

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي-

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام  
تخصص قانون الإدارة العامة

إشراف الأستاذة الدكتورة:  
مزياني فريدة

إعداد الطالبة:  
جبايلي صبرينة

أعضاء لجنة المناقشة

| الاسم واللقب       | الرتبة العلمية        | الجامعة الأصلية  | الصفة       |
|--------------------|-----------------------|------------------|-------------|
| أ.د/ بريكي لحبيب   | أستاذ التعليم العالي  | جامعة أم البواقي | رئيسا       |
| أ. د/ مزياني فريدة | أستاذة التعليم العالي | جامعة باتنة      | مشرفا مقرر  |
| أ. د/ بوضياف عمار  | أستاذ التعليم العالي  | جامعة تبسة       | عضوا مناقشا |
| د/ بن شعبان علي    | أستاذ محاضر أ         | جامعة قسنطينة    | عضوا مناقشا |

السنة الجامعية  
2012 م - 2013 م

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا  
مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا  
إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا  
كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا  
مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا  
أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ».

صدق الله العظيم

# شكر و عرفان

الشكر أولاً وآخراً لله سبحانه وتعالى الذي منحني نعماً لا تعد ولا تحصى يوسر

لي طلب العلم، وأوصلني إلى هذا المقام.

فالحمد لله ملاً السماوات والأرض وما بينهما

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

أتوجه بأسمى معاني الشكر والعرفان والتقدير إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة

مزياني فريدة التي تكرمت بالإشراف على هذه المذكرة وعلى ما بذلته من جهد

ووقت وما قدمته من ملاحظات وتوجيهات كان لها بالغ الأثر سواء من ناحية

الشكل أو الموضوع، فجزاها الله عني خير الجزاء وأدامها منبعاً للعطاء.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الأستاذ الدكتور

بريكي لحبيب وأستاذنا الكريم الدكتور بوضياف عمار والأستاذ الفاضل الدكتور بن

شعبان علي على قبولهم مناقشة هذا الموضوع، وإبداء ملاحظاتهم وتوجيهاتهم ولا

أملك هنا إلا رفع يدي لله والدعاء لكم بطول العمر والصحة والعافية وفقكم الله لما

يحبه ويرضاه

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل أساتذة معهد الحقوق بجامعة أم البواقي

الباحثة

# إهداء

إليك يا من رضاها من رضى الرب، أُمي العزيزة والغالية حفظها الله  
إلى من كبد الشدائد وكان عرق جبينه نور دربي إلى من علمني التحدي  
إليك أبي الغالي أطل الله عمره.

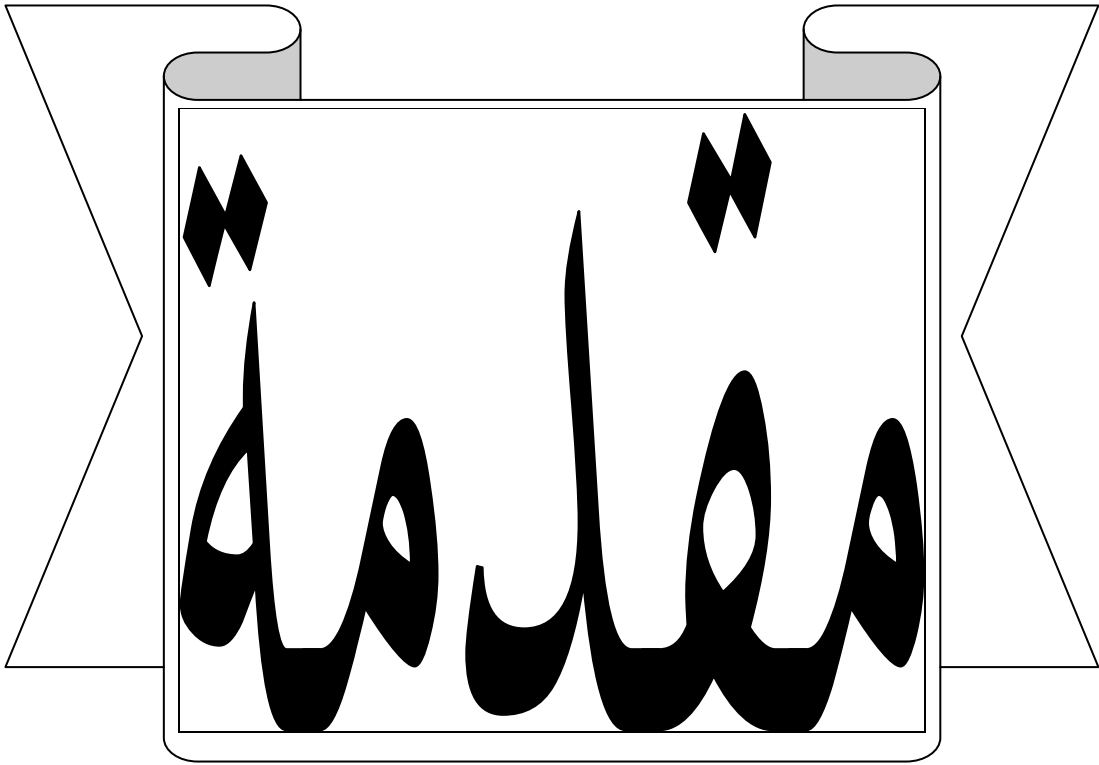
إلى إخوتي وأخواتي وإلى من كان نعم السند في هذا العمل زوجي الكريم.

إلى فلذة كبدي ابني حفظه الله.

إلى من اعتبرتهن أخواتي، إلى القلوب الطيبة التي جمعتني بهم الحياة: ريمة، سهيلة.

إلى كل طلبة الماجستير تخصص قانون الإدارة العامة دفعة 2009-2010

صبرينة



## مقدمة

يعد القضاء الطريق الطبيعي لحل المنازعات ووسيلة إقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفرادها، لأن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة في الدولة، ولما كانت الجزائر إحدى الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القانون والقضاء وكرسه دستورها وقوانينها، جعل الفصل في المنازعات التي توجد فيها جهة الإدارة كسلطة عامة من اختصاص القضاء الإداري سواء كان موضوع النزاع منصبا على عمل منفرد أو عقد، ويحتل هذا الأخير الصدارة في النظم القانونية المختلفة، فهو المرتكز الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي، ويلعب دورا هاما في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين.

بالرغم من أن القضاء الإداري هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية لكن مع تراكم القضايا أمام القضاء وببطء إجراءاته كان من الضروري البحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك المنازعات التي يتعين الفصل فيها في اقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين، وبأقل قدر ممكن من العلانية والنشر وبإجراءات مبسطة تتيح في مجملها احتواء النزاع في أضيق نطاق، ومن هنا ظهر نظام التحكيم كوسيلة مثلى لحسم مثل تلك المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم متخصص له خبرة فنية دقيقة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح هذا النظام الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للإستثمار، وجذب رؤوس الأموال المستثمرة، وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين، فيقوم التحكيم على إرادة أطراف النزاع، وإجازة المشرع له، ووضع التنظيم القانوني الذي يحكمه.

والاتفاق 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

مجموعة من الإجراءات بهدف ضمان صحة الحكم، والحفاظ على الجوهر السليم للمنازعة التحكيمية.

## أهمية الموضوع

### أ- الأهمية العلمية

على الرغم من أن التحكيم وسيلة ودية لتسوية النزاعات ذات الطبيعة التعاقدية بحكم ملزم لأطرافها، إلا أن له ذاتيته الخاصة التي ينفرد بها والتي تتطلب مجموعة من الإجراءات والأشكال القانونية، ولما كانت هذه الوسيلة حديثة النشأة والتي بدأت تظهر أهميتها على صعيد سن القوانين وعلى المستوى الفقه والقضاء الإداري كان علينا لزاما دراسة هذا الموضوع من كل جوانبه المهمة وتأصيله تأصيلا قانونيا ينطلق من المعرفة التامة بكافة أحكامه.

### ب- الأهمية العملية

إن أهمية الموضوع تبرز لوجود العديد من الصفقات العمومية التي تبرمها جهة الإدارة سواء مع المتعاقدين الوطنيين أو الأجانب، والتي عادة ما تولد نزاعات تحتاج إلى طرق وإجراءات خاصة لفضها ويعتبر التحكيم طريقة بديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية بحكم ملزم لأطرافها هذا ما يؤكد ضرورة وأهمية دراسة الإجراءات التي أحاطه بها المشرع في حال لجوء الأطراف إليه. وسوف تيسر هذه الدراسة عناء البحث عن إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

## أسباب اختيار الموضوع

### أ- الأسباب الذاتية

حادثة الموضوع محل البحث والأهمية الخاصة التي يتمتع بها تلزمتنا معرفة أهم الأفكار والقواعد المنظمة له في تشريعنا الجزائري والوقوف على الإجراءات الأساسية للتحكيم التي

جاء بها، سيما وأن الموضوع يعتبر واحد من أهم المواضيع التي تعتبر في صلب تخصص القانون الإداري.

### ب- الأسباب الموضوعية

- نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- يثير التحكيم الكثير من المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية خاصة ذات الطابع الدولي.
- ندرة الأبحاث والمؤلفات التي تتناول بالدراسة التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال وجهة نظر القانون العام.

### الدراسات السابقة

تم الاستناد إلى العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث والمشملة على الكتب والقوانين والمواقع الإلكترونية، وذلك كله وفق المبين في قائمة المصادر والمراجع لكن هذه المصادر لم تتناول موضوع الرسالة بشكل مباشر ، وإنما تمت الإشارة إلى ذلك ضمن الحديث حول موضوع التحكيم ومنها:

- مذكرة ماجستير مقدمة من الطالبة بن عمران سهيلة مسجلة بجامعة باجي مختار، عنابة، تحت عنوان "الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية" نوقشت سنة 2012 حاولت الباحثة من خلالها الإجابة على إشكالية البحث المتمثلة في ما مدى نجاعة آليات الرقابة القضائية المترتبة على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟ تناولت الباحثة فصلين دراسيين خصصت الأول للرقابة القضائية السابقة على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية و الفصل الثاني للرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية.

- مذكرة ماجستير مقدمة من الباحثة بولقواس سناء، مسجلة بجامعة الحاج لخضر، باتنة، تحت عنوان "الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - التحكيم نموذجاً-"، نوقشت سنة 2011، عالجت الباحثة الإشكالية التالية: هل أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تخضع لذات النظام القانوني المتميز الخاص بها في القانون الداخلي على الرغم من وجود شرط التحكيم؟ أم أن إدراج هذا الشرط في هذه العقود من شأنه أن يؤدي لافتراض التنازل الضمني من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام عن أعمال القواعد القانونية الخاصة التي توجد في القانون الإداري والمتعلقة بالعقود الإدارية؟ ضمن فصلين وفصل تمهيدي تناولت الاطار المفاهيمي للتحكيم في فصل تمهيدي و في الفصل الأول تناولت النظام القانوني لإتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أما الفصل الثاني تناولت فيه الدعوى التحكيمية في العقود الادارية ذات الطابع الدولي.

- مذكرة ماجستير مقدمة من الباحث بن النصيب عبد الرحمان ، مسجلة بجامعة الحاج لخضر، باتنة، تحت عنوان " الدعوى التحكيمية " نوقشت سنة 2005 تناول الباحث فصلين دراسيين الأول خصصه لتشكيل هيئة التحكيم ، اما الفصل الثاني فتناول فيه القانون الواجب التطبيق اجرائيا و موضوعيا على الدعوى التحكيمية.

### الهدف من الدراسة

يكمن الهدف من الدراسة في محاولة الإجابة على إشكالية البحث وذلك عن طريق الإلمام بالمبادئ الإجرائية الواردة في القوانين التي تنظم عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

### إشكالية البحث

في ظل غياب تنظيم قانوني مستقل ينظم عملية التحكيم بشأن المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وعدم وجود القانون الإجرائي المستقل الذي ينظم إجراءات الدعوى الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى ارتباط نظام التحكيم بصفة أساسية بالقانون الخاص، يجعلنا نطرح إشكالية تتمثل في:

ما مدى فعالية إجراءات التحكيم للتطبيق على منازعات العقود الدارية؟  
والإجابة على هذه الإشكالية تقودنا إلى طرح أسئلة فرعية:

- ما هو التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟
- ما هي الإجراءات السابقة على صدور حكم التحكيم؟
- إلى أي مدى يمكن للقاضي الإداري أن يتدخل في إجراءات التحكيم؟
- ما هي سبل تحقيق الفاعلية اللازمة لأحكام التحكيم؟

### منهج الدراسة

نستخدم في دراستنا مقارنة منهجية تتمثل في المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة لهذا الموضوع بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي الذي ينطلق من استقراء القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة، وفي بعض الأجزاء من البحث احتجنا إلى المنهج المقارن من أجل مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

### صعوبات الدراسة

واجهتني بعض الصعوبات منها:

- ندرة الدراسات والكتب التي تتناول موضوع إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث أن الفقه القانوني قد تناول موضوع التحكيم عامة؛ و دراسته لم تأت بصورة خاصة لإجراءات التحكيم في العقود الإدارية.
- حداثة موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية أدى لانعدام الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية في هذا الشأن.
- عدم دقة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، وكثرة الثغرات القانونية التي تتعلق بالإجراءات التحكيمية.

## خطة البحث

بناءا على الإشكالية المطروحة اعتمدنا في هذه الدراسة خطة مكونة من فصلين نتناول في الفصل الأول ماهية التحكيم في منازعات العقود الإدارية مبرزين مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية، ثم قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية و نتعرض في الفصل الثاني لأصول المحاكمة التحكيمية نتطرق فيه لإجراءات الخصومة التحكيمية، ثم حكم التحكيم.

الفصل الأول

ماهية التحكيم في منازعات

العقود الإدارية

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

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

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

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية

المبحث الثاني: قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية

1- عرف نظام التحكيم عند قدماء المصريين حيث كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات، وعرف عند الإغريق حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية، أما العرب فقد عرفوا التحكيم قبل الإسلام بقرون وكانوا يحكمون الكهنة أو العرافين أو الوجهاء، وكان اختيارياً وغير ملزماً للخصوم لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد به.

- محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 16-18.

## المبحث الأول

## مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعرف التحكيم لدى معظم المهتمين بالشؤون القانونية بأنه طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، إذ يعتمد أساساً على أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدل من الاعتماد على التنظيم القضائي، وهكذا ينشأ التحكيم بما في ذلك التحكيم الإداري من إرادة طرفي الخصومة.

وقد اتجهت النظم القانونية الحديثة لدعم هذا النظام و تطويره نظراً لم يحتويه هذا الأخير من سهولة وسرعة في الإجراءات، وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري عند إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

سوف نضع معالم نظام التحكيم للوقوف على تعريفه وإبراز الطبيعة القانونية له، ثم نبرز موقف الفقه والمشرع من اللجوء إلى التحكيم.

## المطلب الأول

## تعريف التحكيم في منازعات العقود الإدارية

نتناول تعريف التحكيم من الناحية التشريعية ومن ناحية تعريف الفقهاء له، ومن خلال هذه التعاريف نصل إلى طبيعته القانونية، ونميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له وهذا بعد أن نبرز أهميته وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

## تعريف التحكيم وأهميته

## أولاً- تعريف التحكيم

## 1- التعريف التشريعي للتحكيم

لم يعرف المشرع الجزائري نظام التحكيم، حيث اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات بين الأطراف كالصلح والوساطة تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء في هذا الشأن.

إذ تنص المادة 422 من قانون الإجراءات المدنية<sup>(1)</sup> على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم".

وبعد تعديل نص المادة 422 من خلال المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>(2)</sup> أصبحت تنص على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا

1- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.

2- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154.

في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية".

ونصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09<sup>(1)</sup> على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

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

وبعد تعديل الفقرة الأخيرة من المادة 442 بموجب المرسوم التشريعي 93-09 عدل المشرع الجزائري عن موقفه، حيث اعترف صراحة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم لكن حصره في علاقتهم التجارية. وبعد صدور القانون 08-09 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 Robert: "بأنه نظام للقضاء الخاص تفض فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون عن طريق القضاء العام"<sup>(2)</sup>.

1- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 ص 90.

2- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2008، ص 36.

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "الالتجاء إلى طرف ثالث يعرض عليه الطرفان المتخاصمان خلافهما، فيقوم في النهاية بفرض حل ملزم لكليهما"<sup>(1)</sup>.

ويعرف ايضا على أنه "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>.

وعرف التحكيم بأنه : "الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود..."<sup>(3)</sup>.

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

ونظام التحكيم هو بناء قانوني يكون مركبا من ثلاثة إيرادات:

- إرادة النظام القانوني الوضعي.

1- Zaki Badaoui, Dictionary of management sciences, Dar El Kitab Almasri, Cairo, 1<sup>ère</sup> édition , P 48.

2- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 14.

3- تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي لمعاصر، مجلة دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003، ص9.

- إرادة الأطراف المحكّمين (أطراف الاتفاق على التحكيم).

- إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

وإذا افتقر نظام التحكيم إلى أي من هذه الإرادات فأنا لا نكون عندئذ بصدد نظام التحكيم<sup>(1)</sup>.

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

وعرف التحكيم استناداً إلى خصائصه بالقول: "تكون بصدد التحكيم متى توافر ما يلي:

- اختيار الأطراف لشخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات.
- الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.
- يصدر المحكم قرارات أو أحكاماً إلزامية ونهائية على غرار الأحكام القضائية الداخلية.
- نطاق مراجعة قرارات المحكم محدود<sup>(3)</sup>.

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

1- محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2001، ص 32-34.

2 - Jean Robert, L'arbitrage-droit interne-droit international privé, 2<sup>ème</sup> éd, 1993, P 03.

3-Jan R. McNeil, American Arbitration law, Oxford University Press, New York, 1992, P7.

## ثانياً - أهمية التحكيم

تتمثل أهمية التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه والتي تأتي في مقدمتها الحجة المتمثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعاتهم على القضاء، مع ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، علاوة على احتمال استتالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام، وتقديم إشكالات التنفيذ، التي قد تحكمها اعتبارات الماطلة في الخصومة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة فرع من الظلم<sup>(1)</sup>.

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

## أ- أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة

نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها 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.

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 يحظر على قضاء دولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفاً فيها<sup>(2)</sup>.

1- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 31.

2- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وآثارها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د ط)، 2001، ص 6-7-8.

كما أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر، يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدما عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

### ب- أهمية التحكيم بالنسبة للدولة

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

فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة، ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة وخاصة الاستثمار الأجنبي، وذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات التي أصبح ينظر لها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من أن تكون وسائل قصيرة<sup>(2)</sup>.

1- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2000، ص 102.

2- محمد محبوب، دور التحكيم في تسوية مازعات 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، ص 395.

## الفرع الثاني

## الطبيعة القانونية للتحكيم

إن معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم تساعد في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه، ومثال ذلك تحديد إجراءات البطلان الذي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم وحكم المحكم، إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يؤدي إلى اعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القوانين المدنية، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم توجي باعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قوانين المرافعات<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية انطلاقاً من طبيعة عمل المحكم، بينما ذهب البعض إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استناداً إلى اتفاق الأفراد، بينما ذهب الرأي الثالث إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

## أولاً- النظرية التعاقدية

تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالهدف منه غالباً تلبية رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في التصالح، ويتم في صورته العادية وفقاً لقواعد العدالة واستثناءً وفقاً لقواعد القانون<sup>(2)</sup>.

ومن جهة أخرى، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف إتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية، وإذا كان في هذا التخلي بعض المخاطر فهي ولا شك مخاطر محسوبة، فمركز النقل هو اتفاق التحكيم سواء كان هذا الاتفاق بنداً من بنود العقد أو عقد تحكيم منفصل عن العقد الأساسي، فإرادة الأطراف هي المرتكز الأساسي

1- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 35.

2- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 550.

لعملية التحكيم، وتبعاً لهذا المفهوم يجب أن يؤخذ التحكيم على أنه مجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة.

وقد أجمع بعض الفقه أسانيد هذه النظرية فيما يلي:

- حكم المحكمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف، فالتحكيم جوهره هو النقاء إرادة المحكمين بقرار الحكم<sup>(1)</sup>.
- سلطة الحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.
- المحكمون مستعدون لحسم النزاع موضوعياً، كما أن العديد من المحاكم قبل الصناعة ترقى أو تروج قواعد القانون العام في دعم التحكيم<sup>(3)</sup>.
- حكم التحكيم يتمتع بحجية نسبية بصورة عامة حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف النزاع، بينما الحجية النسبية التي يتمتع بها الحكم القضائي كأصل عام يرد عليها استثناء يتمثل في الحكم الصادر في دعوى الإلغاء فهو يتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع إذا قضى سواء بالإلغاء الكلي أو الجزئي، أما إذا قضى برفض هذه الدعوى فإنه يتمتع بحجية نسبية في نطاق وحدة الخصوم والموضوع.
- المحكم عند الفصل في النزاع يمتلك سلطات أوسع من سلطات القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون باستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة بينما القاضي يفصل في النزاع مقيداً بقواعد القانون<sup>(4)</sup>.

إضافة إلى أن القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة حيث أنه:

1- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 46.

2- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، (د.ط)، 1999، ص 24-25.

3- Georgios I, Zekos, International commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendis, Abingdon, 2008, P 13.

4- محمد سامي الشوا، "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية" <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf>، تاريخ 2012/06/20 الساعة

- عمل المحكم ليس عملاً قضائياً، فقد أجاز أن يكون المحكم أجنبياً وأجاز رفع دعوى ببطان القرار الذي يصدره.
- إن المحكم يكون وطنياً أو أجنبياً، في حين أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى الوطني.
- إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة.
- إذا أخطأ المحكم فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة.
- يمكن رفع دعوى أصلية ببطان حكم المحكم بعكس حكم القضاء<sup>(1)</sup>.

### تقدير الاتجاه

وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات أهمها:

- أخذ على هذه النظرية مغالاتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف مع أن هؤلاء في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، حتى أن المحكم وهو بصدد الفصل في النزاع على هدى إرادة القانون لا يلتفت إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه<sup>(2)</sup>.
- لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية، كما أن الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثار إجرائية، كتلك التي تترتب على المحكم<sup>(3)</sup>.
- الشخص الذي يوافق على التحكيم لا يتنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء، وهو ما قضت به المحاكم العليا في نيويورك<sup>(4)</sup>.

1- مناني فراح، مرجع سابق، ص 37.

2- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 554.

3- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 49.

- إرادة الأطراف غير كافية للاتفاق للجوء على التحكيم وحدها، لأنه يتعين أن يقر القانون بإمكانية هذا اللجوء من خلال نصه صراحة على ذلك، وأن الإرادة ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.
- المحكم ليس وكيلًا عن الأطراف فاتفق التحكيم يختلف عن الوكالة في أن الحكم الفاصل في النزاع والصادر عن المحكم يفرض على أطراف هذا النزاع، بينما الوكالة تفرض إرادة الموكل على الوكيل.
- النظرية العقدية لا تتفق مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الذي دار حولها النزاع، وأسهمت إسهاما فعالا في تأخر الأخذ بفكرة استقلال هذا الاتفاق.
- اتفاق التحكيم يختلف اختلافا جوهريا عن كل الاتفاقات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطلان اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم<sup>(1)</sup>.

### ثانيا - النظرية القضائية

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي للتحكيم الدولي واقع تاريخي ومكرس في القانون الدولي فكما القاضي يستمد سلطته من السيادة فان المحكم يستمد سلطته كذلك منها غير أن ترشحه يتوقف على اتفاق الطرفين<sup>(2)</sup>. بالإضافة إلى أن التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وأن عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة<sup>(3)</sup>.

نورد جملة من أسانيد هذا الاتجاه على النحو التالي:

1- محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 25.

2 -Georgios I, Zekos, Op.cit, P 3.

3- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 69.

- التعرف على طبيعة التحكيم يكمن في تغليب 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 القضاة، وعلى ذلك فإن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الأطراف لقول الحق أو يحكم القانون بينهم<sup>(1)</sup>.
- على الرغم من أن التحكيم يبدأ بعمل إرادي إلا أن هذا العمل بداية لوضع نظام التحكيم بطبيعته القضائية موضع الحركة الذاتية، فإرادة الأطراف موجودة أيضا عند اللجوء إلى قضاء الدولة.<sup>(2)</sup>
- التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم عند اتفاق الطرفين عليه، وأن التخلص منه لا يجدي ويحل محل قضاء الدولة الإجباري.
- العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، ويتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فكل منها يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنها يعد حكما قضائيا وذلك خلافا لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثرا من آثارا لاتفاق<sup>(3)</sup>.

### تقدير الاتجاه

رغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية للتحكيم، إلا أنها لم تسلم من النقد، فيعاب

عليها ما يلي:

1- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 50.

2- محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 23.

3- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 70.

- أن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر، فلا يلزم شاهداً بالحضور، أو خصماً على تقديم مستندا تحت يده<sup>(1)</sup>.
- أنه يصعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء، لأن هناك اختلاف بين المحكم والقاضي، لأن هذا الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة فيما يقوم به من أعمال، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، ويعد منكراً للعدالة إذا امتنع عن الفصل في النزاع، ولا دخل للخصوم في اختياره بعكس المحكم<sup>(2)</sup>.
- إن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء، رغم ما قد يبدو فيه من تقويه لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم دائماً، لأن التحكيم أسبق من القضاء في الوجود.
- إن الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تنكره وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضاً بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للنظم من الحكم<sup>(3)</sup>.
- الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تنكره، وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضاً بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للنظم من الحكم<sup>(4)</sup>.

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 556.

2- كريم الطوجي، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"

، [www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keywor](http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keywor)

تاريخ 2012/06/20 الساعة 14:45 pm ، ص 1.

3- كريم الطوجي، المرجع نفسه، ص 1.

4- مناني فراح، مرجع سابق، ص 43.

## ثالثاً - نظرية الطبيعة المختلطة

ذهب هذا الاتجاه إلى رفض كل من الطبيعة التعاقدية و القضائية للتحكيم ، ويرى أن القانون يخول للأفراد اختيار أشخاص لإعداد القرار القضائي ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة محل النظر، وليس هذا البحث عملاً قضائياً، ولكنه يكون أحد عنصريه، أما العنصر الثاني الذي لا يكتمل إلا به هو عنصر الأمر الذي به تطبق إرادة القانون الذي يحث عنها وعينها قرار المحكم<sup>(1)</sup>.

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 أنه في هذا النظام يتمثل من ناحية في فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء؛ أي يكون اقتضاء الحق عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من الأسانيد منها:

- أن التحكيم يعتبر نوعاً من القضاء الخاص ذا أساس اتفاقي تتناوب عليه طبيعة التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معاً، وأن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد الحكم القضائي<sup>(2)</sup>.

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

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 558.

2- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 74.

- التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يتخذ في كل منها طابعاً مختلفاً فهو من أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم<sup>(1)</sup>.

### تقدير الاتجاه

رغم ما يتضمنه هذا الرأي من وجهة ومحاولته الجمع بين الرأيين، إلا أنه لم يسلم من النقد فيما يلي:

- أخذ بالفكرة التحويلية للتحكيم من عقد إلى قضاء وأن هذا يعد هروبا من المشكلة، والقول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة<sup>(2)</sup>.

### رابعا- نظرية الطبيعة المستقلة

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم، لأن أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع، حتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد فتارة يقولون عقد عمل، وتارة يقولون عقد وكالة، كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض منهم يرى أنه مجرد بطانة للقضاء الوطني، والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم، أما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فيكفي القول بأن موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم<sup>(3)</sup>.

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب الابتعاد عن

1- أشرف روية، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"

http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp?id=535، تاريخ 20/06/2012 الساعة 15:30 pm ص1.

2- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 53.

3- أشرف روية، مرجع سابق، ص 1.

القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت أم قضائية ربما كان ذلك ذا فائدة في الماضي، ولكن تلك الفكرة قد تقف الآن عائقاً أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

ومنه نذهب إلى أن التحكيم نظام قضائي استثنائي، فهو وسيلة لفض النزاعات ولكنه مختلف عن القضاء ومواز له، ومن المسلم أن التحكيم مصدره العقد، ولكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات.

وتقترب أغلب التشريعات من هذا الاتجاه، فهي تنظم اتفاق التحكيم باعتباره وسيلة للفصل في النزاع دون أن تخلط بين طبيعته العقدية التي تنتهي بإبرام العقد وقبول المحكم للمهمة، كما أن طبيعته الإجرائية تظهر بوضوح من خلال الدفع بالاعتداد بالتحكيم<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

إذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلاً دون اللجوء إلى قضاء الدولة، بموجب اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض

1- مناني فراح، مرجع سابق، ص 48.

2- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 559.

نزاعاتهم للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم يختارونها، فإنه يعد نظاما خاصا ومتميزا بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية المنازعات، فالتحكيم ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير، مختار بمعرفة الخصوم فالغير قد يتدخل في علاقة الخصوم على أكثر من وجه، كخبير أو وكيل، أو كوسيط أو كمحكم، فما هو المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين التحكيم كطريق لفض المنازعات وبين كل من الصلح والتوفيق والوكالة والقضاء؟<sup>(1)</sup>.

### أولا- التحكيم والصلح

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني<sup>(2)</sup> بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

بالرغم من أن الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه، إلا أن تصدي المشرع لموضوعه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية يأخذ طابعا إجرائيا، في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفيات مباشرته<sup>(3)</sup>.

### أ- أوجه الشبه بين الصلح والتحكيم

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

1- محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 32.

2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

3- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط1، 2009، ص 517.

4- يستندان إلى عقد، فالتحكيم بصورتيه شرطا كان أو اتفاقا، وكذلك الصلح هو عقد بنص القانون<sup>(1)</sup>.

5- وجود كل من الصلح والتحكيم يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء<sup>(2)</sup>.

### ب- أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح

1- محل 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.

2- تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع<sup>(3)</sup>.

### ثانيا - التحكيم والتوفيق

التوفيق هو تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، ويظهر مجاله في القانون الدولي إذ يتم بواسطة لجان تسمى لجان التوفيق، وللموفق حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وقد يتم اختيار موفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو بواسطة أي جهة قضائية أو تحكيمية طلب منها الأطراف ذلك، لكن القرار الذي يصدر من موفق غير نهائي أو ملزم إلا برضا الطرفين بعكس التحكيم حيث لا يوجد دور

1- المادة 1007، 1011 من القانون 09/08 والمادة 459 من الأمر رقم 58/75.

2- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 68.

3- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 34.

كبير للمحكم لإيصال الأطراف إلى اتفاق، كما أن القرار الصادر من المحكمين نهائي وملزم إلا عن طريق الطعن بالبطلان حسب ما ذهب عليه معظم التشريعات والاتفاقيات<sup>(1)</sup>.

ومن أوجه الخلاف بين التحكيم والتوفيق ما يلي:

- 1- يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني، أما التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق.
- 2- يحوز حكم التحكيم حجية الشيء المقضي به، بينما ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية.
- 3- مجال التوفيق هو أحكام القانون الدولي، في حين أن القانون الواجب التطبيق في التحكيم يختار من قبل الأطراف<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً - التحكيم والقضاء

هناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كل منهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة التحكيم والآثار المترتبة على كل منها، يتضح من تعريف التحكيم انه يستجمع عناصر العمل القضائي والتي تتمثل في الإدعاء والمنازعة والمحكم<sup>(3)</sup>.

غير أن هذا التقارب بين التحكيم والقضاء لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما:

- 1- إن المحكم ليس كالقاضي، حيث يشترط لصحة حكمه رضا المحكمين، أما حكم القاضي فيصلح دون رضا المدعى عليهم<sup>(4)</sup>.

1- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 72 وما يليها.

2- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 74-75.

3- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، (د ط)، 2009، ص 249.

4- كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 75.

2- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة الشخصية، أما هذه المسائل فيجوز فيها القضاء.

3- الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه، وعلى العكس من ذلك فإن أحكام المحكمين لا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً- التحكيم والوكالة

عرف القانون المدني الجزائري الوكالة في المادة 571 "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وعرفت الإنابة كذلك من قبل الفقه على أنها: "نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني (عقد كان أو تصرفاً انفرادياً) بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب، نيابة عن صاحب الشأن الأصيل<sup>(2)</sup>".

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

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

1- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 10.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، مرجع سابق، ص 250.

- 2- المحكم الذي يختاره كل من الأطراف المتنازعة لا يعبر عن وجهة نظر هذا الطرف، لأن المحكم المختار من قبل أي طرف من الأطراف المتنازعة ليس صاحب قرار منفرد، لأنه وليد الإرادة المشتركة، في حين أن النائب يمثل إرادة واحدة وهي إرادة الأصيل<sup>(1)</sup>.
- 3- القاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويملك الاتصال من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، كما أن الوكيل لا يقوم إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما هيئة التحكيم وبعد اختيارها من قبل الأطراف المحكّمين تكون مستقلة في أداء عملها تماما عنهم، فهم لا يملكون حق التدخل في عملها بأن يصدروا إليها تعليمات تنقيد بها، ويكون الحكم الصادر عن هذه الأخيرة ملزما لهم<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### اللجوء إلى التحكيم

باعتبار أن اتفاق التحكيم هو طريق لإخراج النزاع من ولاية القضاء، فإن مدى جواز تضمين العقود الإدارية<sup>(3)</sup> اتفاقيات تحكيم وإمكانية التحكيم في منازعاتها قد أثار جدلا واسعا

1- سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 35.

2- كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 80.

3- نظرا لتميز العقود الإدارية بشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فقد خصها المشرع الجزائري بتشريع خاص بها بعنوان قانون الصفقات العمومية وقد عرف من خلاله العقود الإدارية على أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع

في الفقه والتشريع والقضاء الوطني والدولي، وتأتي أهمية البحث في مدى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، نظرا لما تتمتع به الدولة من سيادة وحصانة، ومركز قانوني متميز باعتبارها أحد أشخاص القانون العام في مواجهة المتعاقدين معها في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية. ونظرا لكون اتفاق التحكيم ينطوي على التقليل من هيبة الدولة وسيادتها فضلا عن تخليها عن أهم مرفق من مرافقها العامة ألا وهو مرفق القضاء فالأصل أن جميع المنازعات الإدارية يختص بالفصل فيها دون غيره القضاء الإداري ومنها المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية، وانقسمت الآراء بين مؤيد ومعارض.

سنتعرض في هذا المطلب لشرح عملية اللجوء إلى التحكيم مبرزين موقف الفقه والمشرع الجزائري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ثم نتعرض إلى اتفاق التحكيم ومختلف شروطه حتى يكون هذا الأخير منتجا لأثاره.

## الفرع الأول

### موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لقد تباينت اتجاهات الفقه ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقد كان مستندا لجملة من الأسانيد كما أن موقفه كان محل أخذ لدى بعض التشريعات، وهناك من رفض هذا النظام وأخرجه من نطاق المنازعات الإدارية

---

المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب مصلحة المتعاقد"، أنظر المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/ 10/ 1010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. للمزيد حول مفهوم العقد الإداري أنظر: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

ذات الطبيعة التعاقدية مبررا موقفه كذلك بجملة من الحجج والأسانيد، كما أن عددا من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذا النوع من العقود.

سوف نقوم ببيان موقف كل جانب وحججه:

## أولاً- الاتجاه المعارض

استند الفقه المعارض للتحكيم لعدة حجج مبررا موقفه من بينها:

### 1- تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة<sup>(1)</sup>

استند البعض للقول باصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة، فمن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، استنادا لمبدأ السيادة والاستقلال وكذا المساواة بين الدول، ومن ثم تستطيع كل دولة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية، لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد منظمة أجنبية لأنه يجرى خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، وأن المحكمين الفاصلين في النزاع من جنسيات متعددة<sup>(2)</sup>.

وكما يرى البعض في 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>(3)</sup>.

فالتحكيم يقوم بين أفراد عاديين أو هيئات خاصة، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي استبعادا للقانون الوطني من التطبيق على محل اتفاق التحكيم، وتأبى سيادة الدولة أن

1- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 34.

2- دويب حسين صابر عبد العظيم، "التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت" <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/doib%20husin.pdf>، تاريخ 2012/06/20 الساعة 11.25 AM ص 268.

3- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د ط)، 2003، ص 389.

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 عليها دستورها وتنظمه قوانينها.

## 2- اعتبار التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الوطني

يرى أصحاب هذا الرأي 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 لعدم اختصاص المحكمة الإدارية بجوز إيدأؤه ممن رفعت عليه الدعوى أمام القضاء<sup>(1)</sup>.

ويعتبر أصحاب هذا الرأي بأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ينطوي باعتداء على الولاية العامة لاختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، ويعتبر إخلالا بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة، ويؤدي إلى قلب النظام 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، ومنه فإباحة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود يمثل اعتداء على اختصاص مجلس الدولة واعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(2)</sup>.

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

1- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 140-141.

2- دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 268.

الحجة أن اللجوء إلى التحكيم يعني قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم لمحكمين وهم لا يملكون ذلك، ولا يستطيعون تعديل أو تغيير نظام جهات القضاء<sup>(1)</sup>.

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 عن طرق التقاضي العادية وما تكفله 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>(2)</sup>.

### 3- تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام

ذهب أنصار هذا الرأي في استناده إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأن المنازعات الإدارية عموماً، ومن بينها منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام وتعمل على تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فلا يجوز التحكيم فيها، ضف إلى ذلك إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد

1- حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 141.

2- أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص 38-39.

المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلاً.<sup>(1)</sup>

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن فكرة النظام العام في القانون الإداري تعني تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا بنص صريح من المشرع<sup>(2)</sup>.

### نقد الاتجاهات

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>(3)</sup>.

كما أنه 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<sup>(4)</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن القانون الوطني ليس مستبعداً في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع للتحكيم، حيث يكون بوسع الأشخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد

1- دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، 268.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1، 2008، ص 75-76.

3- أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص 39.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 76.

الإداري وإدراج شرط التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعاتها أن تشترط تعليق القانون الوطني لتسوية تلك النزاعات<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - الاتجاه المؤيد

على النقيض من الاتجاه السابق ذهب اتجاه آخر إلى إجازة الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية باعتبار أنه ليس هناك ما يمنع من إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود، واستند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج لتبرير موقفه منها :

1- 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 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>(2)</sup>.

2- سياسة الإصلاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة مناخ اقتصادي جيد لاسيما في عقود البوت، لا يتحقق إلا بوضع تشريعات اقتصادية على ذلك، وتهيئة المناخ التشريعي والقضائي من خلال الالتزام بقبول التحكيم فيما قد ينشأ من منازعات<sup>(3)</sup>.

3- التحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع<sup>(4)</sup>.

4- التحكيم يوفر الوقت والمال والجهد في المنازعات التي يكون فيها الطرف الأجنبي، حيث يفضل في الغالب اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري<sup>(1)</sup>.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 183.

2- وليد محمد عباس، المرجع نفسه، ص 184.

3- دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 284.

4- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 55.

5- لا يوجد تبرير لحظر 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 تنتصل من الخضوع لرقابة القضاة الذين قامت بتعيينهم للفصل في المنازعات، كما لا يصح أن يتنازل الشخص المعنوي العام عن مكانته السامية ويقبل الخضوع لهيئة تحكيم خاصة<sup>(2)</sup>.

### ثالثا- موقف المشرع الجزائري

أجازت النصوص التشريعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولكن هناك اختلاف في طريقة معالجة المشرع الجزائري لهذا الموضوع على اختلاف التشريعات التي أصدرها.

#### 1- قبل صدور القانون رقم 08-09<sup>(3)</sup>

عرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغا تشريعا كبيرا لذلك استمرت على العمل بالتشريع الاستعماري لسد هذا الفراغ ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية<sup>(4)</sup>.

وإذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي، فإن الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة، وامتدت 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،

1- حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 174.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 78.

3- محمد كولا، تطوير التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، (د ط)، 2008، ص 55.

4- القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج. ر عدد 20 المؤرخة في 11-01-1963، ص 18.

خاصة اتفاق 1963 و1965 اللذين كان لهما تأثير سلبي في السيادة الوطنية حتى جاء اتفاق الجزائر جيتي لسنة 1968 الذي خفف قليلا من التأثير السلبي الذي مارسه فرنسا على السيادة الوطنية فكان على الجزائر استدراك ذلك وهذا بتقليص دور التحكيم عن طريق اللجوء إلى عملية التأميم، وهذا تعبيرا عن حقها في ممارسة سيادتها الكاملة غير منقوصة، حيث اتخذت موقفا رافضا للتحكيم في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية وإبقائه في المجالات الأخرى.

واستمرت مرحلة التحفظ التي اعتبرت مرحلة التكر والعداء حتى فترة بداية الثمانينات، حيث يظهر في بعض القوانين الداخلية عدم اتخاذ موقف واضح تجاه التحكيم مما أدى ببعض التفسيرات إلى القول بقبول التحكيم الدولي، بالإضافة إلى تكريسه اتفاقيا بموجب اتفاق الإطار بين الجزائر وفرنسا في سنة 1982 والذي أدى لأول مرة إلى إبرام نظاما للتحكيم سنة 1983<sup>(1)</sup>.

### موقف الأمر رقم 66-154<sup>(2)</sup>

كان قانون الإجراءات المدنية إلى وقت قريب يرفض نظام التحكيم، ويمكن ملاحظة هذا من خلال المادة 442 منه التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في 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".

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص 8.

2- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1997 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد 27.

أول فجوة أحدثت في هذا المنع كانت بفعل اتفاق أتى في الشكل المبسط (تبادل رسائل) بين فرنسا والجزائر في 17 مارس 1983، والذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين فرنسيتين وولائتين جزائريتين هما وهران وقسنطينة الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير مختصتين حينما رفع إليهما النزاع، بناء على مبادرة من الولايتين الجزائريتين، وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفة العمومية المبرمة، وهذا ما دفع بالوزير الأول بأن يبعث تعليمة تؤكد على ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد<sup>(1)</sup>.

غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-09<sup>(2)</sup> المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، حيث أصبحت صياغتها أنه: "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".

يتبين من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما نص صراحة على إمكانية لجوئهم إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية، وهو ما يفيد أن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقتهم التجارية الدولية،

1- تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام والتحكيم الدولي، التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، مداخلة مقدمة في ملتقى وطني، 2009، ص 87.

2- 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 ج. ر عدد 27.

وكذا وجوب أن يكون احد الأطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا<sup>(1)</sup>.

### موقف قانون الصفقات العمومية لسنة 1982<sup>(2)</sup>

بموجب المرسوم رقم 145/82 أصبحت كل المؤسسات العمومية تابعة للقانون الإداري وبالتالي يكون المشرع قد وحد التسمية بإدراج تسمية المتعامل العمومي، وهذا من أجل تدعيم الرقابة على هذه المؤسسات، مما يجعلنا نتساءل عن مكانة التحكيم من خلال هذا المرسوم فهل يمكن اللجوء إليه لتسوية النزاعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية؟<sup>(3)</sup>

في هذا الصدد تنص المادة 01/104 من نفس المرسوم بشأن تسوية النزاعات على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها". في حين تنص المادة 55 منه على أنه "يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم، كما يجب أن تتضمن البيانات التالية... القانون المطبق وشروط تسوية النزاعات...".

فالتشريع المعمول به حسب نص المادة يشمل المادة 442 قانون إجراءات مدنية التي تحضر لجوء الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية.

يمكن أن نكيف هذه الفترة من الناحية النظرية بفترة التحفظ أو العدا تجاه التحكيم، لأن القوانين المذكورة أظهرت مدى انغلاقها على التحكيم<sup>(4)</sup>.

1- قاسم العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2009، ص 198.

2- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر عدد 15، السنة التاسعة عشر بتاريخ 13/04/1982.

3- محمد كولا، مرجع سابق، ص 31.

4- محمد كولا، مرجع سابق، ص 31-33.

## 2- بعد صدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

أجاز القانون 08-09 لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>، وبالتالي يكون المشرع الجزائري 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

## اتفاق التحكيم

حظي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين الوطنية المقارنة والقانون الدولي، حيث أعطيت عدة تعاريف لاتفاق التحكيم تصب في مجملها في مفهوم واحد وهو أنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو ستنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"<sup>(3)</sup>.

1- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 562.

3- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 101.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع مسبق نشوؤه على التحكيم".

إذن اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع فعلي يرغب في شأنه الخصوم تجنب اللجوء إلى القضاء.

وسوف نتناول الأحكام العامة لاتفاق التحكيم وذلك بالتطرق إلى أشكاله وشروطه وكذلك الآثار المترتبة عنه.

### أولاً- الأشكال التي يتخذها اتفاق التحكيم

قد يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم وهو نص وارد ضمن شروط العقد الأصلي، حيث يدرجه الأطراف لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بمناسبة تنفيذ هذا العقد وبالتالي فإن شرط التحكيم بهذا المعنى الذي أورده نص المادة 1007<sup>(1)</sup> قانون إجراءات مدنية وإدارية ليس مستقلاً عن عقد الأطراف الأصلي وإنما يندرج ضمنه في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه<sup>(2)</sup>.

وقد يرد في شكل مشاركة تحكيم وهو الاتفاق الذي تقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوؤه بمناسبة تنفيذ العقد المبرم بينهم على التحكيم، بمعنى أنه اتفاق يبرمه الأطراف منفصلاً عن العقد الأصلي الذي يربطهما، حيث غالباً ما يكون لاحقاً لهذا العقد الأصلي بموجبه يتفقون على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بينهم.

وقد أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 1013 قانون إجراءات مدنية وإدارية "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

1- تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "شرط 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".

2- محمد كولا، مرجع سابق، ص 95.

على ضوء ما تقدم يمكن أن نفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم وفقاً للنقاط

التالية:

1- شرط التحكيم يكون في العقد الأصلي فهو احتمالي قد يتم العمل به أولاً حسب الظروف، أما اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم فهو عقد قائم بذاته حول نزاع ينشأ فعلاً وبالتالي يخضع للشروط التي تخضع لها العقود.

2- شرط التحكيم عقد احتمالي موقوف على قيام نزاع بين الأطراف، أما اتفاق التحكيم الخاص فهو عقد يخص نزاع قائم، ولذلك غالباً ما يأخذ شكل نظام يحتوي كل النقاط المتعلقة بالتحكيم منذ بداية الإجراءات حتى صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - شروط صحة اتفاق التحكيم

ليرتب اتفاق التحكيم في العقود الإدارية آثاره باعتباره عقداً، يجب توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، لأن هذا الأخير سيؤدي لسلب الاختصاص من قضاء الدولة (القضاء الإداري) وجعل القضاء الخاص المتمثل في قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد، وتتمثل هذه الشروط في الكتابة والتي تعد أهم هذه الشروط، فبوجودها يوجد اتفاق التحكيم وبانعدامها ينعدم هذا الأخير، إلى جانب هذا الشرط توجد جملة أخرى من الشروط متعلقة بكل من الرضا والمحل والأهلية، فاتفاق التحكيم يلزمه كباقي العقود وجود تراض بين أطراف الرابطة العقدية وتمتعهم بأهلية الإبرام، وسنقوم ببيان مختلف الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم على النحو التالي:

#### أ- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

سوف نتعرض إلى الشروط الشكلية التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي يترتب على عدم وجودها بطلان اتفاق التحكيم:

#### 1- كتابة اتفاق التحكيم

1- محمد كولا، المرجع نفسه، ص 98.

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 1008 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، كما بينت المادة 1040 ذلك أكثر حين قالت أنه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

و يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة ولكن لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعاً خاصاً بجوار حكم التحكيم إذا ورد بنود من بنود العقد الأصلي، ويكفي التوقيع على العقد، إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد<sup>(1)</sup>، كما تتحقق الكتابة وفقاً لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة.

وفي كل الأحوال فإن عبارة قانون 08-09 في التحكيم "...أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة..." تحمل معنى واسع جداً للإثبات الكتابي<sup>(2)</sup>.

## 2- تعيين هيئة التحكيم

ذهبت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية إلى أنه "...يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم".

وذلك رغبة في وجود اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، وكذا اتفاق الأطراف فيما بعد وبمحض إرادتهم على تشكيل هذه الهيئة وفقاً لحريرتهم، حيث يمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص، وهنا تدخل كذلك المشرع بنص أمر في المادة 1017

1- سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.

2- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة، الصلح، التحكيم)، الجزء الأول، 2009، ص 28.

قانون 09/08 التي تنص على أنه: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

### 3- تحديد موضوع النزاع

يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم بشكل واضح، إلا أن مثل هذا التحديد يمكن تصوره بالنسبة لاتفاق التحكيم -مشاركة التحكيم- على اعتبار أن النزاع قد ثار بين الأطراف ويمكن تحديده بصفة دقيقة وهذا ما أكدته المادة 2/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>.

#### ب- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

إن الاتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم ما هو إلا عقد يجب أن تتوفر فيه الشروط الواجبة لصحة الالتزامات بصفة عامة من رضا وسبب ومحل.

#### 1- الرضا

ويعني مطابقة الإرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشاركة فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية<sup>(2)</sup>.

ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية ذلك، إعمالا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- تنص المادة 2/1012 على أنه "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان موضوع النزاع...".

2- محمد مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007، ص 05.

وبالنسبة للأهلية في مجال الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإن الشخص العام ليس أهلا لإبرام هذا الاتفاق إلا بشروط<sup>(1)</sup>، حيث أنه بإمكان الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والولاية، والبلدية أن تبرم عقود التحكيم 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، وهذا ما أكدته المادة 975 قانون إجراءات مدنية وإدارية "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"<sup>(2)</sup>.

هذا وتنص المادة 3/1006 ق. إ. م. إ. بالقول "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

### ب- المحل

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون موضوعه مخالفا للنظام العام و الآداب العامة وهذا بنص المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "...لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام..."

وحكمة 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<sup>(3)</sup>.

### ج- السبب

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 39.

2- أشخاص القانون العام حسب تحديد المادة 800 ق. إ. م. إ. هم (الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري).

3- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 161.

اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر لمحكمين وهذا سبب مشروع دائماً، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها<sup>(1)</sup>.

فسبب إبرام اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيها من مميزات وتقادي قضاء الدولة لما لها من تعقيدات إجرائية ووقتيّة ولما تحققه من سرية مطلوبة وبديره متخصصون مع فرض حسن النية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً- آثار اتفاق التحكيم

إذا أبرم اتفاق التحكيم لتسوية نزاع ما مستوفياً الشروط الشكلية والموضوعية سواء اتخذ شكل شرط أو مشاركة ينتج عدة آثار من بينها:

#### أ- الأثر المانع لاتفاق التحكيم

إذا أبرم اتفاق التحكيم لتسوية نزاع ما، فإن المحاكم يمنع عليها النظر في هذا النزاع أصلاً، لأنه من اختصاص المحكمة التحكيمية وهذا ما ذهب إليه المادة 1045 من القانون 08-09 بنصها "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

على أن يكون موضوع النزاع من اختصاص محكمة التحكيم، فإذا لم يكن كذلك فيجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع وهذا ما نصت عليه المادة 1044 من نفس القانون<sup>(1)</sup>.

1- هاني صلاح سري الدين، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، 2005، ص 78.  
2- 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، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009، ص 292-293.

## ب- مبدأ استقلالية شرط التحكيم

يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، إذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فالمتصور منطقياً أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصاً صريحاً يكرس استقلالية شرط التحكيم وهذا في المادة 1040 فقرتها الأخيرة "...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

## ج- نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

إن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على هذا الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم؛ أي أطراف الاتفاق<sup>(3)</sup>.

لكن هناك حالات عملية قد تدق أحياناً فضلاً عن أن فكرة "الطرف" لا تعني فقط الشخص الموقع على الاتفاق وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص كالوارث الذي أبرم مورثه عقداً تضمن شرط تحكيم، فهل يمتد التحكيم للغير كإدخال الغير في الدعوى؟ لاشك أن الطابع العقدي للتحكيم يحول دون ذلك، ولكن لا يعتبر الغير الشريك أو المدين المتضامن، فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون وأبرم أحدهم عقداً أو تضمن عقد

1- تنص المادة 1044 ق.إ.م.إ على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع".

2- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 26.

3- محمد نور شحاتة، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، <http://droit.alafdal.net/t1409-topic>، تاريخ 2012/07/15 الساعة 14:45 pm، ص 1.

القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع إيجاباً وسلباً.

وأخذاً بالمنطق نفسه يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع مشروعات المؤسسات بمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن الخصومة التحكيمية أساسها بداية العلاقة التي تربط أطرافها في إطار العقد الأساسي المبرم بينهم والمتضمن التزامات وحقوق متبادلة ناجمة عن هذا الطابع التعاقدية والذي يخضع بإرادتهم العقدية إلى اتفاق تحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة كسبيل لفض النزاع الذي هم فيه مختلفون، وقيام النزاع يؤدي بالضرورة إلى انطلاق المرحلة التالية التي يهيمن عليها الطابع القضائي من خلال الدعوى التحكيمية والتي تبدأ بتشكيل محكمة التحكيم لتتولى الفصل في هذه الدعوى ضمن إطار قواعد قانونية محكمة وفقاً لإجراءات وقواعد موضوعية واجبة التطبيق.

من هذا المنظور وسعيًا للوقوف على القواعد التي تحكم الخصومة التحكيمية يقتضي منا الأمر التطرق إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم ثم معرفة القانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بموضوع النزاع.

### المطلب الأول

1- هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 74.

## القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية

يقصد بتشكيل هيئة أو محكمة التحكيم، اختيار الشخص أو الأشخاص التي توكل لهم مهمة التحكيم، ويطلق عليهم اسم محكم أو محكمين يمارسون مهمة الفصل كقضاة خواص يخضعون لقواعد تحكم هذا التعيين.

ويخضع تشكيل محكمة التحكيم لمبدأين أساسيين هما: أن إرادة الأطراف هي المرجع الأول في اختيار محكمة التحكيم والثاني مراعاة المساواة بين طرفي النزاع في اختيار المحكمين، سنقوم من خلال هذا المطلب بدراسة القواعد التي تحكم تشكيل هاته الهيئة من حيث تحديد الجهات المخول لها تشكيل هيئة التحكيم، وكذا الشروط الواجب توافرها في المحكمين.

### الفرع الأول

#### الجهات المخول لها تشكيل هيئة التحكيم

إن حسن سير إجراءات التحكيم وصحتها، ثم صدور حكم التحكيم وعدالته يتوقف على كفاءة وحسن اختيار الشخص القائم عليهما، ومن هنا فقد قيل أن "التحكيم تحكمه قاعدة ذهبية مفادها أنه بمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم".

وقد أعطت كافة التشريعات للأطراف حرية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فلهم أن يحددوا وقت وكيفية هذا الاختيار.

ولما كان التحكيم كالقضاء يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم فإن اتفاق هؤلاء على تشكيل هيئة التحكيم قد يكون أمر صعب، لذا حرصت كافة التشريعات على إزالة ما يعترض تشكيل هيئة التحكيم من عقبات عن طريق إعطاء القضاء الوطني سلطة التدخل في هذا الشأن بناء على طلب أحد الأطراف<sup>(1)</sup>.

#### أولاً- تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 395.

لقد اتجهت تشريعات الدول الحديثة<sup>(1)</sup> إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وهذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في ترك الحرية لأطرافه في تنظيم إجراءاته ومنها حريتهم في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل فيما ينشب بينهم من نزاعات.

إن كيفية هذا التعيين وإن كانت تبدو من البساطة بمكان إلا أنها مدعاة لبعض الصعوبات اختلفت بشأنها القوانين الداخلية خصوصا فيما يتعلق بالجانب الشكلي من حيث تحديد شخص المحكم أو طبيعة الوظيفة التي يؤديها، ومن هنا تدخل المشرع الجزائري بنصوص قانونية أمرة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ملزما الأطراف عند قيامهم باختيار وتشكيل هيئة التحكيم بضرورة مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد منها:

### 1- قاعدة الفردية أو الوترية

لم يلزم المشرع الأطراف باختيار عدد معين من المحكمين فلم اختيار محكم واحد أو أكثر، والقيود الوحيد في هذا الصدد يتعلق بوترية العدد، بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم بأكثر من محكم فإنه يلزم أن يكون العدد فرديا، وفي هذا الصدد تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدد محكمين بعدد فردي".

وهذه القاعدة كرستها عدة قوانين وطنية، وكذا نظم مراكز التحكيم الدائمة سواء بطريقة صريحة أو ضمنية، بل أن الكثير منها رتب على مخالفتها جزاء بطلان التحكيم<sup>(2)</sup>.

### 2- قبول المهمة من طرف المحكم

1- ومنها المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 1041 من القانون 09/08 أنه "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى

نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

2- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر

الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 56.

إن تمام تشكيلة محكمة التحكيم مرهون بقبول المحكم أو المحكمين للمهمة المسندة إليهم من خلال اتفاق التحكيم، فهي المرحلة الأخيرة لتشكيل محكمة التحكيم، في هذا الصدد تفرض المادة 1452 قانون إجراءات مدنية فرنسي شرط قبول المحكمين للمهمة الموكلة إليهم والمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 1015 نص على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم"، وبالتالي فإن قبول المحكم أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكمة التحكيمية، ويصبح المحكم في هذه الحالة فريقا في الاتفاقية التحكيمية، كما يصبح مرتبطا اتجاه الفرقاء بروابط تعاقدية، الأمر الذي يطرح مسؤولية المحكم التعاقدية الناتجة عن عدم تنفيذه لواجباته التعاقدية<sup>(1)</sup>، وتتمثل هذه الواجبات في واجب واحد وهو موجب النتيجة والمتمثل في إلزامية الفصل في النزاع خلال المهلة المحددة وذلك تحت طائلة تحميله المسؤولية في حالة التأخر أو التخلف.

وكذلك فإن أي محكم في قضية ما، يفرض أن يعلم ما إذا كانت هناك أسباب بطلب رده أو عزله ويقتضي أن يبلغ الفرقاء بذلك<sup>(2)</sup>، وهذا وإذا رفض المحكم القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن قبول مهمة التحكيم هو آخر مرحلة لتشكيل محكمة التحكيم وهو ضروري لما يترتب من آثار ذات أهمية، إذ في هذا الصدد وحسب الاجتهاد القضائي الحديث فإن قبول المحكمين للمهمة ينجر عنه آخر نتيجة لعدم اختصاص الجهات القضائية في حضور اتفاقية التحكيم<sup>(4)</sup>.

1- المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة 4 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادة 193 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

2- تنص المادة 1015 قانون 09/08 "...إذ علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"، انظر كذلك المادة 2/1452 قانون مرافعات مدني فرنسي.

3- المادة 2/1012 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

4 - Ph. Fauchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, Delta Liban, 1996, P 548.

## ثانياً - تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

إذا كان الأصل أن يقوم الأطراف باختيار وتشكيل هيئة التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا هو الطريق الوحيد لاختيارهم<sup>(1)</sup>، فقد يعترض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها إتمام عملية التحكيم ولا يستطيع الأطراف التغلب عنها، فمن هنا أصبح من الضروري البحث عن جهة توكل لها مهمة مساعدة الأطراف في إزالة هذه العقبات حتى يحقق التحكيم فاعليته ويؤدي دوره المنشود كطريق أكثر سرعة من القضاء لفض النزاعات.

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

إن مثل هذا التشكيل لا يتأتى إلا في إطار التحكيم الداخلي وبعده شروط :

## 1- وجود نزاع

تنص المادة 1/1444 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه "...إذا حصلت بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو في تنفيذ طرق تعيينهم، عين رئيس المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين".

وذاوات الاتجاه سار عليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل

1- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 76.

2- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 421.

أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة".

يفهم من هذان النصان أنه يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يكون هناك نزاع قائم بالفعل بين طرفي التحكيم، حيث أن هذا الشرط يعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه حيث لا يوجد مصلحة فلا دعوى<sup>(1)</sup>، وبالتالي فإنه إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع فإن الأثر المترتب عن ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتهاء شرط المصلحة فيها.

## 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 التحكيم<sup>(2)</sup>. وهذا شرط بديهي، ذلك أن تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر 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 إلا لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف وحسن نواياهم.

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.

فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى أن تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر من قبيل الدور المساعد والتعاوني في تحريك عملية التحكيم ونجاحها دون أن يتعرض القاضي

1- تنص المادة 13 من القانون 09/08 على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

2- المادة 1/1009 قانون إجراءات مدنية وإدارية السالفة الذكر.

لموضوع النزاع وبالتالي استبعاد القضاء الإداري وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي لأن طبيعة نشاط التحكيم خارج كل مرجعية على مفهوم المرفق العام وفكرة السلطة العامة وهما أساس اختصاص القضاء الإداري بالإضافة إلى أن إجراءات التحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص<sup>(2)</sup>.

فيما ذهب جانب آخر<sup>(3)</sup> إلى عقد الاختصاص بصفة مطلقة لجهة القضاء الإداري بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم تكن بنية واضحة، فقد أقر للتحكيم الداخلي حسب نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يتم التعيين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وبالتالي فمشرعنا اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النوعي، فلو أن المشرع قصد جهة القضاء الإداري لجا في المادة أن الاختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو يذكر المحكمة الإدارية المختصة، وهو ما يوحي بأن نيته اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم محكوم بعدة ضوابط منها:

أ- احترام الشروط التي حددها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف في المحكم.

ب- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم بأي طريق كان<sup>(4)</sup>، هذه القاعدة يمكن أن نستشفها من نص المادة 1016 قانون 09/08 المتعلقة بحالات رد المحكم

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 436.

2- قد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي بنص المادة 1444 قانون إجراءات مدنية فرنسي "...غير أن هذا التعيين يمكن أن يحصل بواسطة رئيس المحكمة التجارية...".

3- أخذ بهذا الاتجاه معظم تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي منها المشرع الإماراتي من خلال المادة 1/204 قانون إجراءات مدنية والمشرع الكويتي م 175 قانون مرافعات مدنية وتجارية.

4- عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص 81.

حيث جاء فيها "...هذا الأمر غير قابل لأي طعن" ومنه نقول أن قرار التعيين أيضا غير قابل لأي طعن.

## الفرع الثاني

### الشروط الواجب توفرها في المحكم وأثر تخلفها

مهما كان الشكل الذي تتخذه الهيئة التحكيمية فينبغي أن تتوفر في المحكم أو المحكمين بعض الشروط تختلف حسب أطراف النزاع، فإذا كان من حق أطراف النزاع اختيار من المحكمين ذوي الثقة والكفاءة في العلم بشؤون التحكيم ضمانا لمصالحها، فإن هناك شروطا إذا لم تتوفر أعطت الحق للطرف ذي المصلحة رد الحكم<sup>(1)</sup>.

### أولا- الشروط الواجب توفرها في المحكم

#### أ- الأهلية

من الشروط المرتبطة بشخص المحكم الأهلية وهو شرط معمول به ومتفق عليه فقها وقضاء وتشريعا، حيث ينبغي أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، كامل الأهلية المدنية، وقد تأكد هذا الشرط في المادة 1451 قانون إجراءات مدنية فرنسي وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1014 قانون 09/08 حيث نص على أنه "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص 172.

فالأصل أن يكون المحكم شخصا طبيعيا يتمتع بكل الحقوق والواجبات، وعن تمتع المحكم بالحقوق المدنية ينبغي أن تفهم مفهوما واسعا، فالقاصر المرشد والراشد تحت الوصاية والمحكوم عليه جنائيا وحتى المفلس لا يمكن لهم تشكيل الهيئة التحكيمية.

قد وضع المشرع المصري هذا الشرط أكثر حين نص في المادة 1/16 من قانون التحكيم على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو مجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره".

وفي تقديرنا أن المشرع المصري كان أكثر دقة ووضوحا من مشرعنا الجزائري، فالقول "...إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية..." صياغة ليست في منتهى الدقة مما ينبغي البحث بالتوسع في الحالات التي تحول دون التمتع بكافة الحقوق المدنية.

ويعتبر هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه وإن حدث واتفق الأطراف على ما يخالف هذا الشرط فإن اتفاقهم هذا يعد باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام<sup>(1)</sup>.

#### ب- الاستقلال والحيادة<sup>(2)</sup>

إن تحقيق العدالة ليس حكرا على قضاء الدولة، فهناك من الطرق التي تؤدي إلى تحقيقها، وأخص هذه الطرق طريق التحكيم، لذا فلكي نضمن تحقيق العدالة المرجوة بواسطة هذا الطريق ينبغي أن يكون القائم عليها شخص تتوافر فيه بعض الصفات التي تجعل الأفراد يطمئنون إليه وإلى عدالته وأخص هذه الصفات صفتي الاستقلال والحيادة.

لذا فإنه يمكن أن يشترط الأطراف في تعيين المحكمين انتفاء وجود مصلحة في النزاع، لأن وجودها يؤدي لا محالة إلى الانحياز إلى الطرف التي توجد مصلحته معه.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 399.

2- أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 37.

وقد نصت المادة 3/1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالة رد الحكم وهي: "...عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط..."<sup>(1)</sup>.

فالمحكم الذي يلي مهمة نظر منازعة تتعلق بعقد إداري قد يكون متأثرا بعدة عوامل قد تؤثر في حياديته واستقلاله، وترجع هذه العوامل إما للبنية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينتمي إليها المحكم، وإما إلى هوية الخصوم وموضوع النزاع.

لذا فقد أحسنت التشريعات<sup>(2)</sup> المنظمة لعملية التحكيم صنعا، حيث نصت على إلزامية توافر صفتي الحيادة والاستقلال فيمن يتولى مهمة التحكيم واعتبارهما من أحد الأسباب التي يمكن رد المحكم بمقتضاها.

### ج- الجنسية

لم تتضمن التشريعات المعاصرة نصا صريحا يلزم الأطراف باختيار المحكم من جنسية معينة، وإنما تركت الأمر لمطلق تقدير الخصوم، فلمهم أن يختارونه من جنسية وطنية أو أجنبية، فعلى سبيل المثال تنص المادة 2/16 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

وفي ذات السياق ذهب المشرع الفرنسي وكذلك المشرع الجزائري حيث لم تتضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة لعملية التحكيم بين طياتها نصا صريحا يلزم الأطراف باختيار محكم من جنسية معينة.

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص 177.

2- أكد المشرع الفرنسي على أن عدم الاستقلالية سبب من أسباب الرد المادة 1452، قانون إجراءات مدنية فرنسي وحذا حذوه المشرع المصري المادة 1/18 قانون التحكيم المصري.

وإذا كان الاتجاه السائد في التشريعات المعاصرة هو عدم اشتراط جنسية معينة في المحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، إلا أن جانباً من الفقه ينظر إلى هذه المسألة من خلال منظور نفسي يتمثل في عقدة الولاء والانتماء التي تربط الإنسان بوطنه، فهم يرون أن الجنسية تعتبر من المسائل التي تؤثر في حياد واستقلال المحكم إزاء الأطراف الذين يحملون نفس الجنسية<sup>(1)</sup>.

#### د- الخبرة

لم تشترط كذلك التشريعات المعاصرة أن يكون المحكم حاصلًا على مؤهل معين أو أن يكون من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المطروحة على التحكيم، فالأمر متروك لمطلق تقدير أطراف التحكيم، فلهم أن يختاروا محكما من ذوي الخبرة الفنية أو الخبرة القانونية.

#### ثانياً- رد المحكم

نظراً لأهمية العقود الإدارية فإن المصالح التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع وعدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكّمين وقع شك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم ونقص بالاستقلالية والحيادة في هذا المقام ألا توجد للمحكم أي صلة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل يكون مستقلاً عنهما استقلالاً مالياً واجتماعياً ومهنياً، وأن لا ينحاز لأحدهما أو ضده لأسباب خاصة أو شخصية<sup>(2)</sup>.

لذلك فقد أعطى القانون الحق للأطراف في رد المحكّمين المشكوك فيهم أي رفض المحكم للنظر في نزاع معين لكن قد يكون الهدف من الرد هو التماطل وتعطيل الإجراءات، لذلك فالقانون لم يطلق العنان للأطراف لرد المحكّمين في كل الظروف بل يجب أن تتوفر أسباب معينة وشروط حتى يتم الرد وهي:

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 414.

2- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 211-212.

1- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين<sup>(1)</sup>.

ومعنى ذلك أنه لا مجال لرد المحكم لأسباب كان يعلمها طالب الرد وقت تعيين المحكم إذ يعد بمثابة موافقته الضمنية على هذا الوضع، وأنه قد تنازل عن حقه في طلب الرد، وإذا كان لا يعلم بأسباب الرد فعليه أن يثبت توافرها، ونعني علمه بوجودها بجميع طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية<sup>(2)</sup>.

2- هذا الشرط لم ينص عليه القانون الجزائري إلا أنه تحقيقاً لفعالية التحكيم من خلال أنه طريق سريع لحل المنازعات في إطار الصفقات العمومية فإنه لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم الطلب برد المحكم ذاته في عملية التحكيم؛ أي أنه لا يجوز لأحد طرفي التحكيم أن يطلب رد محكم بذاته أكثر من مرة خلال عملية التحكيم نفسها<sup>(3)</sup>.

وقد أكدت جل القوانين الخاصة بالتحكيم<sup>(4)</sup> على ضرورة توافر سبب لرد المحكم وإن لم تحدد بعض القوانين كل أسباب الرد، فإنها أشارت إلى ما يوحي بوجود شك في استقلاله أو نزاهته أو حياده، وعليه نصت المادة 1016 من القانون 08-09 على أنه: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

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

1- المادة 2/1016 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010، ص 136.

3- اشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 216.

4- المادة 1/18 قانون تحكيم مصري والمادة 1436 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

وما 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>.

بالنسبة لإجراءات طلب الرد والسلطة المختصة بالفصل فيه فإن المشرع الجزائري يعترف لقضاء الدولة بسلطة الفصل في طلبات رد المحكمين حسب نص المادة 3/1016 من القانون 08-09.

ويمر طلب رد المحكمين بمرحلتين:

- 1- تبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.
  - 2- في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمله التعجيل<sup>(2)</sup>.
- أما بالنسبة لميعاد طلب الرد فلم ينص عليه المشرع الجزائري، ولكنه أكد على طابعه الاستعجالي، كما لم يقرر المشرع الجزائري نصاً لمعالجة عبئ إثبات سبب الرد، في حالة رد المحكمين، والحقيقة أن مشكلة عبئ إثبات الرد مسألة غاية في الصعوبة قد ناقشها مؤتمر علمي بفرنسا، كما شغلت الفقه أيضاً، وقد أقتراح لحل هذه المسألة أن يجنب أطراف التحكيم هذه المسألة، وأن يلقي على عاتق المحكم ذاته التزام بأن يبلغ أطراف التحكيم بالظروف التي من شأنها أن تؤثر على استقلاله في أداء عمله<sup>(3)</sup>، وقد أعتنق المشرع الجزائري هذه الفكرة في المادة 2/1015 من القانون 08-09 بالقول: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

## المطلب الثاني

### تحديد القانون الواجب التطبيق

- 1- بن عمران سهيلة، المرجع نفسه، ص 137.
- 2- المادة 3/1016 قانون إجراءات مدنية وإدارية.
- 3- عبد الفتاح عزمي، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، سنة 22، عدد 1.

بعد تشكيل الهيئة التحكيمية وقبولها النظر في النزاع ، تبدأ بالمهمة المسندة لها بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، وتبرز أهمية هذا الاختيار في الآثار الناجمة عن العقد، فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، و فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر المترتبة عن فسخ العقد. كما أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق له آثار أخرى ذات أهمية بالغة منها ما يتعلق بمدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف، وكذا كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق تمتد للقواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف المتضرر .

سوف نقوم من خلال هذا المطلب بدراسة القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالإجراءات ، والقانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية.

## الفرع الأول

### القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية

إذا كان القرار الذي يصدر في الدعوى التحكيمية هو بمثابة ثمرة التحكيم فإن هذا القرار يظل رهنا للإجراءات المتبعة في الخصومة التحكيمية بحيث أن الجانب الإجرائي هو العمود الفقري للتحكيم وهو الضامن للشرعية<sup>(1)</sup>.

وبعبارة أدق، إذا كانت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تثار أمام المحكم، فإن الأمر قد يثار أمام القاضي بمناسبة عرض القرار للاعتراف أو التنفيذ أو في حالة الطعن بالبطلان بحجة صدوره مخالفا لإجراءات القانون الواجب التطبيق.

وإذا كان تحديد القواعد الإجرائية يستجيب للرغبة في السرعة والمرونة المبررتين اللجوء إلى التحكيم فإن هذا التحديد يخضع باتفاق أغلب القوانين الداخلية للدول لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات، وفي حالة غياب تلك الإرادة تتولى

1- ابن النصيب عبد الرحمان، الدعوى التحكيمية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005، ص

هيئة التحكيم هذه المهمة وذلك مع مراعاة القواعد الجوهرية التي تعتبر من مجالات الإجراءات القضائية<sup>(1)</sup>.

### أولاً- النشأة الاتفاقية لإجراءات التحكيم

وهو ما يعبر عنه بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات التحكيم، فالقاعدة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم مفادها منح الأطراف حرية الاتفاق على تنظيم إجراءات التحكيم، فقد يتفق الأطراف على تنظيم إجراءات معينة أو على الأقل جانب منها، وقد يتفقون على إتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم لتسري على خصومة التحكيم، وقد يختارون قواعد أكثر مرونة من تلك المتبعة أمام المحاكم كالإتفاق على تطبيق لائحة أحد مراكز التحكيم على الإجراءات.

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري في المادة 1043 من قانون 09/08 نص صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق إجرائياً من طرف المحكم يخضع لإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم إما مباشرة وإما بناء على نظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف<sup>(2)</sup>.

وذاًت المسلك اتبعه المشرع الفرنسي إذ نص في المادة 1494 من قانون إجراءات مدنية على أنه: "يجوز أن يحدد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بالإحالة إلى لائحة التحكيم القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها في دعوى التحكيم، ويجوز أيضاً أن تخضع هذه الدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم...".

يظهر من النصين أنهما كرسا مبدأ سلطان الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة وهذا هو الأصل الذي تسير عليه أغلب قوانين الدول<sup>(3)</sup>.

1 -Xavier Tinant, Alain Hollande, L'arbitrage et la médiation Puf, Paris, 2003, P 07.

2- ابن النصيب عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 64.

3- المادة 25 من قانون التحكيم المصري.

هذا ومن حق الأطراف الاتفاق على الإجراءات بعد تعيين المحكمين ولهم تغيير أو تعديل هذه الإجراءات بما يجعلها أكثر مرونة وذلك عندما يرون في هذه الإجراءات مخاطر نظام غير معروف أو معقد، وذلك أن الأطراف في هذه الخصومة يعتبرون بمثابة المشرعين لأنفسهم<sup>(1)</sup>.

### ثانيا - سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم

منح المشرع الحرية للأطراف في الاتفاق على القواعد الإجرائية التي تحكم سير الخصومة، إلا أنه قد وضع في ذهنه إمكانية عدم اتفاق الأطراف أو اختلافهم حول هذه القواعد، لذا اتجه إلى الاعتراف للمحكم بسلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم حال غيبة إرادة الأطراف.

وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتقاديا لأي فراغ قانوني، نصت أغلب التشريعات على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة سواء بالإحالة إلى قانون وطني معين أو إلى نظام تحكيمي معين، فالمادة 2/1043 من قانون 08/09 تنص على أنه "...إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم"، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 2/1494 من قانون الإجراءات المدنية والمشرع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم<sup>(2)</sup>.

إن منح المحكم سلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم حال غياب إرادة الأطراف لا يعني الاستئثار المطلق بهذا الحق، فالطابع الودي الذي يغلب على نظام

1- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 183.

2- ابن النقيب عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 67.

التحكيم يفرض على المحكمين الإجتماع مع الأطراف لوضع الخطة الإجرائية لخصومة التحكيم، كتحديد مكان التحكيم واللغة المستخدمة وغيرها من الإجراءات اللازمة لتسيير الخصومة، بالإضافة إلى أن القرارات الإجرائية التي تصدرها هيئة التحكيم ليست بالضرورة قرارات نهائية، حيث أنها تخضع لإمكانية تعديلها أو تغييرها حسب الظروف أثناء سير إجراءات التحكيم، فالمحكم لا يتقيد بها، كما أنها لا تحوز على حجية الشيء المقضي به، ومن ثم فإن اللجوء إلى القضاء الوطني لا ينبغي أن يكون إلا بالنسبة للقرارات النهائية التي تفصل في الخصومة وتحوز على حجية الشيء المقضي به<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية

إذا كانت الدعوى التحكيمية تهدف بالأساس إلى إصدار حكم لحسم النزاع القائم وإنهائه من خلال الإجراءات الواجبة الإلتباع فإن هذه الدعوى التحكيمية تقتضي معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يلزم المحكم بتطبيقه.

وفي هذا الصدد إذا كان القاضي في الدولة يطبق النصوص القانونية لهذه الدولة ويستمد منها سلطته، فإن الأمر خلافاً لذلك بالنسبة للمحكم والذي يستمد سلطته من إرادة الأطراف<sup>(2)</sup> حيث تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دورا بارزا في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه.<sup>(3)</sup>

وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الدولية، إذ على أساسه يتم التأكد من مدى صحة بنود العقد، وفي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى هذا القانون الموضوعي لتكملة ذلك.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 456-457.

2- مصطفى الجمال عكاشة، محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى، 1998، ص 720.

3- نور حمد الدجاي، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه"

http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf، تاريخ 2012/05/15 الساعة 21:10 pm ص 655.

وفي هذا المجال فالقاعدة هي أن سلطان الإرادة هو الذي يتحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق شريطة أن يكون هذا القانون المختار كافيا وفاعلا وألا يتعارض مع النظام العام الدولي ولا يخالف القواعد الآمرة سيما في البلد الذي سينفذ فيه الحكم التحكيمي، وفي حالة تخلف هذا القانون يعقد الاختصاص للهيئة التحكيمية<sup>(1)</sup>، وهما الحالتان المستوجب معالجتهمما بتميز.

### أولا- اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

بالرجوع إلى القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم نجد بأنها تقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق استنادا لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف روجا كبيرا في القرن التاسع عشر، والذي بموجبه إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، وإن شاءت أخضعت لقانون تختاره، وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر التقاء الإرادات المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للإلتزام<sup>(2)</sup>. وقد نوه الفقهاء بأن تحديد القانون الذي يحكم العقد واختياره صراحة بالغ الأهمية، فقد قال الأستاذ Noboyet أن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف<sup>(3)</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يخص مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، نجده نص في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها

1- ابن النصيب عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 78.

2- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2010، ص 103.

3- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، الدار الجامعية الجديدة، الأزبكية، مصر، (د ط)، 2008، ص 342.

ملائمة"، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 1/39 من قانون التحكيم، وقد أضاف المشرع في نص هذه المادة أنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك<sup>(1)</sup>، وفي ذات السياق القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم إذ نصت المادة 1496 منه على أنه: "يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف...".

ويجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع صدى له في معظم التشريعات المقارنة وكذلك في الإتفاقيات الدولية ومنها الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة بجنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 والتي أقرت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصها: "إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع... إلخ"<sup>(2)</sup>.

مما سبق يتضح أن معظم التشريعات الوطنية للتحكيم والاتفاقيات الدولية وكذا لوائح العديد من مراكز التحكيم جميعها تسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره أنسب لهم وفق ما ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية ولا يثير الإتفاق الصريح للقانون الواجب التطبيق أي مشكلات عملية، فيقوم المحكم بتطبيقه إلا في حالة واحدة وهي متى اعتبر العقد داخليا، فهنا سيخضعه للقانون الوطني، لأنه في مثل هذه الحالة لا يمكن للأطراف أن ينقلوا الاختصاص بشأنه لقانون آخر بإرادتهم، غير أن الصعوبة تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لإرادة الأطراف الضمنية ومن ثم فإن التعبير عن الإرادة في القانون الواجب التطبيق قد يكون صريحا أو ضمنيا كأن يختار المتعاقدان بنود عقد نموذجي Contrat Type وضع وفقا لقانون دولة ما، مما يعني اتجاه إرادتهما ضمنيا نحو اختصاص هذا القانون، وقد تستخلص إرادة الأطراف الضمنية من

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع نفسه، ص 344.

2- أسرة التحرير، نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008، ص 178.

خلال طريقتهم في إبرام العقد أو من خلال تصرفاتهم اللاحقة لإبرامه، كاللغة المستخدمة، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع أو مكان تنفيذ الالتزام... إلخ<sup>(1)</sup>.

يتبين أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، يعد من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص، ينطبق حكمه على كافة المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها ويسمح بالتالي لهذه الأشخاص بأن تتفق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مع متعاقدتها الخاص، وقد تتفق على قانون يجهل التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تحول العقد الإداري إلى عقد مدني ويؤثر بالسلب على امتيازات الإدارة العامة المقرر لها بتحقيق المصلحة العامة، وبالتالي ينبغي على الإدارة أن تسعى جاهدة وإن عانت كل المشقة وهي بصدد الاتفاق مع متعاقدتها الخاص على القانون واجب التطبيق على عقودها الإدارية بالألا تفلت تلك العقود من أحكام قانونها الوطني، أو على أقل تقدير أن تدور تلك العقود في فلك قانون دولة تنتمي إلى النظام اللاتيني، ذلك النظام الذي يقر ويعترف بالتفرقة بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

فضلا عن ذلك يجب أن تكون إرادة الأطراف بشأن تطبيق أحكام القانون الداخلي أو أحد القوانين الأجنبية إرادة صريحة ومؤكدة، ولا تكفي بمجرد الإشارة الضمنية إلى أحكام هذه القوانين، والحكمة من ذلك تكمن في أن قضاء التحكيم الدولي يتجه عند غياب الإرادة الصريحة إلى إعطاء الحق لنفسه في تعيين النظام القانوني الذي يرى فيه أكثر ملاءمة للنزاع<sup>(2)</sup>.

وإذا كان الأطراف يملكون الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وبالتالي فلهم أن يطبقوا أحكام قانونهم الوطني وإما تطبيق أحكام قانون آخر.

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 352-353.

2- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 640.

1- قانون الإرادة قواعد داخلية<sup>(1)</sup>

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة لا يوجد ما يمنع الأطراف من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع، ولكن خصوصية عقود الدولة والتي غالبا ما تخص التنمية الاقتصادية وتعلق بالمصلحة العامة يمكن أن تؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة دون المرور على قواعد القانون الخاص.

هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقد خضوعا كاملا ومطلقا للقانون الوطني للدولة الطرف في العلاقة التعاقدية قد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 3281 الصادر في 12/12/1974 والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، فقد نصت المادة 2/2 على أنه: "كل دولة لها الحق في تأمين أو مصادرة أو نقل ملكية الأموال الأجنبية، ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض كامل وفقا لأحكام قانونها واللوائح النافذة فيها وتبعا لكل الظروف المتعلقة بالموضوع، وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة تتعلق بمسألة التعويض يتم الفصل فيها طبقا للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت إجراءات التأمين". ومن هنا نبين أن عقود الدولة لا تخضع للنظام القانوني الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين وإنما تخضع مباشرة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة تأسيسا على قرينة مستفادة من وجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية<sup>(2)</sup>.

## 2- قانون الإرادة قواعد دولية

يمكن للأطراف أن يختاروا قواعد غير وطنية لتطبيقها على موضوع النزاع، فما هي هذه القواعد غير الوطنية سواء من حيث مكوناتها أو من حيث مصدرها، وما هو الدافع إلى اللجوء إليها؟

1- ابن النسيب عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 80.

2- ابن النسيب عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 82.

إن القواعد الدولية تتشكل أساسا من عادات وأعراف التجارة الدولية كمكون أساسي وأول لها والمعروفة باسم القواعد غير الدولية Les mercatoria<sup>(1)</sup>.

وإلى جانب ذلك فإن المكون الثاني للقواعد غير الوطنية يتمثل في المبادئ القانونية العامة المنظمة للمعاملات الدولية والقواعد العامة المعتمدة من طرف الاجتهاد التحكيمي الدولي وقواعد التفسير المعترف بها عالميا، وفي هذا الشأن هناك من يطلق عليها تسمية القواعد الخاصة بالمجموعة الدولية للتجار<sup>(2)</sup>.

ولعل الدافع إلى اللجوء إلى هذه القواعد ناجم أساسا على أن القانون الوطني ينظر إليه دائما على أنه قانون غير ملائم لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية الحديثة، ومن ثم فإن التحكيم الدولي يجد الموقع المناسب لتطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع، ولعل موقف التشريعات الوطنية ولوائح هيئات التحكيم تعمل جميعا على أن يكون هناك تكاملا بين هذه القواعد وبين القواعد الوطنية<sup>(3)</sup>.

وبهذه المثابة فإن المحكم يلتزم بأعمال القواعد غير الوطنية كلما عبرت عن ذلك إرادة الأطراف صراحة أو باستخلاص ذلك ضمنا من خلال بعض المؤشرات.

### ثانيا - عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق على النزاع

إذا قام الأطراف باختيار قانون ما لتطبيق أحكامه الموضوعية على النزاع وذلك بعبارة واضحة وصريحة لا لبس فيها ولا غموض فلا يملك المحكم في هذه الحالة استبعاد هذا القانون وإلا خالف إحدى القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في إعطاء الحرية لأطرافه في تحديد القانون واجب التطبيق على أصل النزاع ومن ثم يؤدي إلى وقوع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقا لما اتجهت إليه صراحة جل التشريعات الوطنية.

1- مصطفى محمود الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 251 وما يليها.

2- نور حمد الدجاي، مرجع سابق، ص 666.

3- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 363-365.

أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق سواء كان ذلك راجعا إلى إهمالهم أو تعثر المفاوضات بينهم فهنا يظهر دور المحكم في تحديد هذا القانون، حيث تؤكد هذا الدور في القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم، وكذا الاتفاقات الدولية، بالإضافة إلى تدعيم هذا الدور من طرف الفقه والقضاء، وفي هذا الصدد جاء في المادة 1050 قانون إجراءات مدنية وإدارية أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"<sup>(1)</sup>.

وتجسيدا لحرية الهيئة التحكيمية في تحديد القواعد القانونية التي تنطبق على الموضوع، ذهب القضاء الفرنسي إلى التأكيد على تطبيق مجموعة المبادئ وعادات التجارة المسماة بقانون التجارة الدولي<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: ما هو المنهج الذي سوف يتبعه المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

### 1- تطبيق الهيئة التحكيمية لقواعد تنازع القوانين<sup>(3)</sup>

إذا كان المحكم يملك اللجوء إلى منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإن هذا يثير تساؤلا عن قواعد تنازع القوانين التي يستطيع المحكم اللجوء إليها.

إن وضع المحكم أثناء نظر المنازعات الدولية يختلف عن ذلك المقرر بالنسبة للقاضي الوطني، فبينما يملك هذا الأخير نظام قانوني متكامل ويلتزم بتطبيقه وعدم الخروج على قواعد الإسناد الواردة فيه، حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف على اختيار القانون

1- وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 2/1496 قانون إجراءات مدنية فرنسي وكذلك المشرع المصري في المادة 3/39 قانون تحكيم مصري.

2 - Jean Robert, Op.Cit, P 269.

3- أشرف وفا، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، (د ط)، (د ت)، ص

واجب التطبيق على الموضوع، فإن المحكم على خلاف ذلك ليس لديه قانون وطني يمكنه الاستعانة به في حالة غياب إرادة الأطراف ليحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على الموضوع.

كما أن المحكم لا يكون ملتزماً باتباع القواعد القانونية لدولة ما إلا إذا وجد نص قانوني يلزمه بذلك، كما أنه لا يحمي نظاماً داخلياً مما ينتج عنه تنوع الطرق التي يلجأ إليها المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع تبعاً للمنهج الذي سوف يتبعه<sup>(1)</sup>.

فيمكن للمحكم أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها، أو التي يوجد بها محل إقامته على اعتبار أن هذا النظام يكون المحكم أكثر إماماً به عن غيره من الأنظمة الأخرى، كما أنه يعد النظام المختار ضمناً من قبل الأطراف، حيث أن اختيار الأطراف لمحكم ما يشكل قرينة غير مباشرة على اتجاه إرادتهم لتطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

تعرض هذا الاتجاه إلى عدة انتقادات منها صعوبة تحديد مقر التحكيم خاصة عند عقد جلسات في أكثر من دولة، كما أن اختيار التحكيم لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة لم يكن المقصود منه هو تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي يوجد فيه مقر هذه الهيئات، بل قد يكون لاعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كإعتبارات السياحة أو القرب أو اللغة... كما أنه ليس لزاماً توطين العقد إجرائياً يعني حتماً توطينه قانوناً<sup>(2)</sup>.

وذهب اتجاه آخر<sup>(3)</sup> إلى أنه يمكن للمحكم إتباع قواعد تنازع القوانين في الدولة التي سوف يجري فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، ويلاحظ على هذا الإتجاه أنه يعترضه العديد من الصعوبات العملية التي يتعين على المحكم حلها ابتداءً، فكيف يتسنى للمحكم أن

1- أشرف وفا، المرجع نفسه، ص 20.

2 -Jean Robert: Op.Cit, P 265.

3- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 159-160.

يحدد مقدما على وجه الدقة البلد الذي سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم فيه، وما العمل إذا كان حكم التحكيم سوف يتم تنفيذه في أكثر من دولة.

فيما ذهب جانب آخر إلى القول بتطبيق قواعد التنازع لقانون دولة جنسية المحكم حيث يفترض بأنه ملم بالقوانين والقواعد القانونية لهذه الدولة، فيستطيع أن يرجع لقواعد جنسيته أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة<sup>(1)</sup>، لكن هذا الاتجاه يبني موقفه على أساس النية المفترضة للأطراف بأنها قصدت الرجوع لقانون جنسية أو موطن المحكم، باعتباره قانونا ليس غريبا عنه، لكن قد يؤدي هذا الاتجاه إلى تطبيق قانون ليس له أدنى علاقة بالنزاع.

أمام عدم صحة المعايير السابقة كضوابط إسناد لاختيار قواعد التنازع المطبقة على النزاع، ظهر اتجاه يجيز للمحكم أن يحدد تنازع القوانين التي يراها أكثر ملاءمة للنزاع المطروح<sup>(2)</sup>.

وفقا لهذا الاتجاه فإن المحكم سوف لا يتقيد سلفا بإتباع قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون وطني معين ليحدد على ضوءها القانون واجب التطبيق على الموضوع حال غياب كل إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف بشأن تحديد قانون وطني معين لحكم موضوع النزاع، وبالتالي يملك المحكم في ظل هذا الاتجاه حرية البحث عن القانون الأنسب للنزاع المطروح أمامه، سواء عن طريق أسلوب التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بموضوع النزاع، أو سواء عن طريق اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، أو اللجوء إلى الأسلوب المباشر الذي يسمح للمحكم أن يحدد النظام القانوني الذي أشار إليه الأطراف عن طريق قيامهم بعملية تركيز معاملاتهم فيه<sup>(3)</sup>.

1- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 199-200.

2- أشرف وفا، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

3- أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 165.

## 2- تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع دون المرور على منهج تنازع القوانين

لا يفكر الأطراف دائما في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، كما لا توجد دلائل أو قرائن تساعد على معرفة القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لتطبيقه، وقد يكون عدم ذكر القانون الواجب التطبيق بسبب رغبة طرفي العقد في تفادي الدخول في خلاف يؤدي لفشل العملية التعاقدية، لهذا تنازعت نظريتان بشأن إخضاع العقود الدولية لحكم القانون وهاتان النظريتان يمكن إعمالهما لعلاج مشكلة غياب الإتفاق بين الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.

### أ- النظرية الذاتية أو الشخصية

وفقا للنظرية الشخصية، يعد العقد الدولي بالنسبة لأطرافه كالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، حيث أن عملية إعداد العقد الدولي أشبه بعملية تشريعية يقوم بها البرلمان، وبالتالي فإن ما عبرت عنه إرادة الأطراف يعد بمثابة القانون بالنسبة إليهم، بحيث تشكل الشروط التعاقدية في مجموعها قانونا خاصا يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى قانون المشرع<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد الذي أبرمته الدولة مع الشخص الأجنبي تشكل نظاما قانونيا ينظم على وجه شامل ودقيق كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، فالعقد بهذه المثابة يخلق القانون الذاتي له ويخضع لأحكامه<sup>(2)</sup>.

ويرى أصحاب نظرية القانون الذاتي للعقد أن الأطراف يجب عليهم أن يجتهدوا في تحديد عقودهم والتطرق إلى أقصى التفاصيل المتعلقة بها وصولا إلى وضع الحلول المناسبة لما قد يثار بينهم من خلافات، وعليهم اللجوء إلى الأفكار الغامضة غير المحددة المضمون مثل المبادئ العامة للقانون أو القواعد المشتركة بين الدول المتعددة، وبالتالي

1- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 108.

2- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 743.

يكون ميسورا أمام المحكم أن يستند في حكمه إلى بنود العقد وأحكامه بتحليل بسيط دون أن يجهد نفسه في الرجوع إلى قواعد قانونية أخرى لحكم النزاع<sup>(1)</sup>.

وجهت إلى هذه النظرية العديد من الانتقادات، حيث أن المبدأ الذي تقوم عليه يعترضه القصور في أساسه، ذلك أن إرادة الأطراف لا تستطيع بمفردها أن تنشئ نظاما قانونيا جديدا، ولا يمكن أن ينتج عنها أية آثار قانونية إلا في النطاق الذي تندمج فيه داخل نظام قانوني موضوع سلفا والذي يقرر أن هذه الإرادة يمكن أن تنشئ -وفقا لبعض الشروط- بعض الآثار القانونية، صف إلى ذلك أن هذه النظرية تخالف القواعد العامة في القانون التي تقرر أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني، بل يجب أن يستند إلى نظام قانوني موضوع سلفا، فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته إلا إذا منحها القانون مسبقا هذه السلطة وفقا لشروط معينة<sup>(2)</sup>.

### ب- النظرية الموضوعية<sup>(3)</sup>

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن عدم خضوع العقد لنظام قانوني معين ليس معناه أنه خارج عن أي قانون وإنما هناك أكثر من نظام يخضع له، رغم استحالة تطبيق كل هذه القوانين بالنظر لاختلافها. ولما كان العقد يرتبط بمحيط اجتماعي فإن آثاره أو معظم آثاره تتحقق في وسط اجتماعي، ومن ثم يجب تركيز هذا العقد في هذا الوسط، ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه يجب على المحكم أن يقوم بعملية تحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية لتحديد القانون الأكثر صلة بالعقد عن غيره لتطبيقه عليه.

ولقد اعتمد مشرعا الجزائري هذا الإتجاه، إذ نص في المادة 1050 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه "...وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 653.

2- وليد محمد عباس، المرجع نفسه، ص 654.

3- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 108.

وقد أخذ بنفس الحل أيضا المشرع المصري في المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري، والمشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

هذا وقد أكدت بعض أحكام التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الاتجاه، ففي سنة 1983 قررت محكمة التحكيم تطبيق القانون البلجيكي على النزاع بعد أن اتضح لها أنه أكثر ارتباطا به، ذلك أن مقر البائع والمشتري وكذلك مكان إبرام العقد وتنفيذه يقع في بلجيكا<sup>(1)</sup>.

نجد أن هذه الطريقة تتميز بأنها أكثر موضوعية عن غيرها من الطرق الأخرى التي يمكن للمحكم اللجوء إليها، علاوة على أنها تراعي التوقعات المعقولة والمشروعة للأطراف، وتجنبهم بالتالي المفاجئات غير المتوقعة والعشوائية في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع.

وفي رأينا وحتى تتفادى أية دولة إلزامها من طرف هيئة التحكيم بأحكام قواعد تختارها هذه الأخيرة لحكم العلاقة التعاقدية، هو نصها صراحة في النصوص القانونية التي نظمت التحكيم على أنه في حالة وجود نقص في أحكام القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المصادر الإحتياطية في ذات القانون، وفي حالة عدم إيفاء هذه الأخيرة بالعرض يتم اللجوء إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 657.

# الفصل الثاني

## أصول المحاكمة التحكيمية

يقصد بالمحاكمة التحكيمية أو خصومة التحكيم مجموعة الأعمال الإجرائية التي تبدأ بطرح النزاع على المحكم وتستهدف التحقيق فيه وتنتهي بإصدار القرار التحكيمي الفاصل فيه.

وإذا كانت خصومة التحكيم بهذا المعنى لا تختلف في جوهرها عن الخصومة القضائية، إلا أن ثمة فارقاً أساسياً بينهما، ويرجع هذا الفارق لمصدر القواعد التي تنظم الخصومة، فبينما تجد القواعد التي تنظم الخصومة القضائية مصدرها في النظام الذي يرسمه القانون الإجرائي نفسه، فإن القواعد التي تنظم الخصومة التحكيمية يجب أن تجد مصدرها كأصل عام في النظام الذي يرسمه اتفاق التحكيم صراحة أو ضمناً، إلا أنه توجد مبادئ أساسية تشكل قواعد أمر لا يجوز الخروج عليها لاتصالها الوثيق بالنظام العام القضائي، حيث لا يتصور تحقيق العدالة دون الالتزام بها من طرف الهيئة التحكيمية.

وبعد سير هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية، تصل إجراءات التحكيم في النهاية للغاية المرجوة والتي تكون الأطراف المتنازعة بانتظارها وهي صدور الحكم التحكيمي خلال الفترة المحددة ومستوفياً لكافة الشروط القانونية المتطلبة لصدوره، ولا يبقى هذا الأخير في منأى عن رقابة قضاء الدولة، فبالنظر للطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم والمستند في أساسه لإرادة الأطراف يضي على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتية خاصة.

سنقوم من خلال هذا الفصل ببيان إجراءات سير الدعوى التحكيمية، وكذا كيفية إصدار حكم التحكيم وكيفية الطعن فيه وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: إجراءات الخصومة التحكيمية.

المبحث الثاني: حكم التحكيم.

## المبحث الأول

### إجراءات الخصومة التحكيمية

عندما يخطر أحد أطراف النزاع الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع، يكون الطرفان قد بدءا إجراءات التحكيم ومواصلة في أعمال إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينهما، تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تجسيد إرادتهما تطبيقا لهذا الاتفاق وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور الحكم التحكيمي وتسوية النزاع.

سنقوم بإبراز الإجراءات المتبعة أثناء سير الدعوى التحكيمية ونبين مدى تداخلها مع إجراءات الخصومة الإدارية وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### الإجراءات المتبعة أمام الهيئة التحكيمية

يستطيع الخصوم في نظام التحكيم تنظيم سير المنازعة أمام هيئة التحكيم بقواعد إجرائية وفقا لإرادتهم، كما يجوز لهم الإستهداء في ذلك بقواعد إجرائية تكون بمثابة خليط أو مزيج من العديد من النظم الإجرائية، وفي حالة غياب النص على مراحل التحكيم تقوم هي بنفسها بتحديد الإجراءات.

وعلى هذا الأساس منح القانون الأفراد سلطة الإلتجاء إلى نظام التحكيم لحل نزاعاتهم بالشروط المنصوص عليها في هذا النظام، كما أعطت معظم التشريعات المحكمين فرصة كبيرة في تحديد الإجراءات اللازمة وعدم التقيد بالإجراءات والأوضاع الإجرائية المنصوص عليها في القانون<sup>(1)</sup>.

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 581.

بعد إخطار كل طرف الآخر باللجوء إلى التحكيم واختيار الهيئة التحكيمية، وتحديد القانون الواجب التطبيق إجرائياً وموضوعياً، تستمر هيئة التحكيم في النظر في جزئيات النزاع مما يستدعي استكمال مراحلها في شكل إجراءات، تختلف هذه الأخيرة من نزاع لآخر ومن نظام تحكيمي لآخر، إلا أننا سوف نتطرق إلى أهم الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومدى تأثيره بالقوانين الوطنية المقارنة.

### الفرع الأول

#### الإجراءات الأساسية للنظر في النزاع

تفتتح خصومة التحكيم بمجرد أن يطلب أحد الطرفين أو كلاهما إلى هيئة التحكيم بدء طرح النزاع أمامها ، وذلك بعد اختيار المحكمين واختيار المكان والزمان حسب الاتفاق أو المشاركة.

#### أولاً- في افتتاح إجراءات التحكيم

لم تتضمن معظم التشريعات<sup>(1)</sup> على غرار مشرنا الجزائري نصوصاً تنظم الإجراءات المتبعة أمام لجنة التحكيم، وعلى ذلك تبدأ خصومة التحكيم في تلك التشريعات بأية طريقة، فقد تبدأ بحضور أطراف الخصومة أمام المحكم، أو بإعلان أطراف الخصومة كيفما كان هذا الإعلان، حتى ولو كان بواسطة البريد أو الهاتف أو البرق على أن يكون هذا الإعلان كافياً مناسباً، ولا يلزم توقيع أحد المحكمين على ورقة الدعوة إلى الحضور أمام المحكم<sup>(2)</sup>.

1- بخلاف المشرع المصري الذي أفرد باباً مستقلاً في قانون التحكيم الخاص به لتنظيم إجراءات سير خصومة التحكيم وهو الباب الرابع.

2- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 328.

وكما سبق وبيننا فقد أعطت معظم التشريعات الخصوم حرية كاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفق الخصوم على ذلك اتبع المحكم الإجراءات التي يراها مناسبة لحل النزاع<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل"، وقد جاء في المادة 27 قانون تحكيم مصري أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه أحد الطرفين طلبا من الطرف الآخر بعرض النزاع على التحكيم وفقا لأحكام هذا القانون أو لشروط الاتفاق".

وعملا بذلك فإن تحديد بداية إجراءات التحكيم؛ أي بداية خصومة التحكيم تكون من الوقت الذي يستلم فيه أحد أطراف الخصومة من الطرف الآخر طلبا يوضح فيه رغبته بعرض النزاع على هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>.

هذا وقد نص المشرع في المادة 1022 قانون 08-09 على أنه: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل، وعلى هذا الأساس ترسل الطلبات من المدعي إلى المدعى عليه وإلى كل عضو من أعضاء اللجنة على أن تكون هذه الطلبات مكتوبة أو ترسل بواسطة محضر، ويجوز إرسالها بأي طريقة شريطة أن يتحقق ذلك أو يثبت ذلك بديها بالكتابة كما هو متبع في اتفاق التحكيم<sup>(3)</sup>".

1- المادة 1043 قانون إجراءات مدنية وإدارية، المادة 1460 قانون إجراءات مدنية فرنسي، والمادة 25 قانون تحكيم مصري.

2- أحمد السيد صاوي، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/ahmed%20alsaid%20alsawi2.pdf>، تاريخ 2012/06/28

الساعة 22:15 pm ص 799.

3- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 329 وما يليها.

وعلى لجنة التحكيم إخطار الطرفين بمواعيد الجلسات والمرافعات الشفوية والاجتماعات قبل عقدها بوقت كاف، وعليها أن تتحقق من وجود اتفاق التحكيم ومن موضوع النزاع ونطاقه عملاً بالمادة 1006 قانون 08-09 التي تحدد المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم، وعلى المحكم التحقق من الشروط المقررة للقيام بمهمته عملاً بالمادة 1016 من نفس القانون التي تنص على أن يكون المحكم مستقلاً وحيادياً وعدلاً وكذلك المادة 1014 التي تنص على أنه: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية".

وطبقاً لما جاء في القانون الجزائري والمصري وكذلك الفرنسي، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في جميع الأمور المتعلقة باختصاصها، ومعنى ذلك أن لهيئة التحكيم دون غيرها أن تختص بفحص صحة ونطاق اختصاصها دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم والرجوع إلى قضاء الدولة ليفصل فيه، وهذا المبدأ جاءت به المادة 1044 من قانون 08-09 التي تنص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

يجد هذا المبدأ تبريره في أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، والمحكم كالقاضي، فهو قاض اختصاصه، والأجدر أن يكون هو الفاحص لسلطته القضائية، فإهدار هذا المبدأ قد يؤدي إلى إهدار قيمة التحكيم، وعلى ذلك أجاز المشرع للمحكم فحص نطاق اختصاصه وولايته وله الفصل في مدى صحة ومشروعية ولايته<sup>(1)</sup>.

بعد ذلك تواصل هيئة التحكيم الإجراءات أهمها تقديم الأدلة بنص المادة 1041 قانون 08-09 حيث نصت على أنه: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، وبالتالي فقد خول المشرع للهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في تقديم أو البحث عن الأدلة المرتبطة

1- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 332.

بالنزاع، وهنا تخضع عملية تقديم الأدلة وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع<sup>(1)</sup>.

حيث قد يقدم الدليل كتابة أو باللجوء إلى الخبرة حسب نوع النزاع أو حتى سماع الشهود، كما يمكن البحث عن الأدلة من خلال الحوار أو سماع الأطراف، حيث يطلب منهم تقديم الأدلة لكل الادعاءات التي يقدمونها، ويمكن للأطراف طلب الهيئة التحكيمية لسماع الشهود كدليل على ادعاءاتها<sup>(2)</sup>.

هذا ويتم تبادل الأوراق والمذكرات طيلة فترة النظر في النزاع، حيث تشمل المذكرات تلك التي يقدمها كل طرف والمذكرات الجوابية التي يرد عليها الطرف الآخر، وتتولى هيئة التحكيم إنجاز أعمال التحقيق والمحاظر<sup>(3)</sup>.

من هنا نلاحظ السلطات الواسعة التي حظي بها المحكمون في إجراءات النظر في النزاع حيث تتمتع هيئة التحكيم بسلطات واسعة في فحص وقائع النزاع وتحقيقه، فيكون لها سلطة إصدار الأوامر لأطراف النزاع بتقديم مستندات أو أدلة في أي مرحلة من مراحل التحكيم، كما لها سلطة إجراء معاينة للمكان محل النزاع واتخاذ ما تراه مناسبا في التحقيقات بما في ذلك الاستعانة بالخبراء، ولها سلطة استدعاء الشهود وسماعهم وسلطة قبول الأدلة ورفضها، وبحث وجود صلة بينها وبين موضوع الدعوى أو انتفاء هذه الصلة، وتقوم بتحرير المحاضر، وتحدد بداية الجلسات ورفعها<sup>(4)</sup>.

1- TERKI Nouredine, Larbitrage Commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, P 85-90.

2- محمد كولا، مرجع سابق، ص 230.

3- المادة 1020 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

4- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، السعودية، 2006، ص 371.

ومهما كانت سلطات هيئة التحكيم فإن من واجبها كفالة حقوق أطراف النزاع بعدة ضمانات أهمها: حقهم في النزاع وإعطائهم نفس الفرص في التقاضي وإعلام كل طرف بالإجراءات والوثائق التي يقدمها خصمه على نحو سوف نفضله في الفرع الثاني.

### ثانيا- مكان الجلسات ومدتها

يقصد بمكان التحكيم المكان الذي سيجري فيه التحكيم والذي يتعين صدور الحكم النهائي فيه<sup>(1)</sup>، ولما كانت هيئة التحكيم ليست هيئة مشكلة بصفة دائمة، فإن التحكيم ليس له مكان ثابت ومحدد، بل يمكن أن يتم في أي مكان يتفق عليه أطراف النزاع وذلك ضمنا لعدم التأثير على الهيئة التحكيمية من الدولة المقر، خاصة في الفرض الذي ترتبط به المنازعة المطروحة على الهيئة بهذه الدولة كأن يكون أحد أطراف المنازعة من مواطنيها مثلا بالنسبة للتحكيم الدولي<sup>(2)</sup>.

ولتحديد مكان التحكيم أهمية قصوى، فكثيرا ما يتوقف عليه تعيين القانون واجب التطبيق على بعض المسائل الإجرائية<sup>(3)</sup>، إذ تأخذ بعض الاتفاقيات الدولية بمعيار حدود حكم التحكيم لإثبات دوليته، كاتفاقية نيويورك الخاصة بشأن الإعراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في المادة الخامسة منها حيث تسمح هذه الاتفاقية للدول بأن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كانت إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون مقر التحكيم في حالة عدم الاتفاق<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة لمهلة التحكيم فإنه إذا كانت محاكم الدولة لا تنقيد كأصل عام بمهل محددة لإصدار الحكم فإن المحكم على عكس ذلك يجب أن يتقيد بمهلة، إذ يلقي الطابع

1- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 327.

2- محمد السيد عرفة، المرجع نفسه، ص 372.

3- احمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص 703.

4- إبراهيم رضوان الجبيري، بطلان حكم المحكم، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2009، ص

التعاقدية لأصل التحكيم بضلاله على هذه المسألة، فمحكمة التحكيم تنشأ باتفاق الأطراف لحسم منازعة معينة، ومن ثم فهي ليست محكمة دائمة مثل محاكم الدولة، لذلك يكون التوقيت عنصراً ملازماً لها حتى لا يمتد اختصاصها إلى ما لا نهاية مما يشل محاكم الدولة الإدارية وينتقص من سيادتها بشكل دائم<sup>(1)</sup>.

والأصل أن يتم تحديد مهلة التحكيم باتفاق الخصوم، فإن لم يتم ذلك تكفل القانون بتحديدتها، إلا أنه يجوز تمديد هذه المهلة اتفاقاً أو قانوناً<sup>(2)</sup>، وبالتالي فمحكمة التحكيم ملزمة بإنهاء عملها في المدة المحددة حتى ينتج الحكم التحكيمي أثره ويكون قابلاً للنفذ.

### ثالثاً - لغة التحكيم

يقصد بلغة التحكيم اللغة التي تستخدم في إجراءات التحكيم من لوائح ومذكرات وسماع الشهود وخبراء، وعادة ما تكون هذه اللغة هي العربية مادام أن التحكيم في دولة عربية وبافتراض أن أساس العلاقة عقد إداري، والمراسلات بشأنها تتم باللغة العربية، وأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون دولة عربية التي يجري التحكيم على أراضيها<sup>(3)</sup>.

أغلب التشريعات لا تنص على لغة التحكيم ونرى بالنسبة لهذه المسألة أن النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(4)</sup> على وجوب إتباع اللغة العربية في إجراءات التقاضي ليس من النظام العام إذا تعلق الأمر بإجراءات التحكيم حتى لو كان التحكيم داخلياً بحتاً، إذ أصبحت بعض اللغات الأجنبية دارجة في الدولة العربية بالنسبة لكثير من العقود خاصة عقود النفط والإنشاءات... وغالباً ما تحيل هذه العقود في تسوية منازعاتها للتحكيم مع النص على أن لغة التحكيم هي اللغة الأجنبية المحرر بها العقد، ومتى جاز لأطراف الاتفاق على

1- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 79.

2- المادة 1018 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

3- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 336.

4- المادة 08 من الأحكام تمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إجراءات التحكيم فإن من حقهم الاتفاق على لغة التحكيم، وقد تكون أكثر من لغة حسب طبيعة النزاع وظروفه، وإذا لم يتفق الأطراف على لغة أو لغات التحكيم تتولى ذلك هيئة التحكيم، وقد جرت العادة أن تكون اللغة في هذه الحالة هي لغة العقد المتضمن لاتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الحقوق الإجرائية في خصومة التحكيم

إن سلطة المحكم في وضع وتنظيم وتسيير خصومة التحكيم ليست سلطة مطلقة، بل تخضع لبعض القيود والضوابط، فإذا كانت الحكمة في اللجوء إلى التحكيم تكمن في التخفيف من الإجراءات المتبعة أمام القضاء والبحث عن إجراءات ناجعة وأكثر سرعة، فإن المشرع قد ألقى المحكم من إتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم ومنحه حق وضع الخطة الإجرائية التي تسيير عليها خصومة التحكيم، إلا أنه ومن ناحية أخرى ومن باب الحذر من إساءة استخدام المحكم لسلطته في هذا الشأن فضلا عن الطابع القضائي الذي يسيطر على خصومة التحكيم، فقد ألزم المشرع المحكم بضرورة مراعاة والتقيد ببعض المبادئ الأساسية للتقاضي لاتصالها بالنظام العام<sup>(2)</sup>، ومن أمثلة القواعد العامة للتقاضي والتي تعد حقوقا إجرائية لطرفي الخصومة مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ حق الدفاع، ومنه مبدأ المواجهة ومبدأ عدم جواز أن يكون الخصم حكما، فمثل هذه القواعد كلها حقوق إجرائية لا يتصور أن يخالفها قانون ينظم التقاضي بأي شكل<sup>(3)</sup>.

1- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 339.

2- أحمد خليل، مرجع سابق، ص 90.

3- محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، ص 72.

## أولاً- احترام مبدأ الواجهة

يقصد بمبدأ الواجهة حق كل خصم في الدفاع عن نفسه بكافة الوسائل القانونية والواقعية وتقديم أدلة الإثبات المؤيدة لوجهة نظره مع تمكينه من العلم بكل ما هو موجه ضده من ادعاءات وإتاحة الفرصة له لمناقشتها والرد عليها<sup>(1)</sup>.

من هذا المفهوم يتبين لنا أن تحقيق خصومة عادلة ومنصفة للأطراف لا تتم إلا من خلال تمكين الخصم من معرفة الأدلة والمستندات المقدمة ضده من قبل الخصم الآخر شريطة أن يكون هذا العلم في وقت مناسب ومفيد، يستطيع فيه أن يقوم بالرد على هذه الادعاءات المقامة عليه من قبل خصمه ودحضها.

ويعد مبدأ الواجهة من أهم المبادئ المميزة للخصومة، حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات<sup>(2)</sup>.

وتكمن أهمية مبدأ الواجهة في مصاحبة كل عمل إجرائي يتخذ في الخصومة سواء أكان متعلقاً بالقانون، أم متصلاً بالوقائع، وذلك منذ بدء الخصومة وحتى غلق باب المرافعة فهو مبدأ مطلوب ولازم في كل مرحلة من مراحل الخصومة، وهو المعيار الأساسي الذي يمكن من خلاله الوقوف على مدى نجاح أو إخفاق المحكم في مهمته<sup>(3)</sup>، كما أن هذا المبدأ يحمي أطراف الخصومة من انحياز المحكم أو تقصيره أو من مناورات أحد الطرفين ضد الآخر، ومن جانب آخر يعد مبدأ الواجهة ضرورياً وهاماً بالنسبة للمحكم، فمن خلاله يتمكن من معرفة أدلة وحجج وبراهين الطرفين وردود كل منهما عليها، وبناءً على ذلك يستطيع تكوين رأي محدد في القضية.

1- سيد عبد العال تمام، مبدأ الواجهة في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، 1998، ص 25.

2- محمد علي عويضة، المرجع نفسه، ص 147.

3- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 327.

هذا وقد حرصت نصوص كل التشريعات والإتفاقيات الدولية التي نظمت عملية التحكيم على التأكيد على هذا المبدأ لأهميته القصوى في تحقيق صحة وعدالة إجراءات التحكيم.

فبالنسبة للمشرع الجزائري<sup>(1)</sup> لم يأت على ذكر قاعدة الوجاهية في التحكيم الداخلي ولكنها تبقى حتما جزء من النظام الداخلي، وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية، فلا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم الداخلي، أما قانون التحكيم الدولي فنص صراحة على إبطال حكم التحكيم الدولي إذا لم يراع الوجاهية<sup>(2)</sup>، ونفس الرأي ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 4/1484 قانون إجراءات مدنية فرنسي، حيث أوجب البطلان في حالة عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهة "...ويمكن الطعن في حكم التحكيم الصادر عن المحكمين بالبطلان وذلك بالرغم من أي اتفاق مخالف ولا يكون الطعن بالبطلان جائزا إلا في الحالات التالية... إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة...".

وقد أشار المشرع المصري للأخذ بهذا المبدأ في فحوى ومضمون قانونه، حيث نجد من نصه على ضرورة أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة في المادة 26 من قانون التحكيم، دليل واضح على ضرورة إتباع واحترام مبدأ المواجهة ومن ثم ينبغي على المحكم الالتزام بهذا المبدأ لصحة إجراءات التحكيم.

### ثانيا- احترام مبدأ المساواة

حيث أن المساواة أمام القضاء تعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي<sup>(3)</sup>، بما تتحقق به ثقة الناس في القضاء ويصبح موضع طمأنينتهم، فإنه يجب معاملة كافة الخصوم على قدم المساواة بحيث لا يتم إجراء لتفضيل خصم عن آخر، ونظرا لأهمية هذا المبدأ وخطورته فإن نظام التحكيم لا يخالف ما انتهى إليه نظام القضاء،

1- نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 114-115.

2- المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- المادة 140 من الدستور الجزائري وكذلك المادة الثالثة من الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالتالي يجب على المحكم منذ قبوله لمهمة التحكيم وحتى إصداره الحكم المنهي للخصومة أن يعامل الخصمين المتنازعين على قدم المساواة وأن يهيئ لكل منهما فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه، فلا يمنح أحدهما حقا إلا ويمنح الآخر ما يماثله ولا يمنع عن أحدهما ميزة إلا وتمنع عن الآخر<sup>(1)</sup>.

ومنه يمكن أن نعرف مبدأ المساواة على أن يعامل أطراف خصومة التحكيم معاملة عادلة بحيث تهيئ لكل طرف فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه أمام هيئة التحكيم عرضا كافيا ومتكافئا مع الطرف الآخر للخصومة<sup>(2)</sup>.

قرر المشرع الجزائري مبدأ المساواة من خلال المادة 2/3 من الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص على أنه "...يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم"، وكذلك فإنه يعتبر من المبادئ الأساسية المعترف بها في دستور الدولة، وترتبط على ذلك فإن مبدأ المساواة يعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية وليس مجرد مبدأ نص عليه القانون وأوجب احترامه وبالتالي لا يجوز للمشرع أن يخرج عنه ويقرر عكسه، ومن باب أولى المحكم والأطراف.

وهذا المبدأ يقتصر على الحقوق الإجرائية للطرفين في خصومة التحكيم، فلا شأن له بما تقضي به هيئة التحكيم، أو بما تقوم به استعمالا لسلطتها التقديرية في تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية<sup>(3)</sup>.

### ثالثا - احترام حق الدفاع

- 
- 1- محمد علي عويضة، مرجع سابق، ص 75.
  - 2- أحمد خليل، مرجع سابق، ص 143.
  - 3- محمد علي عويضة، المرجع نفسه، ص 144.

إن احترام وضمأن حق الدفاع لكل من طرفي النزاع يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، ويقصد به إعطاء الفرصة والحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكنوا من تقديم ما بين أيديهم من أدلة وأقوال وشهود وبيانات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضا على القضاء، خاصة فيما يتعلق بأمور التبليغ، بحيث يمكن لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبيانات حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت اللازم<sup>(1)</sup>.

وبالرغم من أن كثيرا من التشريعات الحديثة لم تنص على التزام المحكمين باحترام مبدأ حق الدفاع على اعتبار أن هذه المسألة بديهية تنطبق دون نص، إلا أن المشرع الفرنسي قد أكد على هذا الالتزام ونص في المادة 2/1460 قانون إجراءات مدنية على أن المبادئ الأساسية للنقاضي الواردة في المواد 4 إلى 10 والمادة 1/11 والمواد من 13 إلى 21 تنطبق على خصومة التحكيم، كما أكد المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد على هذا المبدأ ضمنا عندما نص في المادة 26 من قانون التحكيم على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه<sup>(2)</sup>.

إلا أنه لم يرد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نص مشابه ينص على ضرورة احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين أو تقرير بطلان الحكم التحكيمي تبعا لذلك، وبالتالي يستوحي من روح القانون ضرورة المساواة بين الطرفين في تقديم دفوعهم وبياناتهم ولوائحهم في المدة المحددة وضرورة تبليغ كلا الطرفين بالمستندات المقدمة من الطرف الآخر.

1- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 62.

2- محمد علي عويضة، مرجع سابق، ص 81.

من خلال ما تقدم، فإن احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتها على قدم المساواة هو مبدأ مستقر، ويترتب على عدم الأخذ به إمكان إبطال حكم التحكيم، وبالتالي يجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، كونه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر في الادعاءات المتقابلة، بالإضافة إلى تأكيد قيام المحكم بعمله بشكل نزيه وحيادي وعادل.

وهذا المبدأ احترامه غير مقصور على المحكمين فقط، وإنما يجب أن يحترم من قبل أطراف التحكيم أيضاً، فلا يجوز لأي طرف أن يعمل ما من شأنه المساس بالمبدأ وبالتالي يكون له تأثير على نتيجة التحكيم<sup>(1)</sup>.

هذا ويجد حق الدفاع أساسه القانوني من خلال مبدئين: الأول مبدأ المساواة الذي سبق وأن أشرنا إليه والمنصوص عليه في كافة الدساتير، والثاني مبدأ حسن سير العدالة، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة إلا بمراعاة حق الدفاع<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً - احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

يلتزم المحكم دائماً بعدم مخالفة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام الداخلي للدولة المقر أو البلد المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيه. فعلى سبيل المثال إذا كان من الجائز اتفاق طرفي التحكيم على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، فإنه يجب مراعاة ألا يكون من شأن هذه التدابير الإخلال بالمصلحة العامة، كالإذن بتوقيع الحجز على الأموال العامة<sup>(3)</sup>.

1- إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص 64.

2- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 461.

3- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 467.

فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم وفقا للمادة الأولى من الاتفاقية المذكورة، فمن الضروري ألا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو لمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

كما نصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي... أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية"<sup>(1)</sup>.

في حين نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: ..... إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

يتبين أنه يجب على المحكم أن يأخذ بالاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه.

وبعد عرض المبادئ الأساسية في التقاضي كأحد القيود المفروضة على حرية المحكمين في خصومة التحكيم يتبين أن هذه المبادئ مستمدة من الشريعة العامة للإجراءات في القانون الخاص، وإذا كانت هذه المبادئ تعتبر ضمانا هامة بالنسبة للإطراف في خصومة التحكيم، فإنه من الأفضل الأخذ بها في إجراءات التحكيم المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية وبخاصة مبدأي حق الدفاع والوجاهية باعتبارهما من المبادئ الهامة في الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري، فضلا عن ما لهما من قيمة دستورية كما سبق تبيانه.

## المطلب الثاني

### تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم

1- إلهام عزام وحيد الخزار، مرجع سابق، ص 65.

باعتبار أن إجراءات التحكيم الإداري ترتبط بقواعد القانون الخاص إلا أن ذلك لا يعني تجاهل هذه الإجراءات لإجراءات الخصومة الإدارية، فالعلاقة بين القانون الخاص والقانون الإداري في إجراءات التحكيم الإداري هي علاقة تعايش معا<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نلمس هذا التداخل من خلال تدخل القاضي الإداري في العديد من المسائل التي تعرض عليه سواء في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم أو في المرحلة اللاحقة عليه، ففي المرحلة الأولى يظهر تدخل القاضي الإداري على سبيل المثال من خلال قيامه بدوره المساعد في تشكيل هيئة التحكيم - كما سبق بيانه - بل أن دوره لا يقتصر فقط على مجرد تقديم هذه المساعدة وإنما يمارس دورا رقابيا عندما يتدخل للرد أو العزل أو الأمر بإنهاء مهمة المحكم، كما يظهر تدخله أيضا من خلال لجوء طرفي التحكيم إليه لكي يصدر أمرا بتحديد ميعاد التحكيم في حالة انقضائه دون أن تصدر هيئة التحكيم الحكم المنهي للخصومة<sup>(2)</sup>.

أما فيما يخص المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم فقد أتاحت تشريعات التحكيم لقضاء الدولة المختص بذلك مجالاً لبسط رقابته على حكم التحكيم، فقد أجازت الطعن في هذا الحكم إذا كان مشوباً بعيب أمام القضاء المختص، وكذلك جعلت تنفيذه بأمر من القضاء<sup>(3)</sup>.

إلا أن أهم مرحلة في إجراءات التحكيم والتي يتجلى فيها تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم هي مرحلة سير خصومة التحكيم.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 469.

2- وفي ذلك تنص المادة 2/1018 قانون 08-09 على أنه "...غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

3- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 180.

ففي هذه المرحلة نصادف الكثير من نقاط الالتقاء بين قضاء الدولة والتحكيم، بالإضافة إلى وجوب تدخل المحكمة بالمساعدة في إجراءات التحكيم من أجل إضفاء صفة الفعالية عليه.

## الفرع الأول

### الاختصاص المشترك بين القاضي الإداري والمحكم

قد يحدث أثناء سير إجراءات التحكيم وقبل الفصل في موضوع النزاع أن يطعن أحد الأطراف في مشروعية قرار إداري، أو ينازع في صحة اتفاق التحكيم وولاية المحكم مما يثير التساؤل حول مدى اشتراك القاضي الإداري و المحكم في الفصل في هذه الدفوع؟.

### أولاً- سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية

تعد مسألة تعرض المحكم لفحص مشروعية القرارات الإدارية من أكثر المسائل تعقيدا في النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة والعقدية منها بصفة خاصة، فمن المعروف أن من أهم خصائص<sup>(1)</sup> العقود الإدارية التي تتميز بها عن عقود القانون الخاص تكمن في تمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية لا مثيل لها في نطاق علاقات أشخاص القانون الخاص، فإذا كانت القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، فإن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها في مجال العقود الإدارية متى اقتضت ذلك المصلحة العامة.

ولما كانت العقود الإدارية تتكون من عدة عمليات مركبة بعضها يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ويأخذ شكل قرارات إدارية منفصلة عن العقد<sup>(2)</sup>، والبعض الآخر يصدر بالمشاركة مع إرادة المتعاقد معها، فإنه من المتصور أن تثور مسألة مشروعية هذه القرارات

1- انظر جابر جاد نصار في تفصيل المعايير المميزة للعقد الإداري عن العقد المدني، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2008، ص 25 وما بعدها.

2- للمزيد حول فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، أنظر وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

أمام هيئة التحكيم، فهل يجوز لهذه الأخيرة أن تتصدى لمشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود وتقضي بإلغائها؟

بداية نشير إلى أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد هي القرارات التي تتخذها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد الإداري بالإضافة إلى القرارات التي تتخذها أثناء تنفيذه أو إنهائه بوصفها سلطة عامة، والتي تكون محلا للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء أمام قاضي المشروعية<sup>(1)</sup>.

باستقراء نصوص القانون على ضوء ما قرره المشرع الجزائري في المادة 1006 قانون إجراءات مدنية وإدارية أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

يتبين أن المحكم لا يستطيع أن يعلن عدم مشروعية هذه القرارات، كما أنها لا يمكن أن تكون محلا للمنازعة أمام هيئة التحكيم، ومرد ذلك عدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في هذا النوع من المنازعات، وهو تعلق المنازعة بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه والذي يكون محله قضاء حقوق.

وبتطبيق هذا المعيار العام على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يتضح أن الذي يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنه يقتصر فقط على ما يتمخض عن العقد الإداري من حقوق مالية تقبل الصلح والتصرف دون أن يشمل فحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، ذلك أن الطبيعة القانونية للمنازعات المتعلقة بهذه القرارات والتي تنتمي إلى قضاء المشروعية لا يمكن أن تخضع للتحكيم، وتعتبر دعوى الإلغاء هي الوسيلة الوحيدة لفحص مشروعية هذه القرارات<sup>(2)</sup>.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 487.

2- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 126.

بالإضافة إلى أن اختصاص قضاء الإلغاء بنظر منازعات مشروعية القرارات الإدارية يتعلق بالنظام العام، وقد أخرجت المادة 2/1006 قانون 08-09 المسائل المتعلقة بالأهلية أو بالحالة الشخصية أو بالنظام العام من نطاق القابلية للتحكيم<sup>(1)</sup>.

وتأسيساً على ما سبق، فالتحكيم وإن احتل اليوم مكانة هامة في القانون الإداري إلا أنه يظل رغم ذلك مقصوراً على المسائل التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق دون تلك التي تدخل في نطاق قضاء المشروعية، لا يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بوصفها سلطة عامة، بحيث لا يبقى له سوى القرارات التي تتخذها الإدارة بوصفها متعاقدة، ففي هذا النوع من القرارات يجوز للمحكم نظر مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة تنفيذاً لبنود العقد المبرم واستناداً لنصوصه طالما أن المنازعة لا تتعلق بالنظام العام لأن هذه المنازعات تدخل في منطقة العقد ومن ثم فهي لا تندرج تحت ولاية قضاء الإلغاء<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - سلطة المحكم في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه

من مظاهر التقارب بين المحكم والقاضي أن كل منهما يختص بالفصل في الدفوع المبنية على عدم اختصاصه وولايته، ويعتبر هذا المبدأ نتيجة طبيعية للسلطة القضائية الممنوحة للمحكم، فالمحكم ككل قاض هو قاض اختصاصه<sup>(3)</sup>.

ويميز الفقيه الفرنسي CLAY بين مصطلح الاختصاص بالاختصاص ومصطلح الاختصاص بالولاية، إذ يرى أن مصطلح الاختصاص بالاختصاص يعني إعطاء السلطة

1- أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص 129.

2- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 448.

3- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 127.

اللازمة للمحكم كي يفصل في كل الدفوع التي تثور حول حدود ونطاق اختصاصه دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وطرحها على القضاء الوطني، فهذا المبدأ يتعلق بطبيعة النزاع؛ أي الفصل في شرعية اتفاق التحكيم ومدى امتداد نطاق تطبيقه، بينما يعني مصطلح الاختصاص بالولاية منح المحكم السلطة اللازمة التي تخول له حق الفصل في كل الدفوع المبنية على عدم ولايته، فهذا المبدأ يرتبط بالمحكم ذاته؛ أي بمدى توافر الشروط المتطلبية لكي يولى مهمة قضائية تخول له سلطة الفصل في النزاع المفروض عليه<sup>(1)</sup>.

وقد ثار خلاف فقهي حول مشكلة اختصاص هيئة التحكيم بنظر اختصاصها عند المنازعة فيه، فذهب رأي إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر مسألة اختصاصها وذلك حتى لا يؤول الأمر بهيئة التحكيم إلى خلق اختصاص قضائي لنفسها لم يمنح لها الخصوم، فيما ذهب رأي ثان إلى القول بسلطة هيئة التحكيم في نظر كافة المنازعات المتعلقة باختصاصها سواء كانت متعلقة بحدود هذا الاختصاص ونطاقه أو صحته ووجوده<sup>(2)</sup>.

ولقد اعترفت معظم القوانين<sup>(3)</sup> المقارنة بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما تكون مسألة اختصاصه محل نزاع قبل الفصل في موضوع النزاع، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه أو تجاوز المسألة محل النزاع لمجال اتفاق التحكيم سواء المجال الشخصي أو المجال الموضوعي<sup>(4)</sup>.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 472.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 127.

3- المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري والمادة 1466 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

4- نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 284.

أما فيما يتعلق بوضع المسألة في الجزائر فقد نص المشرع في المادة 1004 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

و بالرغم من كون المحكم يملك دون غيره حق التصدي للدفع المتعلقة باختصاصه دون حاجة لعرضها على القضاء الوطني المختص، إلا أن قراره الصادر في هذا الشأن لا يكتسب حصانة مطلقة وإنما يخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء، وقد يتعرض حكم التحكيم برمته للبطلان إذا تجاوز المحكم حدود اختصاصه<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - فحص مشروعية اتفاق التحكيم بين اختصاص المحكم والقاضي الإداري

قد ينازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم قبل فصل هيئة التحكيم في النزاع وذلك استنادا للقواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها التحكيم باطلا لانعدام أهلية الشخص المعنوي العام لإبرام عقد 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>.

ووفقا لمبدأ الاختصاص السابق بيانه فإن محكمة التحكيم تملك دون غيرها سلطة الفصل في كافة الدفع المبنية على عدم اختصاصها بنظر النزاع، أهمها الدفع المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم، بحيث لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء طالبا بإبطال اتفاق التحكيم قبل أن تفصل محكمة التحكيم في ذلك.

ومن ثم يثار التساؤل عما إذا كان يجوز لصاحب الشأن في التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أن يرفع دعوى البطلان أمام قضاء الدولة؟

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 476.

2- مصطفى لزرقي، الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية، مجلة المحكمة العليا، ج2، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم)، 2009، ص 359.

للإجابة عن هذا التساؤل يبرز اتجاهين<sup>(1)</sup>، 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<sup>(2)</sup>.

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.

أما الاتجاه الثاني فإنه ينطلق من فكرة أن القانون إذا أسند إلى هيئة التحكيم الاختصاص بنظر الدفع بعدم اختصاصها المبني 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 طالما لم يخولها اتفاق التحكيم الفصل في صحته أو بطلانه أو سقوطه، ومعنى ذلك أنه يجوز لصاحب المصلحة في 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 لتعلقها بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

وقد حسم المشرع الفرنسي<sup>(4)</sup> المسألة حينما أورد استثناءا هاما مؤداه جواز تعرض القضاء الوطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم قبل أن تفصل محكمة التحكيم فيه، وذلك في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، فنص في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "إذا رفع نزاعا أمام محكمة قضائية سبق رفعه أمام

1- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 197.

2- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 529.

3- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 199.

4- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 499.

محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم، فعلى تلك المحكمة إعلان عدم اختصاصها، وإذا لم يسبق لمحكمة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فيلزم أيضا على المحكمة القضائية إعلان عدم اختصاصها إلا إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان، ولا يجوز للمحكمة في أي من الحالتين أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها".

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه لم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على صعيد التحكيم الداخلي في أي من مواده على الجهة المختصة بنظر مشروعية اتفاق التحكيم، وعلى هذا يبقى الأمر غامضا.

أما على صعيد التحكيم الدولي فقد جاء في المادة 1045 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".

يتبين أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في منح المحكم سلطة الفصل قبل أي جهة أخرى في الدفع المبني على بطلان اتفاق التحكيم، إلا أنه تخلف عنه في المقابل في النص صراحة على حق القضاء الوطني في التعرض لمشروعية اتفاق التحكيم ظاهر البطلان.

حيث وضحت المادة حالتين فقط:

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 ضمناً<sup>(1)</sup>.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع مبدأ الاختصاص المشترك بين المحكم والقاضي الإداري بنظر الدفع المبنية على عدم مشروعية اتفاق التحكيم، فإذا كان الأصل هو تحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفع، فإن ذلك لا يسلب اختصاص القاضي الإداري بالفصل في هذه الدفع إذا طرحت أمامه.

بالإضافة إلى أن اتفاقية نيويورك أكدت على الحق الأولي للمحكم في الفصل في الدفع المتعلقة ببطان اتفاق التحكيم باستثناء الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطان<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم

يلج المتقاضون باب التحكيم من أجل الحصول على الحماية القضائية بإجراءات ميسرة ومواعيد معقولة وفي جو بعيد، إلى حد ما، عن اللدود في الخصومة وسوء نية المتخاصمين، وبالرغم من أن المحكم هو قاضي خصومة التحكيم، ويؤدي الدور ذاته الذي

1- مصطفى لزرقي، مرجع سابق، ص 361.

2- تنص المادة 3/2 اتفاقية نيويورك "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".

يقوم به القاضي، إلا أنه كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الإجبار التي يتمتع بها القاضي، وهو ما يظهر عجز المحكم عن منح الحماية القضائية الميسرة للمحتكمين<sup>(1)</sup>.

إن ضمان فعالية التحكيم واحترام الآثار المترتبة عليه يقتضي تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئات التحكيم، ذلك أن التحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحتكمين، ومدى مساعدتهم للمحكم في أدائه لمهمته، فخصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، وفي الدور المساعد الذي يكمل من خلاله القاضي سلطة المحكم المنقوصة، وبدون هذه الولاية يصبح التحكيم نظاماً قانونياً بلا فاعلية<sup>(2)</sup>.

ويتمثل التعاون بين المحكم والسلطة القضائية في طلب المساعدة من القضاء للحصول على الأدلة، وفي المسائل الأولية، والإجراءات التحفظية والوقائية التي تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم<sup>(3)</sup>.

#### أولاً- الإجراءات التحفظية والوقائية

الإجراءات الوقائية والتحفظية هي نوع من القضاء المستعجل، والقضاء المستعجل 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 أو يحتمل رفعها<sup>(4)</sup>.

1- محمد أحمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/mohamed%20ahmed%20albdirat.pdf>، تاريخ 2012/08/02

الساعة 12:45 pm ص 711.

2- حمزة أحمد حداد، دور المحكمة في التحكيم في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر دور القضاء في التحكيم، شرم الشيخ، مصر، 2005، ص 21.

3- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 183.

4- عامر فتحي البطانة، مرجع سابق، ص 115.

وقد اختلف الفقهاء حول المقصود بالإجراءات التحفظية والوقائية، فبعضهم<sup>(1)</sup>. 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.

وقسمها بعضهم الآخر<sup>(2)</sup> بحسب مفهومها إلى اتجاه موسع، حيث يعد إجراء وقتيا 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.

وثبت من خلال استقراء الواقع القانوني والقضائي أن تدخل القضاء في هذا المجال كان ولا يزال مسألة خلافية، فقد انقسمت الآراء والمناهج في تقييم تدخل القضاء في اتخاذ الوسائل الوقائية والتحفظية إلى مؤيد ومناهض<sup>(3)</sup>.

**الإتجاه الأول<sup>(4)</sup>:** يرجح تمتع القضاء الوطني بشكل قاصر عليه بنظر الإجراءات الوقائية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وذلك لاعتبارات عملية منها:

- 1- وجود ضمانات خاصة في القضاء لدرابتهم ومعرفتهم بالقانون والخبرة في تطبيقه.
- 2- استبعاد قضاء الدولة لوجود اتفاق تحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الولائي أو الوقي.

1- أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص 824.

2- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقائية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 25، العدد الثالث، 2001، ص 79-83.

3- زهير اسكندر، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، تونس، ط1، 2008، ص 509.

4- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 118.

3- لا يملك المحكم سلطة الإجبار بوصفه قاضيا خاصا لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير.

4- هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة، ومن ثم فقد يوجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب.

5- المحكم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء أكانت موضوعية أم وقتية، مما سيضطر الخصوم إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر تنفيذ هذه الأحكام، فيكون من الأفضل اللجوء إلى القضاء منذ البداية، ضف إلى ذلك أن الحاجة لاتخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التحكيم وقبل انعقاد ولايتها على النزاع:

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>.

**الاتجاه الثاني<sup>(2)</sup>:** يذهب إلى عكس ما ذهب 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 عدة اعتبارات أهمها:

1- إرادة الأطراف اتجهت إلى اختيار شخص المحكم ليتولى الفصل في النزاع، ومن ثم فلا حاجة للجوء للقضاء، لأن الهيئة التحكيمية هي الأقدر من غيرها على تقدير مدى ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

1- زهير اسكندر، مرجع سابق، ص 510-511.

2- سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 99-100.

2- ما يحققه نظام التحكيم من اقتصاد في النفقات وتوفير في الوقت وسهولة تنفيذ ما تأمر باتخاذ من إجراءات وقتية أو تحفظية وتوحيد جهة الفصل في النزاع.

3- فلسفة التحكيم تسمح بهذا الحل، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم بإرادتهم وارتضوا به بديلا عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم فإنهم لم يمتنعوا عن تنفيذ ما يتخذه المحكم من إجراءات وقتية وتحفظية.

4- إن أمر افتقار المحكم لسلطة الجبر 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.

ظهر موقف جديد يرجح<sup>(1)</sup> إلى ثبوت حقيقة مفادها أن اتفاق التحكيم لئن يؤدي إلى اعتبار القضاء الوطني غير مختص بالفصل في موضوع النزاع محل الاتفاق، لكن لا ينال من الاختصاص الثابت لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات التي حتى مع افتراض تشكيل هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة تضل عاجزة عن اتخاذها، فيكون من غير المعقول الاعتراف للمحكم بولاية عامة في اتخاذ تلك الإجراءات والإدعاء بإقصاء قضاء الدولة في شأنها، والحال أنه عاجز عن اتخاذها أو عن نفاذها، فمن الثابت أن بعض الإجراءات لا يمكن لغير قضاء الدولة اتخاذها، إما لأنها تتجاوز مناص التحكيم من حيث الأطراف كالتي تهم الغير مثلا، أو لأنها تعبر عن سلطة الجبر التي تختص بها الدولة.

**الاتجاه الثالث<sup>(2)</sup>:** التعاون بين القاضي والمحكم في اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية، لأن العلاقة بين المحكم والقاضي علاقة اشتراك وتعاون، لا علاقة إقصاء، ومبدأ التعاون في

1- زهير اسكندر، مرجع سابق، ص 512-513.

2- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 188.

الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضاة يتضمن عناصر ثلاثة تعد قوام المبدأ، ومؤداه المنطقي ومضمونه الحقيقي ألا وهي:

1- إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاقية تحكيم على أساس ما له من ولاية عمومية وسلطان سيادي.

2- إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع.

3- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ مثل هذه الوسائل لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم، لأنه لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائما لهيئة التحكيم، واستبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي<sup>(1)</sup>.

جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية حاسما لهذا الجدل بحكم مؤداه اختصاص هيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على أن يكون لها هذا الاختصاص في أن تأمر أيًا من الطرفين سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الطرف الآخر باتخاذ ما تراه ضروريا من تدابير مؤقتة وتحفظية، وفي ذلك نصت المادة 1046 منه على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك".

ومؤدى ذلك تخويل أطراف اتفاق التحكيم إمكانية مد سلطة الهيئة وعدم قصرها على الفصل في الموضوع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وترتيباً على ذلك يمكن للهيئة بناء على تراضي الأطراف أن تصدر أمراً بناء على طلب أحدهما بتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء، أو أن

1- منير عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 188.

تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد أمينة أو في أحد المخازن العامة أو بالتحفظ على دفاتر ومستندات يحوزها أحد الطرفين وتسليمها لخبير تنتدبه<sup>(1)</sup>.

ولكن إذا كانت هذه الهيئة تملك إصدار مثل هذه الأوامر، فهل تملك سلطة الإيجابار كما هي في القرارات الصادرة عن السلطات القضائية؟ إذ من المتصور أن يرفض من صدر عليه القرار بأن يتخذ هذا الإجراء أو ذاك، فما هو العمل؟

ليس هناك حل في هذه الحالة سوى طلب المساعدة من القضاء باعتباره السلطة المختصة التي تملك عنصر الإيجابار، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1046 قانون إجراءات مدنية وإدارية حيث جاء فيها: "...إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي...".

ووفقا لنص المادة السابقة<sup>(2)</sup> فإن اختصاص القاضي الإداري باتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية ينعقد في حالتين، أولهما لجوء أحد أطراف النزاع إليه لاتخاذ هذا الإجراء، وأما الاختصاص الثاني يمارس 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 للقضاء المختص<sup>(3)</sup>.

### ثانيا- البحث عن الأدلة

من أوجه التعاون المهمة بين القضاء والتحكيم الحصول على أدلة، حيث تتدخل المحكمة عندما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم لتفعيلها، حيث يستطيع القاضي الحصول على إفادات الشهود والاحتفاظ بالأدلة وتعيين شخص للدخول إلى أي موقع يخص

1- عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص 124.

2- المادة 1046 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

3- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، مرجع سابق، ص 119.

المتنازعين للحصول منه على أدلة، لأن التوظيف الخاص والفعال للتحكيم يعتمد على مساهمة القضاء المختص في تدعيم القرارات الإجرائية لهيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

وقد قنن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدور المساعد للقضاء في تكملة سلطة المحكم بما يمكنه من حسم النزاع المعروض عليه بإصدار حكم التحكيم، حيث نصت المادة 1048 من هذا القانون على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات، وفي حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للإطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

إذن، ففي نطاق الإجراءات فإنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتهما طلب المساعدة من المحكمة المختصة للحصول على الأدلة وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب في حدود سلطاتها المخولة لها، وطبقا للقواعد القانونية التي تطبقها والخاصة بالحصول على الأدلة<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية يخضع لقانون بلد القاضي.

ولأن الهيئة هي التي تقرر الحاجة إلى المساعدة القضائية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف، فإن لها في نفس الوقت أن تعدل عن طلبها متى وجدت من الأدلة ما يغني عن تنفيذ المسألة موضوع الطلب، أو تبين لها أن هذا الإجراء أصبح غير مفيد في الخصومة لتوفر أدلة أخرى مكانه<sup>(3)</sup>.

1- عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص 134.

2- إلهام عزام وحيد الخزار، مرجع سابق، ص 66-68.

3- منير عبد الحميد، مرجع سابق، ص 154.

وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم<sup>(1)</sup>، سواء أكان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف أو حدد من طرف محكمة التحكيم، فإن هذا القانون هو الذي يحدد سائر المواضيع المتعلقة بالإجراءات من حيث شروط المحكم وجلسات التحكيم والدفع والطلبات وغيرها من الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع، في حين أن قواعد الإثبات تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمرا فاصلا في موضوع خصومة التحكيم، وكذلك فإن هذا القانون الأخير هو الذي يحدد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات ومدى مشروعية الإتفاقات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات<sup>(2)</sup>.

وإذا كان القانون الجزائري قد منح سلطات واسعة لهيئة التحكيم في البحث عن الأدلة<sup>(3)</sup>، وطلب المساعدة إذا اقتضت الضرورة من القضاء المختص، إلا أنه في مسألة الطعن بالتزوير فقد جعل هذه المسألة من الاختصاص المطلق للقضاء عملا بالمادة 2/1021 التي تنص على أنه "إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة".

مما سبق نخلص إلى أن تدخل القاضي هو تدخل عارض وغير مباشر، وأن غايته ليست رقابية بل هي سائدة للتحكيم ومساعدة إما للأطراف في مرحلة تكوين هيئة التحكيم، أو مساعدة لمحكمة التحكيم عند مباشرتها لوظيفتها بطلب من الأطراف، أو بسعي منها، وأن هذا التدخل فرضته الضرورة لحماية للتحكيم وتيسيرا لعمل المحكم، تأمينا لفاعليته التنفيذية، ولا يقوم على منطق الوصاية أو الرقابة<sup>(4)</sup>.

1- تنص المادة 1043 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها 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 تحكيم".

2- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 155.

3- تنص المادة 1047 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

4- إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص 68.

## المبحث الثاني

### حكم التحكيم

بعد اكتمال التحقيقات وغلق باب المرافعات يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل الإجراءات التحكيمية، وهي مرحلة إعداد الحكم التحكيمي تمهيدا لإصداره محققين بذلك الغاية من العملية التحكيمية وهي الفصل في موضوع النزاع إلا أن هذا الإجراء يكون باتباع مراحل معينة ومحددة وبشروط خاصة، ولا يبقى هذا الأخير في منأى عن رقابة قضاء الدولة، فبالنظر للطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم والمستند في أساسه لإرادة الأطراف، يضيف على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتيته الخاصة.

وإن كان المحكم يملك إقرار الحق وتحقيقه، إلا أنه شخص عادي لا يملك سلطة الأمر أو الجبر التي يملكها القاضي لكي يسبغها على حكم التحكيم، ففعالية التحكيم كوسيلة لحل نزاعات العقود الإدارية تستلزم إعطاء حكم التحكيم القوة التنفيذية التي يحافظ معها على شرعية حقوق ومصالح من صدر الحكم التحكيمي لصالحه. ونظرا لأهمية هذه المرحلة التي تنعكس لا محالة على مصداقية التحكيم.

سنتطرق إلى الجوانب الأساسية للحكم التحكيمي وكيفية الطعن فيه والاعتراف به وتنفيذه، وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه

حكم التحكيم هو ذروة كل إجراءات التحكيم والغاية الأساسية التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها من خلال لجوئهم إلى نظام التحكيم، فالهدف الرئيسي للحكم هو جعل هذا الأخير نهائيا وملزما بشأن القضية محل النزاع<sup>(1)</sup>، وقد ألزمت معظم التشريعات هيئة التحكيم

1-Ray Turner, Arbitration Award, a practical approach, Blackwell Publishing, Oxford, UK, First edition, 2005, p4.

أن تصدر حكمها وفقاً لشروط معينة، والأصل أن حكم التحكيم يخضع لرقابة من جانب القضاء الوطني، فهذه الرقابة هي التي تقلل بلا شك من درجة الخوف الكائن بسبب لجوء الإدارة إلى التحكيم.

سنتناول كيفية صدور حكم التحكيم وشروطه مبرزين مختلف المراحل التي يمر بها هذا الأخير ومدى إمكانية الطعن في أحكام التحكيم .

## الفرع الأول

### صدور حكم التحكيم

يعرف حكم التحكيم على أنه "جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم أحكاماً جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة<sup>(1)</sup>.

وحكم التحكيم، على غرار الحكم القضائي، يجب أن يكون واضحاً وحاسماً خاصة في منطوقه، بحيث يبين بصورة لا تدع مجالاً للشك، الواجبات المفروضة على كل من الطرفين والحقوق المعطاة له، وأن يردّ الحكم على كافة طلباتهما (الموضوعية) سلباً أو إيجاباً، وإلا كان عرضة للطعن به<sup>(2)</sup>.

### أولاً- شكل حكم التحكيم ومحتواه

1- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، (د ط)، ص 24-25.

2- حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين، عمان، الأردن، 2008، ص 3.

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

قد نص المشرع الجزائري صراحة على ميعاد إصدار حكم التحكيم في المادة 1018 من قانون 08-09 حيث تلزم المادة المحكمين بإنهاء مهمتهم خلال أربعة أشهر مع إمكانية مده باتفاق الأطراف، ويبدأ سريان الميعاد من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه لم ينص على تحديد اجل معين للتمديد، بخلاف المشرع المصري الذي حدد هذه المدة في نص المادة 45 فقرة 1 بستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جعل ميعاد إصدار حكم التحكيم إذا لم يحدده الأطراف بستة أشهر على الأكثر من قبول آخر محكم لمهمته، في حين جعله المشرع المصري محددًا باثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم<sup>(3)</sup>.

نلاحظ في هذا الصدد الفرق في المدة التي أوجب فيها الفصل في النزاع والتي يبدو فيها أن المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل

1- بولقواس سناء، مرجع سابق، 136

2- أسرة التحرير، نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا، مرجع سابق، ص 146.

3- المادة 1456 قانون إجراءات مدنية فرنسي والمادة 45 قانون تحكيم مصري.

مدة التحكيم أربعة أشهر بعكس المشرع الفرنسي والمصري، غير أن هذا النص قد لا يضمن السرعة في الفصل في حالة اتفاق الأطراف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والتي قد تزيد على أربعة أشهر، ويرجع عدم تحديد هذه المدة ابتداءً وتحديدًا في حالة عدم اتفاق الأطراف تكريساً لمبدأ حرية الأطراف وكذلك لندرة وجود اتفاق تحكيم يحوي على ميعاد لإصدار حكم التحكيم<sup>(1)</sup>.

وحسنا فعل المشرع بجعله تقرير مد أجل التحكيم مرتبطاً بموافقة الأطراف بعد أن أقر ابتداءً إمكانية قيام الأطراف بتحديد هذا الأجل، وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 1018 قانون إجراءات مدنية وإدارية، غير أن قانون التحكيم المصري جعل تمديد أجل التحكيم يتم من قبل هيئة التحكيم.

### ثانياً - تسليم حكم التحكيم

يكون إصدار حكم التحكيم انطلاقاً من حكم الأغلبية كما جاء في المادة 1026<sup>(2)</sup> قانون إجراءات مدنية وإدارية؛ أي أغلبية الأصوات أو الآراء بعد المداولة، ومنه لا يعد حكم التحكيم حكماً بالمعنى الفني الدقيق إلا من التاريخ الذي يخرج فيه عن ولاية الهيئة التحكيمية، وقبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو الإضافة.

ويجب أن يشمل حكم التحكيم على مجموعة من البيانات أتت على ذكرها مختلف التشريعات<sup>(3)</sup>، والتي تنقسم بدورها إلى نوعين: بيانات شكلية وأخرى موضوعية، ففيما يتعلق بالبيانات الشكلية، يجب أن يحتوي حكم التحكيم على الديباجة وتاريخ صدور حكم التحكيم

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 386.

2- تنص المادة 1026 "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات".

3- المواد 1471 إلى 1473 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 43 من قانون التحكيم المصري والمادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ومكانه وذكر أسماء الخصوم والمحكمين وعنوانهم، ويضيف المشرع الجزائري والفرنسي وجوب ذكر أسماء المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف إذا اقتضى الأمر. أما فيما يخص البيانات الموضوعية، فإنه يجب أن يشمل حكم التحكيم على ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم، وذكر أسباب الحكم ومنطوقه.

### ثالثا - شروط حكم التحكيم

إذا كانت القاعدة العامة هي عدم التزام هيئة التحكيم باتباع القواعد المقررة بالنسبة للمحاكم، فإنه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها عدم التزام هيئة التحكيم بإصدار حكمها في الشكل المقرر للأحكام القضائية، ولكن لا يعني أن تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقا للشكل الذي تحدده، بل ألزم عليها المشرع التقيد ببعض الشروط الشكلية.

#### 1- شرط الكتابة

يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب، شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة، حتى يتمكن الخصوم من الاطلاع عليه، وتمكين القاضي الوطني من التأكد من صحته قبل أن يصدر أمرا بتنفيذه<sup>(1)</sup>. وكتابة الحكم شرط جوهري لقيامه، بحيث يؤدي تخلفها إلى لا التأثير في مضمون الحكم فحسب، بل إلى عدم معرفة هذا المضمون، لدرجة انعدام الحكم<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة الثانية من لائحة اليونسترال لسنة 1976<sup>(3)</sup> على وجوب أن يتم إصدار حكم التحكيم كتابة<sup>(4)</sup>، كما أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار

1 -Ray Turner, Op.Cit, P9.

2- حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص6.

3- 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.

4- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 387.

بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 على وجوب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً<sup>(1)</sup>، ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المصري من خلال المادة 1/43 من قانون التحكيم المصري.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لهذا الشرط بصورة صريحة، ولكن من استقراءنا لمواده<sup>(2)</sup> نستشف وجوب إفراغ حكم التحكيم في شكلية مكتوبة، حيث أن شرط الكتابة بديهي لتنفيذ الحكم ما دام التنفيذ يحتاج إلى عدة إجراءات، فلا يتصور اتخاذ هذه الإجراءات في حكم غير مكتوب وبالتالي غير موجود<sup>(3)</sup>.

والقاعدة العامة هي أن يحزر حكم التحكيم باللغة العربية - في الدول العربية- إلا إذا اتفق الأطراف على كتابته بلغة أخرى، ويتعين في هذه الحالة على من صدر الحكم لصالحه إيداع ترجمة رسمية له في قلم كتابة المحكمة المختصة، وذلك حتى تتمكن هذه الأخيرة من مراقبة الحكم قبل إصدار أمر بتنفيذه<sup>(4)</sup>.

## 2- شرط التسبب

إن الالتزام بالتسبب يعد خاصية أساسية من خصائص العمل القضائي ويلتزم به كل من يمارس تلك الوظيفة، وبالتالي ينبغي على المحكم أن يذكر الأسباب التي دفعته إلى إصدار حكمه حتى يكون مقنعا ويثبت من خلاله أنه قام بفحص ادعاءات الأطراف، ويعطيهم الإجابة على تساؤلاتهم لماذا كسبوا أو خسروا دعواهم<sup>(5)</sup>.

ونظرا للأهمية الخاصة لتسبب الأحكام فقد اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يكون الحكم التحكيمي مسببا وهذا في مادته 2/1027، أما المشرع الفرنسي فقد أكد في

1- أسرة التحرير، نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا، إقليميا، دوليا، مرجع سابق، ص 192.

2- المواد 1027، 1028، 1029، 1035 من القانون رقم 08-09.

3- TERKI Noureddine, Op.Cit, P 120.

4- محمد كولا، مرجع سابق، ص 240.

5- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 526.

مادته 1047 من قانون الإجراءات المدنية على وجوب أن يصدر المحكم حكما وفقا لأشكال معينة، ومن بين هذه الشكليات ضرورة تسبيب حكم التحكيم، ورتبت المادة 1480 من ذات القانون البطلان على عدم تسبيب حكم التحكيم. أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد جاء مخالفا للتشريع الجزائري والفرنسي، حيث اتجهت نيته إلى عدم اعتبار مسألة تسبيب الأحكام من النظام العام، إذ أنه أجاز لطرفي التحكيم الاتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم، كما أعطى لهيئة التحكيم إمكانية إصدار أحكام غير مسببة<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(2)</sup> إلى القول بأن التسبيب هو ضمانا لحقوق الأطراف، وما دام المشرع الجزائري اشترط التسبيب في الأحكام التحكيمية، يعني أنه بيان جوهري، غيابه قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم وعدم تنفيذه يفتح المجال للطعن فيه بالاستئناف، وهذا ما أكده من خلال المادة 1034 قانون 08-09، حيث جاء فيها: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية... إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب...".

ولأهمية تسبيب الأحكام في ضمان حقوق الأطراف، فإنه يجب أن يكون متطلبا بقوة في إطار التحكيم الإداري وبسري على كل أنواع التحكيم سواء أكانت منهيبة للخصومة كلها أو بعضها لما يشكل ذلك من ضمان هامة بالنسبة للإدارة في مواجهة كل تعسف أو استبداد قد يصدر عن المحكمين ضدها، ضف إلى ذلك أن تسبيب حكم التحكيم يتيح الفرصة الكاملة للقضاء الإداري بان يمارس رقابة فعالة عليه، بالإضافة إلى أنه يقلل من الخطر والتخوف من لجوء الإدارة إلى التحكيم، وعلى الأخص في مجال التحكيم الدولي<sup>(3)</sup>.

### 3- شرط التوقيع على الحكم التحكيمي

1- يستفاد ذلك من نص المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري.

2- حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص 13.

3- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 538-539.

حتى يتسنى التأكد من أن الحكم صدر عن المحكمين المذكورين به فإنه يشترط توقيعهم جميعاً على القرار<sup>(1)</sup>.

فالتوقيع من شأنه إعطاء الحكم مصداقية وجدية، فلا يتصور صدور حكم تحكيمي غير موقع عليه، وإذا لم يتم توقيع الحكم من جميع الأعضاء فيجب التوقيع بالأغلبية، أما المحكم الذي يعارض موقف الهيئة فيمكن أن لا يوقع ويشار في الحكم إلى ذلك أو يدرج رأيه الخاص بصدد النزاع<sup>(2)</sup>.

قد أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 1029 في القانون 08-09، حيث نص على أنه "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين". وقد أخذ المشرع المصري والفرنسي بنفس الاتجاه في المواد 1473 قانون إجراءات مدنية فرنسي وكذا المادة 1/43 من القانون المصري.

## الفرع الثاني

### الطعن في حكم التحكيم

يعبر اتفاق الأطراف على التحكيم عن اتجاه إرادتهم إلى استبعاد كل أشكال تدخل القضاء الوطني بصدد النزاع المثار بينهم والمتفق على حله بطريقة 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 دائماً أن تتاح الفرصة كاملة أمام المحكوم عليه في اللجوء إلى قضاء الدولة لتدارك ما وقع في حكم التحكيم من أخطاء، لذا

1- ابن النسيب عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 93.

فقد اهتم المشرعون كافة والمشرع الجزائري خاصة بتنظيم طرق الطعن المتاحة لمراجعة حكم التحكيم أمام القضاء الوطني<sup>(1)</sup>.

ولما كان موضوع الدراسة منصب 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 لإرادة الأطراف من جهة أخرى.

إن الطعن بصفة عامة هو وسيلة قانونية لحماية المحكوم عليه من خطأ القاضي 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 إلغاؤه كلياً أو جزئياً<sup>(2)</sup>.

بما أن حكم التحكيم كغيره من الأحكام القضائية يصدر عن بشر، فإنه من المتصور حدوث خطأ فيه، 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 طرق الطعن التي قررتها الشريعة العامة للتحكيم في الجزائر حتى نتمكن من تحديد الطرق المثلى للطعن في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية.

### أولاً- الطعن بالاستئناف

بداية نود أن نشير إلى أن المشرع الجزائري استثنى صراحة أحكام التحكيم من الطعن بالمعارضة، ولم يتطرق إلى إمكانية الطعن فيها كذلك بطريق التماس إعادة النظر، في حين

1- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 164.

2- أحمد السيد صاوي، "بطلان حكم التحكيم" -

http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/ahmed%20alsaid%20alsawi1.pdf تاريخ 2012/08/25 الساعة

pm 18:32 ص 763.

أجاز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام نفس المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم<sup>(1)</sup>.

بينما أخذ المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي بنظام الاستئناف في التحكيم الداخلي كما في التحكيم الدولي، فأما بالنسبة للتحكيم الداخلي فقد اشترط المشرع عدم تنازل طرفي التحكيم عن سلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم ويختص بنظره المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، على أن يقدم خلال مدة شهر واحد من تاريخ النطق به، وهذا ما جاءت به المادة 1033 قانون 08-09 بنصها: "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".

ما يمكن ملاحظته بشأن الاتجاه الذي أخذت به المادة بشأن جواز اتفاق الأطراف على استبعاد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم فقد رفضه البعض<sup>(2)</sup>، فالقاعدة العامة في القضاء الإداري قوامها أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم أمام القاضي الوطني يعتبر أمرا متاحا دائما حتى ولو لم يوجد نص قانوني يقر ذلك أو وجد نص قانوني يجيز للأطراف الاتفاق على التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن<sup>(3)</sup>.

يستفاد من هذا الرأي أن مبدأ التقاضي على درجتين يعد من أحد المبادئ الهامة في الإجراءات ولا يمكن إغفاله، ويشكل بهذه المثابة ضمانا أساسية لمصلحة المتقاضين ومصلحة سير العدالة، طالما لا يوجد نص تشريعي صريح ينص على استبعاده في أحكام التحكيم الإداري، فإن هذا الطريق من طرق الطعن يعد دائما متاحا للأطراف حتى ولو اتفقوا على خلاف ذلك، وأن المشرع هو الوحيد الذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نص

1- المادة 1032 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 767.

3- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 169.

قانوني صريح، وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية وملاءمة استبعاد تطبيق نظام الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الإداري؟.

في الواقع أنه بالرغم من أن الطعن بالاستئناف يمثل ضماناً هاماً للمتقاضين، ويتيح للقضاء إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم إلا أنه ينبغي استبعاده على الرغم من ذلك كقاعدة عامة من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري، سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي وذلك لعدة أسباب نورد منها ما يلي<sup>(1)</sup>:

1- إن الدور الذي يلعبه الطعن بالاستئناف في المنازعات الإدارية ومنها ذات الطبيعة التعاقدية يبدو ضئيلاً ويحتل مكانة متواضعة، فليس هناك مبدأ أو قاعدة عامة في القانون الإداري تركز مبدأ التقاضي على درجتين وتعطيه عناية خاصة، فالاستئناف لا يشكل سوى وسيلة فنية للطعن في الأحكام القضائية.

2- إن مبدأ التقاضي على درجتين له قيمة تشريعية وليست دستورية، وبالتالي 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.

3- إن استئناف أحكام التحكيم الإداري تتطوي 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>.

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 555 وما بعدها.

2- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 170.

أما بالنسبة للاستئناف في التحكيم الدولي فإنه يوجه ضد الأوامر الصادرة من الجهة القضائية المختصة سواء تضمن الأمر الاعتراف والتنفيذ أو رفضهما، ولهذا فقد نصت المادة 1055 قانون 08-09 على أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف" وجاء في المادة 1056 من نفس القانون أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية..."، وهو نفس ما أخذ به المشرع الفرنسي بصدده تقريره للطعن بالاستئناف ضد الأوامر القضائية<sup>(1)</sup>.

وقد عدت المادة 1056 من القانون 08-09 حالات رفع الاستئناف في الأمر الخاص بالاعتراف أو بالتنفيذ، وهو ما يثير التساؤل بداية هل يحكم القاضي عند عدم توافر هذه الحالة بعدم القبول أم الرفض موضوعاً، إذ أن النص صريح "لا يجوز"<sup>(2)</sup>. وهذه الحالات هي:

- 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 مخالفاً للقانون.
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة لها.
- 4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
- 5- إذا لم تثبت محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي<sup>(3)</sup>.

أما عن الجهة المختصة بنظر الطعن بالاستئناف فقد نصت المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي...". أما في

1- المواد 1501 و1502 من قانون إجراءات مدنية فرنسية.

2- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 264.

3- محمد كولا، مرجع سابق، ص 264.

فرنسا فإن الاستئناف يرفع أمام محكمة الاستئناف التي يمتد اختصاصها إلى المحكمة التي أصدرت الأمر، وهذا طبقا للمادة 1503 قانون إجراءات مدنية فرنسي، هذا وقد أحال المشرع الفرنسي إلى الطعن بالاستئناف وحده في حالة النص عليه بين الأطراف في الاتفاق، حيث ينظر قاضي محكمة الاستئناف كمفوض بالصلح إذا كانت هذه المهمة مخولة للمحكّمين وفقا لنص المادة 1483 قانون إجراءات مدنية فرنسي، وهذا موقف انفرد به المشرع الفرنسي دون غيره مما يجعل التحكيم أكثر فعالية<sup>(1)</sup>.

وبالنسبة لميعاد رفع الطعن فقد جعله المشرع الجزائري بحسب المادة 1057 قانون 08-09 محدد بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وعند رفع الطعن بالاستئناف فإن من آثاره وقف تنفيذ الحكم التحكيمي طبقا لنص المادة 1060 قانون 08-09 والتي جاء فيها "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، 1058، تنفيذ أحكام التحكيم".

مما سبق نرى أن المشرع الجزائري عندما أجاز الاستئناف في أحكام التحكيم فإنه كان مقتصرًا على الأحكام الداخلية لا غير، أما الأحكام الدولية فقد خصص لها نظام خاص، فهي غير قابلة للاستئناف، لأنه لا يجوز للقضاء الوطني مناقشة هذه الأحكام، وترك الأمر إلى مرحلة التنفيذ والاعتراف، وفي تقديرنا أنه كان بإمكان إدماج المادة 1055 مع المادة 1056 بصدد الاستئناف.

### ثانيا- دعوى البطلان

إن دعوى البطلان ليست في الحقيقة طريقة من طرق الطعن لا العادية ولا غير العادية، ولكن هي طريقة خاصة تتمثل في رفع دعوى جديدة أمام القضاء لإبطال الحكم التحكيمي الإداري، وهي الطريق الوحيد الذي قرره المشرع الجزائري للطعن في أحكام التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وقد انقسمت الأنظمة القانونية في شأن نطاق

1- Terki Noureddine, Op.Cit, P 141-142.

البطلان إلى اتجاهين: الاتجاه الأول وهو الاتجاه الموسع لنطاق البطلان، ويعد كل من القانونين الجزائري والمصري من قبيل هذه الأنظمة، فقد منح المشرع المصري لقضائه الاختصاص بنظر دعاوى البطلان إذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية أو كان قد جرى في الخارج، وكان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناء على اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال استقراء المادة 1058، حيث نصت المادة على إمكانية أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في نفس الحالات التي تكون فيها الأوامر القاضية بالاعتراف أو بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية قابلة للاستئناف، وهو نفسه الوضع المقرر في التشريع الفرنسي، حيث إذا تنازل الأطراف صراحة عن حق الطعن بالاستئناف، وإذا لم يتفقوا في حالة التحكيم الطليق على الاحتفاظ بهذا الحق في اتفاق التحكيم، ينغلق أمامهم طريق الاستئناف ويبقى لهم فقط طريق الطعن بالبطلان<sup>(2)</sup>.

غير أن هناك اتجاه ضيق من نطاق البطلان على سبيل المثال القانون البلجيكي الذي نص على عدم اختصاص المحاكم البلجيكية بنظر دعاوى البطلان إلا إذا كان أحد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التحكيمي شخص طبيعي يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا، أو شخص اعتباري تم تكوينه في بلجيكا أو له فرع أو مقر أعمال فيها مهما كانت طبيعته<sup>(3)</sup>.

ترفع دعاوى البطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه<sup>(4)</sup>، ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري منح الاختصاص إلى هيئة أعلى من

1- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 94.

2- المادة 1474 و 1475 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

3- حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 107.

4- المادة 1059 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

محكمة التحكيم، ولم يعط الاختصاص إلى المحكمة الابتدائية؛ أي بمعنى أنه جعل محكمة التحكيم في نفس المستوى للمحكمة الابتدائية القضائية، فأعطى ضمانات أكثر للأطراف أمام القضاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لكون التحكيم تم اللجوء إليه بغرض السرعة، فإن دعوى البطلان أمام المجلس القضائي تكون قد اختصرت مرحلة هامة من القضاء، ووفرت وقتا معتبرا للطرف المحكوم له، فالمدة التي تستغرقها الدعوى أمام المحكمة تقضيها بدلا من ذلك أمام المجلس، وبهذا تتوفر السرعة اللازمة لحل النزاع، وإعطاء الفعالية اللازمة للتحكيم، حتى لا يفقد التحكيم مغزاه.

ويبقى السؤال المطروح هنا حول الإجراءات التي تتخذ بشأن دعوى البطلان، هل هناك إجراءات خاصة أم تتبع الإجراءات العادية للاستئناف؟

أمام سكوت المشرع الجزائري، فإننا نرى أن القواعد الإجرائية التي تحكم دعاوى الاستئناف أمام المجالس القضائية هي ذاتها المقررة للطعن بطريق البطلان.

أما من حيث المواعيد المقررة لذلك فقد حددتها المادة 2/1059 من قانون 08-09 بشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، ويظهر أن هذه المدة جاءت على غرار الشهر المخصص للاستئناف. ومن ثم فإن دعوى البطلان التي تأتي خارج الشهر هي دعوى مرفوضة شكلا، لأن المادة جاءت بصيغة النهي "لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ"<sup>(1)</sup>، وقد حدد المشرع المصري هذه المدة بتسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، أما المشرع الفرنسي فقد حددها على غرار مشرعنا بالشهر<sup>(2)</sup>.

ولأن دعوى البطلان ليست طريقا من طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية، لذلك فإنها لا تشكل جزءا من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها، ومن ثم فهي

1- المادة 2/1059 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- المادة 54 قانون تحكيم مصري والمادة 1504 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

طريق استثنائي يجب قصره على أسباب وشروط محددة، لذا فقد حصر المشرع أحوالها في المادة 1056 من القانون 08-09.

ومن الحالات المحددة في هذه المادة يستدعي الأمر شرحها:

## 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية

يعد اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع المعروف عليه، ومتى لم يتوافر هذا الأخير فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا لانعدام مصدر الالتزام<sup>(1)</sup>، وتكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، وقد حددها المشرع الجزائري، وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم، كما نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا في حالتين وهما بصدد علاقتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية<sup>(2)</sup>.

وتكون اتفاقية التحكيم كذلك باطلة في حال عدم وجود رضا، فصحة التحكيم مرتبطة بإرادة الأطراف التي يتعين أن تكون سليمة من كل أنواع عيوب الرضا<sup>(3)</sup>.

والمقصود بانقضاء مدة الاتفاقية انتهاء الأجل المحدد لإصدار حكم التحكيم والتي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم، فلو صدر الحكم خارج الأجل كان للطرف المتضرر أن يطعن فيه بالبطلان وقد حدد المشرع الجزائري مدة التحكيم بأربعة أشهر إذا لم يتفق الأطراف على أجل إنهائه<sup>(4)</sup>.

## 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

1- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 142.

2- المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 771.

4- المادة 1018 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

نص المشرع الجزائري على أن تشكيلة محكمة التحكيم تتكون من محكم واحد أو عدد من المحكمين بعدد فردي<sup>(1)</sup>، ومتى خولفت قاعدة الوترية فإن التشكيلة تكون باطلة بطلانا مطلقا، ويكون تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون إذا أسندت مهمة التحكيم لشخص طبيعي لا يتمتع بحقوقه المدنية، كما أن تشكيل محكمة التحكيم لا يكون صحيحا إذا لم يقبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم، أو أن المحكم علم أنه قابل للرد ولم يخبر الأطراف لكي يوافقوا على بقاءه.

مع الملاحظة أنه يجب على المعني بالأمر إذا ما رأى أن تشكيلة هيئة التحكيم خلافا لما اتفق عليه الأطراف، أن يثير معارضة ذلك عند تشكيل الهيئة، وعليه التمسك بهذه المخالفة أمام المحكمين، وأن انتظاره إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، فهذا دليل على قبوله التشكيلة وفي هذه الحالة يرفض طلبه<sup>(2)</sup>.

### 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة لها

لما كان المحكم يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من إرادة الأطراف، فإنه من المنطقي أن يكون هذا الأخير مقيدا عند الفصل في المنازعة بحدود المهمة المخولة له من قبل أطراف اتفاق التحكيم، ومن ثم فإن تجاوزه لهذه الحدود يكون الحكم محلا للطعن بالبطلان<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا الأساس المشرع الجزائري توسع بقدر كبير في هذا السبب، حيث عالج كل المسائل الخاصة بمخالفة المبادئ الموجهة للدعوى واحترام حقوق الدفاع، فألزم المحكم الفصل في إطار الاختصاص الخاص به مع وجوب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، وأن يكون الفصل بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا

1- المادة 1017 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 49-50.

3- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 403.

بموضوع النزاع<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى وجوب أن تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف<sup>(2)</sup>.

ويماناً لتحديد اختصاص محكمة التحكيم، فقد نصت المادة 1027 قانون إجراءات مدنية وإدارية على ضرورة تحديد موضوع الخلاف وظروفه مع أدق تفاصيله، فإن ثبت أن محكمة التحكيم فصلت فيما لم يكن مطروحا عليها أو تجاوزت حدود اتفاق التحكيم يحق للطرف صاحب المصلحة رفع دعوى بطلان تأسيسا على تجاوز محكمة التحكيم لحدودها.

#### 4- إذا لم يراع 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 خاصاً أو رسمياً، وأن عدم تحقيق المساواة بين الأطراف في المحاكمة يجب أن يؤدي إلى سقوطها<sup>(3)</sup>.

حيث أن التزام القاضي أو المحكم بإحاطة الخصوم علماً بما يتوصل إليه من عناصر يعد ضماناً للخصوم من المفاجأة، وذلك لأن الخصم الذي يكون دفاعه وأسانيده على أساس واقع معين ثم يفاجأ ببحث المحكم للنزاع من زوايا مختلفة تماماً سوف يفقد القدرة من الاستفادة من حقه في الدفاع، لأن مبدأ الوجاهية هو إقامة المساواة بين الخصوم عندما يتعلق الأمر بفرض التزامات متبادلة عليهم وإحاطتهم علماً بكل ما يدخله المحكم في الخصومة عن غير طريقهم من عناصر ووقائع<sup>(4)</sup>.

#### 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب

1- المادة 1044 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- المادة 1050 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

3- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 247.

4- محمد علي عويضة، مرجع سابق، ص 106.

من خلال استقراءنا للمادة 1027 قانون إجراءات مدنية وإدارية نجد أن المشرع نص على وجوبية تسبب حكم التحكيم، وبالتالي إذا لم تكن الأحكام مسببة تعرض الحكم الصادر إلى البطلان، ولم يقصر المشرع البطلان على حالة عدم تسبب محكمة التحكيم حكمها، وإنما رتبته كذلك في حالة وجود تناقض في الأسباب التي أدت إلى قيام النزاع.

### 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

إن النظام العام هو فكرة مرنة وصعبة التحديد، وهي واسعة المجال، وتلعب دورا مهما سواء كان ذلك في مجال تطبيق القانون الأجنبي أو في مجال تنفيذ الأحكام، ويقصد بها حماية النظام الداخلي من أي تهديد يمسّه أو يزعزع أركانه<sup>(1)</sup>.

بالرغم مما تتسم به فكرة النظام العام من تشعب ومرونة فإنها تتسم كذلك بالخطورة، لأن التوسع فيها يقضي على فاعلية نظام التحكيم ويعرقل تنفيذ عدد كبير من الأحكام التحكيمية الدولية، وقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للأحكام التحكيمية الدولية ومفهوم النظام العام الدولي وجعل من النظام العام الداخلي لا تربطه علاقة بالنظام العام الدولي، فإن كان مثلا الحكم الدولي مخالفا للنظام العام الداخلي ويتمشى مع النظام العام الدولي، فإن القاضي المختص عليه أن يقضي بالاعتراف والتنفيذ والعكس صحيح<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة لآثار الطعن بالبطلان فقد نصت المادة 1060 قانون 08-09 على أنه "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم".

من خلال هذا النص نستنتج الآثار التالية للبطلان<sup>(3)</sup>:

1- سامية عبد اللاوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010، ص 70.

2- حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 69.

3- محمد كولا، مرجع سابق، ص 269.

- 1- لا تنفذ الأحكام التحكيمية إلا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، أو الطعن بالاستئناف ضد أمر التنفيذ أو أمر رفض التنفيذ، وبانقضاء هذه المهلة دون تحريك الطعن يصبح الحكم التحكيمي حائزا لقوة الشيء المقضي به.
- 2- إذا رفع الطعن بالاستئناف ورفض يصبح حكم التحكيم حائزا للقوة التنفيذية.
- 3- عند رفع دعوى البطلان فإن هذا الطعن يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي إلى حين صدور قرار المجلس لتأييد الطعن أو رفضه<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - الطعن بالنقض

إن جميع الأعمال القضائية في أي بلد كان تخضع للرقابة القضائية العليا في الدولة، والجزائر كبقية الدول لها جهاز قضائي أعلى يقوم بهذا الدور خاصة من الجانب القانوني البحت، والمسمى في النظام القضائي بالمحكمة العليا، وقد استبعد المشرع الجزائري هذا الطريق من الطعن في الأحكام التحكيمية الداخلية أو الدولية وقصره فقط على الطعن على القرارات الفاصلة في الاستئناف والقرارات القضائية التي فصلت في الأوامر القضائية بالاعتراف أو التنفيذ أو الأوامر القضائية برفض الاعتراف أو التنفيذ، وكذلك القرارات الفاصلة في دعاوى بطلان القرارات التحكيمية الدولية، وهذا بدليل نص المادة 1034 قانون 08-09 "تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، والمادة 1061 من نفس القانون: "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض". ومن المتعارف عليه أن البت في القرارات القضائية لجهة المحكمة العليا يتطلب وقتا معتبرا، وبالنظر إلى الهدف الأساسي الذي من أجله اختير التحكيم، وهو السرعة في حل النزاع، فإن الطعن بالنقض سيحد دون الوصول إلى هذا الهدف<sup>(2)</sup>.

1- وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه الآثار مادة 1506 قانون إجراءات مدنية فرنسي، Jean Robert, Op.Cit. P 306

2- محمد كولا، مرجع سابق، ص 269.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المشرع الجزائري اتجه نحو مسلك شاذ في باب الطعن بالنقض وانفرد بهذا الاتجاه، علما أن لا المشرع الفرنسي ولا المصري تطرقا إليه، ولا نجد مبررا في إدراجه لأنه لا يخدم نظام التحكيم، كما يبقى التساؤل قائما حول الإجراءات التي يخضع لها هذا الطعن.

## المطلب الثاني

### تنفيذ أحكام التحكيم

يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره على حجية الشيء المقضي به، ولكن هذه الحجية ليست كافية بمفردها لكي يمكن تنفيذ حكم التحكيم، إذ أن الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم تتطلب ضرورة تدخل القاضي الوطني لإعطاء القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عنه، فالمحكم وإن كان يملك إقرار الحق وتقريره، إلا أنه شخص عادي لا يملك سلطة الأمر أو الجبر التي يملكها القاضي الوطني لكي يسبغها على حكم التحكيم، فصدور الأمر بالتنفيذ هو الذي يعطي لحكم التحكيم القوة التنفيذية ويسمح بتنفيذه جبرا حال عدم امتثال المحكوم ضده لتنفيذه طواعية واختيارا.

وإذا 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 تصدر عن أشخاص تابعين لدول أخرى وطبقت بشأنها قواعد قد تغاير تلك التي يطبقها القاضي الوطني.

## الفرع الأول

### حجية أحكام التحكيم

من المتفق عليه أن عمل المحكم هو نفس العمل الذي يقوم به القاضي، ألا وهو الفصل في النزاعات، وإن الحكم الصادر من المحكم يعد من الأعمال القضائية مثله مثل الحكم القضائي.

وعليه فإن أهم الآثار المترتبة عن القرار التحكيمي هي نفسها المترتبة عن الحكم القضائي، سواء من حيث الحجية أو قوة الإثبات<sup>(1)</sup>، حيث يتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به بمجرد صدور الأمر بتنفيذه حتى لو كان قابلاً للطعن فيه، وتبقى هذه الحجية بقاء الحكم وتزول بزواله، ويترتب على هذه الحجية منع الخصوم من عرض ذات النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم على القضاء أو التحكيم ومنعهم من مناقشة ما قضت به هذه الهيئة، إلا بالطرق التي حددها القانون<sup>(2)</sup>.

ومن أهم الاعتبارات التي تقوم عليها الحجية، والتي تعد من أهم خصائص الحكم القطعي، وضع حد للمنازعات بمنع تجددتها، وهذه الاعتبارات تتطلبها المصلحة الخاصة والعامّة، لأن استمرار المنازعات يؤدي إلى عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية وتعطيل المعاملات بين الناس، ويؤدي إلى تناقض الأحكام في الخصومة الواحدة<sup>(3)</sup>.

وهذه الاعتبارات لا تتحقق إلا إذا تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام، لكن لم ينص أي من قوانين التحكيم الجزائري والفرنسي والمصري على مدى تعلقها بالنظام العام بالرغم من أن اعتبارها من النظام العام من شأنه منع اتفاق الخصوم على مخالفتها، وتخويل المحكمة أو هيئة التحكيم المعروض عليها نزاع سبق الفصل فيه أن يقضيا من تلقاء

1- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 81.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، مرجع سابق، ص 202.

3- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 368.

نفسيهما بعدم جواز النظر في دعوى سبق الفصل فيها، أما عدم اعتبارها من النظام العام يجيز للخصوم اللجوء إلى القضاء أو الاتفاق على اللجوء إلى هيئة تحكيم بهدف إعادة النظر في النزاع الذي سبق الفصل فيه، ولا يجوز للقاضي أو لهذه الهيئة أن يقضيا من تلقاء نفسيهما برد الدعوى استنادا إلى حجية حكم التحكيم، إنما يجب أن يتمسك المحكوم لصالحه بحجية حكم التحكيم والسبب في ذلك يرجع إلى أن قانون التحكيم يمنح حكم التحكيم الحجية حماية للمصالح الخاصة للخصوم، وليس حماية للمصلحة العامة المرتبطة بحجية الأحكام القضائية الصادرة عن إحدى سلطات الدولة، بينما حجية أحكام التحكيم لا علاقة لها بالدولة، نظرا لعدم صدورها عن إحدى هذه السلطات<sup>(1)</sup>.

نرى أن النص على أن حجية أحكام التحكيم تتعلق بالنظام العام أمر بالغ الأهمية، لأن هذه الأحكام لا تختلف عن أحكام القضاء من حيث الاعتبارات التي تقوم عليها الحجية، فعدم احترام حجية أحكام التحكيم يؤدي إلى استمرار المنازعات وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها، ويؤدي إلى احتمال تناقض الأحكام، وهذا يتنافى والهدف من اللجوء إلى نظام التحكيم بوصفه وسيلة للفصل في النزاع بما يحققه من مزايا، ويتنافى مع الهدف من إقرار القانون لهذا النظام طالما أنه لا يحقق الهدف المرجو منه<sup>(2)</sup>.

ويستفاد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن حجية أحكام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام، لأن الحكم بعدم قبول نظر الدعوى بشأن نزاع متفق على إحالته إلى التحكيم أمر مقرر لمصلحة الخصوم لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وهذا بدليل نص المادة 1045 حيث تنص على 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".

### أولا- تعريف الحجية

1- أشجان فيصل شكري داود، مرجع سابق، ص 84.

2- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 368.

للحجية معان متعددة لدى الفقهاء، فقد عرفها البعض على أنها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، تشهد على أن الحكم صدر صحيحا شكلا وموضوعا، ولا يجوز إهدار هذه الحجية إلا عن طريق الطعن المقرر في مثل هذا الحكم<sup>(1)</sup>، وعرفها اتجاه ثان أنها وصف يلحق بمضمون الحكم ويبدل على تنفيذ الخصوم القضاء بهذا المضمون خارج إجراءات الخصومة التي صدر فيها الحكم<sup>(2)</sup>، وتعرف على أنها عنوان للحقيقة فلا يجوز إعادة الفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم من جديد أمام جهة قضائية أخرى لأن هذا الحكم القطعي في حد ذاته يحمل قرينة الحقيقة القانونية وفي الوقت ذاته يحمل قرينة الصحة<sup>(3)</sup>.

يتضح من هذه التعريفات أن لحجية حكم التحكيم أثرين متكاملين الأول إيجابي يتمثل في إمكانية تمسك المحكوم له بالحق الذي قضى به الحكم دون الحاجة إلى إثبات وجود هذا الحق من جديد، والثاني سلبي يتمثل في منع المحكوم عليه من إقامة دعوى جديدة بهدف إعادة الفصل في النزاع<sup>(4)</sup>.

وقد أضفى المشرع الجزائري في المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحجية على حكم التحكيم لحظة صدوره، إذ تنص على أنه: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول فيه"، وينطبق ذلك على قوانين التحكيم الفرنسي والمصري من خلال المادة 1486 قانون إجراءات مدنية فرنسي والمادة 55 من قانون التحكيم المصري.

هذا وتختلف حجية الأمر المقضي عن قوة الأمر المنهي في أن الحجية تمثل صفة للأمر المقضي به في الحكم وتبدو فاعليتها خارج نطاق الخصومة، وتثبت له بمجرد صدوره

1- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 27.

2- محمد أنور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبة أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 166.

3- منير عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 368.

4- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 28.

حتى لو كان قابلاً للطعن، بينما قوة الأمر المقضي تبدو فاعليتها داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم للدلالة على مدى ما يتمتع به هذا الحكم من إمكانية أو عدم إمكانية الطعن فيه بالطرق المحددة لذلك، فقوة الأمر المقضي به تعني ضرورة أن الحكم بات غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، واكتساب حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي منذ صدوره لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية، بمعنى لا يمكن تنفيذه جبراً إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من السلطة القضائية المختصة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - نطاق الحجية

إن حكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة، والأصل نسبة آثار هذه الحجية، وعليه فإن نطاق حجية حكم التحكيم قاصر على موضوع النزاع الذي فصل فيه المحكم وعلى أطراف النزاع<sup>(2)</sup>.

#### 1- النطاق الموضوعي

يرتبط تحديد النطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم بتحديد نطاق اتفاق التحكيم الذي يتضمن موضوع النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم<sup>(3)</sup>، حيث نص كل من المشرع الجزائري والمصري على وجوب تحديد هذا الموضوع، سواء تم الاتفاق على التحكيم قبل حدوث النزاع أو بعده<sup>(4)</sup>، وذلك حتى يكون اختصاص هيئة التحكيم في نطاق موضوع النزاع الذي تم تحديده من قبل أطراف هذا النزاع، فإذا أصدرت حكماً فاصلاً في موضوع النزاع فإن هذا الحكم يتمتع بالحجية في حدود ما فصل فيه<sup>(5)</sup>، أما الطلبات التي عرضت على هذه الهيئة و أغفلت الفصل فيها فإن الحكم لا يحوز الحجية لها، لأن العبرة في تحديد النطاق

1- محمد سيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، مرجع سابق، ص 430.

2- محمود نور شحاتة، مرجع سابق، ص 175.

3- مختار بريري، مرجع سابق، ص 260.

4- المادة 1012 من قانون إجراءات مدنية وإدارية، والمادة 2/10 قانون تحكيم مصري.

5- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 28.

الموضوعي للحجية يكون بالنزاع المتفق على الفصل فيه بالتحكيم وبالطلبات التي تم مناقشتها وبحثها فعلا بين الخصوم، حيث يسمح لهم تقديم طلبات لإصدار أحكام إضافية تتناول ما أغفلته هيئة التحكيم<sup>(1)</sup> أي تصحيح الإغفالات التي كانت تشوبه ليصدر الحكم الإضافي فيصبح هذا الحكم جزء من الحكم الأصلي، وبالتالي تمتد الحجية لكليهما<sup>(2)</sup>، ولا حجية للحكم الصادر في مسائل لم يطلبها الخصوم، لأن الحكم يكون باطلا إذا فصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق فيما يعرضه عليه الخصوم<sup>(3)</sup>.

## 2- النطاق الشخصي لحجية حكم التحكيم

إن حجية حكم التحكيم تقتصر على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم والذين أعلنوا بها وتمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم، فهذا الحكم لا يستفيد منه إلا من صدر لصالحه ولا يحتج به إلا من صدر عليه<sup>(4)</sup>.

وبناء عليه لا حجية لأحكام التحكيم في مواجهة الغير، إنما التمسك بها يكون بين أطراف الحكم، وهم المحكوم له والمحكوم عليه والذين هم أطراف في اتفاق التحكيم، وهؤلاء الأطراف تتصرف إليهم الحجية سواء شاركوا في إجراءات التحكيم بأنفسهم أو بواسطة ممثلين عنهم<sup>(5)</sup>.

وقد أكد المشرع الجزائري هذا من خلال نص المادة 1038 قانون 08-09: "لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير"، هذه المادة تثير التساؤل عن الغير الذين ليسوا أطرافا في اتفاق التحكيم، ولم يتمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم، ويؤثر حكم التحكيم في

1- مختار بريري، مرجع سابق، ص 262.

2- المادة 1030 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

3- هذا ما أشارت إليه المادة 1056 و1058 قانون إجراءات مدنية وإدارية، وكذلك المادة 53 قانون تحكيم مصري والمادة 1504 قانون إجراءات مدنية فرنسي.

4- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص 170.

5- مختار بريري، مرجع سابق، ص 264.

مركزهم القانوني نظرا لصلتهم القانونية بأحد أطراف هذا الاتفاق كالورثة أو الكفلاء أو غيرها من العلاقات القانونية التي يرتبط بها الأفراد<sup>(1)</sup>.

إن حجية حكم التحكيم تمتد إلى الغير إذا كان مركزه يعتمد على المركز القانوني الذي قرره الحكم<sup>(2)</sup>، لكن هذا الرأي منتقد لأن القول بذلك يعني أن للغير الحق في الطعن في حكم التحكيم، وهذا غير متصور لأنه بالنظر إلى أسباب الطعن بالاستئناف والبطلان التي حددها المشرع في المادة 1056 من قانون 08-09 يتبين أن بعضها متعلق باتفاق التحكيم والبعض الآخر بحكم التحكيم وإجراءات صدوره، وهذه الأسباب تتطلب أن يكون مقدم الطعن طرفا في اتفاق التحكيم وفي خصومة التحكيم.

وعليه فإن امتداد أثر الحكم للغير سواء كان خلفا عاما أو خاصا ليس أساسه حجية حكم التحكيم القاصرة على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم دون غيرهم، وإنما القواعد التي تحكم كل حالة على حدة، فمثلا الكفيل لا يلتزم بموضوع حكم التحكيم، ولا يمكن عد هذا التحكيم سندا تنفيذيا في مواجهته ولا يستطيع الدائن أن يطلب أمرا بتنفيذه في مواجهة هذا الكفيل، وإنما يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على دينه بموجب عقد الكفالة، بمعنى أن أثر حكم التحكيم ينصرف إلى الغير حسب طبيعة العلاقة القانونية التي تربطه بأحد أطراف التحكيم وليس نتيجة لحجية حكم التحكيم<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### تنفيذ حكم التحكيم

إن اللجوء إلى التحكيم أمر مقرر في تشريعات التحكيم، وينبني على مشروعية التحكيم مشروعية كل عمل أو إجراء يؤدي إلى تحقيق ما تضمنه حكم التحكيم، بما في ذلك

1- مختار بريري، المرجع نفسه، ص 264-265.

2- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص 201-202.

3- محمد أنور شحاتة، مرجع سابق، ص 180.

الوصول أو الرقي بذلك الحكم إلى درجة من القوة والإلزام لأحكام القضاء والتي تكفل عدم التأثير على قوته التنفيذية ونفاذه خصوصا عند الإختلاف، فحكم المحكمين يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ويكون واجب النفاذ، وليس له في حد ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا، فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين إلا بصور أمر خاص من قضاء الدولة وفق شروط معينة<sup>(1)</sup>.

والأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم تنفيذا اختياريا وديا نظرا للطابع الاختياري في اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع، ويتطلب هذا التنفيذ قبول المحكوم عليه للحكم، وهذا القبول قد يكون صريحا كإرسال خطاب من المحكوم عليه إلى المحكوم له يعلمه بالقول والاستعداد للتنفيذ، وقد يكون ضمنيا كأن يقوم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم<sup>(2)</sup>.

أما إذا تعذر هذا التنفيذ بامتناع المحكوم عليه أو مماطلته أو رفضه القيام بذلك، يقتضي لجوء المحكوم له إلى طلب التنفيذ الجبري، والإمتناع قد يأخذ شكل امتناع عن التنفيذ دون الطعن في الحكم، أو قد يأخذ شكل الطعن في هذا الحكم وفقا للطرق القانونية، وهذا التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يتطلب صدور أمر من قبل قضاء الدولة المختص كشرط أساسي للتنفيذ، فالحكم لا يكون نافذا إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ وهذا يبرر سلطته الرقابية للقضاء على حكم التحكيم، والتي تؤدي في نتائجها إلى إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم أو الحكم ببطلانه، حتى لو لم يطلب القضاء المختص ذلك الإبطال إذا كان الحكم قد صدر في مسألة لا تقبل التحكيم، أو إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام<sup>(3)</sup>، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 1035 قانون 08-09 على أن:

"يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها..."، والمشرع الفرنسي من خلال نص المادة

1- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 257.

2- أشجان فيصل شكري داود، مرجع سابق، ص 91.

3- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 262.

1477 قانون إجراءات مدنية: "لا يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بموجب صيغة تنفيذية تصدرها المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم".

وبطبيعة الحال فإن هذا التنفيذ ينطبق على التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي الذي اتفق على إخضاعه للقانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نعرف الأمر بالتنفيذ على أنه: "الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً وبأمر بمقتضاه يتمتع حكم المحكم بالقوة التنفيذية، فهو نقطة الالتقاء بين قضاء الدولة والتحكيم"، مع ملاحظة أن المحكمة التي تصدر قرار التصديق والأمر بالتنفيذ غير ملزمة بذكر عبارة الحكم أصبح متمتعاً بالقوة التنفيذية، أو أي عبارة مشابهة إنما تكفي بتصديقه ويتم تنفيذ الحكم تنفيذاً جبرياً بناءً على هذا التصديق<sup>(2)</sup>.

والتنفيذ الجبري قد يكون تنفيذاً عادياً أو معجلاً، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 1037 بإحالة أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل إلى القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل.

### أولاً- الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ

يعقد المشرع الجزائري الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم، سواء التحكيم الداخلي أو الدولي لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم<sup>(3)</sup>.

ويشار هنا 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:

1- المادة 1054 قانون إجراءات مدنية وإدارية التي تحيل تنفيذ أحكام التحكيم الدولية إلى المواد 1035 إلى 1038 من نفس القانون.

2- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 188.

3- المادة 1035 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

- الاختصاص النوعي: طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية والدولية والإعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة.

- أما الاختصاص المحلي: فبالنسبة للتحكيم الداخلي يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإنه يفرق بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا بالجزائر، هنا الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، أما الحالة الثانية إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا خارج الجزائر وهنا الاختصاص هو لمحكمة محل التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ومنه فإن الجهة القضائية المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية هي رئيس المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم.

### ثانيا- شروط 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 بعد التحقق من توافر الشروط التالية:

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

2- أن يقدم طلبا مرفقا بالمستندات اللازمة.

1- 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، العدد 08، أوت 2010، ص 65.

3- انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. والحكمة من ذلك أن صدور أمر التنفيذ يصبح سندا تنفيذيا يقبل التنفيذ الجبري في الوقت الذي تنظر فيه المحكمة المختصة دعوى البطلان، فدعوى البطلان توقف تنفيذ الحكم<sup>(1)</sup>.

4- شرط ترجمة الحكم إلى اللغة العربية من طرف مترجم رسمي بالنسبة لحكم التحكيم الصادر بلغة أجنبية وهو ما سكت عن ذكره المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الخاص بالتحكيم، لكن بالرجوع إلى المادة 8 من نفس القانون والخاصة بالأحكام التمهيدية نجد أن المشرع الجزائري ألزم تقديم الأحكام باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، وبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك نجدها نصت في المادة 2/04 على أنه: "إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محرران بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عن دبلوماسي أو قنصل"، وبالتالي فإنه يتم ترجيح هذه الاتفاقية لكونها تعلق على نص قانون 09-08.

5- وأضافت المادة 1051 قانون 09-08 شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، ومنه فإن دور القاضي المختص يقتصر على فحص الحكم التحكيمي من عدم مخالفته للنظام العام الدولي.

وهذه الشروط تنطبق على الاعتراف، وعلى التنفيذ سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، وكثيرا ما يتم دمج المفهومين في نفس الشروط، كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي واتفاقية نيويورك<sup>(2)</sup>.

1- المادة 1060 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- Jean Robert, Op.Cit, P 285.

بعد التحقق من وجود الشروط السابقة يتم إيداع الحكم التحكيمي لدى المحكمة المختصة، وفقا للإجراء المنصوص عليه في المادة 1035 قانون 08-09، حيث نصت على أن: "... يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل، ويتحمل الطرف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم"، وما يمكن استخلاصه من هذه المادة أن إيداع الحكم التحكيمي أمر لا بد منه وقبل استصدار الأمر بالتنفيذ<sup>(1)</sup>.

وبعد توافر كافة الشروط واستكمال إجراءات الإيداع ودفع النفقات يضع القاضي على النص الأصلي الصيغة التنفيذية، عندئذ يصبح حكم التحكيم واجب التنفيذ من قبل دائرة التنفيذ المختصة وكأنه حكم قضائي<sup>(2)</sup>.

### ثالثا - حدود سلطات القاضي في إصدار أمر بالتنفيذ

يمارس القضاء الرقابة القضائية من خلال إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم، ويثار في هذا الصدد تساؤل حول اعتبار هذه الرقابة رقابة شكلية أم أنها موضوعية، وما هي حدود سلطة القاضي المختص إذا وجد عيب أو خطأ في حكم التحكيم. للإجابة على ذلك فقد ذهب البعض<sup>(3)</sup> إلى أن رقابة القضاء تقتصر على الرقابة الشكلية من حيث التأكد من المشروعية الظاهرة لحكم التحكيم وخلوه من العيوب الإجرائية الظاهرة والتصدي للدفع التي يثيرها الخصوم فيما يتعلق باتفاق التحكيم وصحة تمثيل الخصوم ومدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه واحترام حقوق الدفاع... إلخ، فلا تمتد سلطته إلى سلامة وصحة قضاء المحكمين في موضوع النزاع، لأن هذا القضاء لا يعد هيئة استئنافية، حيث يمارس القضاء عند إصداره أمر التنفيذ عملا ولائيا وليس قضائيا<sup>(4)</sup>.

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص 256.

2- فتحي والي، دور القضاء في منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أوت 2006، ص 07.

3- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 271.

4- فتحي والي، المرجع نفسه، ص 03.

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 سائداً في القضاء الفرنسي لحقبة طويلة من الزمن، والجزائر كانت مشمولة بهذا النظام باعتبارها مدمجة في النظام الفرنسي إلى غاية 1962 للتحقق من اكتمال الحكم الأجنبي وحيازته للشروط الأساسية لتنفيذه، ومضمون هذا النظام هو أنه مخول للقاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يتحقق من أن الحكم الأجنبي صحيح من حيث الشكل والموضوع<sup>(2)</sup>، إلا أنه شكل قرار موزار<sup>(3)</sup> نقطة تحول هامة بالنسبة لتدخل القضاء الوطني، حيث صرح فيه بأن 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 تتوافر فيه الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذه، وهو في هذه الحالة ملزم بإجراء فحص شكلي دون حاجة إلى التعرض لموضوعه.

الثانية: يجب أن يقتصر الفحص للحفاظ على النظام القانوني والمصالح الوطنية دون أن يتعدى ذلك لموضوع الحكم الأجنبي<sup>(4)</sup>.

1- عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة، الصلح، التحكيم)، الجزء الأول، سنة 2009، ص 224-225.

2- انظر خليل بوصنبورة، للتفصيل أكثر في نظام المراجعة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، ص 138.

3- تتلخص وقائع قرار موزار في "أن السيدة موزار حصلت على حكم أمريكي بالتطبيق عام 1926 وبنفقة لها، ثم حصلت على حكم أمريكي ثان سنة 1958 يقضي بإلزام السيد موزار بدفع مؤخر النفقة للزوجة منذ عام 1930، طلبت الزوجة تنفيذ الحكمين في فرنسا، فقضت لها بما طلبت وفقاً لما سار عليه القضاء الفرنسي في مسائل الأحوال الشخصية، لكن محكمة النقض قضت بخلاف ذلك وقررت بأنه ليس لقاض الأمر بالتنفيذ مراجعة موضوع الحكم ومقدار النفقة بل الأمر بالتنفيذ أو عدمه" خليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص 144.

4- خليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص 144.

وقد أخذ بهذا النظام 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 ماعدا تحققها من توافر الشروط الشكلية المطلوبة لتنفيذه<sup>(1)</sup>.

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 استنادا إلى الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال التعاون القضائي، حيث تجمع أن سلطة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ تنحصر في بحث الشروط الخارجية للتنفيذ دون الخوض في موضوع الحكم، فالقاضي ملزم بتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية وفقا للتدابير والإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والثنائية وأحكام المواد 1035، 1036، 1037 و1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup>.

إذن فإن سلطات القاضي تنحصر 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، وترتبيا على ذلك فإنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بموجب الأمر بالتنفيذ<sup>(3)</sup>.

#### رابعا- رفض تنفيذ أحكام التحكيم

لم يتطرق قانون 08-09 إلى الأسباب التي تحول دون تنفيذ الأحكام التحكيمية، في حين حددتها اتفاقية نيويورك التي تجيز للقضاء الوطني رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو طلب تنفيذه، وقبل التطرق إلى هذه الأسباب نود أن نشير إلى حالة وقف التنفيذ التي تحدثت عنها المادة 6 من اتفاقية نيويورك التي تنص على أنه: "إذا طلب إبطال الحكم أو إيقاف

1- بن عمران سهيلة، مرجع سابق، ص 191.

2- خليل بوصنيرة، المرجع نفسه، ص 146.

3- عمر زودة، مرجع سابق، ص 225.

تنفيذه من السلطة المطلوب منها تنفيذه، فيمكنها إيقاف تنفيذ الحكم إذا وجدت ذلك ملائماً، كما يمكنها بناء على طلب طالب التنفيذ أن تكلف الطرف الآخر بتقديم ضمانات مناسبة".

يتضح من هذه المادة أن المحكمة التي يطلب منها تنفيذ الحكم أن تقرر وقف هذا التنفيذ بناء على طلب الطرف الآخر، والاتفاقية لا تفرق بين إبطال الحكم وإيقاف تنفيذه، ووقف التنفيذ لا يعني رفض هذا التنفيذ، وإنما قد تأمر به المحكمة إذا وجدت مبررات معقولة تؤيد احتمال وجود أحد أسباب رفض تنفيذ الحكم، ويفيد وقف التنفيذ في هذه الحالة إعطاء من صدر الحكم ضده مهلة لإثبات وجود إحدى حالات رفض تنفيذ الحكم متى كان من شأن الأمر بتنفيذ الحكم إضاعة فرصة في إثبات إحدى هذه الحالات<sup>(1)</sup>.

ولقد احتاطت الاتفاقية لاحتمال أن يؤدي وقف التنفيذ إلى إضاعة حقوق طالب التنفيذ، لذا قررت الاتفاقية في نهاية المادة السادسة للمحكمة أن تكلف الطرف الذي صدر الحكم ضده بتقديم ضمانات مناسبة لضمان حقوق طالب التنفيذ، وذلك متى تمسك طالب التنفيذ بذلك<sup>(2)</sup>.

قد حددت المادة 5 من اتفاقية نيويورك أسباب رفض الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي من قبل القاضي المختص وفرقت بين الأسباب التي يتمسك بها الأطراف وبين الأسباب التي يملك قضاء الدولة المختص من تلقاء نفسه رفض التنفيذ بناء عليها<sup>(3)</sup>.

### 1- رفض التنفيذ بناء على طلب الأطراف

بعد صدور حكم التحكيم يلجأ من صدر الحكم لصالحه إلى السلطة المختصة في الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها، ولهذه السلطة أن ترفض تنفيذ الحكم، إذا تمكن الطرف الآخر من إثبات توافر إحدى الحالات التالية<sup>(1)</sup>:

1- أحمد ضاعن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقاً للقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 22، العدد 01، العام 1998، ص 38.

2- أحمد ضاعن السمدان، المرجع نفسه، ص 39.

3- أشرف محمد خليل حماد، مرجع سابق، ص 257.

**أ- انعدام أهلية أحد الطرفين**

فقد نصت المادة 1/5 على أنه "لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على أن الأطراف محكوما عليها بعدم الأهلية"، إذا توفر هذا السبب وجب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وهذا بتقديم من له مصلحة في عدم التنفيذ ما يثبت أن أحد الأطراف كان عديم الأهلية أو تنقصه أو أشابها عارض من عوارض الأهلية.

**ب- عدم صحة اتفاق التحكيم**

وهو ما نصت عليه الفقرة 1/أ من المادة 5 "...وإن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، وإن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار"، وقد أضافت الاتفاقية هنا أن رفض التنفيذ يمكن أن يتأسس على عدم صحة اتفاق التحكيم وهو قانون إرادة الأطراف، فإذا لم يتفق الأطراف فالعبرة لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

**ج- مخالفة الإجراءات ووجود عيب في تشكيل الهيئة التحكيمية**

تنص المادة 1/5 د على أنه: "...أو أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف..."، إذا ما خالفت هيئة التحكيم إجراء من الإجراءات الجوهرية في التحكيم كإهدار حق الدفاع وعدم احترام المواعيد والشكليات المتفق عليها كان لمن له مصلحة رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي<sup>(2)</sup>.

**د- عدم صيرورة الحكم ملزما**

1- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 150.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والثلاثون، سنة 1981، ص 49 وما بعدها.

أجازت اتفاقية نيويورك رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت من يراد تنفيذ الحكم في مواجهته، إن الحكم لم يصبح ملزماً للأطراف، وفي هذا الصدد نصت المادة 1/5 هـ: "أن القرار لم يكتسب صفة الإلزامية للأطراف أو أنه ألغته أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه"<sup>(1)</sup>.

## 2- رفض المحكمة تنفيذ الأحكام من تلقاء نفسها

في الحالات السابقة لا يتم رفض تنفيذ الحكم إلا إذا تمسك بذلك الطرف الذي صدر الحكم ضده، وتمكن من إثبات وجود إحدى الحالات السابق ذكرها<sup>(2)</sup>.  
ولكن الاتفاقية قررت لمحاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها وبدون تمسك بذلك من جانب أي طرف وذلك في حالتين أوردتها الفقرة الثانية من المادة الخامسة.

### أ- عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم

يرفض القاضي تنفيذ التحكيم إذا تبين له أن قانونه الوطني يقرر عدم قابلية النزاع للتحكيم وإذا كان من المقرر أن كل ما لا يجوز في شأنه اللجوء إلى القضاء لا يجوز فيه التحكيم، فمن المعروف أيضاً أنه لا يجوز التحكيم في كل ما يجوز فيه اللجوء إلى القضاء، فقد درجت التشريعات على وضع قيود على اللجوء للتحكيم وذلك بأن جعلت الاختصاص القضائي ببعض المسائل اختصاصاً آمراً كعلاقات الأحوال الشخصية والعلاقات القانونية ذات الطابع السياسي<sup>(3)</sup>، وهذا ما ذهبت إليه المادة 1006 قانون 08-09 "...لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم..."

### ب- تعارض تنفيذ التحكيم مع النظام العام

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص 260.

2- بولقواس سناء، مرجع سابق، ص 151.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 59.

الحالة الثانية التي يجوز فيها للمحكمة أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفسها هي حالة معارضة هذا الحكم للنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها، وتعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، حيث يقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعته المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيوداً على سلطات الإدارة<sup>(1)</sup>.

أما مفهوم فكرة النظام العام الدولي فهي تقوم على أساس مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تفرضها القيم الإنسانية العالمية، والتي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات<sup>(2)</sup>.

كل الأسباب المذكورة توجد في أغلب مضمونها في قانون 08-09 في المادة 1056 التي حددت حالات استئناف الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي وكذلك جعلها المشرع أسباباً للطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي، وهو ما سبق الإشارة إليه عند دراسة الطعن في حكم التحكيم.

#### خامساً- تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة

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

1- عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 513-514.

2- إبراهيم رضوان الجبيري، مرجع سابق، ص 231.

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 الدول ضد التنفيذ<sup>(1)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن 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 وعقدت بشأنها الكثير من الدراسات التي هدفت إلى إيجاد حل لها<sup>(2)</sup>.

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 والحائزة 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<sup>(3)</sup>، هذا الوضع الذي وصفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه غير عادي ومؤلم قد تواترت عليه جهة الإدارة بشكل ملفت للنظر وأقرتها في ذلك الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي<sup>(4)</sup>.

بعد صدور قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تناول فيه المشرع الجزائري 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

1- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 606.

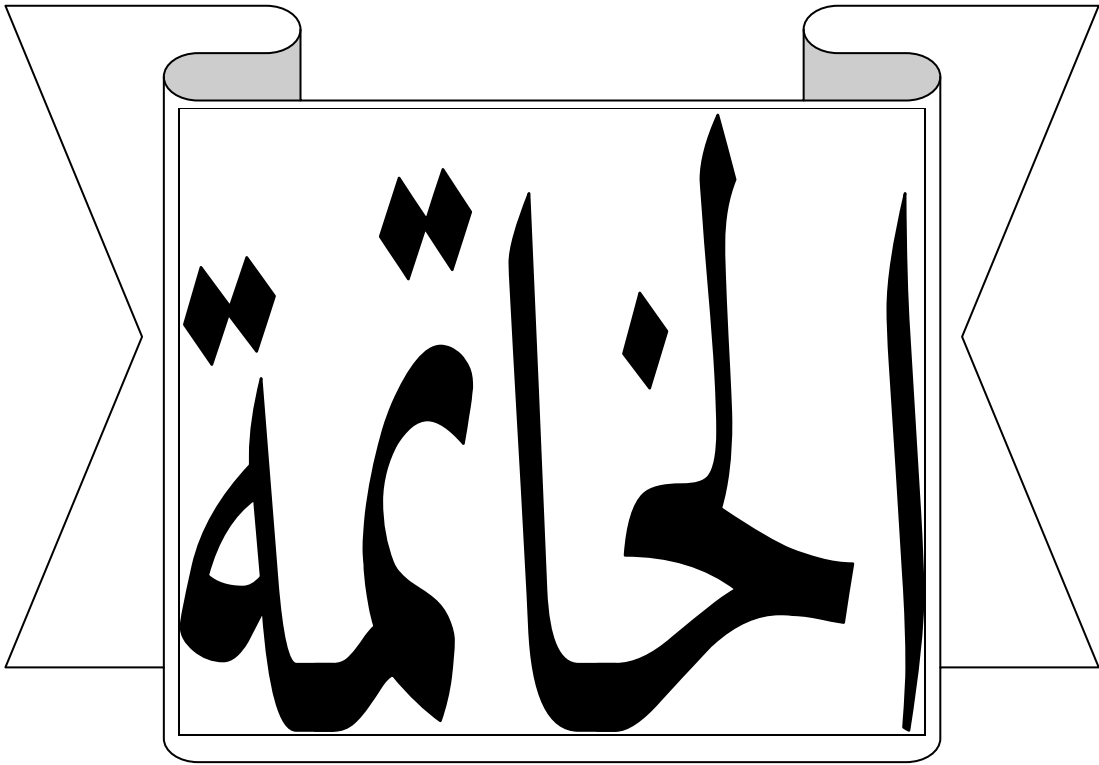
2- كان الحل في الغرامة التهديدية التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلالها يتم إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وهذا بنصوص المواد 980، 981، 982 و 983.

3- تنص المادة 689 قانون مدني جزائري على أنه "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم".

4- وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 607.

أو التأخير في تنفيذها، وذلك بنص المادة 480 منه التي تقضي أنه "يجوز للجهة القضائية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين 978 و 979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها"، وبالتالي فقد أقر المشرع الحق للقاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، وهو ما يمكن تطبيقه على كافة الأحكام، ومنها أحكام التحكيم الإداري، بالإضافة 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، وتمثل هذا الامتناع بشكل 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 الإدارة لتنفيذ حكم التحكيم، وتبدو مشروعية تدخل القاضي الإداري في هذه الحالة كامتداد طبيعي لمهمته في إرساء العدالة في المجتمع، وأن ذلك لا يتسنى إلا إذا أوكل للقاضي الإداري مهمة الرقابة على كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم الإداري، سواء كان تحكيميا وطنيا أو دوليا<sup>(1)</sup>.

1- وليد محمد عباس، المرجع نفسه، ص 612.



تعرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري والذي اشتمل على فصلين، تناولنا في الفصل الأول ماهية التحكيم في منازعات العقود الإدارية مبرزين مفهوم التحكيم ببيان تعريفه وطبيعته القانونية، وشرح عملية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية والقواعد التي تحكمها ، وتناولنا في الفصل الثاني أصول المحاكمة التحكيمية مبرزين فيه إجراءات سير الخصومة التحكيمية وكذا حكم التحكيم والإجراءات المتبعة في تنفيذه .

وبناء على هذا البحث سجلنا النتائج والاقتراحات التالية التي من شأنها أن تجعل التحكيم أكثر فعالية وعدالة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف المتعاقدة نعرضها على النحو التالي:

### أولاً- النتائج

- 1- وجود فراغات قانونية في قانون 09/08 أدت إلى قصوره في الاستجابة لكل الإشكالات التي يمكن ان تطرح أمام المحكم أو القاضي.
- 2- يعتبر التحكيم نوع من القضاء الخاص بموجبه تسلب المنازعة من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد اليهم بممارسة وظيفة قضائية.
- 3- ليس هناك أي مانع قانوني أو دستوري يحول دون لجوء جهة الإدارة للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية لاسيما مع إقراره صراحة من طرف المشرع الجزائري في نص المادة 1016 قانون إجراءات مدنية وإدارية، ولا يعد اللجوء إليه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري الذي يظل الاختصاص الأصيل لحل المنازعات الإدارية، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد واكب الحياة الاقتصادية الحديثة، ذلك أن مطالب الاستثمار والتنمية تقتضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما لا يوجد ما

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

4- بالرغم من أن التحكيم بوصفه قضاء خاصا لا يمكنه أن يظل بمعزل عن رقابة قضاء الدولة حيث يستمد فاعليته من سلطة قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة يملك وحده إلزام الخصوم بتنفيذ أحكامه من أجل تحقيق العدالة، فقد استوجب التنظيم القانوني للتحكيم إعطاء دور فعال لقضاء الدولة في عملية التحكيم سواء قبل بدايتها في تعيين المحكمين أو خلالها في تقديم العون والمساعدة في الحالات التي تتمتع بسلطة الأمر والإجبار التي لا يتمتع بها المحكم، أم بعد إصدار الحكم بالقيام بالدور الرقابي وإضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم.

5- إن الاعتراف بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية من شأنه أن يؤدي إلى طمس معالم المنازعة الإدارية، وأن يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها، فقد يترتب على اتفاق طرفي المنازعة على التحكيم استبعاد قضاء الدولة من نظر الخصومة والإستعاضة عنه بهيئة تحكيم خاصة، وكذلك استبعاد تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق وتطبيق قانون أجنبي قد لا يعرف التفرقة بين طبيعة المنازعات الإدارية وغيرها من المنازعات المدنية مما قد يؤثر على مركز الإدارة وامتيازاتها في مواجهة المتعاقدين معها، فالعبرة بقانون الإرادة الحرة لأطراف التحكيم (الصريحة أو الضمنية)، وإذا سكت طرفا التحكيم على اختياره عندئذ يسمح للمحكم باختيار القانون الأكثر صلة بالنزاع بعد التكييف القانوني السليم لوقائع النزاع المعروض أمامه.

6- يعتبر التحكيم عقد في أساسه وقضاء في وظيفته، أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وتتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهرا لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام.

7- إن التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يفتقد إلى التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي له، وترتب عن ذلك إن أضحت منازعات العقود الإدارية تسيطر عليها قواعد القانون الخاص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والتي وضعت في الأصل لحكم علاقات الفرد بالفرد.

8- إن القواعد الإجرائية الواردة في نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية التي نظمت عملية التحكيم أضفت على اجراءات التحكيم الطابع الاستقلالي، حيث أجازت لطرفي التحكيم تحديد النظام الاجرائي الذي يحكم سير المنازعة المنازعة محل التحكيم، وفي حال غياب تلك الإرادة تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة، وذلك كله مع مراعاة سلسلة من القواعد الأمرة التي تعتبر من مجالات الاجراءات القضائية.

### ثانيا- الاقتراحات

1- نرى ضرورة إصدار تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على أن يراعى فيه الآتي:

- إضافة بعض المواد التي تخص الإجراءات خاصة إجراءات رد المحكمين والإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية لحل النزاع كما فعل المشرع المصري.

- الاستغناء عن طريق الطعن بالنقض الذي انفرد به مشرعنا الجزائري على غيره من القانونين الفرنسي والمصري لعدم جديته.

- استبعاد التشكيل الفردي والأخذ بالتشكيل الجماعي لهيئة التحكيم، مع حضر تعيين محكمين أجنب في منازعات العقود الإدارية الداخلية، مع جواز ذلك بالنسبة للعقود ذات الطابع الدولي.

- النص على أن حجية أحكام التحكيم تتعلق بالنظام العام، لأن هذه الأحكام لا تختلف عن أحكام القضاء من حيث الاعتبار التي تقوم عليها الحجية، فعدم احترام حجية أحكام التحكيم يؤدي إلى استمرار المنازعات وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها،

ويؤدي إلى احتمال تناقض الأحكام، وهذا يتنافى والهدف من اللجوء إلى نظام التحكيم بوصفه وسيلة للفصل في النزاع بما يحققه من مزايا، ويتنافى مع الهدف من إقرار القانون لهذا النظام طالما أنه لا يحقق الهدف المرجو منه.

2- بالنظر للأهمية البالغة للقانون الواجب التطبيق من قبل المحكم أو هيئة التحكيم على منازعات العقود الإدارية والذي قد يؤثر سلبا على السمة الإدارية للعقد والتي توفر لجهة الإدارة العديد من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، يتعين أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وبشكل دقيق في اتفاقية التحكيم أو في الوثيقة التي تسند إليه وأن ينص صراحة فيها على أن هذا العقد من قبيل العقود الإدارية لتفادي تطبيق المحكمين للقواعد المتعارف عليها أو قانون التجار.

3- بالرغم من أن الطعن بالاستئناف يمثل ضمانا هامة للمتقاضين، وبتيح للقضاء إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم، إلا أنه من الأفضل استبعاده كقاعدة عامة من طرق الطعن المقررة لأحكام التحكيم الإداري، سواء تعلق الأمر بتحكيم وطني أم دولي لأن من شأن تطبيق هذا الطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم الإداري أن يؤدي 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.

4- يتعين على جهة الإدارة أن تحترم تعهداتها وان تقوم بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن الهيئات التحكيمية طواعية، وأن لا تحاول عرقلة تنفيذها ولا تتمسك بحصانتها القضائية، أو حصانتها ضد التنفيذ، لأن ذلك من شأنه إفقاد الدولة مصداقيتها في تعاملاتها مع الشركات الأجنبية المستثمرة مما سيؤثر معها بشكل سلبي على تعاملها مع الشركات الأخرى ويؤثر على اقتصاديات الدول.

5- خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها في هذا المجال، والمشاركة في جميع المؤتمرات التي تتناول موضوعات تتعلق بالتحكيم وذلك

للاطلاع على ما هو جديد في هذا المجال، وهذا يضمن إعداد كوادر قادرة على تولي مهمة التحكيم.

6- إن القضاء الإداري هو الأمين على تعاقدات جهة الإدارة، لذلك يجب تكوين قضاة متخصصين في نظام التحكيم من أجل الإطلاع على الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم في العقود الإدارية الداخلية و الدولية.

وختاماً أسأل الله تعالى أن يجعل بحثي هذا خالصاً لوجهه الكريم.



## أولاً- النصوص الرسمية

### أ- الدستور الجزائري

- 1- دستور 1996 المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر عدد25، والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

### ب- الاتفاقيات الدولية

- 1- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من أجل الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنظم إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، ج. ر عدد 48.

- 2- 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.

### ج- القوانين

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

- 2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21.

### د- الأوامر

- 1- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1997 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد27.

2- الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن الصفقات العمومية، ج. ر عدد 58.

3- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر عدد 31.

#### هـ- المراسيم

1- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر عدد 15.

2- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 02/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها المتخذة في مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1985، ج. ر عدد 48.

3- 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، ج. ر عدد 27.

4- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر عدد 58، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 1 مارس 2011 عدد 14.

#### ثانيا- المؤلفات

##### أ- المؤلفات باللغة العربية

- 1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي 1981.
- 2- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 3- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 4- أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

- 5- أشرف وفا، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، (د ط)، (د ت).
- 6- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2008.
- 7- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- 8- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وآثارها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د ط)، 2001.
- 9- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، (د ط).
- 10- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 11- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 12- زهير اسكندر، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، تونس، ط1، 2008.
- 13- سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009.
- 14- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2003.
- 15- سيد عبد العال تمام، مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، 1998.
- 16- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 17- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط1، 2009.

- 18- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1، 2008.
- 19- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، الدار الجامعية الجديدة، الأزكية، مصر، (د ط)، 2008.
- 20- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 21- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- 22- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2006.
- 23- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د ط)، 2003.
- 24- محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، (د ت).
- 25- محمد كولا، تطوير التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر (د ط)، 2008.
- 26- محمد مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007.
- 27- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبة أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 28- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازاريطة، (د.ط)، 1999.
- 29- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، (د.ط)، 2009.
- 30- محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2001.

- 31- محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 2007.
- 32- مصطفى الجمال عكاشة، محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى، 1998.
- 33- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1991.
- 34- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 35- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د ط)، 2000.
- 36- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004.
- 37- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 38- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.
- 39- هاني صلاح سري الدين، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 2005.
- 40- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 41- يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- ب- المؤلفات باللغة الفرنسية

- 1- Georgios I, Zekos, International commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendis, Abingdon, 2008.
- 2- Jean Robert, L'arbitrage-droit interne-droit international privé, 2<sup>ème</sup> éd, 1993.
- 3- Ph. Fauchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, -Delta Liban, 1996.
- 4- TERKI Noureddine, L'arbitrage Commercial international en Algérie, OPU, Alger. 1999.
- 5- Xavier Tinant, Alain Hollande: L'arbitrage et la médiation Puf, Paris, 2003.

### ج- المؤلفات باللغة الإنجليزية

- 1-Jan R. Macneil, American Arbitration law, Oxford Univercity Press, New York, 1992.
- 2-Ray Turner , Arbitration Award, a practical approach , Blackwell Publishing Oxford, UK, First edition, 2005.
- 3- Zaki Badaoui, Dictionary of management sciences, Dar El Kitab Almasri, Cairo, 1<sup>ère</sup> éd..

### ثالثا- المجلات والدوريات

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والثلاثون.
- 2- أحمد ضاعن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقا للقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 22، العدد 01، 1998.
- 3- أسرة التحرير، نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008.

- 4- تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر وتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003.
- 5- تراري ثاني مصطفى، أشخاص القانون العام والتحكيم الدولي، التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، أشغال لملتقى الوطني 2009.
- 6- 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، العدد 08، أوت 2010.
- 7- حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين، عمان، الأردن، 2008.
- 8- حمزة أحمد حداد، دور المحكمة في التحكيم في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر دور القضاء في التحكيم، شرم الشيخ، مصر، 2005.
- 9- 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.
- 10- عبد الحميد الأحديب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة، الصلح، التحكيم)، الجزء الأول، 2009.
- 11- عبد الفتاح عزمي، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، سنة 22، عدد 1.
- 12- عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة، الصلح، التحكيم)، الجزء الأول، سنة 2009.

- 13- فتحي والي، دور القضاء في منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أوت 2006.
- 14- قاسم العيد عبد القادر، تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الثاني، 2009.
- 15- محمد محبوب، 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.
- 16- 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، الوساطة، التحكيم)، 2009.
- 17- 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، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009.

#### رابعا- الأطروحات والرسائل الجامعية

##### أ- الدكتوراه

- 1- إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2009.
- 2- خليل بوصنبورة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة.

##### ب- الماجستير

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

- 2- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- 3- بن عمران سهيلة، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010.
- 4- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2010.
- 5- سامية عبد اللاوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010.
- 6- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2008.

#### خامسا - المواقع الإلكترونية:

- 1- أحمد السيد صاوي، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري"  
<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/ahmed%20alsaid%20alsawi2.pdf>
- 2- أحمد السيد صاوي، "بطلان حكم التحكيم".  
<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/ahmed%20alsaid%20alsawi1.pdf>
- 3- أشرف روية، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"  
<http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp?id=535>.
- 4- دويب حسين صابر عبد العظيم ، التحكيم في العقود الإدارية وعقود البوت"  
<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/doib%20husin.pdf>
- 5- كريم الطوبجي، "الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"  
<http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keyword>
- 6- محمد سامي الشوا، "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf>

7- محمد نور شحاتة، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير.

<http://droit.alafdal.net/t1409-topic>.

8- محمد أحمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم".

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/mohamed%20ahmed%20albdirat.pdf>

9- نور حمد الدجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه".

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf>

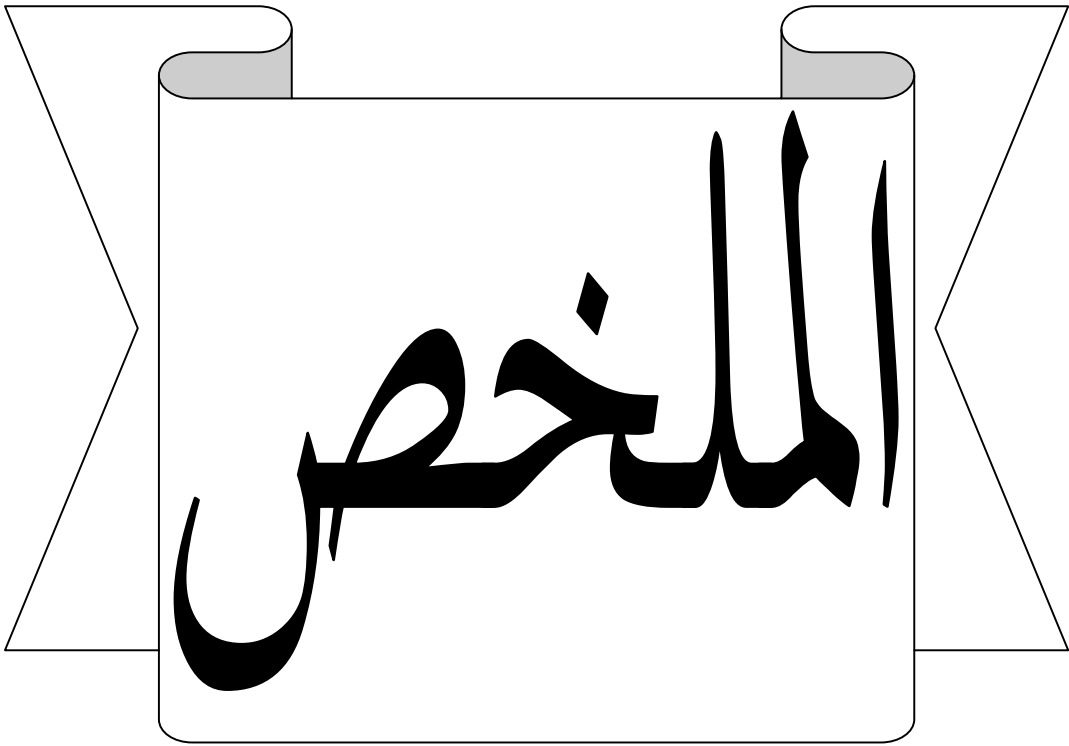


| الصفحة | العنوان  |
|--------|--|
| أ-و    | مقدمة .....  |
| 07     | الفصل الأول: ماهية التحكيم في منازعات العقود الإدارية .....                  |
| 08     | المبحث الأول: مفهوم التحكيم في منازعات العقود الإدارية .....                 |
| 09     | المطلب الأول: تعريف التحكيم في منازعات العقود الإدارية .....                 |
| 09     | الفرع الأول: تعريف التحكيم وأهميته .....                                     |
| 09     | أولاً- تعريف التحكيم .....   |
| 13     | ثانياً- أهمية التحكيم .....  |
| 15     | الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم .....                                |
| 15     | أولاً- النظرية التعاقدية .....   |
| 18     | ثانياً- النظرية القضائية .....   |
| 21     | ثالثاً- نظرية الطبيعة المختلطة .....   |
| 22     | رابعاً- نظرية الطبيعة المستقلة .....   |
| 24     | الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له .....                     |
| 24     | أولاً- التحكيم والصلح .....  |
| 26     | ثانياً- التحكيم والتوفيق .....   |
| 26     | ثالثاً- التحكيم والقضاء .....  |
| 27     | رابعاً- التحكيم والوكالة .....   |
| 29     | المطلب الثاني: اللجوء إلى التحكيم .....                                      |
| 30     | الفرع الأول: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ... |
| 30     | أولاً- الاتجاه المعارض .....   |
| 34     | ثانياً- الاتجاه المؤيد .....   |
| 35     | ثالثاً- موقف المشرع الجزائري .....   |
| 40     | الفرع الثاني: اتفاق التحكيم .....  |
| 40     | أولاً- الأشكال التي يتخذها اتفاق التحكيم .....                               |
| 41     | ثانياً- شروط صحة اتفاق التحكيم .....   |

|    |   |
|----|---|
| 46 | ثالثا- آثار اتفاق التحكيم .....   |
| 48 | المبحث الثاني: قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية .....                 |
| 48 | المطلب الأول: القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية .....                  |
| 49 | الفرع الأول: الجهات المخول لها تشكيل هيئة التحكيم .....                       |
| 49 | أولا- تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف .....                                 |
| 51 | ثانيا- تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم .....                                |
| 55 | الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المحكم وأثر تخلفها .....                |
| 55 | أولا- الشروط الواجب توفرها في المحكم .....                                    |
| 58 | ثانيا- رد المحكم .....  |
| 60 | المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق .....                             |
| 61 | الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية .....        |
| 61 | أولا- النشأة الاتفاقية لإجراءات التحكيم .....                                 |
| 63 | ثانيا- سلطة المحكمين في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم .....             |
| 64 | الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى التحكيمية .....         |
| 65 | أولا- اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق .....                |
| 69 | ثانيا- عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق على النزاع .... |
| 76 | الفصل الثاني: أصول المحاكمة التحكيمية .....                                   |
| 77 | المبحث الأول: إجراءات الخصومة التحكيمية .....                                 |
| 77 | المطلب الأول: الإجراءات المتبعة أمام الهيئة التحكيمية .....                   |
| 78 | الفرع الأول: الإجراءات الأساسية للنظر في النزاع .....                         |
| 78 | أولا- في افتتاح إجراءات التحكيم .....   |
| 82 | ثانيا- مكان الجلسات ومدتها .....  |
| 83 | ثالثا- لغة التحكيم .....  |
| 84 | الفرع الثاني: الحقوق الإجرائية في خصومة التحكيم .....                         |
| 85 | أولا- احترام مبدأ الجاهية .....   |
| 86 | ثانيا- احترام مبدأ المساواة .....   |

|     |  |
|-----|--|
| 88  | ثالثا- احترام حق الدفاع .....  |
| 89  | رابعا- احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام .....           |
| 91  | المطلب الثاني: تداخل إجراءات الخصومة الإدارية في إجراءات التحكيم ..... |
| 92  | الفرع الأول: الاختصاص المشترك بين القاضي الإداري والمحكم .....         |
| 92  | أولا- سلطة المحكم في فحص مشروعية القرارات الإدارية .....               |
| 95  | ثانيا- سلطة المحكم في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه .....          |
| 96  | ثالثا- فحص مشروعية اتفاق التحكيم بين اختصاص المحكم والقاضي الإداري ... |
| 100 | الفرع الثاني: تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم .....           |
| 101 | أولا- الإجراءات التحفظية والوقائية .....                               |
| 106 | ثانيا- البحث عن الأدلة .....   |
| 108 | المبحث الثاني: حكم التحكيم .....                                       |
| 109 | المطلب الأول: صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه .....                |
| 109 | الفرع الأول: صدور حكم التحكيم .....                                    |
| 110 | أولا- شكل حكم التحكيم ومحتواه .....                                    |
| 112 | ثانيا- تسليم حكم التحكيم .....   |
| 112 | ثالثا- شروط حكم التحكيم .....  |
| 116 | الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم .....                               |
| 117 | أولا- الطعن بالاستئناف .....   |
| 121 | ثانيا- دعوى البطلان .....  |
| 128 | ثالثا- الطعن بالنقض .....  |
| 129 | المطلب الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم .....                               |
| 130 | الفرع الأول: حجية أحكام التحكيم .....                                  |
| 132 | أولا- تعريف الحجية .....   |
| 133 | ثانيا- نطاق الحجية .....   |
| 136 | الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم .....                                  |
| 138 | أولا- الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ .....                             |

|     |  |
|-----|--|
| 139 | ..... ثانيا- شروط إصدار الأمر بالتنفيذ .....               |
| 140 | ..... ثالثا- حدود سلطات القاضي في إصدار أمر بالتنفيذ ..... |
| 143 | ..... رابعا- رفض تنفيذ أحكام التحكيم .....                 |
| 147 | ..... خامسا- تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الإدارة .....  |
| 150 | ..... الخاتمة .....  |
| 155 | ..... قائمة المراجع .....                                  |
| 165 | ..... فهرس المحتويات .....                                 |
|     | ..... الملخص .....   |



## المخلص

تدعو الاعتبارات العملية إلى الاتفاق على التحكيم، لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلاً من طرحها على المحاكم المختصة وذلك بهدف الاستفادة من خبرتهم الفنية، وقد انتشر نظام التحكيم واعترفت به غالبية النظم القانونية الداخلية، وامتد نطاق تطبيقه إلى مجالات كانت بعيدة عنه كما هو الحال في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيه وهو ما يعبر عنه بالتحكيم الإداري، فقد تضطر الدولة وأشخاص القانون العام إلى إبرام عقود إدارية مما يجعل التحكيم هو الوسيلة الأمثل لتسوية المنازعات التي تطرأ بمناسبة تنفيذ هذه العقود.

تجسيدا لإرادة الطرفين يعتبر اتفاق - التحكيم دستور العملية التحكيمية، وهو الذي يرسخ أساساً لتشكيل هيئة التحكيم وللقانون الإجرائي، والقانون الموضوعي واجب التطبيق بالإضافة إلى تحديد مدة التحكيم ومكانه واللغة وما إلى ذلك من الإجراءات التي تعتبر جوهرية تهدي وتنفيد بها الهيئة التحكيمية، وما لم يترك الأطراف للهيئة حرية الاجتهاد والتقدير في بعض هذه المسائل، يكون من واجبها التقيد بعناصر الاتفاق احتراماً لإرادة الأطراف.

وتحتل إجراءات التحكيم الحيز الأهم في العملية التحكيمية. فهي تبدأ بطلب التحكيم الذي تفتتح به الخصومة، وتنتهي بصدور حكم التحكيم المنهي لها، ولكي تكتمل فاعلية هذا الأخير لا بد من تدخل القضاء المختص لإضفاء الصيغة التنفيذية عليه وفرض رقابته متى كان هذا الحكم عرضة للطعن.

## Résumé:

Appelle des considérations pratiques se mettre d'accord à l'arbitrage, à mettre les différends sur les personnes adversaires dignes de confiance plutôt que de le mettre sur les juridictions compétentes afin de bénéficier de leur expertise, et s'est propagé système d'arbitrage et reconnu par la majorité des systèmes juridiques nationaux, et a étendu son champ d'application à des domaines étaient loin de lui comme le cas dans les litiges dans lesquels l'Etat ou une partie du public qui s'exprime arbitrage administratif, vous pourriez avoir l'État et la personne de droit public aux contrats administratifs, ce qui rend l'arbitrage est le meilleur moyen de régler les différends qui surgissent à l'occasion de la mise en œuvre de ces contrats.

Incarnation de la volonté des parties est un accord - Arbitrage processus de constitution d'arbitrage, qui établit les bases de la constitution du tribunal et du droit procédural et le droit matériel applicable en plus de déterminer la durée et le lieu de l'arbitrage et de la langue et ainsi de suite des procédures qui sont jugées importantes pour guider et respecter par le tribunal arbitral, et à moins que les parties des feuilles pour la liberté de la diligence et de faire rapport sur certaines de ces questions, il est de son devoir de se conformer aux éléments de l'accord dans le respect de la volonté des parties.

Il occupe la procédure d'arbitrage de l'espace le plus important dans le processus arbitral. Il commence à la demande d'arbitrage, qui ouvre le litige, et se terminant à la délivrance de la sentence arbitrale Terminal, et pour compléter l'efficacité de celui-ci doit être l'intervention de la juridiction compétente pour donner l'exécutif formule et imposer son contrôle lorsque le verdict est susceptible d'appel.