً لذلك إزاء مسألة الإجراءات الوقتية والتحفظية أهلية

إخراجها عن ولاية قضاء الدولة وسلب الاختصاص بنظرها منه، أو إخراجها عن ولاية المحكم وقصر نظرها على قضاء الدولة.

أما من جهة صيغة هذا التوزيع التعاقدى الإرادي فان هذا الفقه لا يشترط التخصيص الصريح، وإنما يكفي بالإشارة إلى نظام تحكيم يقر اختصاص المحكمة التحكيمية أو أية جهة تحكيم باتخاذ الوسائل والإجراءات الوقتية والتحفظية.

لكن الفقه القائل بالاشتراك وبحرية الأطراف في التنازل عن قضاء الدولة المستعجل يترك لهذا الأخير سلطة تقدير إن كان بحث الأطراف عن السرعة عبر إلحاق الاختصاص بالمسائل المستعجلة بالتحكيم، كاف وحده لإزالة حالة الاستعجال وبالتالي لحجب الاختصاص عن قضاء الدولة.

فإرادة الأطراف حتى مع التسليم بإطلاق سلطانها في توزيع الاختصاص تبقى محدودة بالمعيار الموضوعي الذي يمثل القاسم المشترك في المسائل المستعجلة وهو عارض خطر التأخير أي حالة الاستعجال نفسها<sup>1</sup> وبمدى قدرة القضاء التحكيمي على تحقيق غاية القضاء الاستعجالي وهي إزالة ذلك الخطر، أي بمدى الفاعلية الذاتية الاستعجالية للتحكيم وهي الفاعلية التي ثبت محدوديتها حتى مع قيام نظام الاستعجال التحكيمي الذي لم يغني عن قضاء الدولة ما أدى إلى تخويل المحكم نفسه حق طلب إسعاف القضاء الاستعجالي الرسمي.

كما أن الإرادة تبقى محدودة بحدودها كإرادة تحكيمية، من حيث قدرتها على إنشاء قضاء تحكيمي استعجالي، أي بمدى تحكيمية المسائل أو الإجراءات أو الوسائل التي تستند الاختصاص بها للمحكم.

لذلك يجمع الفقه على اعتماد مقياس ثان لسلمة الإرادة في توزيع الاختصاص التحكيمي عموماً والاستعجالي خصوصاً وهو معيار التحكيمية أي مدى اتصال المسائل موضوع بنود الاختصاص

الاستعجالي بالنظام العام، ومدى قابليتها للتصرف، بحسب طبيعتها أو بحسب مدى اتصالها بسيادة الدولة، وهو ما يؤثر على طبيعة الاختصاص نفسه.

### ✧ القيود المتصلة بطبيعة الإجراءات " التحكيمية " :

ليس للقضاء حدود من حيث مناطه أو مداه الموضوعي فلا تقيده إلا شروطه القانونية الفنية غير الدقيقة والمرنة، وقوامها التأكد أو الاستعجال وعدم المساس بالأصل.

يرى البعض أن مبدأ الاختصاص المشترك هو مبدأ تقريري، أي يكتفي بتقرير الوضع الغالب في القوانين الوضعية دون أن يعطي تفسيراً لأساس ذلك الاشتراك، أو لحدوده، وأن فيه مبالغة في دور الإرادة التحكيمية، ويبدو أن الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها، مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، مبعثه الفاعلية والنفوذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء.<sup>1</sup>

2- سلطة القضاء الوطني وهيئة التحكيم باتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية بعد نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم:

نصت المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يرق الطرف المعني بتنفيذ هذا التدابير إرادياً، 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 { .

وإذا كان المشرع في النصوص السابقة لم يحدد المقصود بالإجراءات المؤقتة أو التحفظية إلا أنه مما لا شك فيه أنه يندرج في إطار هذه الإجراءات كل ما يستهدف المحافظة على حقوق الخصوم محل اتفاق التحكيم وعدم تعرضها للخطر.

ووفقا لنص المادة السابقة فإن الاختصاص بإصدار الأوامر المؤقتة أو التحفظية قد يكون مجالا مشتركا بين القضاء والتحكيم - في حالة عدم وجود إنفاق بين الأطراف - وقد يحدث تعارض بين ما يصدر عن هيئة التحكيم وما يصدر عن قضاء الدولة بشأن التدابير المؤقتة أو التحفظية، وربما يخفف من هذا التعارض أمران الأول هو وجود إنفاق على هذه الأمور يجعل هذا الاختصاص لهيئة التحكيم ومن ثم يكون اللجوء للقضاء في هذه الحالة غير مجد لأن الخصم الآخر يمكنه الدفع بعدم اختصاص القضاء بنظر هذه المسألة، والثاني أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم فإن الخصم قد يفضل اللجوء للقضاء لا هيئة التحكيم لأن الأمر الصادر عن القضاء أقوى من حيث تنفيذه من الأمر الصادر من هيئة التحكيم.

ويرى البعض حسما لتنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء ولجوء الطرف الآخر إلى هيئة التحكيم أنه يتعين على الجهة التي رفع إليها النزاع لاحقا أن توقف سير الخصومة لحين الفصل فيها من الجهة التي رفع إليها أولا، ومع مراعاة اختصاص القضاء باتخاذ الإجراءات التي تتعلق بالنظام العام حتى على الرغم من وجود اتفاق على منح هذه السلطة لهيئة التحكيم.



وما يهمننا 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 النزاع إليها لاتخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي، وأما الاختصاص الثاني ويمارس في حالة امتناع من صدر الأمر إليه من هيئة التحكيم بعمل إجراء أو تدبير معين مؤقت أو تحفظي وامتنع عن تنفيذه إراديا إذ يجوز لمن صدر الأمر لمصلحته اللجوء للمحكمة المختصة.<sup>1</sup>

### ثالثا: دور القضاء في استدعاء الشهود والبحث عن الأدلة

تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائية على أنه: { يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم }.

ويستفاد من النص أن المشرع الجزائري أجاز لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها ملائمة ويرى الفقه الغالب أن قواعد الإثبات تعد قواعد إجرائية تتعلق بالخصومة، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن قواعد الإثبات بعضها موضوعية وهي تلك التي تحدد طرق الإثبات وقيمة كل طريقة ومحل الإثبات ومن يقع عليه عبء الإثبات وبعضها الآخر إجرائي يبين الإجراءات التي يجب إتباعها عند سلوك سبل الإثبات المختلفة أمام القضاء.

1 - \$ " 8 \* & 2 1 \$ A ! < / 2 " 7 & 1 - 1 - 13 : 2001 ( = & 1 : & . 1 : 1: - = \$ -1 & 0 . 1 : . : - 68 - 65 !

ونظرا إلى أن هيئة التحكيم لا تتمتع بسلطة الإجبار والإلزام التي يتمتع بها القضاء فقد أجاز القانون لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء لاتخاذ إجراءات الإثبات المناسبة.

وإذا كان القانون الجزائري قد منح هيئة التحكيم سلطات واسعة في مجال مسائل الإثبات عملا بالمادة 1043 إلا أنه في مسألة الطعن بالتزوير فقد جعل هذه المسألة من اختصاص القضاء عملا بالمادة 1021/2 والتي تنص على أنه: { إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة... }.

ولهيئة التحكيم أن تستمتع إلى الشهود للوصول إلى عين الحقيقة في موضوع النزاع ونظرا إلى عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الإلزام حتى يمكن لها الحصول على دليل الإثبات المستقى من الشهادة فإنه يجوز لها اللجوء إلى القضاء ليلزم الشهود بالحضور حتى يتسنى لهيئة التحكيم سماع أقوالهم.<sup>1</sup>

تنص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة } ومعناه أن محكمة التحكيم كأصل هي المختصة بالبحث عن الأدلة ويمكن لها حسب نص المادة 1048 من نفس القانون التي تنص أنه: { 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 يهمة التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي }.

ومن المادة نجد أن إمكانية تدخل القضاء بالمساعدة في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو

تثبيت الإجراءات واردة وهذا إما:

◆ بطلب من هيئة التحكيم.

◆ طلب يقدم من الأطراف بالاتفاق مع هيئة التحكيم.

◆ طلب يقدم من الطرف المستعجل ولكن شرط أن ترخص له هيئة التحكيم.

## المبحث الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية

نقصد بحكم التحكيم ذلك القرار الذي يصدر عن الهيئة التحكيمية في نزاع موضوعه عقد إداري سواء داخلي أو دولي ، وقد أتاحت تشريعات التحكيم لقضاء الدولة المختص بذلك مجالاً لبيسط رقابته على حكم التحكيم، فقد أجاز الطعن في هذا الحكم، إلا أن نظام الطعن في أحكام التحكيم لم يستقر على أسس واضحة في تشريع الجزائري، لذلك سنحاول جمع هذه النصوص، وحكم التحكيم كأصل عام يحوز حجية الشيء المقضي به وينفذه الأطراف حال صدوره اختياريًا، أما إذا رفض المحكوم ضده التنفيذ فيشترط تدخل القضاء لذلك .

ومما سبق يتعين علينا تناول هذا المبحث من خلال مطلبين هما :

**المطلب الأول:** الطعن بالبطلان كأداة للرقابة القضائية.

**المطلب الثاني:** الرقابة القضائية عند إصدار الأمر بالتنفيذ.

### المطلب الأول: الطعن بالبطلان كأداة للرقابة القضائية

يجب أن يصدر حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاليا من العيوب وان يراعي المحكم عند إصداره الشروط التي يتطلبها القانون ،حتى لا يكون حكمه عرضة للبطلان بالطرق المقررة قانونا من قبل المحكمة المختصة بذلك، وعلى هذا الأساس تطرقت لحدود رقابة قضاء الدولة على حكم التحكيم المطعون به بالبطلان في فرع أول ثم في فرع ثاني طرق الطعن المقررة لاحكام التحكيم.

#### الفرع الأول: حدود رقابة قضاء الدولة على حكم التحكيم المطعون به بالبطلان

أولاً: نطاق البطلان

##### 1- من خلال تحديد حكم التحكيم الخاضع للبطلان:

تختلف الأنظمة القانونية المعاصرة بشأن تحديد حكم التحكيم الخاضع للبطلان، ويمكن التفرقة في

هذا الصدد بين اتجاهين:

##### أ- الاتجاه الأول "الواسع":

ووفقا له يخضع أي حكم تحكيمي للبطلان وذلك بغض النظر عن مكان صدوره سواء كان صدر في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها الطعن بالبطلان أو كان قد صدر في الخارج بالتطبيق لقانونها، بينما تذهب أنظمة قانونية أخرى تدرج أيضا في إطار هذا الاتجاه الموسع للقضاء ببطلان حكم التحكيم إلى عدم

الاختصاص بنظر دعاوى البطلان إلا تلك المقامة ضد أحكام تحكيم صدرت في إقليم الدولة التي التمس من قضائها الحكم بالبطلان.

### ب- الاتجاه الثاني "الضييق":

هناك أنظمة قانونية تضيق من نطاق اختصاص القضاء الوطني بالبطلان وتجعله لا يختص إلا بحالات معينة تمس النظام الوطني وبالتالي لا يختص هذا القضاء بنظر دعاوى البطلان الأخرى حتى لو كانت أحكام التحكيم قد صدرت على إقليم هذه الدولة.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الرجوع على حكم التحكيم في دولة مقر التحكيم على الرغم من أنها لا توجد بين الأطراف فيها وهذه الدولة أية صلة يشكل العبء الكبرى ضد تطور التحكيم الدولي، وتزداد هذه الخطورة بالنظر إلى معاهدة نيويورك الموقعة عام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إذ نجعل من بين الأسباب التي تنص عليها من أجل رفض تنفيذ حكم التحكيم، أن يكون حكم التحكيم قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها، وبالتالي فإنها تعترف بقيمة دولية للاختلافات القائمة في الأنظمة الوطنية، إذ أنه من الممكن أن حكم التحكيم الصحيح في دولة كل من طرفيه، لا يمكن تنفيذها بالتطبيق لأعمال معاهدة نيويورك، لمجرد أنه تم إبطاله في دولة مقر التحكيم وهو أمر خطير للغاية.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن اختيار دولة ما كمقر للتحكيم مبعثه ما يتمتع به قضاء هذه الدولة من حياد كما هو شائع عن سويسرا لكن أيضا بسبب وسائل الاتصال الجيدة، وبالتالي فإنه يكون من المؤسف أن يكون هذا الاختيار للأسباب المتقدمة لدولة مقر التحكيم سببا في إمكانية الطعن على الحكم بالبطلان من عدمه، ولذلك فإنه من الأفضل من وجهة نظرهم، أن تتركز جميع وسائل الرقابة على حكم التحكيم في الدولة المطلوب تنفيذه فيها، وبناء على ذلك فإنه لا مانع من السماح للأطراف بأن تتنازل عن طريق الرجوع ومن بينها طريق الطعن بالبطلان في دولة مقر التحكيم<sup>1</sup>.

## ج- موقف المشرع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري لنطاق البطلان من خلال تحديد حكم التحكيم الخاضع للبطلان بالنسبة للتحكيم الداخلي أما بالنسبة للتحكيم الدولي فجاء في نص المادة 1/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: { يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 }. فنجد أن هناك نتيجتين الأولى إيجابية والأخرى سلبية تترتب على هذه الصياغة، والنتيجة الأولى الإيجابية تفيد أن مجرد صدور حكم التحكيم في الجزائر يكفي في حد ذاته لانعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر دعوى الطعن بالبطلان المرفوعة ضد هذا الحكم، وذلك حتى إذا كان الحكم قد صدر في منازعة دولية لا تتصل بالنظام القانوني الجزائري بأي عامل من العوامل اللهم إلا مجرد وجود مقر التحكيم في فرنسا.

ويتحقق في هذا الإجراء مجموعة من المزايا بعضها نابع من هذا الضابط في حد ذاته، وبعضها مرجعه عدم ملائمة الضوابط الأخرى كأساس لتقرير اختصاص القضاء الوطني والفصل في دعاوى بطلان أحكام التحكيم لاسيما لما يترتب عليها من آثار سلبية.

إذا ينطلق هذا الرأي من مبدأ توزيع الاختصاص بين الدول المختلفة المعنية بالحكم التحكيمي وهو مبدأ متبع في الأنظمة القانونية للعديد من الدول، بل ويسيطر على المعاهدات الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم. ووفقا له تختص دولة مقر التحكيم اختصاصا قاصرا عليها بنظر دعاوى البطلان المقامة ضد الحكم التحكيمي، وبالتالي لا تملك الدول الأخرى المطلوب تنفيذ الحكم التحكيمي فيها أو الاعتراف به على إقليمها إلا قبول أو رفض ترتيب هذا الحكم لآثاره في نظامها القانوني.

كما أن هذا الإجراء يتحاشى ظاهرة أحكام التحكيم غير المتصلة بأي نظام قانوني والتي يمكن أن تكون معيبة بعيب جسيم وقد لا توجد أية دولة مختصة بتوقيع الجزاء المترتب على ما لحق بها من عيب. والمعيار الذي تبنته المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعطي أهمية قصوى للمكان الذي تم إصدار حكم التحكيم فيه.

ومع ذلك فإن الطابع البسيط والواضح الذي يميز هذا المعيار لا يعني أن المشاكل التي قد تصادف تحديده في ظروف معينة قد تم إنجازها.

فعلى سبيل المثال عندما تحدد الأطراف أو مؤسسة تحكيمية نزولا على إرادة الأطراف مقر التحكيم في مكان فإنه قد يحدث لأي سبب يتعلق بالسهولة، أن يتم انعقاد بعض جلسات التحكيم في مكان آخر.

فإذا حدث لاعتبارات مشابهة أن الحكم التحكيمي تم التوقيع عليه في مكان آخر غير ذلك المختار كمقر التحكيم من قبل الأطراف أو لهيئة التحكيم أو المحكمين أنفسهم، فإن تحديد المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وفقا لنص المادة 1058 يمكن أن يثير بعض المشاكل. فمثلا إذا تم توقيع الحكم التحكيمي في الجزائر بينما كان مقر التحكيم قد تم تحديده في دولة أخرى، فإنه يمكن لأحد الأطراف أن يتمسك بأن الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر ويستند على ذلك من أجل الدفاع عن اختصاص المحاكم الجزائرية بنظر دعوى البطلان ضد هذا الحكم والتفرقة بين الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في المجال الدولي والأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، أراد المشرع من خلالها عدم اتخاذ معيار عرضي يتوقف على الاختيار الذي يقوم به المحكمون لأسباب تتعلق بالسهولة وقت التوقيع على الحكم التحكيمي، فاختيار القانون الجزائري لدولة مقر التحكيم كأساس لثبوت الاختصاص للقاضي الجزائري بنظر دعوى البطلان المقامة ضد الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر وعدم اختصاصه بدعوى البطلان الخاصة بالحكم التحكيمي الصادر في الخارج يستند أساسا على الاعتراف بحرية الأطراف في الاختيار سواء

بطريق مباشر أو من خلال تفويض هذه السلطة في الاختيار إلى منظمة تحكيمية أو المحكمين أنفسهم للمكان الذي تجري فيه إجراءات التحكيم وبالتالي اختيار الوسط القانوني للتحكيم والذي يختلف من دولة إلى أخرى ولاسيما فيما يتعلق بطرق الطعن<sup>1</sup>.

### 2- نطاق البطلان لجهة نوعية التحكيم:

التحكيم قد يكون داخليا، وقد يكون دوليا، وفي الحالتين يكون تحكيميا مطلقا أو تحكيميا عاديا منظما أو خاصا.

في التحكيم الداخلي بنوعيه المطلق والعادي، المنظم والخاص، أن الطعن بالبطلان هو دائما ممكن وأن أي تنازل مسبق عن البطلان لا أثر له بل على العكس قد لا يقبل الاستئناف إلا إذا احتفظ به الخصوم في المنازعة التحكيمية صراحة في اتفاقية التحكيم<sup>2</sup>.

في التحكيم الدولي فقط يخضع إلى الطعن بالبطلان القرار التحكيمي الصادر في الجزائر ولو لم يكن هناك أي نقطة اتصال مع النظام القانوني الجزائري سوى صدور القرار التحكيمي في الجزائر<sup>3</sup>.

### 3- نطاق البطلان لجهة نوعية القرار التحكيمي:

لم يحدد المشرع الجزائري مباشرة أنواع القرارات التحكيمية التي يعود للمحكم إصدارها واكتفى المشرع بتحديد القواعد والإجراءات التي يخضع لها التحكيم ولكن دون أية إشارة إلى نوعية القرارات التحكيمية التي يمكن للمحكم إصدارها فقط المواد: 1020-1048-1047-1046 التي أشارت إلى حق المحكم بالتحقيق وجمع الأدلة وهو ما يعطيه حق تعيين خبير لهذه الغاية وحق المحكم إلزام أحد الخصوم بإبراز دليل وجده في حيازته وهو ما يعطي المحكم حق إصدار قرارات تمهيدية تتناول أحد تدابير التحقيق

1 - : 1 , - \* 1 : 1 " - B- 327 ! . = :  
 2 - ! ( 1033 % & % :09-08 S \* L B \* > + \* ; - \* T %  
 3 - ' + / & # " \$ \* ( + \$ \$ A 6 ; , D % > + L \* > 1  
 .  
 ( 1058 .



أو الإثبات، وقد يكون القرار الذي يصدر لهذه الجهة قرارا مختلفا عندما يفصل في نقطة من نقاط النزاع ويأمر في الوقت عينه بأحد تدابير التحقيق والإثبات.

وفي هذا النوع من القرارات لا ترتفع يد المحكم عن القضية إلا في حدود ما فصل فيه بصورة نهائية من نقاط ومسائل متنازع عليها.

والقرار التمهيدي هو الذي يصدر قبل الفصل في أصل النزاع متناولا أحد تدابير التحقيق أو الإثبات، ولا تكون لهذا القرار حجية القضية المحكوم بها بالنسبة لأصل النزاع، ولكن يتعين على المحكمة التقيد به ما لم تطرأ واقعة جديدة أو غير معلومة أو تكتشف المحكمة أمورا يتحتم معها تعديله أو الرجوع عنه، ويبقى أخيرا أن من حق المحكم اتخاذ قرارات مؤقتة باتخاذ إجراء احتياطي أو عاجل تستدعيه ظروف القضية<sup>1</sup>.

ثانيا: المحكمة المختصة بنظر بطلان حكم التحكيم

1- أساس الرقابة القضائية في دعوى البطلان:

حددت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup> حالات رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي، تاركة للقضاء تقرير توافر شروط انطباقها من عدمه، والتثبت من صحة الحكم على نحو يرفعه إلى مصاف الأحكام القضائية، وبالتالي عليه أن يراعي في الوقت ذاته استبعاد الأحكام التحكيمية التي تفتقد المقومات الأساسية الواجب توافرها في الأحكام القضائية.

يجب أن يلتزم القضاء بجميع هذه الأسس التي تحدد النطاق القانوني للرقابة التي يمارسونها على أحكام التحكيم بمناسبة نظر دعوى البطلان، وعليهم التمسك بدورهم الرقابي من خلال رفض أو تقرير بطلان الحكم التحكيمي، هذا الدور الرقابي تتحدد معالمه في ضوء النصوص القانونية التي تمنح القضاء

1 - : - 2 ( 9 % J B- V ! 194 = : .  
2 - : - 2 ( 9 % J B- V ! 194 = : . A 1 % : . L 9

الوطني الأساس القانوني الذي يبرر له فرض هذه الرقابة في الحدود التي تكفل التحقق من صحة الحكم الصادر ورسم سياسة واضحة تحدد كيان وجوهر الخصومة التحكيمية.

## 2- سلطات المحكمة التي تنظر دعوى البطلان:

إذا رفعت دعوى بطلان الحكم التحكيمي أمام المحكمة المختصة وقضت المحكمة في هذه الدعوى، وجب التمييز بين فرضيتين:

### ❖ الفرضية الأولى:

في حالة صدور الحكم برفض دعوى بطلان الحكم التحكيمي فإن ذلك يعتبر بمثابة الحكم بالاستمرار في تنفيذ الحكم التحكيمي وفي هذه الحالة لا يثور أي إشكال قانوني بخصوص الإجراءات، فالمحكوم لصالحه يستمر في إجراءات التنفيذ، بينما المحكوم ضده يحق له أن يسلك طريق الطعن بالنقض في القرار الصادر من المجلس برفضه طلبه بإلغاء القرار التحكيمي إطلاقاً، تأسيساً على أحكام المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

### ❖ الفرضية الثانية:

في حالة صدور الحكم ببطلان الحكم التحكيمي، في هذه الحالة يثور التساؤل التالي: هل يجوز للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان أن تتعرض لموضوع النزاع الأصلي على أساس توفير الوقت والجهد والنفقات؟ أم ليس لها ذلك على أساس احترام إرادة الأطراف المتمثلة في عرض النزاع على محكمين بعيداً عن قضاء الدولة؟

وترفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي أمام المحكمة المختصة بصفة أصلية مبتدأة، فهي ليست طعناً بالاستئناف، وعليه فإن مهمتها تقتصر على فحص أسباب البطلان المسندة إلى الحكم المدعى ببطلانه، وبحث ما إذا كانت تلك الأسباب مؤدية إلى بطلان الحكم، فتقضي في الحالة الأولى بالبطلان وترفضه في الثانية وعليه تنتهي مهمة المحكمة بالحكم بالبطلان دون التعرض لموضوع النزاع، فلا يكون أمام المتمسك بالبطلان إلا أن يرفع دعواه الموضوعية أمام القضاء بالإجراءات المعتادة وفقاً للقواعد

1- ( ! 1061 ) \$ :6 % & . \$ ( & 1055 1056 1058 ) E 1 % : UW&

العامة، وقيل في تأييد هذا الاتجاه أن إعطاء المحكمة سلطة التصدي للفصل في موضوع النزاع يمثل مصادرة لحرية الأطراف، الذين قد يفضلون العودة من جديد للتحكيم أو رفع الدعوى أمام القضاء الوطني، ولكن أمام محكمة أول درجة حتى يمكنهم الطعن بالاستئناف فيما بعد أعمالاً لمبدأ التقاضي على درجتين وهو تحليل منطقي يتماشى والتوجه التشريعي الذي منح الأطراف قدر كبير من الحرية في اختيار التحكيم كقضاء بديل عن القضاء العادي في الدولة<sup>1</sup>.

### ثالثاً: حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

يقتصر دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان على الرقابة القانونية لضمان التأكد من مدى صحة شرعية أو عدم شرعية حكم التحكيم، ومدى صدوره وفقاً للقواعد القانونية التي نص عليها القانون، ومن ثم تقرير بطلانه من عدمه.

لا تعتبر دعوى بطلان حكم التحكيم دعوى استثنائية، بل تعتبر طريق استثنائي غير مألوف في عداد طرق الطعن في الأحكام له أسبابه المحددة حصراً في القانون<sup>2</sup>.

ويتم تنظيم إجراءات طلب بطلان حكم التحكيم وفقاً للتشريع العام في إجراءات الدعوى الإدارية، وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لا تنظرها باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، حيث أن دعوى البطلان ترفع ابتداءً بصورة أصلية باعتبارها قضية جديدة غير التي فصل فيها حكم التحكيم محل دعوى البطلان، إذ تقوم هذه المحكمة إما برفض دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم، وإما بقبولها وإبطال هذا الحكم.

فإذا قبلت المحكمة المختصة دعوى البطلان إذا توافرت أسبابها فإن دورها يقتصر فقط على مجرد إبطال حكم التحكيم، فلا يجوز لها البحث في موضوع النزاع، أو التعرض لأساس تقدير المحكمين،

1 - A ( \$ & ;: 2008-2007 :! 310-311-312.  
2 - ( 1056 % % -2 < . 1 2 1 .

فالمشرع لم يعطي للمحكمة سلطة البحث في موضوع النزاع والحكم فيه، فإذا حدث وأن تعرضت المحكمة لموضوع الحكم مثل التأكد من مطابقته للنظام العام من عدمه فإن ذلك يكون بهدف القضاء ببطلانه فقط، وليس بتعديله ونقضه كونها لا تعتبر محكمة استئنافية، فدعوى البطلان ليست سوى رقابة قضائية على احترام المحكمين للعناصر الأساسية المكونة لتلك الدعوى، فهي دعوى لها صيغة إجرائية أو شكلية لا تنفذ إلى أصل النزاع، فليس للمحكمة أن تبحث في كيفية تأويل وتطبيق المحكمين للقانون إلا إذا كان هناك ما يشكل خرقاً لقواعد النظام العام.

ولم يتطرق المشرع الجزائي لسلطة المحكمة المختصة بدعوى البطلان بالفصل في موضوع الحكم بعد القضاء ببطلانه، فالأصل تنتهي المحكمة المختصة عند الفصل ببطلان الحكم ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، فيترك لهم حرية اختيار الطريق الذي يرونه مناسباً لحل النزاع، فقد يفضلون اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى باتفاق جديد، أو اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للقواعد العامة.

ويثار التساؤل في حال إذا ما صدر الحكم ببطلان حكم التحكيم بعد الطعن عليه بالبطلان أمام المحكمة المختصة به. فهل يجوز الطعن على الحكم بالبطلان بأي طريق من طرق الطعن؟  
للإجابة على ذلك أنه لا يوجد من بين نصوص تشريعات التحكيم ما يمنع من إمكانية الطعن على الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم، ولكن نظراً لأن حكم البطلان يصدر غالباً من محكمة الاستئناف أو محكمة الدرجة الثانية فإن الطعن عليه يكون بطريق النقض<sup>1</sup>.

والصعوبة تكمن في تحديد المحكمة المختصة بنظر هذا الطعن إذا كان النزاع مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء الإداري، فالمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي محكمة الدرجة الثانية للمحكمة

1 - < \* ! ( 1061 % -2 % . < 1 2 1 \$ :6 % & \$ . ( & 1055  
1056 1058 E ) 1 % : UW.

المختصة أصلا بنظر النزاع، حيث أن مجلس الدولة هو محكمة الدرجة الثانية للمحكمة القضاء الإداري<sup>1</sup>، ويذهب على الخلاف أغلب الفقه إلى عدم جواز الطعن في الحكم الصادر في دعوى البطلان، وذلك تحقيقا لسرعة الفصل في الموضوع<sup>2</sup>.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى إمكانية رفع دعوى البطلان ضد قرارات التحكيم الداخلي، وتناولها فقط بالنسبة للتحكيم الدولي.

وحكم المحكم غير قابل للطعن فيه -بالنسبة للتحكيم الداخلي- ذلك حرصا من المشرع على تحقيق التحكيم للحماية القضائية المطلوبة، ومع ذلك يرى بعض الفقه أن إلغاء الطعن في حكم المحكم بالتماس إعادة النظر في جميع الأحوال يؤدي إلى صدور أحكام مبنية على مستندات مزورة أو وقائع غير سليمة لا سبيل للطعن عليها أو رفع دعوى بإبطالها لأن هذه الأسباب لا تعتبر من الأسباب الواردة على سبيل الحصر لتأسيس دعوى الإبطال، ورغم أن الحكم يعتبر عملا قضائيا، مما يستتبع عدم جواز المساس به إلا بواسطة طرق الطعن التي ينص عليها القانون بالنسبة له إلا أن تأثير الأساس العقدي لنظام التحكيم واعتبار الاتفاق على التحكيم هو مصدر سلطات المحكمين فإن ذلك قد أدى إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم -خاصة في التحكيم الدولي-.

وحكم التحكيم بالمعنى الدقيق هو القرار الصادر من هيئة التحكيم والذي يفصل بصفة قطعية كليا أو جزئيا في نزاع معروض عليهم سواء تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية إذا كان هذا الفصل يقود إلى وضع حد للخصومة.

وعلى ذلك فإن حكم التحكيم الذي يكون محلا لدعوى البطلان هو القرار الصادر:

1 - ( 9 % & % /: " 01-98 : - ' .1

2 - > A ;: B- ! 250 . = :

1- من هيئة التحكيم، وبالتالي ما يصدر من قرارات من مركز التحكيم الذي يجري التحكيم وفقا لنظامه أو تحت إشرافه لا يعتبر حكم تحكيم، ولا يجوز مهاجمته عن طريق رفع دعوى البطلان التي ينظمها قانون التحكيم.

2- كما يجب أن يكون هذا القرار قطعيا أي فاصل في مسألة بصفة قاطعة تفصح عن عدم عودته لبحثها من جديد وخروجها من ولاية الهيئة التي أصدرت القرار واستنفاد ولاية هيئة التحكيم بشأنها سواء كان القرار الصادر في أصل النزاع أو في مسألة متفرعة عنه أو متعلقة به أو كان صادرا في مسألة إجرائية.

وعلى ذلك فلا يدخل في مفهوم حكم المحكم القابل لرفع دعوى بطلان ضده القرارات التالية لأنها ليست قطعية، بحيث يكون لهيئة التحكيم العودة فيها أو إصدار قرارات مغايرة، مثال ذلك:

القرارات المتعلقة بالإثبات أو بسير الخصومة مثل قرار الإحالة لخبير أو قرار سماع شهود أو قرار إجراء معاينة، ... الخ.

وبناء على ذلك فالأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة أمام هيئة التحكيم والتي لا تنتهي بها كل الخصومة لا يجوز الطعن فيها فورا وعلى استقلال بل لا بد من انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها سواء كان صادرا في الموضوع أو في مسألة إجرائية والطعن في الأحكام السابقة على صدوره معه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم

يعتبر اتفاق الأطراف على التحكيم عن اتجاه إرادتهم إلى استبعاد كل أشكال تدخل القضاء الوطني بصدد النزاع المثار بينهم والمتفق على حله بطريق التحكيم، غير أن ذلك لا يعني التخلي عن حقهم في الرجوع إلى قضاء الدولة من أجل إصلاح ما شاب حكم التحكيم من أخطاء، فحسن سير العدالة في المجتمع يتطلب دائما أن تتاح الفرصة كاملة أمام المحكوم عليه في اللجوء إلى قضاء الدولة لتدارك ما وقع

فيه حكم التحكيم من أخطاء لذا فقد عنى المشرعون عامة والمشرع الجزائري خاصة بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني.

ولما كان موضوع الدراسة ينصب على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فإنه من الأهمية التعرض لطرق الطعن التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم لبيان مدى توافقها مع طبيعة تلك المنازعات من جهة، ومع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى، أو بعبارة أخرى تكمن الغاية الأساسية إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى أو بعبارة أخرى تكمن الغاية الأساسية من هذا المبحث في إجراء تعادل أو توازن بين خصوصية المنازعة الإدارية من ناحية، وذاتية نظام التحكيم من ناحية أخرى.

إن الطعن بصفة عامة هو وسيلة قانونية تسمح لمن صدر الحكم ضده بأن يطالب بإعادة النظر فيما قضى به عليه بغرض استصدار حكم جديد في صالحه سواء عن طريق تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغائه كلياً أو جزئياً.

وبما أن حكم التحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن بشر، فإنه من المتصور حدوث خطأ فيه سواء تعلق هذا الخطأ بالإجراءات التي نبني عليها الحكم أو بالأوضاع التي لا يست صدور، أو تعلق بالحكم ذاته عن طريق الخطأ في تطبيق القانون على ما ثبت من الوقائع أو في تقديرها واستخلاص النتائج منها، ومن أجل ذلك عنى المشرع الجزائري بتنظيم طرق الطعن في أحكام المحكمين حتى تتاح الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ.

ولا تختلف طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام التحكيم عن تلك المقررة للأحكام القضائية، وإن كانت هناك بعض الطرق يفضل استبعادها من نظام التحكيم بسبب ذاتية هذا النظام، لذا فإنه من المتعين التعرض لمختلف الطرق التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم في الجزائر حتى نتمكن من تحديد الطرق المثلى للطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص في المادة 1032 بأن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة ويجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم<sup>1</sup>.

وإذا كان القانون لم ينص صراحة على بطلان التحكيم في حالة عدم موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة فهل يؤدي تخلف هذا الشرط إلى بطلان الاتفاق على التحكيم؟

جاء في نص المادة 976: { 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 أو الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها }.

ولاشك أن الأمر يختلف باختلاف نوع التحكيم فإذا كان التحكيم داخليا فنعتقد أن المحكم سوف يقضي بالبطلان لأنه يسري على النزاع أحكام القانون الجزائري، أما إذا كان التحكيم دوليا فالأمر يتوقف على القانون المتفق على تطبيقه فإذا كان هو القانون الجزائري فالمحكم سوف يحكم بالبطلان أيضا، وفي الحالتين فلا شك أن عدم حصول الإدارة المتعاقدة على موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى يترتب مسؤوليتها الإدارية من ناحية، كما يترتب مسؤوليتها أمام



المتعاقد معها من ناحية أخرى، أما إذا كان التحكيم دولياً والقانون المتفق عليه ليحكم النزاع هو قانون غير القانون الجزائري فإن المحكم قد لا يلتفت إلى هذا القيد المتعلق بضرورة موافقة الوزير المختص على التحكيم، حيث أن إغفال موافقة الوزير بالنسبة للعقود الإدارية المحلية يترتب عليه البطلان، كما أنه بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي ينبغي عدم إغفال اعتبارات السيادة خاصة إذا تعلق الأمر باستغلال موارد الثروة الطبيعية حيث يترتب على إغفال موافقة الوزير بطلان اتفاق التحكيم.

وقد أثار البعض إلى اتجاه هيئات التحكيم الدولي إلى عدم قبول دفع الشخص المعنوي ببطلان اتفاق التحكيم الذي يقدمه الشخص المعنوي في هذا الشأن لأنه يهدف إلى التنكر لالتزاماته العقدية استناداً إلى قاعدة مستمدة من قانونه الداخلي وهو ما يتعارض مع مقتضيات النظام العام<sup>1</sup>.

### أولاً: طرق الطعن العادية

#### 1- المعارضة:

من المعروف أن المعارضة طريق طعن عادي يقصد به المشرع -عندما يقرره- حماية الخصوم من الأحكام الغيابية، وهذه الفكرة بدأت تندثر في قوانين المرافعات الحديثة لما أساء الخصوم استخدامها كضمانة لحمايتهم من صدور أحكام في غيبتهم، وذلك يعتمد الغياب دون غدر بغية تعطيل إجراءات الدعاوى المرفوعة ضدهم أو لمجرد النكاية بخصومهم في هذه الدعاوى، وهو ما حدا بالمشرع الجزائري إلى إلغائها في نص المادة 1/1032 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص : {أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة}.

وبالإضافة إلى الحجة العملية السابقة فإن اللجوء إلى التحكيم يتم باتفاق الخصوم فلا يتصور أن يدعى أحد الخصوم عدم علمه بقيام خصومة التحكيم، ولا يحق تبعا لذلك الحديث عن الغياب أو المعارضة.

1- " \$ : 8 \* & 1 2 \$ A ! < 2 " 1 & 1 7 - 1  
- : . 1 : 1 & 0 (= & 1 : 12 2001 ! 76 - 77.

حقيقة أن الخصم الذي يرفض المشاركة في إجراءات التحكيم أو يتغيب عن حضورها يمكنه الادعاء بأنه لم يبرم أصلاً اتفاقاً على التحكيم وبالتالي يمكنه المنازعة في وجود اتفاق التحكيم أصلاً، ولكن طالما وجد مثل هذا الاتفاق فإنه يلزم أن يشارك في التحكيم كل من وقع هذا الاتفاق.

وقد أكد التشريع هذه القاعدة في مجال التحكيم وأجازت انعقاد إجراءات التحكيم ولو تم الاتفاق عليه في صورة شرط تحكيم، فإذا حدث النزاع بالفعل فإنه يحق للخصم صاحب المصلحة في التعجيل بنظر النزاع أن يبدأ في تحريك إجراءات التحكيم سواء بتعيين أعضاء هيئة التحكيم أو بتحديد موضوع النزاع وإعلانه إلى الخصم الآخر، فإذا تقاعس الخصم عن تعيين المحكم الواجب عليه تعيينه أو رفض المشاركة في إجراءات التحكيم أو تغيب عن حضور الجلسات فإن هذا لا يمنع من بدء أو استمرار إجراءات التحكيم.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه لم يعد من حق الخصم أو في قدرته التذرع بالغياب ليتحطل بإرادته المنفردة من المشاركة في إجراءات التحكيم وبالتالي لا مجال للحديث عن المعارضة<sup>1</sup>.

إذا تجدر الإشارة إلى أن قاعدة الحضر نص عليها المشرع الجزائري في التحكيم الداخلي ولم يتطرق إليها في التحكيم الدولي وهذا ما يثير إشكالية هل المعارضة كطريق عادي من طرق الطعن ممكنة في التحكيم الدولي أم لا ؟

يمكن القول أن المواد التي تنظم طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي نصت فقط على الاستئناف والطعن بالبطلان والطعن بالنقض وبمفهوم المخالفة نستنتج أن المشرع الجزائري لا يعترف بالمعارضة طريق للطعن في حكم التحكيم الصادرة في منازعة العقود الإدارية.

## 2- الاستئناف:

الاستئناف هو الطريق العادي للطعن في أحكام محكمة أول درجة أمام محكمة أعلى منها (محكمة الدرجة الثانية) بغرض مراجعة الحكم وإبطاله، ويعتبر هذا النظام تطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين يهدف إلى تدارك أخطاء القضاء وإتاحة الفرصة للخصوم لاستدراك ما فاتهم تقديمه من دفوع وأدلة أمام محكمة أول درجة<sup>1</sup>.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة في التحكيم الداخلي كما في التحكيم الدولي، فأما بالنسبة للتحكيم الداخلي اشترط المشرع عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة وقف تنفيذ الحكم أثناء رفع الاستئناف، وتتبع في استئناف حكم التحكيم ذات القواعد المعمول بها أمام محاكم الدولة، ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم وهذا في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها<sup>2</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول: { يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم }.

حالة عدم إتفاق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف أو إذا احتفظوا غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد إداري والذي يدخل في الاختصاص المقرر للقاضي الإداري، فإن استبعاد طريق الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الصادر بشأنه يبدوا أمرا دقيقا ومعقدا للغاية سواء تعلق الأمر بتحكيم يجد مرجعيته في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تحكيم يجد مرجعيته في أية نصوص قانونية.

فالاتجاه الذي اتبعته المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن جواز الاتفاق على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم قد رفضه البعض، فالقاعدة العامة في القضاء الإداري قوامها

1- ' : B- ! 544 .  
2- 9 ; : B- ! 258 .

أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم أمام القاضي الوطني يعتبر أمراً متاحاً دائماً حتى ولو لم يوجد نص قانوني يقر ذلك، أو وجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن.

ويستفاد من هذا الرأي أن مبدأ التقاضي على درجتين من أحد المبادئ العامة في الإجراءات ولا يمكن إغفاله، ويشكل بهذه المثابة ضماناً أساسية لمصلحة المتقاضين ولمصلحة سير العدالة، وأن القواعد التي تعارض ذلك وجود نص تشريعي صريح تشكل اعتداء على ذلك المبدأ.

وكخلاصة يمكن القول أنه طالما لا يوجد نص تشريعي صريح ينص على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري فإن هذا الطريق من طرق الطعن يعد دائماً- متاحاً للأطراف حتى ولو اتفقوا على خلاف ذلك، وأن المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نص قانوني صريح، وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية وملائمة استبعاد تطبيق نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري ؟

في الواقع أنه بالرغم من أن الطعن بالاستئناف يمثل ضماناً هامة للمتقاضين، ويتيح للقضاء إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم إلا أنه ينبغي استبعاده بالرغم من ذلك -كقاعدة عامة- من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي، وذلك للأسباب التالي ذكرها:

1- إن الدور الذي يلعبه الطعن بالاستئناف في المنازعة الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية وفقاً لرأي البعض يبدو ضئيلاً، ويحتل مكانة متواضعة، فليس هناك مبدأ أو قاعدة عامة في القانون الإداري يكرس مبدأ التقاضي على درجتين ويعطيه عناية خاصة، فالاستئناف لا يشكل سوى وسيلة فنية للطعن في الأحكام القضائية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية وليس دستورية بالتالي لا توجد عقبات تحول بين سلطة المشرع العادي في استبعاده من بعض المنازعات، والاعتراف لبعض الأشكال من القضاء الخاص بسلطة الفصل في النزاع القائم أمامه كمحكمة أول وآخر درجة<sup>1</sup>.

2- إذا كان مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية وليس دستورية فإنه لا يعد من ناحية أخرى من الأمور المتعلقة بالنظام العام بل يعتبر إحدى الضمانات المقررة لأطراف الخصومة والتي يمكن التنازل عنها بموجب اتفاق صريح يصدر عنهم.

3- إن استئناف أحكام التحكيم الإداري تنطوي على سلبيات تنعكس بشكل مباشر على الهدف الرئيسي الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه وهو سرعة الفصل في المنازعات، كما أن من شأن تطبيق هذا الطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم الإداري أن يؤدي بلا شك إلى نقل الإجراءات مرة أخرى إلى درجات المحاكم المختلفة، وهذا يتعارض مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعات المثارة بينهم<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للاستئناف في التحكيم الدولي فحدده المواد من 1055 إلى المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فجاء في المادة 1055 أنه: { يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف }.

وعددت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالات رفع الاستئناف في التحكيم الدولي ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ وهو ما يثير التساؤل بداية، هل يحكم القاضي عند عدم توافر هذه الحالات بعدم القبول أم الرفض موضوعاً إذ أن النص صريح "لا يجوز"<sup>3</sup>.

وعلى أي حال من الأحوال فقد عدت المادة حالات رفع دعوى البطلان ومنتاولها تبعاً:

1-	:	'	B-	!	548	:	=
2-	:	'	B-	6	!	555 - 556	.
3-	%	=	B-	!	146	.	

- { 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- 4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
- 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي {<sup>1</sup>.

ومن الحالات المحددة حصرا في المادة 1056 يستدعي الأمر شرحها:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية:

فعدم وجود الاتفاق التحكيمي يعني انعدام مصدر الالتزام وكذلك الأمر بحال وجود اتفاق باطل منذ نشوئه أو كانت مهلة صدور القرار المعينة من المتحاكمين قد انقضت فصدر القرار بعد انقضائها وبخصوص وجود الاتفاق تثار في الواقع مسألة إثبات الوجود شكلا حيث أنه في التحكيم الدولي كما سبق الإشارة تعتبر الكتابة وسيلة إثبات وليست شرطا، وطالما أن اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأساسي وتعتمد كليا مبدأ حرية الإرادة وكانت القاعدة في القانون الدولي التي تجعل شكل العقود خاضعا لقانون المكان الذي أنشأت فيه ليست أمرة.

وبخصوص وجود اتفاق باطل منذ نشوئه تثار مسألة أي قانون يحكم أهلية الفرقاء للتقاضي.

أما بخصوص سقوط القرار بانقضاء المهلة المعينة لصدوره دون أن يصدر خلالها إذ أن الفرقاء يلتزمون بنتيجة التحكيم شرط صدور القرار خلال المهلة المعينة له من قبلها فماذا يكون الأمر إذا لم يعينوا للمحكم مهلة ؟

- 2- صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبعا للقانون:

فالمحكم المعين بصورة مخالفة للقانون، لم تنصرف نيه الفرقاء إلى اعتماده، ولكن أي قانون هو

المقصود؟

في التحكيم الدولي، يجب أن يصدر القرار عن محكمين عينهم الاطراف مباشرة أو بالإحالة إلى نظام للتحكيم اختاروه بإرادتهم<sup>1</sup> والعقد التحكيمي هو شرعة المتعاقدين وهو القانون المقصود، فبالنسبة للتحكيم الصادر في الخارج في غير تحكيم دولي، يجب العودة إلى قانون أصول المحاكمات في البلد الأجنبي الصادر فيه القرار التحكيمي، لمعرفة ما إذا كان تعيين المحكم مخالفا لأصوله.

### 3- خروج القرار عن المهمة المعينة للمحكمين:

من البديهي أن خروج المحكمين عن المهمة المعينة لهم من المتحاكمين تخرج هؤلاء من دائرة التزاماتهم، وبالتالي يتحتم إعلان سقوط التحكيم بما تجاوز المهمة.

فإذا عين المتحاكمون للمحكم قواعد خاصة أو بالإحالة إلى قواعد نظام تحكيم معين، أو بالإحالة إلى أحكام قانون إحدى الدول، فهو ملزم بأن يتقيد بها، فالمادة 1043 تنص على جواز أن تحدد اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام للتحكيم الأصول التي تتبع في الخصومة التحكيمية ويجوز أيضا إخضاع هذه الخصومة لقانون معين من قوانين أصول المحاكمة يحدد في اتفاقية، يطبق المحكم بحسب مقتضى الحال، الأصول التي يراها مناسبة إن مباشرة أو بالالتجاء إلى القانون المعين أو إلى نظام التحكيم.

### 4- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية:

يمارس القضاء رقابته على المحكمة التحكيمية الداخلية والدولية بتأمين المساواة للطرفين وذلك في حقهم في الدفاع عن قضيتهم في المحاكمة التحكيمية باحترام مبدأ الوجاهية فهو مبدأ جوهري يلزم في أي قضاء أكان خاصا أو رسميا، وأن عدم تحقيق المساواة بين الأطراف في المحاكمة يجب أن يؤدي إلى

سقوطها<sup>1</sup>، لأن أي تهاون في التزام القاضي أو المحكم باحترام مبدأ المواجهة فإن النتيجة النهائية كما يقول HRBRAUD هو بقاء الخصوم بلا ضمان.

حيث أن التزام القاضي أو المحكم بإحاطة الخصوم علما بما يتوصل إليه من عناصر واقع وما يضيفه إليها من عناصر قانون ضمان للخصوم ضد المفاجأة وذلك لأن الخصم الذي يكون دفاعه وأسانيده على أساس واقع معين، منظورا إليه من وجهة قانونية معينة ثم يفاجأ ببحت القاضي أو المحكم للنزاع من زوايا مختلفة تماما، سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون سوف يفقد القدرة على الاستفادة من حقه في الدفاع، لأن مبدأ الوجاهية هو إقامة المساواة بين الخصوم عندما يتعلق الأمر بفرض التزامات متبادلة عليهم بأن يعلن كل منهما الآخر بما يستند إليه من عناصر واقع وقانون، أما عن التزام المحكم بمبدأ الوجاهية فيعني إحاطة الخصوم علما بما يدخله في الخصومة عن غير طريقهم من عناصر واقع<sup>2</sup>.

#### 5- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:

يلعب النظام العام دورا مهما سواء كان ذلك في مجال تطبيق القانون الأجنبي أم في مجال تنفيذ الأحكام، وفكرة النظام العام هي في الأصل فكرة وطنية خالصة يقصد بها حماية النظام الداخلي من أي تهديد يمسّه أو يزعزع أركانه<sup>3</sup>.

يتم تقدير المخالفة بالاستناد إلى المفهوم المعتمد للنظام العام الدولي وهو السبب الوحيد الذي يخرج عن سلطان الإرادة، فبينما النظام العام الداخلي يتولى الحفاظ على المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية ولاسيما الخلقية للدولة فإن النظام العام الدولي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية

1 - :- :V B- ! 247 = :  
 2 - :1/ J\* / -91 + \* 1 \$A 1 (G : X\* 2 1 . % 1 ! :  
 406 -405  
 2 - 1 E " # D -D 1 1 - 1 : 0 : . 1 & = \* 1: 2010  
 70 !



والاقتصادية والخلقية لجميع الدول، فالنظام العام الداخلي إذا هو نسبي إذ يختلف من دولة إلى أخرى أما النظام العام الدولي فهو واحد بالنسبة لكل الدول.

ولما كان القرار التحكيمي الدولي يجب ألا يخالف قاعدة تعامل بالنظام العام الدولي تحت طائلة سقوطه ولا علاقة للنظام العام الدولي بالنظام العام الداخلي فيمكن ان يخالف اتفاقية التحكيم الدولي النظام العام الداخلي دون أن تسقط شرط ألا تخالف النظام العام الدولي، فلجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم الدولي، اعتبر قبل صدور التشريع الذي أجازته صراحة أنه لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي رغم مخالفته للنظام العام الداخلي<sup>1</sup>.

ثانيا: طرق الطعن غير العادية

#### 1- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يعد هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية المقررة لمراجعة أحكام التحكيم الإداري، وهو عبارة عن وسيلة بمقتضاها يجوز أن يقدم كل شخص لم يكن طرفا في الخصومة أو ممثلا فيها اعتراضا على الحكم الصادر فيها والذي يكبده أو يعرضه لضرر.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة كإحدى الطرق المتاحة لمراجعة حكم التحكيم الداخلي وذلك في نص المادة 1032 / 2 التي تنص: { يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم }.

ووفقا لنص المادة 960 يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في اصل النزاع.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة في التحكيم الدولي وكان الأجدر أن يتدخل المشرع وينص على إمكانية الطعن في أحكام التحكيم بطريق اعتراض

الخارج عن الخصومة وذلك لمواجهة الحالات العملية التي تضع الغير ذا المصلحة بين شقي الرحي، فلا هو طرف يملك ما يملكه الأطراف من حق الحضور وأداء أوجه دفاعه، ولا هو أجنبي من الغير، اللذين لا تمتد إليهم آثار حكم التحكيم.

لكن يمكن أن لا يطبق هذا النوع من طرق الطعن غير العادية على كافة أنواع المنازعات الإدارية ومرجع ذلك أن ذاتية نظام التحكيم لا تتطلب تنوع طرق الطعن في الأحكام الصادرة في ظلها بطريقة تشل بكثير من فاعليته، كما أن من شأن السماح للغير بالطعن في أحكام التحكيم سيعود بالخصوم إلى طبقات المحاكم المختلفة وبالتالي يتعارض مع إرادة الأطراف المتمثلة في استبعاد القضاء الوطني من نظر النزاع الذي اتفقوا على حله بطريق التحكيم فضلا عن ذلك فإن نسبية الأثر الذي يترتب على اتفاق التحكيم وكذلك نسبية الأثر الذي يترتب على حجية الأمر المقضي به كفيلاان بحماية الغير من التأثير الضار للأحكام التي تصدر عن المحكمين وإذا كانت المادة 1031 تنص على أنه: {تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه} فإنه لا يمكن الاحتجاج به على الغير<sup>1</sup>.

ولكن لما كان من الجائز أيضا أن يضار الغير من مثل هذا الحكم فقد أجاز له المشرع تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وطبقا لنص المادة 381 التي تنص على أنه: {يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة} <sup>2</sup>، إذا يجوز تقديم الاعتراض من كل شخص له مصلحة شرط أن لا يكون طرفا في الخصومة أو ممثلا فيها.

ولكن تحديد المقصود بالغير بالنسبة للتحكيم أمر لا يخلو من الصعوبة وأول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو أن الخصم الذي يمتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم لا يعتبر من الغير حتى لو

- 1 - : ' B- ! 575 - 576.

- 2 - ; ( 9 961 D \* ( 381 9 389 1& : W C A F % \$ A 1

- . 1 2 1+ /& .

كان منكرا لاختصاص المحكمين أو إجراءات التحكيم لا يعتبر من الغير حتى ولو كان منكرا لاختصاص المحكمين أو منازعا في مرآه، كما أن من يتدخل في خصومة التحكيم بموافقة الخصوم جميعا لا يعتبر من الغير ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه.

ومن ناحية أخرى يحتفظ القضاء بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم الطرف في التحكيم، وذلك بالبحث في مدى اتحاد المصالح محل النزاع أو تعارضها مع من يدعى أنه من الغير وذلك حسب ظروف كل حالة على حدة.

وتختص بنظر الاعتراض - طبقا لنص المادة 1032 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية - المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وتملك هذه المحكمة أن تعدل حكم المحكمين فيما قضى به بخصوص الغير ويكون الحكم الصادر في هذا الاعتراض قابلا للطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام الصادرة من المحكمة التي أصدرته<sup>1</sup>.

## 2- التماس إعادة النظر:

لم ينص المشرع الجزائري في أي من مواده سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي على إمكانية اللجوء إلى التماس إعادة النظر كطريق من طرق الطعن غير العادية ما يوحي بعدم الأخذ به على الرغم من أن هذا الطريق يمثل ضمانا هامة ضد كل حكم يصدر بناء على غش أو تزوير<sup>2</sup>.

فمن جهة يمكن تأييد هذا الرأي أو المسلك من قبل المشرع على اعتبار ندرة الحالات التي تبيح اللجوء إلى هذا الطريق وحتى على فرض حدوثها فإن هناك وسائل أخرى يمكن للخصوم الاستناد إليها للوصول إلى نفس النتيجة فيمكنهم الطعن في الحكم على أساس أن اكتشاف مثل هذه الأمور يعد أحيانا إخلالا بحق الدفاع وأحيانا أخرى إخلالا بالنظام العام، ومن جهة أخرى يمكن انتقاده نظرا لخصوصية

1- .. B- !: 29 - 30.

2- ' : B- ! 579.

الأسباب التي تبيح الطعن بهذا الطريق خاصة إذا تم اكتشاف أحد هذه الأسباب بعد انتهاء المدة المحددة للطعن أو الاستئناف<sup>1</sup>، ويا حبذا لو أعاد المشرع الجزائري النظر في موقفه هذا وأخذ بهذا الطريق على أن يقصره على ما إذا كان حكم التحكيم مبنياً على غش أو أدلة إثبات ثبت تزويرها، أو لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل في الخصومة، واستبعاد ما عدا ذلك من حالات الالتماس المقررة قانوناً، وعلى أن يرفع الالتماس إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بذات الإجراءات والأوضاع المقررة لالتماس إعادة النظر في أحكام المحاكم الوطنية، وذلك لصعوبة اجتماع هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الملتمس فيه بعد صدوره في أعم الحالات<sup>2</sup>.

### 3- الطعن بالنقض:

يعد طريق الطعن بالنقض من أوجه طرق الطعن غير العادية المقررة بالنسبة للأحكام القضائية الانتهائية إذ لا يمكن أو يوجه هذا الطعن إلى الأحكام التي تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريق آخر من طرق الطعن، وبالتالي فإن الطعن بالنقض لا يمكن أن يوجه مباشرة إلى أحكام التحكيم باعتبارها أحكاماً تقبل الطعن فيها بطرق أخرى<sup>3</sup>.

ويستبعد من مجال التحكيم الطعن بطريق النقض، وهذه القاعدة يبررها اعتباران:

#### ❖ الاعتبار الأول:

هو طبيعة الطعن بالنقض فمن المعروف أن الطعن بالنقض لا يكون ضد الأحكام القضائية الانتهائية، صحيح أن حكم التحكيم يصدر حائزاً لقوة الشيء المقضي به<sup>4</sup>، كما أن الخصوم يملكون استبعاد

1- B- :. ! 34.

2- B- :'. ! 579.

3- B- :'. ! 579.

4- ( 1031 ! :6 \$ , 1- < /& \* 6 - \$ = \* A ! , J \$ \* ; 06.

الطعن بطريق الاستئناف -حسب نص المادة 1033 - إلا أن هذه الانتهائية وهذا الاستبعاد لا يعني أبدا قابلية حكم التحكيم للطعن بالنقض، لأن الطعن بالنقض لا يكون إلا بالنسبة لأحكام المحاكم العادية.

### ❖ الاعتبار الثاني:

هو دور محكمة النقض، فمن المعروف أن دور محكمة النقض هو توحيد المبادئ القانونية التي يطبقها القضاة في المحاكم منعا من اختلاف المحاكم حول تطبيق أو تفسير النص الواحد وهذا الاعتبار لا ينطبق على أحكام التحكيم لأن هيئات التحكيم التي تشكل طبقا لهذا النظام لا تعتبر من محاكم الدولة ولا درجة من درجات التقاضي، كما أن التحكيم قضاء خاص يفصل في منازعات متباينة تحكمها أيضا قواعد وقوانين متباينة، فلا محل لوحة تطبيق القانون بشأنها<sup>1</sup>.

فضلا عن ذلك فإن مجلس الدولة هو توحيد المبادئ القانونية التي تطبقها المحاكم الإدارية منعا من الاختلاف حول تطبيق أو تفسير النص القانوني الواحد، وهذا الاعتبار لا ينطبق على الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، لأنها لايعتبر من محاكم الدولة ولا درجة من درجات التقاضي كما أن التحكيم يعتبر قضاء خاص بحكم حالات متباينة تحكمها أيضا قواعد وقوانين متباينة، ومن ثم فلا محل لوحة تطبيق القانون بشأنها، وإذا كانت القاعدة هي عدم جواز الطعن بطريق النقض في أحكام المحكمين فإن ذلك لا ينفي إمكانية الطعن بهذا الطريق في حكم نهائي صادر عن محكمة قضائية في طعن بالاستئناف أو ببطلان حكم التحكيم وبالتالي فإن الطعن بطريق النقض يكون جائزا في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو البطلان وهذا ما يؤدي إلى خضوع حكم التحكيم لرقابة غير مباشرة من خلال الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة البطلان باعتبارها صادرة عن محكمة آخر درجة أمام مجلس الدولة باعتبار أن الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة تقاس بالأحكام الصادرة عن محكمة النقض، ذلك أن المقصود بهذا

الحظر هو عدم جواز الطعن المباشر في أحكام التحكيم بطريق النقض، وهذا أمر طبيعي لأن الطعن بطريق النقض لا يمكن أن يوجه إلا إلى الأحكام الانتهائية.

إذا فالمشرع الجزائري استبعد هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي وأجازه حسب نص المادة 1034: { تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون } وبالنسبة للتحكيم الدولي فجاء في المادة 1061: { تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض } بطريقة غير مباشرة أي في القرارات الفاصلة في الاستئناف بالنسبة للتحكيم الداخلي والقرارات الفاصلة في الاستئناف أو الطعن بالبطلان بالنسبة للتحكيم الدولي.

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية عند إصدار الأمر بالتنفيذ

أمر التنفيذ هو الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص وبمقتضى هذا الأمر يتمتع حكم المحكمين بالقوة التنفيذية، فهو نقطة الالتقاء بين قضاء الدولة والتحكيم، لذلك أفردت الفرع الأول لحدود الرقابة القضائية على الأمر بالتنفيذ، وفي الفرع الثاني سلطات القاضي في التنفيذ، وفي الفرع الثالث النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري وفي فرع أخير تناولت تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها.

الغالب أن يكون الطلب المقدم هو تنفيذ الحكم غير أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطلب هو مجرد الاعتراف، والفرق بينهما هو أن هذا الأخير عبارة عن إجراء يرمي إلى التسليم بالحكم دون تنفيذه، أما التنفيذ فهو أبعد من مجرد التسليم، إذ يتم فيه مباشرة عمل من أعمال التنفيذ، وبمعنى آخر في الاعتراف المستفيد من الحكم لا يطلب تنفيذه بل فقط الإقرار من قبل القضاء بوجود الحكم وبذلك يدخل الحكم

المعترف به ضمن النظام القانوني الوطني، وعادة ما يكون الاعتراف في حالة دفع وذلك بهدف الاعتراض على طلبات يناقضاها الحكم التحكيمي.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: حدود الرقابة القضائية على الأمر بالتنفيذ

#### أولاً: علاقة الأمر بالتنفيذ بالرقابة القضائية على الحكم التحكيمي

إن حكم المحكم يصدر من هيئة التحكيم التي لا تعتبر من سلطات القضاء في الدولة وليس لها بالتالي ولاية قضائية أصلية ودائمة وإنما لها ولاية خاصة مؤقتة وتصدر بناء عليها أحكام قضائية كأحكام المحاكم التابعة للدولة، لكن مع الاحتفاظ ببعض الخصوصيات التي تفرقها على أحكام المحكمين بعد صدورها وعند الرغبة في تنفيذها جبراً، هذه الرقابة قد تصدر من قضاء الدولة أو قضاء متخصص أو من سلطة إدارية ذات اختصاص قضائي، ذلك لأن حكم المحكم يصدر ممن لا يملك سلطة الأمر أو ولاية القضاء عامة، وهذه الرقابة تجعل الحكم صالح للشروع في تنفيذه جبراً.

والأمر بالتنفيذ الذي يصدر من القاضي المختص ليس حكماً قضائياً يخضع لنظام الأحكام ولا يفصل في نزاع إنما هو أمر ولائي يمارس به القاضي سلطة الأمر المزود بها، وذلك لمعالجة قصور الإرادة الفردية في الوصول إلى تحقيق هدف أو مصلحة معينة ترمي إليها، ولكنها عاجزة عن الوصول إليها لأن المشرع في هذه الحالة بالذات يرى أن هناك مصالح جديرة بالرعاية لهم أو لغيرهم، ولن تكون إرادتهم الخاصة كافية لحماية هذه المصالح، فيشترط الوصاية القضائية وضرورة أعمالها لرقابة سعي الخصوم للوصول إلى الهدف الذي يريدونه.

والقاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ يمارس رقابة قضائية على حكم المحكم المراد الحصول على أمر بتنفيذه، ولكنها رقابة محددة شكلية خارجية ليست كالرقابة التي تمارسها محاكم الطعن، لذلك فطلب الأمر بالتنفيذ ليس طعناً في الحكم الصادر من المحكم.

<sup>1</sup> - B.MOREAU Arbitrage internationale Rép.Com.Dalloz 2004 n°136 p20.

ودور القاضي الأمر بالتنفيذ محدد إلى ابعد حد، فليس له إلا سلطة مقيدة إلى حد كبير، وليس له إلا فحص ما إذا كان حكم المحكمين قابلا للتنفيذ أم لا ولا يمكنه رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان العمل المطروح عليه ليس له الطابع القضائي، وعلى ذلك يجب على القاضي رفض منح الأمر بالتنفيذ إذا ورد بالحكم ما يخالف النظام العام، أو إذا كان العمل المطلوب الأمر بتنفيذه يتمثل في تقرير خبير، أو مجرد إبداء الرأي فالعمل يجب أن يكون له مظهر الأحكام<sup>1</sup>.

ويعتبر حكم المحكمين ورقة رسمية، ولهذا فإنه لا يجوز إثبات عكس ما تضمنته من تاريخ أو بيانات أخرى، إلا بالادعاء بالتزوير وقد ذهب رأي إلى أن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية إلا بإيداعه قلم كتاب المحكمة، وذلك على أساس أن المحكم ليس موظفا عاما حتى يعتبر ما يصدر منه ورقة رسمية بمجرد صدوره، ذلك أن اعتبار ورقة ما ورقة رسمية لا يرتبط بصدورها من موظف عمومي، بل يكفي أن تصدر من شخص أنيطت به خدمة عامة أو كلفه القانون بعبء عام معين، والمحكم قد اختاره الأطراف للقيام بمهمة تطبيق القانون في حالة معينة وهو يخضع في قيامه بهذه المهمة لرقابة الدولة، ولهذا فإنه يمكن اعتبار قراره الذي يصدره في حدود ولايته ورقة رسمية ولو قبل الإيداع، وليس لحكم المحكمين وحدة قوة تنفيذية فهو لا يعتبر سنداً تنفيذياً إلا بصدور أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى - أمر التنفيذ-<sup>2</sup>، ورقابة القاضي الأمر هي رقابة لحكم المحكم من حيث الشكل، وعليه فحص شرعيته الشكلية، أي مدى صحة حكم المحكم من حيث الشكل، أي أن القاضي يراقب عن طلب الأمر العيوب الشكلية التي تبدو غالباً لأول وهلة للمطلع على الحكم، وذلك على خلاف حالة عدم كفاية الأدلة، أو عدم صحة تعلق الأسباب بالموضوع والتي لا يخضع تقديرها للقاضي الأمر بالتنفيذ، لأن هذا يقضي منه فحص الموضوع الصادر فيه الحكم وهذا يمتنع عليه.

1- 9 ; B ; 218 9216 !  
2- : " : > 2 1 . 1995 1 ! 78 . A ( 6



وفي كل ما سبق يمكن القول بأن الطابع الولائي لإجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ، أي الطابع الحضوري للإجراءات الخاصة بطلب الأمر بالتنفيذ وغياب المواجهة والمجادلة بين الخصوم والتي يمكن أن تنير الطريق أمام القاضي، يؤدي إلى قصر سلطة القاضي الأمر بالتنفيذ على فحص الصحة أو المشروعية الظاهرة لحكم المحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، فغياب المواجهة بين الخصوم يفسر إلى حد بعيد ندرة إصدار أمر برفض طلب التنفيذ.

ويرى البعض أن كل توسع في مهمة القاضي الأمر بالتنفيذ يشكل بالضرورة وجه من أوجه الإبطال بالنسبة للطعن على حكم المحكم بهذا الطريق، أي أن توسيع سلطة الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري يؤدي إلى فتح باب الرقابة على صحة لحكم المحكم.

ويرى بعض الفقه جواز إصدار الأمر بالتنفيذ لكل الحكم أو لجزء منه، ولا يجوز للقاضي الأمر تعديل لحكم المحكم من حيث المضمون، أو تكملته من حيث السباب أو الحثيات، كما أنه ليس للقاضي الأمر أن يعدل لحكم المحكم بإضافة التزام أو أداء آخر على المحكوم عليه غير ما صدر به لحكم المحكم. وفيما سبق إستعرضنا مبدأ الرقابة القضائية للقاضي الأمر وأكدنا على دور هذه الرقابة الشكلية، ومع ذلك فهناك قوانين أخرى تأخذ بالرقابة الموضوعية التي يتم فيها حضور الخصوم وإعمال مبدأ المواجهة ويتم فيها حضور طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده وتقوم المحكمة بسماع كلا من الطرفين، وتفحص كل ما بيديه أحدهما في مواجهة الآخر من دفع ودفاع ضد حكم المحكم المطلوب إصدار الأمر بتنفيذه فإذا وجدت المحكمة أن حكم المحكم مشوب ببعض العيوب التي تؤدي إلى إبطاله فيجب الفصل في هذه العيوب قبل إصدار أمر التنفيذ أو المصادقة على هذا الحكم.

وهذه النظم في مجملها تأخذ بفكرة الرقابة الموضوعية على حكم المحكمين وليس مجرد الرقابة المادية ذات الطابع الشكلي، وهذه الرقابة الموضوعية للقاضي الأمر تتشابه مع الرقابة التي تمارسها محاكم الاستئناف على الحكم الابتدائي المطعون فيه بهذا الطريق، والأخذ بالرقابة الموضوعية غير

مرغوب فيه بالنسبة لأحكام المحكمين الدوليين لأن من شأنها عدم تشجيع اللجوء إلى نظام التحكيم، لهذا ذهب البعض حتى نطاق الرقابة الموضوعية على حكم المحكم إلى قصرها على الأوجه الرئيسية أو المبادئ الأساسية في التقاضي على أن تكون محددة على سبيل الحصر، وعلى ذلك ينبغي على القاضي التأكد قبل إصدار الأمر بالتنفيذ من احترام المحكم لحدود مهمته التحكيمية، وعلى وجه الخصوم التزامه بحدود ولايته واختصاصه، كذلك التأكد من احترام حقوق الدفاع ومبادئ التقاضي الأساسية الأخرى، وأن الحكم لا ينطوي على أي مساس بالنظام العام<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يجب على القاضي الأمر أن يتأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح صدر بناء عليه الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، وهذا يقتضي من القاضي الأمر بالتنفيذ التأكد من قابلية النزاع للتحكيم، وأهلية كل خصم للتحكيم وعلى وجه الخصوص التأكد من أهلية الأشخاص المعنوية لأن تكون طرفا في التحكيم<sup>2</sup>.

### ثانيا: أساس الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

إن اللجوء إلى التحكيم أمر مقرر في التشريع الجزائري<sup>3</sup>، وينبني على مشروعية التحكيم مشروعية كل عمل أو إجراء يؤدي إلى تحقيق ما تضمنه حكم التحكيم بما في ذلك الوصول أو الرقي بذلك الحكم إلى درجة من القوة والإلزام لأحكام القضاء، والتي تكفل عدم التأثير على قوته التنفيذية ونفاذه خصوصا عند الاختلاف، فحكم المحكمين يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ويكون واجب النفاذ وليس له في حد ذاته قوة تنفيذية تكمن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا، فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم التحكيمين إلا بصدور أمر خاص من قضاء الدولة المختص وفق شروط معينة.

وقد حددت اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958 الأسباب التي تجيز للقضاء الوطني رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو طلب تنفيذه، حيث فرقت بين الأسباب التي يتمسك الأطراف بها وبين الأسباب

1 - 9 ; B- ! 218 - 219.

2 - 9 ; B- 6 ! 220.

3 - 975 - 976 - 1006 % 2 - % . 1 2 1 .

التي يملك قضاء الدولة المختص من تلقاء نفسه رفض التنفيذ بناء عليه، وهذا في نص المادة 5 التي تنص

على: { 1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا

قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي

الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على

ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو

كان من المستحيل عليه بسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في منارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما

قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا

أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه

التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب

قانونها صدر الحكم.

2- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أو ترفض الاعتراف

والتنفيذ إذا تبين لها:

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد { 1.

إذا فالأسباب التي توجب رفض التنفيذ بناء على طلب أحد الأطراف بحسب ما جاء في المادة

1/5 من الاتفاقية هي:

- 1- عدم صحة اتفاق التحكيم أو نقص أهلية أحد الأطراف.
- 2- عدم احترام حقوق الدفاع.
- 3- تجاوز المحكمين لحدود المهمة المخولة لهم من قبل الأطراف.
- 4- مخالفة القواعد الإجرائية التحكيمية المتفق عليها، وعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم.
- 5- إذا أبطل الحكم أو أوقف تنفيذه.

أما الأسباب التي تجيز للقضاء المختص رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسه بحسب ما جاء في المادة

2/5 هي:

- 1- عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم.
- 2- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام.

وتتوجه الأسباب التي أوردتها الاتفاقية إلى الأنظمة الوطنية لانضمامها إليها قانونا على نحو لا يجوز معه للمشرع أو للقضاء في أي من الدول المتضمن إليها مخالفة أحكامها، مما يعني ممارسة القضاء الوطني لرقابة فعالة تضمن تحقيق الأهداف الأساسية لعملية التحكيم والاكتفاء بالحد المعقول الذي يكفل صحة أحكام التحكيم<sup>1</sup>.

وقد أورد المشرع الجزائري القواعد المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم في المواد (1035، 1036، 1037، 1038) بالنسبة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء، وهي تسري على كافة أحكام التحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.

أما ما يخرج عن نطاق هذا القانون التحكيم في العقود الإدارية الدولية الذي يتم خارج إقليم الجزائر ولم يتفق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون، فتنفيذ هذا الحكم الذي يصدر في هذا النوع من التحكيم يخضع لاتفاقية نيويورك لعام 1958.

ويؤكد ذلك ما جاءت به المادة 02 من الاتفاقية التي أوجبت على كل الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا للقواعد المتبعة في الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم وفق شروط ورسوم أقل شدة من تلك التي تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

وتطبيق أحكام هذه الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب منها الاعتراف، وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها سواء كانت ناشئة بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما تطبق أيضا على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدول المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام<sup>1</sup>، وهذا حسب نص المادة 1 من الاتفاقية.

### الفرع الثاني: سلطة المحكمة من خلال التنفيذ

#### أولا: الجهة المختصة باستصدار أمر التنفيذ

في الصور السابقة التي عرضنا فيها لرقابة أو اختصاص القضاء كان الأمر اختياريًا بالنسبة لأطراف النزاع في اللجوء للقضاء أما في هذه الحالة فاللجوء للقضاء أمر إجباري لتنفيذ حكم هيئة التحكيم إذا رفض من صدر ضده الحكم تنفيذ حكم هيئة التحكيم إذا رفض من صدر ضده الحكم تنفيذه طواعية، ولهذا فإنه رغم أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يكون حائز لقوة الأمر المقضي به<sup>2</sup> وواجبا نفاذه بمجرد صدوره فإنه لا يكون مشمولًا بالنفاذ، ومن ثم لا بد من صدور قرار من القضاء المختص بتنفيذ هذا الحكم

1- > A ; B- : ! 259 - 260.

2- ( 1031 % -2 % < . 1 2 1 .

وبطبيعة الحال فإن هذا ينطبق على التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي الذي اتفق على إخضاعه لأحكام القانون الجزائري<sup>1</sup>.

يقضي القانون الجزائري في نصوصه بأنه ينعقد الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم -

سواء التحكيم الداخلي أو الدولي - لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم<sup>2</sup>.

ويشار إلى أن مسألتي الاختصاص النوعي والمحلي لرئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر

بالتنفيذ تعد من النظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها. فقد تم توزيع الاختصاص النوعي والمحلي

كالتالي:

-الاختصاص النوعي: طلبات تنفيذ أحكام التنفيذ الداخلية والدولية الاعتراف بها هي من اختصاص

رئيس المحكمة.

-اما الاختصاص المحلي: فبالنسبة للتحكيم الداخلي يؤول الاختصاص الى المحكمة التي صدر حكم

التحكيم في دائرة اختصاصها، اما بالنسبة للتحكيم الدولي فانه يفرق بين حالتين: الحالة الاولى اذا كان مقر

هيئة التحكيم متواجدا بالجزائر هنا الاختصاص يؤول الى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة

اختصاصها. الحالة الثانية اذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا خارج الجزائر وهنا الاختصاص هو لمحكمة

محل التنفيذ<sup>3</sup>.

B- 1 & 1 7 " 2 < /& ! \$ A 1 2 & : \* 8 :

" \$ -1

80 -79 :!

.1 2 1 . < -2 % % 1035 ( -2

. - 1 2 1 . < -2 % ; \* =# 1 G > L % \$ % ; - 3

! 2010 . 08 : +,- 1 : . A . L O ( \$ , % \$ 1 \$\*1 1

.65

ويتضح مما ورد سابقا أن الجهة القضائية المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية يكون لرئيس المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم.

### ثانيا: سلطات القاضي في التنفيذ

#### 1- حدود سلطات القاضي في إصدار الأمر بالتنفيذ:

يختص رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه أو رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم وقع خارج الإقليم الوطني بإصدار الأمر بالتنفيذ.

ويجب على القاضي الأمر أن يتأكد من المسائل التالية:

أ- أن طالب التنفيذ قام بإيداع أصل أو نسخة من حكم التحكيم واتفاقية التحكيم.

ب- أن يقدم طلبا مرفقا بالمستندات اللازمة.

ج- يجب أن يتحقق من توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيذ وتقتضي تلك الشروط ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي في الجزائر.

وجدير بالملاحظة فإن سلطات القاضي الأمر تنحصر في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية في حين أنه ليس من حقه أن يبحث في موضوع النزاع من حيث مدى صحة قضاء التحكيم فهو مختص فقط بمراقبة الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار حكم التحكيم وأنه في حالة ملاحظته أية مخالفة التي تؤدي إلى البطلان وجب عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ وتبعاً لذلك فإن دور القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ يقتصر على الرقابة استناداً إلى الأسلوب الذي تبناه المشرع الجزائري، وهو أسلوب الرقابة ولم يأخذ بأسلوب المراجعة<sup>1</sup> وهو النظام الذي كان سائد في القضاء الفرنسي لحقبة

1- ( -9: < . # -D - 1 - 1 - 1 : A ! ; 1 . , , .  
7 1 \$ Y 7 < , - D ; 2009 1 ! : 224 - 225 .

طويلة من الزمن والجزائر كانت مشمولة بهذا النظام باعتبارها مدمجة في النظام الفرنسي إلى غاية 1962 للتحقق من اكتمال الحكم أو القرار الأجنبي وحيازته للشروط الأساسية لتنفيذه، ومضمون هذا النظام هو أنه مخول للقاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي أن يتحقق زيادة على توافر الشروط الأساسية من أن القاضي الأجنبي قد أحسن القضاء، بمعنى أنه مخول بفحص الحكم أو القرار الأجنبي من حيث الشكل والموضوع، وبناء على ذلك يستطيع القاضي أن يفسر العقد الذي تناول موضوع النزاع الذي صدر بموجبه الحكم ويقدر الضرر الناجم كما له أن يحقق في مدى مشروعية هذا العقد أو بطلانه، وهو ما عبر عنه الفقه بأن السلطة الممنوحة للقاضي الأمر بالتنفيذ تحد من حجية الحكم أو القرار الأجنبي خارج البلد الذي صدر باسم سيادته وقد انتقد هذا النظام انتقاداً شديداً باعتباره فتح باب التحكيم وعرقله التنفيذ بعكس ما يهدف إليه التحكيم<sup>1</sup>.

إذا تنحصر سلطات القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن يتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم، أو أن يقوم بتعديله غير أنه يجوز له أن يصدر الأمر بتنفيذ شق من حكم التحكيم دون الشق الآخر، وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بموجب الأمر بالتنفيذ<sup>2</sup>.

وهذا النظام - نظام المراقبة - جاء به القضاء الفرنسي إذ أخذت به لأول مرة محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ 1955.10.21 حيث جنح القضاء إلى العمل بنظام المراقبة تدريجياً بحيث قلص من صلاحيات قاضي الأمر بالتنفيذ، غدت أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً في 1964.01.07 والمعروف بقرار "منزار"<sup>3</sup> كنقطة تحول حاسمة بالنسبة لتدخل القضاء الوطني، حيث صرح فيه بأن

1 - \$ 8 ; A 1:- ( - ) & 1 1 ! .138  
 2 - ( , - ) B- : .225 !  
 3 - A ! B+ : 1964.01.07 > & , \* : S ... % ( MUZER \$ .  
 1926 & 8 \$ . 1958 1 /& M , MUZER B\* AP 1&  
 # 1- , H 1930 # 1- , % \* \* /& \* . & \* < /& 6 \*



سلطة القاضي تنحصر في المحافظة على النظام القانوني والمصالح الوطنية فحسب، إذ لخص هذا الحكم في ملاحظتين هامتين:

❖ **الأولى:** أنه يجب على قاضي الأمر بالتنفيذ أن يتأكد من أن الحكم أو القرار الأجنبي المطلوب

تنفيذه تتوفر فيه الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذه وهو في هذه الحالة ملزم بإجراء فحص شكلي دون حاجة إلى التعرض إلى موضوعه.

❖ **الثانية:** يجب أن يقتصر الفحص للحفاظ على النظام القانوني والمصالح الوطنية دون أن يتعدى

ذلك لموضوع الحكم أو القرار الأجنبي<sup>1</sup>.

كما أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية، بحيث لا يجوز وفقا للمادة

32 منها للسلطة القضائية المختصة في دولة التنفيذ أن تبحث في موضوع الحكم أو القرار ما عدا تحققها من توافر الشروط الشكلية المطلوبة لتنفيذه<sup>2</sup>.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فقد جاء خلوا من الإشارة إلى كيفية تنفيذ

الأحكام والقرارات التحكيمية الأجنبية بصورة مفصلة، غدت تؤكد المادة 1035 على أنه يكون حكم التحكيم

النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة

اختصاصها، مع الإذن لرئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن

يطلبها من الأطراف<sup>3</sup>، وعليه يكون اعتمادنا في هذا المجال على هذه النصوص وأحكام الاتفاقيات الدولية

والإقليمية والثنائية.

! \* \* # Z / & ' 6 G . ? # > EA . / W & 1 % 1 \$ A ; D ; +  
 .144 ! B- ( \$ ; A U 6 # D \* & ; 1 & & 1 :- J /  
 .144 ! B- : ( \$ ; A -1  
 6 9 H : > K 1 \$ A 1 + / & 1 + 1 \$ & S : % 1 L % 32 ( ! -2  
 ? # 1 L ) # = \* ! \$ 6 \* . \* % # 9 & ) # > L  
 .U... = \* 1- . 8 < & % ? # 1 + ) # = & J / ! W : %  
 .1 2 1 . < -2 % % 1036 ( -3

فالاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول العربية وغير العربية تجمع على النص بأن دور القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ -منح الصيغة التنفيذية- ينحصر في التحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لذلك، بحيث لا يجوز للقاضي الوطني أن يبحث في موضوع الدعوى بل عليه فحص الشروط الشكلية الخارجية للقرار المطلوب تنفيذه فإن لم تتوفر هذه الشروط، كان له أن يرفض منح الصيغة التنفيذية.

يتبين من ذلك بكل وضوح أن النظام القانوني الجزائري شأنه في ذلك شأن التشريعات العربية التي تقتبس من النظام الفرنسي، الذي يأخذ بنظام المراقبة القضائية للأحكام والقرارات التحكيمية الأجنبية. أما في الجزائر فإنه رغم عدم ورود النص على النظام المختار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القضاء منذ الاستقلال سار على العمل بنظام المراقبة إسنادا للاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال التعاون القضائي.

حيث تجمع على أن سلطة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ تنحصر في بحث الشروط الخارجية لتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي دون الخوض في موضوع الحكم أو القرار، فالقاضي ملزم بتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية وفقا للتدابير و الإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والثنائية وأحكام المواد: 1035 - 1036 - 1037 - 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن القاضي الجزائري مجبر على احترام تلك النصوص القانونية وتطبيقها، ومن ثمة لا يمكن القول أن النظام القانوني الجزائري يأخذ بنظام المراجعة بل منذ الاستقلال وهو يطبق نظام المراقبة القضائية<sup>1</sup>.

ومن نافلة القول أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بدون أمر التنفيذ وهو الذي يرفع من مقامه إلى مرتبة الأحكام القضائية، وحكم التحكيم لا يعد سندا تنفيذيا في ذاته، بل هو جزء من السند التنفيذي وهذا الأخير يتكون من جزئين الأول يتمثل في حكم التحكيم والتالي يتمثل في أمر التنفيذ، وبناء على الطلب

1- A - ; \$ ( : B- :! 146 - 147.

الذي يقدمه المحكوم له إلى رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وهو يصدره وفق أحكام القواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية فيقوم طالب التنفيذ بتقديم الطلب بالتنفيذ في شكل عريضة طبقاً لأحكام المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> مشتملة على وقائع وأسانيد الطلب، مع تحديد مواطن مختارة للطالب في دائرة اختصاص المحكمة المقدم إليها الطلب، ويفصل رئيس المحكمة في الطلب المقدم إليه وفقاً لاختصاصه الولائي، وأن ما يؤكد طابع العمل الولائي لاختصاص رئيس المحكمة أن دوره ينحصر في إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام المحكوم، فهذا الأخير لا يدعي أي اعتداء يكون قد وقع على حقه أو مركزه القانوني، وإنما يواجه عدم فعالية إرادته، فقد حصل على حكم التحكيم ولكنه لا يمكن الاعتراف له بمركز الدائن في دولة التنفيذ، إلا بعد حصوله على تأشيرة من طرف السلطة المختصة، وبالتالي فإن المحكوم له لا يدعي أي اعتداء ومن ثم فالقاضي لا يجد نفسه مدعواً إلى حل نزاع، وإنما هو مدعو إلى إزالة العقبة القانونية وذلك عن طريق منحه تأشيرة إلى حكم التحكيم كي يدخل إلى زمرة الأحكام القضائية وتبعاً لذلك يعد الأمر بالتنفيذ عملاً ولائياً بكل المقاييس وليس عملاً قضائياً، وهو الأمر الذي يتماشى مع دور القاضي الذي ينحصر في رقابة هذا الحكم فإذا وجدوه مطابقاً مع أحكام القانون منح له التأشيرة.

أما إذا وجد غير مطابق مع أحكام القانون امتنع عن إعطاء له تلك التأشيرة دون إعادة الفصل في

موضوع النزاع، ولما كان عمل القاضي الأمر عملاً ولائياً، فهو في الأصل أمره على ذيل العريضة<sup>2</sup>.

#9 [ +8 9 ( 2 % / 1 : % % H- % A % 1/ : & S :! 311 ( -1  
 .1 \$A 1/ : 1 # H- \* 1 + 1 \$A % 1 & 1/ : .  
 ; - ; EA # 1/ ; 1 \$D 1A < # E % 1/ D % % H-  
 .U 8 " H L & ) \$ T % 18E8  
 & ? # 6 = ; \$ # D B / % ! 1 . < -2 % \* -2  
 1\$ A 1 ' + % D \$ % / & 1035 - ! % % \* 20 458 ( 6 !  
 1 + L D \* 1 : & \* \$ 6 : . J D # = ; % %  
 .227 - 226 : ! B - : ( , 1/ : ; # \$

## 2- سلطة القاضي في تنفيذ حكم التحكيم والنظام العام:

تحدد سلطة القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين على الوقوف على مدى صحة أو مخالفة اتفاق التحكيم مع النظام العام ومدى قابلية النزاع لعرضه على التحكيم، وكذلك مدى صحة أو مخالفة حكم التحكيم نفسه مع النظام العام، لانه اذا خالف المحكم النظام العام الداخلي فان حكم التحكيم يكون عرضة للإبطال.<sup>1</sup>

فيجب على القاضي التحقق من ضرورة خلو حكم المحكمين من العيوب الإجرائية التي تلحق به، وهذا التحقق تقتصر فيه سلطة القاضي على التثبت من صحة الحكم وخلوه من أسباب البطلان، كالتحقق من صحة عقد التحكيم وإجراءات التحكيم وصدور الحكم في حدود الاتفاق التحكيمي، فهي رقابة ظاهرية تقتصر على العيوب الظاهرة أي التي يمكن اكتشافها بمجرد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم.

وهذه الرقابة الظاهرية تتجلى في ثلاثة أمور:

## ❖ الأمر الأول:

أن لا يكون الاتفاق على التحكيم شرطا كان لم مشاركة ظاهر البطلان أو منعدما.

## ❖ الأمر الثاني:

ألا يتعارض حكم المحكمين مع مقتضيات النظام العام ويكتفي هنا بالألا يكون التعارض ظاهريا، أي من الوجهة الخارجية وليست نتيجة تحقيق داخلي أو موضوعي.

ونظرا لصعوبة تحديد مدلول معين لفكرة النظام العام باعتبارها فكرة ذات مفهوم متغير، وأيضا النظر إلى التحكيم باعتباره عدالة منافسة لقضاء الدولة كان من نتيجته أن خرج القضاة عن الوظيفة الرقابية الظاهرة إلى بحث متعمق وداخلي لحكم التحكيم، بدعوى التحقق من السلامة الإجرائية، وقد

انعكس ذلك سلبا على عملية إصدار الأمر بتنفيذ الحكم وهو ما عبر عنه البعض بأنه يمثل عملية قتل لعملية التحكيم وقد تجلى ذلك في أحد مظهرين، الأول هو التباطؤ في إصدار أمر التنفيذ والثاني هو عدم إصدار الأمر أصلا.

### ❖ الأمر الثالث:

أن شرط التحكيم يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً.

والحال كذلك فقد كان لزاماً للمشرع الوطني أن يوفق بين سلطة القاضي في إصدار أمر التنفيذ وضرورة احترام النظام العام<sup>1</sup>.

وهكذا ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع الجزائري قد أعطى المحكمة التي تنظر الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أن تراقب مدى تطابق الحكم المطعون فيه مع النظام العام<sup>2</sup>. ولقد ثار التساؤل عن أثر بطلان شق من اتفاق التحكيم أو شق من حكم المحكم على الأجزاء الأخرى من الاتفاق أو الحكم ومدى إمكانية صحة أو تنفيذ هذه الأجزاء.

ذهب رأي في الفقه إلى أنه ليس أمام القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ إلا أن يقبل حكم المحكم أو يرفضه برمته، فلا مجال لفكرة إصدار الأمر بالتنفيذ الجزئي أو أن يقرن أمر التنفيذ بتحفظ ما وذلك لأن الأمر بالتنفيذ الجزئي يستدعي من القاضي فحصاً متعمقاً لحكم المحكمين وهو ما لا يملكه<sup>3</sup>.

وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري حيث لم يتطرق في أي من مواده إلى إمكانية صدور أمر بالتنفيذ الجزئي لحكم التحكيم وهو ما يعني أن يصدر القاضي المختص أمر بالتنفيذ لحكم التحكيم برمته.

1- \$ : ' : \* / < 1 , K 6&\* L B - = . + / & 1 18  
 2- D 1 % & % 13 1 : 8 2005 !: 161 - 162 .  
 3- ( 641056 % % -2 % < . 1 2 1 .  
 \$ : ' B- ! 167 .

## الفرع الثالث: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري

إذا كانت إشكالية عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذ حكم التحكيم قد تبدو محدودة الأبعاد إذا ما ظلت في إطار النظام القانوني الداخلي فإن جوانبها قد تتنامى وتتعاظم إذا ما تعلق الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ومرجع ذلك أن هذه الأحكام الأخيرة تصدر عن أشخاص تابعين لدول أخرى وطبقت بشأنها قواعد قد تغاير وتباين تلك التي يطبقها القاضي الوطني، ولعل الطبيعة الأجنبية لحكم والتحكيم لا تشكل مصدر الصعوبة الوحيد في إطار تنفيذ أحكام التحكيم، حيث أن حضور الإدارة كطرف في إجراءات التحكيم يثير الكثير من المشاكل خاصة فيما يتعلق بفاعلية أحكام التحكيم الصادرة ضدها، التي رفضت الانصياع لها أو احترامها، وبالتالي يثار التساؤل عن ما إذا كان نظام الأشخاص المعنوية العامة يسمح بخضوعها لقواعد التنفيذ الجبري حال امتناعها عن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها ؟ وإذا كانت الإجابة بلا، فما هي إذن الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لتحقيق الفاعلية اللازمة لهذه الأحكام ؟

## أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية

طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>1</sup>، فإن حكم التحكيم الوطني لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد صدوره، وإنما يستلزم الأمر اللجوء إلى القضاء الوطني لوضع الصيغة التنفيذية عليه، وينبغي على طالب التنفيذ أن يودع أصل حكم التحكيم مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم قلم المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم، كما يجب أن توضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم مرفقاً به نسخة من اتفاق التحكيم قلم المحكمة، كما يجب أن توضع الصيغة التنفيذية على أصل حكم التحكيم، واشتراط اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل استصدار أمراً بتنفيذ حكم التحكيم هو أمر أجمعت عليه كافة التشريعات<sup>2</sup> ومنها المشرع الجزائري، ويجب التفرقة بين حجية الشيء المقضي به

-1 ( 1035 % -2 % . < 1 2 1 .

-2 : ' B- ! .595

لقرار التحكيم حسب نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبين قوته التنفيذية، فمن المعلوم أن حجية الشيء المقضي به هي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يعلنها القرار الصادر بحل المنازعة على نحو أو آخر، سواء أكان حكما قضائيا أو كان قرارا صادرا في تحكيم، وتعني هذه القرينة أن الوقائع المثبتة والحقوق التي قررت لا يمكن مناقضتها من جديد وباعتبار هذه الحجية هي عنوان للحقيقة فإنه يكون من ناحية لطرف النزاع أن يتمسك بالحكم أو القرار الصادر لصالحه وبكافة الميزات المترتبة عليه، ومن ناحية أخرى فإنه يستحيل طرح النزاع المقضي فيه من جديد على أية جهة قضائية أخرى.

وإذا كانت حجية الشيء المقضي به سمة أصلية وأساسية من سمات العمل القضائي وتتناقض جذريا مع فكرة العقد الذي يجوز تعديله أو فسخه بإرادة الأطراف، فإن الطبيعة القضائية للتحكيم وما يصدر عنه من قرارات تتأكد من خلال ما لهذه القرارات من حجية الشيء المقضي به بين أطراف المنازعة، إلا أن تكون باطلة لمخالفتها للنظام العام.

ولا تكتسب قرارات التحكيم حجيتها فيما قضت به بين الخصوم من اتفاق التحكيم كما يزعم البعض ولكنها تستمدّها من القرينة القانونية القاطعة التي تقرها، كما أنها لا تكتسب هذه الحجية من أمر التنفيذ الذي يقتصر دوره على إعطائها القوة التنفيذية ذلك لأن أمر التنفيذ ليس في حقيقته إلا عملا إداريا لا يمد قرارات التحكيم بأية حجية للشيء المقضي به لأنه لم يقص في شيء.

وعلى ذلك يتعين التفرقة في قرارات التحكيم بين حجيتها بالنسبة للشيء المقضي به ومصدرها قرار التحكيم ذاته باعتباره عملا قضائيا وبين قوتها التنفيذية ومصدرها أمر التنفيذ.

إن حجية الشيء المقضي به في قرار التحكيم شيء وقوته التنفيذية التي يسيغها عليه أمر التنفيذ شيء آخر، فالأولى تكتسبها قرار التحكيم باعتباره عملا قضائيا، ولو أن الثانية لا يكتسبها إلا بعد صدور

أمر التنفيذ، وإذا كان هذا الأمر الأخير يبدو ضروريا باعتباره مجرد ترخيص من طبيعة إدارية، إلا أنه لا يغير من الطبيعة السابقة لقرار التحكيم ليجعله حكما قضائيا<sup>1</sup>.

### ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

#### 1- قواعد التنفيذ الواردة في القانون الداخلي:

لقد أحال المشرع الجزائري بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى النصوص الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية فقد نصت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: { تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي } وهي المواد المتعلقة بالتحكيم الوطني.

ونظرا للطبيعة الخاصة لأحكام التحكيم الأجنبية فقد وضع المشرع الجزائري بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة تلك الأحكام، فيجب ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي على نحو ظاهر حتى يمكن الاعتراف به وتنفيذه في الجزائر بواسطة قاضي التنفيذ<sup>2</sup>.

ووفقا لنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup> فإنه يجوز استئناف القرار الصادر برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو منحه الصيغة التنفيذية أمام المجلس القضائي على أن يكون ذلك خلال مهلة شهر تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة<sup>4</sup>، أما القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية فلا يجوز استئنافه إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup>.

1- / : / % / 1 - " & 3 & 51 - 1 & 1: . D 1 .

2- 8 : 1 8 1 1984 :! 51 - 52 - 53 .

3- ( ! 6 41056 % % -2 < . 1 2 1 .

4- ( 1055 % & % 09-08 ! :6 % S : & / W\* L W\* > # E .

5- ( 1057 % % -2 < . 1 2 1 .

5- : ' B- :! 598 - 599 .



## 2- تنفيذ أحكام المحكمين وفقا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958:

تأخذ اتفاقية نيويورك بضابطين لتحديد معنى حجم التحكيم الأجنبي الذي يخضع لأحكامها، الأول هو ضابط مكان صدور الحكم، حيث تنص المادة 1/1 على أن: { تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية }.

أما الضابط الثاني فيخص أحكام التحكيم التي تصدر على إقليم دولة ويراد تنفيذها في إقليم الدولة نفسها إذا كانت هذه الدولة تعتبر أن هذه الأحكام هي أحكام أجنبية رغم صدورها في إقليمها وهو ما جاء في المادة 01 حيث تنص على أنه: { كما تطبق أيضا (الاتفاقية) على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام } ويمكن مواجهة هذه الحالة عندما تأخذ دولة من الدولة بضابط جنسية المحكمين أو القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو صدوره من هيئة تحكيم داخل الدولة ويكون لهذه الهيئة نظامها الخاص باعتبارها هيئة دولية

ومما يجدر ذكره أن الاتفاقية فيما يخص حكم التحكيم الأجنبي الذي يطلب تنفيذه في دولة عضو في الاتفاقية<sup>1</sup>، لا تشترط أن يكون صادرا في دولة عضو في الاتفاق ما لم تتحفظ الدولة المنضمة إلى الاتفاق عند انضمامها على ذلك وتشترط أن يكون حكم التحكيم الذي يراد الاعتراف به وتنفيذه صادرا في إقليم دولة أخرى عضو في الاتفاقية، لذلك أباحت تلك الفقرة للدولة التي تريد الانضمام للاتفاقية الحق في التحفظ عليه حين نصت في المادة 1 / 3 على أن: { لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتناد تطبيقها عملا بنص المادة 10 أن يصرح على أساس المعاملة بالمثل

أنها ستقتصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة<sup>1</sup>.

وتشترط الاتفاقية في اتفاق التحكيم للاعتراف وتنفيذ الحكم المنبثق عنه عدة شروط أوردها المادة الثانية منها، وتتلخص هذه الشروط بأن يكون هناك اتفاق مكتوب على التحكيم، وأن يكون موضوعه مما يجوز التحكيم فيه، وأن يكون الاتفاق صحيحا وقابلا للتطبيق، كما يجب أن يطلب الخصوم إحالة الأمر إلى التحكيم.

وأوردت المادة الثالثة والرابعة إجراءات طلب التنفيذ، أما المادة السادسة فقد أوردت إجراءات طلب وقف التنفيذ وسناقش كلا من المجموعتين في بند مستقل.

#### أ- إجراءات طلب التنفيذ:

تلتزم الدول المتعاقدة بالاعتراف بجميع أحكام التحكيم التي تنطبق عليها أحكام اتفاقية نيويورك، وعلى كل منها أن تأمر بتنفيذها وفقا لقواعد المرافعات المتبعة في إقليم الدولة المطلوب إليها التنفيذ، ولقد أباحت المادة الثالثة لاتفاقية نيويورك أن تفرق الدول المتعاقدة بين أحكام التحكيم الوطنية والأحكام الأجنبية من حيث الشروط ومن حيث الرسوم القضائية، ولكنها اشترطت ألا تكون تلك الشروط أكثر شدة أو أن تكون الرسوم القضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، ولكن الملاحظ على المادة أنها لم تحدد مدى الشروط أو الرسوم التي تكون اشد بدرجة ملحوظة مما يعد ثغرة في اتفاقية نيويورك كان من الواجب سدها، أما الشروط التي يجب توافرها هي:

1- - 2 ( 9 % , - + . % J D ; 8 \$ & 6 ; A ! ; 6 \$ & 8 ; D J % . + , - % 9 ( 2 - - 1  
 1 E 1 L9 1 D 1 \$ ( 9 ( K A 1 : ( ! A 8  
 1 - \$ & 6 E 1 L9 1 1 , . 1+ % E . 1 & 3 1 Q & 51  
 H \$ > - 1 \* & .

1- أن يقدم طالب الاعتراف والتنفيذ أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

2- أن يقدم طالب الاعتراف والتنفيذ أصل الاتفاق المكتوب أو صورة عنه تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

3- أن تكون المحررات السابقة مترجمة ترجمة رسمية بلغة البلد الذي يراد إليه التنفيذ إذا كانت محررة بغير تلك اللغة، والترجمة الرسمية هي تلك الموثقة بشهادة مترجم أو محلف رسمي أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.<sup>1</sup>

#### ب- إجراءات طلب وقف التنفيذ:

كما جاء في المادة السادسة من اتفاقية نيويورك، يحق للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه التنفيذ أن توقف حكم التحكيم إذا رأت لذلك مبرراً، وكما هي صياغتها لا يكون ذلك إلا إذا كان قد طلب إلغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم أو الذي صدر الحكم بموجب قانونه، أو كما جاء بتعبير الاتفاقية: { للسلطة المختصة المطروح أمام محاكمها – إذا رأت مبرراً – أن توقف الفصل في هذا الحكم إذا كان قد طلب إلغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة (هـ) من المادة السابقة }<sup>2</sup>.

ونلاحظ أن حكم المادة قد أدخل الدولة التي صدر الحكم بموجب قانونها طرفاً في موضوع وقف التنفيذ عندما أحال إلى حكم الفقرة (هـ) من المادة الخامسة الذي حوى ذلك والملاحظ بهذا الشأن يستدعي عدم إمكانية تأثير تلك الدولة في شأن إصدار حكم أو تنفيذه سوى تطبيق المحكم لقانونها لحل النزاع القائم،

1- ( ! ) 04 % 1 ? % L > # -D 1 \$ \* ( 1958 .  
2- ( = 45 % 1 ? ! % S : 6 , Y \$ , \$ A 6 C 6 1 \$ A 1 .  
\* \* H- \$ .U

اللمم إلا إذا كانت هي البلد المطلوب إلى محاكمها التنفيذ أو كانت البلد الذي صدر فيه الحكم بالإضافة إلى تطبيق قانونه على موضوع النزاع في التحكيم<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها

إذا كان الأمر الصادر من القضاء بتنفيذ حكم التحكيم هو الذي يسمح للطرف الصادر لصالحه الحكم بأن يلجأ إلى وسائل التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص من أجل إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ باحترام الحكم الصادر عن قضاء التحكيم، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد: هل يجوز اللجوء إلى تلك الوسائل من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم الذي رفضت أو تراخت في تنفيذه؟ في الواقع إن تطبيق وسائل الإجبار المنصوص عليها في القانون الخاص على الإدارة بهدف تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها هو أمر لا يمكن تصوره، ذلك أن استخدام تلك الوسائل ضد الإدارة من شأنها الاصطدام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام، وبخاصة حصانة الدولة ضد التنفيذ.

ومن الجدير بالذكر إن إشكالية تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة تدخل في إطار مشكلة أخرى أكثر عمومية، وهي تنفيذ الأحكام الإدارية، هذه المشكلة التي استحوذت على اهتمام فقه القانون العام، فمما لا شك فيه إنه في إطار الدولة القانونية تكون الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس فإن الصيغة التنفيذية التي توضع على حكم التحكيم الصادر في منازعة إدارية لا تنتج أثرها بالنسبة لكل الأشخاص الذين رفضوا الانصياع أو الخضوع لهذا الحكم، ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي جواز لجوء الإدارة إلى قواعد التنفيذ العادية من أجل إجبار المحكوم ضده على تنفيذ حكم

1- / % :% # % -D 1 \* & % & 1 - 22 1 : 1

1998 !: 38 = .

2- = 9 % J , - " \* % -2 < . 1 2 1 -9 < - 6 EA % -9 2 (

# D = 1 2 = 1 C = 1 1 \* # = 1 980( .

التحكيم الصادر لصالحها، فإن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها إذا كان هذا الحكم صادرا ضد الإدارة ورفضت تنفيذه، لأن الإدارة تستطيع أن تدفع بحصانتها ضد طرق التنفيذ العادية.

### 1- وسائل الإيجاب المنصوص عليها في القانون الداخلي:

إن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية أمر لا يتعلق فقط بالمجال الدولي، ولكن نلمس أثره كذلك في المجال الداخلي، فالأشخاص المعنوية العامة تستطيع أن ترفض تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها والحائز على حجية الشيء المقضي به دون أن يستطيع المحكوم له استخدام طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص، كالحجوز بكافة أنواعها التحفظية والتنفيذية سواء كانت على المنقول أم على العقار.

هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه غير عادي ومؤلم قد تواترت عليه جهة الإدارة بشكل ملفت للنظر وقرها في ذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي.

كما أن أموال الأشخاص المعنوية العامة غير قابلة للحجز عليها، ويستبعد بشأنها تطبيق طرق التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص.<sup>1</sup>

وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري حيث نصت المادة 689 من القانون المدني على انه: "لايجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها." ويترتب على ذلك أن تنفيذ الأحكام الإدارية يعتمد في الأساس على إرادة جهة الإدارة، بحيث إذا رفضت تنفيذ الحكم الصادر ضدها فإن المحكوم له لا يستطيع أن يتخذ ضدها إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون الخاص، وإزاء هذا الوضع الذي يعتبر مجافيا للعدالة، ويتعارض مع أبسط قواعد الديمقراطية<sup>2</sup>.

1- : ' B- ! 606 - 607.

2- : ' B- ! 609.

ثم اصدر المشرع الجزائري القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي تناول مسألة الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية وأجاز للقاضي الإداري بأن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام، وذلك في حالات عدم تنفيذ الأحكام القضائية أو التأخير في تنفيذها<sup>1</sup>.

فجاء في نص المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: { يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها }.

وعلى ذات المنوال أعطى المشرع الجزائري للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

وإذا كان القانون السابق بيانه يخص الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد: هل يسري هذا القانون أيضا على أحكام التحكيم الإداري أم أن مجال إعماله يقتصر فقط على أحكام القضاء الإداري؟

إن القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز للقاضي الإداري فرض غرامة مالية على الإدارة حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة على قوة الأمر المقضي به<sup>2</sup>، ويرى جمهور الفقه أن هذا القانون يمكن تطبيقه على كافة الأحكام ومنها أحكام التحكيم الإداري.

1- < /& > 2 " +,- " % 1 C 1 \* H## \* 1 1 C % " +,- " 2 < /& > 1 -1  
 & ' 1 \* ? . / . : - , 1 C 1 ( 2 \* % . K A . -  
 - , . / & " 2 < - 8 % 09-08 EA > , - 1 C 1 1 % % T %  
 O@ : ' \* , . 2 1 = 1 : 1 8 2006 ! 495 .  
 - 2 < \* ( 981 % % -2 < . 1 2 1 1 : 6 S \* 1 # +/  
 # & 1 - /& 1 H ?# = - , ; - # D C 1 U 1

وبالإضافة إلى ذلك، فإن المحكوم له يستطيع أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء من أجل إجبار الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم، فإذا أفصحت الإدارة عن إرادتها الصريحة بعدم تنفيذ حكم التحكيم أو تمثل هذا الامتناع في شكل ضمني، فإن من وسع المحكوم له أن يطعن بالإلغاء في قرار الإدارة الإيجابي أو السلبي بعدم تنفيذ حكم التحكيم، ويستفيد بالتالي من سلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ حكم التحكيم وهكذا، فإن وسائل الجبر السابق بيانها يمكن أن تشكل سلاحاً بيد المحكوم له يستطيع أن يستخدمها لكي يجبر الإدارة على الامتثال لحكم التحكيم الصادر ضدها واحترام حجية الشيء المقضي به.

وتبدوا مشروعية تدخل القاضي الإداري في هذه الحالة كامتداد طبيعي لمهمته في إرساء العدالة في المجتمع، وأن ذلك لا يتسنى إلا إذا أو كل للقاضي الإداري مهمة الرقابة على كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم الإداري، سواء كان تحكيماً وطنياً أو دولياً<sup>1</sup>.

## 2- تمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ في المجال الدولي وحدودها:

إن من المبادئ الأساسية المستقرة في القانون الدولي أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، ويقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة والاستقلال والمساواة بين الدول، وعلى ذلك لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني لأن هذا يمس سيادة الدولة الأخيرة فكل دولة في علاقاتها المتبادلة تحرص على ألا تخضع لغير سلطان قضائها.

وإن دخول الدولة في علاقات اقتصادية مع الأطراف الأجنبية وإدراجها لشرط التحكيم، فإن السلاح الأفضل لها، حال حدوث نزاع إذا ما حاولت التخلص من قبولها عملية التحكيم يتمثل في القيام بعدد من الأفعال والإجراءات لعرقلة عملية التحكيم، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات

سيادة حيث يعتبر مبدأ الحصانة ملازما لطبيعة الدولة وينطوي على أن الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد سلطة هيئة التحكيم<sup>1</sup>.

وتمسك الدولة بحصانتها ضد التنفيذ عبارة عن إجراء تسعى الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي اتخذها أو يريد أن يتخذها لمن في يده حكم تحكيمي أو قضائي صادر ضدها وتستطيع بذلك أن تمنع السلطة القضائية من اتخاذ أية إجراءات ضدها ويرى فريق من الفقه بأن حصانة الدولة ضد التنفيذ تعد حصانة مطلقة تستطيع الدولة التمسك بها بصرف النظر عن نوع العقد الذي أبرمته، وقد أرجع الفقه السبب في ذلك إلى أن التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الدولة يؤدي إلى إحداث خلل جسيم في العلاقات الدولية، ويشكل انتهاكا شديدا لسيادتها.

وينتهي هذا الفقه إلى أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تتنازل عن حصانتها القضائية أو كانت لا تستطيع التمسك بتلك الحصانة عندما تكون الدعوى الموجهة ضدها تتعلق بنشاطاتها الخاصة، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لحصانتها ضد التنفيذ التي تستطيع الدولة أن تتمسك بها في كافة أعمالها الإدارية والخاصة<sup>2</sup> وبالتالي يجوز الدفع بالحصانة القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية والتمسك به، وهذا لأن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية أمام قضاء الدولة الأجنبية لا بد أن يكون صريحا ولا يفترض، ولا يعتبر وجود شرط التحكيم في حد ذاته أمر يعول عليه للقول بوجود إرادة ضمنية من قبل الدولة للتنازل عن حصانتها فإذا كان شرط التحكيم يسلب من الدولة التمسك بحصانتها أمام هيئات التحكيم باعتبارها قضاء خاصا لا يخشى منه المساس بسيادتها واستقلالها، فإن عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم، أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تتمسك الدولة بحصانتها أمامه.

1- > A ; B- ! 282.

2- ' : B- ! 216 - 217.



ويذهب جانب آخر إلى أن خضوع الدولة لقضاء دولة أجنبية لا يمس حصانتها القضائية إلا إذا كانت المسألة المعروضة من المسائل المتعلقة بالسيادة والنظام العام، فالقوانين الوطنية لا تجيز لها التمسك بحصانتها أمامه، أما إذا كانت المسألة المعروضة من الأعمال الإدارية التي لا تعد من المسائل المتعلقة بالسيادة فلا مجال لتمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام ذلك القضاء.

ويتجه جانب ثالث إلى أن وجود شرط التحكيم بحد ذاته يعتبر تنازلاً ضمناً عن الحصانة القضائية للدولة، ليس فقط أمام هيئة التحكيم، ولكن أيضاً أمام قضاء الدولة الأجنبية إذا عرض عليه النزاع في أي مرحلة من مراحل التحكيمية، فلا يجوز الدفع بها أمامه، وقد أيدت ذلك بعض الاتفاقيات الدولية، ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية وممتلكاتها المبرمة عام 1972 والتي تنص في المادة 1/12 منها أنه: { إذا قبلت دولة كتابة اللجوء إلى التحكيم في منازعات ناشئة أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية فلا يمكن لهذه الدولة التمسك بحصانتها القضائية أمام قضاء دولة أخرى متعاقدة يتم التحكيم على إقليمها بموجب قانونها، أو إذا نظرت أمام محاكمها مسألة تتعلق: أ) بصحة أو تفسير اتفاق التحكيم، ب) أو الإجراءات التحكيمية، ج) أو بإبطال الحكم الصادر في هذا الشأن ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك }.

ويتضح مما سبق أن وجود اتفاق التحكيم بذاته في تعاقبات الدولة أو أحد مؤسساتها مع أشخاص أخرى أجنبية يفيد تنازلاً عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية، ويمتد ذلك إلى كل حالة تستلزم فيها هيئة التحكيم تدخل قضاء تلك الدولة ومساعدته، فالدولة حينما وافقت على إدراج شرط التحكيم تعلم أو من المفروض أن تعلم باحتمال عرض مسائل التحكيم أمام هذا القضاء كطلب تعيين محكم أو المساعدة بالنسبة لأدلة الإثبات أو طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية.

إن الأمر كما سبق بالنسبة لإجراءات تنفيذ حكم التحكيم في مواجهة الدولة المتعاقدة باتفاق التحكيم لا يمثل تنازل الدولة عن حصانتها ضد التنفيذ الجبري لحكم التحكيم الصادر في مواجهتها إلا في حالة إذا وافقت صراحة على منح الاختصاص بتنفيذ حكم التحكيم لمحكمة أجنبية.

ويذهب البعض إلى أن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل التنفيذ الجبري لحكم التحكيم بمعنى أن وجود الاتفاق في ذاته يعد تنازلاً عن حصانتها ضد التنفيذ وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات، وتحقيقاً لفاعلية التحكيم، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها لا يحقق الغاية من التحكيم، وسيكون فارغاً من أي معنى إذ هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم التحكيم<sup>1</sup>.

وإذا كان المفهوم المطلق الذي تتمتع به حصانة التنفيذ على هذا النحو يشكل عقبة أمام التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم في المجال الدولي، فإن هذا يقودنا إلى طرح التساؤل عن جدوى قضاء التحكيم الدولي إذا كانت أحكامه لا تحترم، وهل يجب في هذه الحالة أن تعتبر أن كل دعاوى التحكيم الموجهة ضد الإدارة غير مجدية؟

في الواقع أنه وفقاً لمبادئ القانون الدولي فإن من حق الدولة التدخل دبلوماسياً لحماية شخص أو أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة أجنبية من الأضرار التي قد تلحق بها نتيجة إجراءات اتخذتها أو قد تتخذها حكومة الدولة الأجنبية، وبالتالي إذا رفضت حكومة الدولة الأجنبية تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها فإن من وسع المحكوم له أن يطلب من دولته الوطنية التدخل دبلوماسياً لإجبار الدولة الأجنبية على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها.

وإذا كان مبدأ الحماية الدبلوماسية يعد من إحدى الوسائل التي يمكن استخدامها لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الأشخاص المعنوية العامة، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة ولا تتفق مع احتياجات التجارة الدولية، ومرجع ذلك أن إجراءات طلب الحماية الدبلوماسية تتسم بأنها إجراءات شاقة ومعقدة فضلاً عن

إمكانية اتفاق الدول على استبعادها وبالتالي يظل هذا المبدأ غير قادر على اختراق حصانة الدولة ضد التنفيذ، ويبقى حكم التحكيم فارغاً من أي معنى له في حالة عدم تنفيذه طواعية من جانب الدولة مما يعوق عملية تطور نظام التحكيم على الصعيد الدولي كإحدى الوسائل الودية للفصل في المنازعات بين الدول والأشخاص الخاصة<sup>1</sup>.

وفي كل الأحوال فإن شرط التحكيم في حد ذاته لا يعني تنازل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، فإنه أيضاً ومن باب أولى تجد أن الاتفاق على خضوع المنازعات الناشئة عن عقود الدولة للتحكيم لا يفيد وحده في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية<sup>2</sup>.

1- E # / 1 1 \$ ( % > 1 9 < / & # = - 1  
 1 - W OD 1\$ \$A ? 1 : 1: 1\$ \$A ; D % 1 % ? # 1 ( - . - B  
 617 ! B- : ' ; \$ ; D % ; D % 8 J , - , - O 1\$ A  
 . = :  
 .281 -280 ! B- 1 -D ! A D ; % 1 &: : 1 -2

## الخاتمة

لقد تناولت الدراسة الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري وفي سبيل ذلك تطرقت إلى العديد من الموضوعات ففي الفصل الأول و عنونه التحكيم في المنازعات العقود الإدارية تناولت فيه مبحث كان بمثابة مدخل عام للموضوع استعرضت فيه النظام القانوني لمنازعات العقود الإدارية و اوضحت مفهوم العقد الإدارية من خلال تعريف العقد الإداري الداخلي و العقد الإداري الدولي مع إبراز الطبيعة القانونية للعقد الإدارية كون أنها تتمتع بخصائص ذاتية و متميزة وخلصنا إلى الطابع المتميز للعقد الإدارية و هذا ما دفعني في المطلب الثاني إلى محاولة البحث عن تنظيم و جمع للمعلومات المتناثرة حول تسوية منازعات الصفقات العمومية سواء ناتجة عن الإبرام أو التنفيذ و مناقشة ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في ما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية و لذلك تناولت في مبحث ثاني قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية و في محاولة للبحث عن تنظيم منفرد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية تكون قاعدته القواعد القانونية الواردة في الشريعة العامة للتحكيم فقسمت المبحث إلى مطلب أول بعنوان مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية ثم في مطلب ثاني عننته اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية .

ولان حكم التحكيم لا يملك فاعلية السند التنفيذي إلا بتدخل القضاء كان عنوان الفصل الثاني آليات الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية فتتم الرقابة القضائية السابقة غالباً من خلال تصحيح الإجراءات أثناء التحكيم و لا تخضع إجراءات التحكيم بالضرورة لهذه الرقابة السابقة فهي محتملة و معلقة على طلب صاحب الشأن و يغلب على تدخل القضاء أثناء سير إجراءات التحكيم طابع المساعدة لازالت الصعوبات و تيسير الإجراءات و لهذا أفردت مبحث خاصاً بعنوان الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم .

وقد أتاح القانون الجزائري لقضاء الدولة المختص بذلك مجالاً لسيطرقابته على حكم التحكيم فقد أجاز الطعن في هذا الحكم كما اشترط لتنفيذه صدور أمر من القضاء المختص مما تقدم تناولت مبحث ثاني بعنوان الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم وأسفرت الدراسة عن بعض النتائج الجديرة بالإشارة إليها في هذا المقام على النحو التالي :

**1- إن إلغاء قانون الصفقات العمومية رقم 02-250 المعدل و المتمم وإصدار المرسوم الرئاسي الجديد رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية لم يغير أشياء جوهرياً في منازعات العقود الإدارية إذ انه لم ينص على الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية و على رأسها التحكيم.**

2- إن قواعد القلنن الإداري تؤمن و بامتياز مصلحة الشخص الخاص الأجنبي فللسلطة التنفيذية دور مهم في إبرام المعاهدات الدولية التي تساهم في ترسيخ الجذور للوطنية للعقد الإداري الدولي و لها دور أيضا في إصدار قوانين تلاءم بين قواعد القلنن الإداري و القلنن الدولي .

3- تبرم الدولة عقدا إدارية ذات طابع دولي حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقد الإدارية غير أن العقبة للحيطة التي يمكن أن تشكل عائقا أمام تطور فكرة العقد الإداري الدولي هي أن هناك بعض الأنظمة القلننية التي لا تعترف أصلا بوجوب قلنن إداري له خصائصه المتميزة عن قواعد القلنن الخاص بالإضافة إلى عدم اعترافها بالتقسيم التقليدي للقلنن (قلنن عام و قلنن خاص) و هي الدول الانجليزية ساكنة بالإضافة إلى أن الدول التي تعترف بالقلنن الإداري تختلف في المعيار العضوي في تمييز العقد الإداري .

4- يعتبر التحكيم قضاء خاصا بمسجبه يتم عرض النزاع على محكم يعين باختيار الأطراف أو بتقويض منهم أو على ضوء شروط يحددها الأطراف فتسلب المنازعة من جهة القضاء للوطني.

5- إن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعة الإدارية له قيمة تشريعية لا دستوري لذلك ليس هناك مانع دستوري من تقرير خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم وهذا ما اقره فعلا المشرع الجزائري في نص المادة 1006 من ق ا م ا .

6- إن خصومة التحكيم ليست منائ عن ولاية القضاء فان ثمة علاقة بينهما لتحقيق الفاعلية ولهذه العلاقة طبيعة مزدوجة فهي تحمل طابع المساعدة و هذا قبل صدور حكم التحكيم سواء من حيث التدخل في تشكيل هيئة التحكيم عند نشوب خلاف حول تعيين المحكمين أو أثناء سير الدهة وهذا في ما يخص التدابير المؤقتة أو استدعاء الشهود. هذا من جهة و من جهة ثانية تبرز العلاقة أيضا بعد صدور حكم التحكيم من خلال دهى بطلان الحكم إذا توافرت الشروط المحددة حصرا في قلنن الإجراءات المدنية و الإدارية كما تظهر أيضا هذه الرقابة من خلال إتاحة المشرع للقضاء المختص من سلطة مراجعة حكم التحكيم قبل استصدار أمر التنفيذ للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام و عدم وجود أي مانع يعول دون إصدار الأمر بالتنفيذ

7- يتمتع على قضاء الدولة نظر النزاع الذي يرد في شأنه اتفاق تحكيم إذا دفع المدعي أمامه بسجبه قبل الدخول في موضوع الدهة لاعتبار الدفع دفعا بعدم الاختصاص

8- إن قبول الدولة لاتفاق التحكيم مع أطراف أخرى أجنبية لا بد وان يفسر على انه تنازل صمني منها عن الدفع بالحصانة القضائية فيما بعد إذا أثبتت في المنازعة التحكيمية و هذا تحقيقا لفاعلية التحكيم و الغاية منه .

### التوصيات :

1- لعل أهم التوصيات التي يمكن أن نطرحها هي وجوب وضع تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية الذي ينظم الجانب الموضوعي و الإجرائي له و يراعي فيه الآتي:

- تقنين جوازية تعرض القضاء للطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان.

- التفصيل أكثر في ما اشترطه ق ا م ا في المادة 976 من لزوم موافقة الوزير المعني أو للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الممثل القلني للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري على أن يتم اقتصارها على العقود الإدارية الداخلية أما العقود الإدارية الدولية فيكون الاتفاق على التحكيم بموافقة مجلس الوزراء بعد اخذ رأي الوزير المعني وهذا لأنها تتعلق بسيادة الدولة.

- استبعاد التشكيل الفردي لهيئة التحكيم و جعلها تتماشى مع النظام القضائي الإداري أي تتكون من ثلاثة أعضاء محكمين على أن يكون احد هؤلاء المحكمين رجل قلن كما نقترح تغيير تكييف الدفع بسجود اتفاق التحكيم حيث نص المشرع الجزائري على انه دفع بعدم الاختصاص إلا أن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص الكامل عن قضاء الدولة وإنما يمنعه من نظر الدهى فقط و يظل القضاء مختصا بالمسائل الأخرى المتصلة بالنزاع محل التحكيم و الذي ينفي عنه اعتبار هذا الدفع دفعا بعدم الاختصاص و لذلك نقترح أن يكون الدفع دفعا بعدم قبول الدهى .

- أفراد مواد قلننية تعالج الرقابة القضائية سواء السابقة أو اللاحقة على صدور حكم التحكيم بشكل مفصل.

2- لا بد للدولة أن تسعى إلى إبرام معاهدات دولية ترسخ فكرة العقد الإداري الدولي ذلك أننا نشهد تطورا ملحوظا لفكرة القلنن الإداري الدولي من جهة و من جهة أخرى التطور الكبير في التجارة الدولية مع تسويد فكرة القلنن الإداري الدولي الذي يحكم المنازعة الإدارية بصفة عامة و منازعات العقود الإدارية بصفة خاصة عالميا لكي تنفادى إشكالية عدم اعتراف النظام الانجلوساكسوني بالقلنن الإداري .

3- كذلك يتعين على السلطة القضائية الإدارية أن تواكب التطور في التجارة الدولية فالقضاء الإداري هو الأمين على تعاقدات جهة الإدارة لذلك يجب أن يطلع القضاة على نظام التحكيم وكذلك المحكمين يجب أن يكونوا على اطلاع بالنظام القضائي من جهة وعلى الطبيعة الخاصة لمنازعات العقود الإدارية سواء على الصعيد الوطني أو الدولي من جهة ثانية ، كما يجب أن لا تشمل هيئة التحكيم على محكم أجنبي في ما يخص التحكيم الداخلي .

4- توزيع الاختصاص بنظر كافة مسائل التحكيم في منازعات العقود الإدارية حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أي المحكمة الإدارية المختصة أصلا بنظر النزاع .

## قائمة المصادر المراجع

### أولاً: النصوص الرسمية

#### أ الدساتير

1- الدستور الجزائري.

#### ب القوانين العضوية

1- القانون العضوي 01/89 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بمجلس الدولة، ج، ر، 37 سنة .

#### ج القوانين

1- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

2- القانون المدني الجزائري.

#### د الأوامر

1-الأمر 67-90، المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن الصفات العمومية، ج، ر، رقم 52.

#### ه المراسيم

1-المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 / 04 / 1982 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي. ج، ر، رقم 15.

2- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها المتخذة في مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1958. ج ر، 48.

3-المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

4- المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

5- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 / 10 / 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

6-المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، رقم 57.



7- المرسوم التشريعي رقم: 93-09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر رقم: 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

### ثانياً: المؤلفات باللغة العربية

- 01- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
- 02- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981.
- 03- أمال أحمد الفرايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية،
- 04- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية ( دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- 05- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 06- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 07- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 08- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية "العقود الإدارية في التطبيق العلمي المبادئ والأسس العامة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 09- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية مصر، 2008.
- 10- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دون دار نشر، مصر، 1994.
- 11- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
- 12- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1998.
- 13- زهير اسكندر، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، تونس، الطبعة الأولى، 2008.
- 14- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2003.

- 15- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 16- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني "النشاط الإداري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000.
- 17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.
- 18- علاء عبد المنعم: الوساطة في حل النزاعات، الدار الدولية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 1999.
- 19- عمارة بلغيث، الموجز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.
- 20- عبد الرحمان، بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداددي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
- 21- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
- 22- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف.
- 23- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008.
- 24- علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 25- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1995.
- 26- فؤاد العطار، القانون الإداري، دار الشعب، القاهرة، 1992.
- 27- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005.
- 28- محمود عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 29- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 30- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- 31- محمد إبراهيم أبو الهجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 32- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003.

- 33- محمود السيد عمر النحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 34- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 35- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
- 36- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2007.
- 37- محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 38- لحسن بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006.
- 39- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، سنة 2007.
- 40- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.
- 41- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.
- 42- وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 43- يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

### ثالثا: المؤلفات باللغة الفرنسية

- 1- Jean-Robet l'arbitrage-droit interne-droit international privé 2ed 1993.
- 2-B.MOREAU، Arbitrage internationale، Rép.Com.Dalloz ، 2004 ، n°1363-FADI.NAMMOUR ،droit et pratique de l'arbitrage interne et internationale، L.G.D.J، liban،2édition ،2005.
- 4-C.LAJOYE droit des marchés publics berti éditions alger 2007
- 5-R.DAVID ، L'arbitrage dans le commerce international، op، cit

## رابعاً: المؤلفات باللغة الانجليزية

1-Zaki Badawi، dictionary of management sciences ،dar al –kitab almasri، cairo ، 1 édition ،1984.

## خامساً: الأطروحات و الرسائل الجامعية

### ا\_ الدكتوراه

- 1- خليل بوصنيرة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق.
- 2- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1991.

### ب- الماجستير

- 1- خليل بوصنيرة ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، قسنطينة ،2007-2008.
- 2- سامية عبد اللاوي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، دفعة 2010.
- 3- لامية بزاحي ، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية دعوى الإلغاء نموذجاً ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق، عنابة، 2007
- 4- عبدلي سهام، دعوى القضاء الكامل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بكسرة، دفعة 2008-2009.

## سادساً: البحوث المتخصصة:

- 1- أحمد ضاعن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقاً للقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 22، العدد 1، عام 1998.
- 2- تراري ثاني مصطفى، اشخاص القانون العام والتحكيم الدولي ،التطورات والمستجدات في قانون الاجراءات المدنية والادارية،كلية الحقوق ،جامعة وهران ،اشغال الملتقى الوطني 2009.
- 3- جمال بن عصمان ،الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ،الجزائر،العدد08 ، أوت 2010 .
- 4- رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي (القسم 1)، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الأولى، العدد الثاني، الطبعة الثانية، 1984.

- 5- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد الثالث، 2001
- 6- عمر زودة: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالطرق البديلة لحل المنازعات "الوساطة، الصلح والتحكيم"، الجزء الأول، سنة 2009.
- 7- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة، الصلح، التحكيم) الجزء الأول، 2009.
- 8- عبد الفتاح عزمي، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، سنة 22، عدد 1.
- 9- صبري محمد السنوسي أثر التحكيم في العقود الإدارية على اختصاص القضاء الإداري " دراسة مقارنة - مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية- تصدرها الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، القاهرة، العدد 13، 2001
- 10- محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص "الجزء 2" الطرق البديلة لحل النزاعات "الصلح، الوساطة، التحكيم"، قسم الوثائق 2009
- 11- محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقة مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، دبي، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، 2005.
- 12- مصطفى لزرق، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية، مجلة المحكمة العليا، ج2، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، قسم الوثائق، 2009
- 13- نور الدين بكلي. دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، قسم الوثائق، 2009.

### سابعا: الاتفاقيات الدولية

1-القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985.

مقدمة.....	(ا.ب.ج.د.ه.و.ز.)
01.....	الفصل الأول: التحكيم في منازعات العقود الإدارية
02.....	المبحث الأول: النظام القانوني لمنازعات العقود الإدارية
03.....	المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية
03.....	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
03.....	أولاً: تعريف العقد الإداري الداخلي
08.....	ثانياً: تعريف العقد الإداري الدولي
10.....	ثالثاً: معايير دولية العقد الإداري
16.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية في التشريع الجزائري
19.....	الفرع الثالث: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية
19.....	أولاً: التصور الحقيقي للخصائص الذاتية للعقود الإدارية
24.....	ثانياً: دور القضاء الإداري في الملائمة بين العقد الإداري الداخلي والعقد الإداري الدولي
27.....	ثالثاً: تطبيق المعايير التقليدية لتمييز العقود الإدارية على عقود الدولة
31.....	المطلب الثاني: تسوية منازعات الصفقات العمومية (العقود الإدارية)
31.....	الفرع الأول: المنازعات الناتجة عن الإبرام
31.....	أولاً: المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية
33.....	ثانياً: المنازعات أمام القضاء الاستعجالي الإداري
35.....	الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن التنفيذ
35.....	أولاً: التسوية من غير اللجوء إلى القضاء
45.....	ثانياً: التسوية باللجوء إلى القضاء
53.....	المبحث الثاني : قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية
54.....	المطلب الأول: مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية
54.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم وأهميته
54.....	أولاً: تعريف التحكيم
57.....	ثانياً : أهمية التحكيم
60.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
60.....	أولاً: النظرية العقدية

62.....	ثانيا: النظرية القضائية.
36.....	ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة.
65.....	الفرع الثالث: تميز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له.
65.....	أولا: التحكيم والصلح.
66.....	ثانيا: التحكيم والتوفيق.
67.....	ثالثا: التحكيم والقضاء.
68.....	المطلب الثاني: اللجوء للتحكيم.
68.....	الفرع الأول: موقف الفقه من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
68.....	أولا: الاتجاه المعارض.
71.....	ثانيا: الاتجاه المؤيد.
73.....	ثالثا: موقف المشرع الجزائري من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
78.....	الفرع الثاني: مجال التحكيم.
78.....	أولا: شروط اتفاق التحكيم.
85.....	ثانيا: مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي.
91.....	الفرع الثالث: مرجعية التحكيم.
92.....	أولا: شرط التحكيم LA CLAUSE COMPROMISSOIRE.
94.....	ثانيا: اتفاق التحكيم LE COMPROMIS.
106.....	الفصل الثاني : آليات الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية.
107.....	المبحث الأول: الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم.
108.....	المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم.
108.....	الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعة الدفع به أمام قضاء الدولة.
108.....	أولا: مفهوم اتفاق التحكيم.
110.....	ثانيا: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم.
114.....	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على وجود اتفاق اتفاق التحكيم وصحته.
118.....	المطلب الثاني: تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم.
118.....	الفرع الأول: التدخل المساعد للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم.



- أولاً: شروط تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.....119
- ثانياً: تحديد المحكمة المختصة باختيار المحكمين.....122
- ثالثاً: ضوابط تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم.....125
- الفرع الثاني: دور القضاء في رد المحكم وعزله.....128
- أولاً: حيده المحكمين واستقلالهم.....128
- ثانياً: التنظيم التشريعي لعملية الرد.....130
- الفرع الثالث: اختصاص القضاء بنظر المنازعة الإدارية في حالة عدم صدور حكم التحكيم في الميعاد.....134
- الفرع الرابع: تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية.....136
- أولاً: مفهوم السلطة الولائية.....136
- ثانياً: المقصود بالإجراءات التحفظية والوقائية.....137
- ثالثاً: دور القضاء في استدعاء الشهود والبحث عن الأدلة.....146
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية.....149
- المطلب الأول: الطعن بالبطان كأداة للرقابة القضائية.....150
- الفرع الأول: حدود رقابة قضاء الدولة على حكم التحكيم المطعون به بالبطان.....150
- أولاً: نطاق البطان.....150
- ثانياً: المحكمة المختصة بنظر بطان حكم التحكيم.....155
- ثالثاً: حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطان حكم التحكيم.....157
- الفرع الثاني: طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم.....160
- أولاً: طرق الطعن العادية.....163
- ثانياً: طرق الطعن غير العادية.....171
- المطلب الثاني: الرقابة القضائية عند إصدار الأمر بالتنفيذ.....177

177.....	الفرع الأول: حدود الرقابة القضائية على الأمر بالتنفيذ
177.....	أولاً: علاقة الأمر بالتنفيذ بالرقابة القضائية على الحكم
180.....	ثانياً: أساس الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم
183.....	الفرع الثاني: سلطة المحكمة من خلال التنفيذ
183.....	أولاً: الجهة المختصة باستصدار أمر التنفيذ
185.....	ثانياً: سلطات القاضي في التنفيذ
191.....	الفرع الثالث: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الإداري
192.....	أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية
194.....	ثانياً: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية
197.....	الفرع الرابع: تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة وحدودها
206.....	الخاتمة
210.....	قائمة المراجع
219.....	الفهرس