

التحكيم في المواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إعداد الطالبتين:

بن علي نجوى

بن بردي كريمة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ/ نعرورة محمد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي -	رئيسا
د/ دريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي -	مشرفا ومقررا
أ/ حراش أحلام	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي -	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

التحكيم في المواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إعداد الطالبتين:

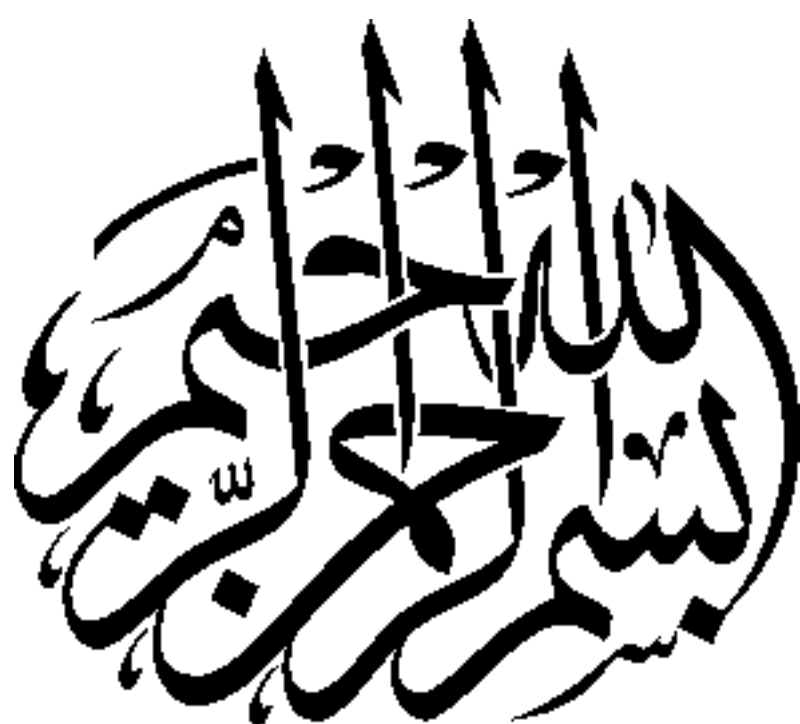
بن علي نجوى

بن بردي كريمة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ/ نعرورة محمد	جامعة الشهيد حمزة لخضر - الوادي -	رئيسا
د/ دريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمزة لخضر - الوادي -	مشرفا ومقررا
أ/ حراش أحلام	جامعة الشهيد حمزة لخضر - الوادي -	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016



الإهداء

نهدي عملنا وجهدنا هذا

إلى أمي وأبي برا وحنانا ودعاءً

إلى أشقائي وشقيقاتي وأنرواجهم وأبناءهم سندي وفخري

إلى كل من علمني حرفاً وفاء وفضلاً

وإلى الأستاذ المشرف على هذا العمل تقديراً واحتراماً

وإلى زميلاتي وزميلاتي معزة ومرفعة

نجوى

كرمة

شكر وعرفان

مصادقا لقوله صلى الله عليه وسلم

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

توجه بخالص الشكر والعرفان والامتنان،

إلى الأستاذ الفاضل "دريس كمال فتحي" الذي تابع عملنا هذا

ولم يخل علينا بنصائحه وتوجيهاته القيمة والمفيدة،

والى أعضاء لجنة المناقشة على توجيهاتهم وتصحيحاتهم

وإضافاتهم وتقديرهم،

والى من قدموا إلينا بعض المراجع، والتوجيهات والتجارب،

إلى كل من أمد لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد وكان سند لنا في هذا المشوار

الدراسي .

لهم ألف تحية وشكر

نجوى

كريمة

مقدمة

إن تطور الحياة الاقتصادية وتشابك العلاقات الداخلية والدولية والاتجاه نحو الاقتصاد الحر، أدى بالدول ومن بينها الجزائر إلى إبرام عقود تسمى عقود الدولة ، أو ما يطلق عليها الفقهاء اسم عقود التنمية الاقتصادية وذلك من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية.

وإذا كانت العقود المبرمة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل فإنها تزداد تعقيدا في تلك المشاكل التي تثيرها العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري وغالبا ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات.

وإذا كان الأصل أن القضاء هو السبيل لإقرار وحماية الحقوق بغض النظر عن المركز القانوني للخصوم ، إلا أنه ومع التطور الحاصل على عدة أصعدة اقتصادية ، سياسية اجتماعية وأمنية لم تعد عدالة الدولة تلبي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم وبأقل المشاق والتكاليف ، فضلا عن ما يعتقده المتخاصمون خاصة الأجنبي من عدم كفاءة هذه العدالة لمعالجة بعض مسائلهم المعقدة . فهاته الأعباء وغيرها دفعت بالدول بان تفكر وتقر طرق بديلة لفض المنازعات وتخفيف العبء على مرفق القضاء ، ومن بين هذه الطرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلى جانب القضاء الوطني.

فلسفة سن قوانين خاصة بالتحكيم ، فرضتها ظروف موضوعية نابعة من الواقع فلم يعد القضاء الرسمي قادرا على حل كل المشاكل المطروحة عليه خاصة بعد تنوعها واتصافها بالدقة والتعقيد .

الأمر الذي دفع بمختلف الدول إلى سن قوانين وطنية متعلقة بالتحكيم ، فهناك من أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعنونها بالتحكيم أو التحكيم التجاري الدولي ، كما هو الشأن بالنسبة للجزائر وفرنسا ، وهناك من افرد لها قانونا خاصا وسمي بقانون التحكيم كما هو الشأن بالنسبة لمصر وتونس .

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى التحكيم أصبح وسيلة ملحة لحل هذه المنازعات ، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة ، حيث لم تكن هناك استجابة للتحكيم في المجال الإداري ، فقد لقي هجوما كبيرا ومعارضة من جانب الفقه والقضاء ، حيث انقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض ، واختلفت التشريعات المقارنة حول مشروعية اللجوء إليه لحسم المنازعات الإدارية .

إلا أن هذا الرفض للتحكيم أثر عليه تحول دور الدولة من حارسة إلى متدخلة وذلك بسبب ما شهده العالم من تغير في الأوضاع الاقتصادية والسياسية هذا من جانب ومن جانب آخر نتيجة لما يتميز به التحكيم من خصائص كالسرعة والسرعة ورسوخ قواعده على المستوى الإقليمي والدولي ، وكما يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية ، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمن ، كما يتميز بقلّة تكاليفه مقارنة بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة .

لكن تمتع التحكيم بهذه المزايا لا يعني استقلاله عن القضاء بشكل عام ، ذلك أن المحكم لا يتمتع بسلطة الإجبار المحتكرة من طرف قضاء الدولة ، وعليه فإن التحكيم سيظل بحاجة إلى القضاء وذلك في جميع مراحله ذلك لأن التحكيم طريق من طرق تسوية المنازعات يرتكز على اتفاقية تحكيم يلتزم الأطراف بمقتضاها بحل نزاعاتهم من طرف محكم أو محكمن دون اللجوء إلى المحاكم العادية أي انتزاع الاختصاص من هذه الأخيرة ليعهد لأشخاص خواص .

ومن أجل تحقيق الغاية المنشودة ، الرامية إلى ضمان تكامل الدعوى التحكيمية وحماية الصالح العام فقد نظمت التشريعات الحديثة العلاقة بين القضاء والتحكيم لتوضح من جهة أوجه المساعدة والمؤازرة بينهما ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم بهدف إرساء الضوابط والمقومات التي تكفل حسن سير التحكيم وتحقيق أغراضه .

وتكمن الأهمية العلمية لهذه الدراسة في أن التحكيم بصفة عامة من المواضيع التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي ، ولقد شهدت الآونة

الأخيرة حركة تشريعية وفقهية نشطة في مختلف الدول ، بما فيها الجزائر التي أصدرت القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الأمر الذي يستدعي تحليل أحكامه والوقوف على مدى مواكبته للاتجاهات الحديثة للتحكيم خاصة في المواد الإدارية.

أما الأهمية العلمية فتتجلى في أن الدولة في عصرنا الحالي قد اتخذت صفة التاجر خاصة في معاملاتها مع المستثمر الأجنبي والتي تأخذ صيغة العقد الإداري لكن الدولة تحاول من جهة التمسك بسيادتها ومركزها الأقوى في العقد في حين يحاول المستثمر الأجنبي الهروب من القضاء والقانون الوطني ويطالب بشرط التحكيم لحل النزاع ؛ والدولة بحاجة لهذه الاستثمارات من أجل التنمية الاقتصادية.

هذا إضافة إلى بيان أثر التحكيم في المنازعات الإدارية على سيادة الدولة وعلى قواعد القانون العام فيها وإعطاء فكرة عامة عن التطبيقات القضائية للتحكيم في المنازعات الإدارية من خلال دراسة بعض القضايا التحكيمية.

والثابت كذلك أن هناك علاقة بين التحكيم والقضاء لا بد من التعرف عليها وضبطها ، ولا يتسنى ذلك إلا باختيار هذه المواضيع للبحث فيها والتعمق في مكانها لإخراجها في صورتها العملية والتطرق لما أفرزه الجانب العملي من خلال تطبيق الأحكام الجديدة للتحكيم في المواد الإدارية.

لذا سنحاول الخوض في موضوع الدراسة لمحاولة الوصول إلى الاتجاه الذي تبناه المشرع الوطني من خلال القانون (09/08)، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ لتحقيق هذه الموازنة وإعطاء فعالية لنظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات.

وكان الدافع وراء اختيارنا لهذا الموضوع ، أسباب ذاتية تتعلق بميولنا لمقياس التحكيم أما الأسباب الموضوعية فقد أضحت التحكيم النظام الأكثر شيوعا خاصة في مجال التجارة الدولية ، وبما أن المشرع الوطني قد اخذ بالمعيار الاقتصادي لتحديد نطاق التحكيم أصبحت الدولة طرفا في معظم العقود الدولية كما اتخذت مكانا في الاتفاقيات الجماعية والثنائية

ولاسيما اتفاقية نيويورك وجنيف والتي تشجع الدول على إدراج شرط التحكيم في جميع عقودها ولاسيما عقود القانون العام.

وكذلك الإصلاحات القانونية الأخيرة والتي شملت قانون الإجراءات المدنية الذي كان ساريا المفعول منذ سنة 66 والذي تم إلغائه بموجب القانون (09/08) ، والذي كان يضم أحكام متعلقة بالتحكيم بنوعيه الداخلي والدولي والتي كانت محل انتقاد لما تضمنه من تناقضات وثغرات ، والتي جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتداركها ، الأمر الذي دعانا إلى الخوض في هذه الدراسة من خلال الجزئية المتعلقة بالتحكيم في المواد الإدارية.

وقد شهد العقد الأخير من القرن العشرين تطورات بالغة الأهمية تتصل بالتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار التي تكون في الغالب الدولة طرفا فيها ، إذ تلعب هذه العقود دورا هاما في الواقع المعاصر نظرا لما تحققه من منافع عديدة للدول ، وعند نشوب نزاع بمناسبة إبرامها أو تنفيذها ، يظهر التحكيم كطريق بديل لحل هذه النزاعات ، لهذا تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على النتائج الايجابية والسلبية للتحكيم في المواد الإدارية خاصة أمام فتح قطاع الاستثمار للأجانب وإبراز اثر ذلك على سيادة واقتصاد الدولة ، من ثم تحليل النتائج المترتبة وانعكاساتها من هذا التوجه.

وتعني هذه الدراسة كما يتضح من عنوانها التحكيم في المواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي ثار في شأنها احتدام فقهي وقضائي ، والسبب طبيعة العقود الإدارية التي ينتمي طرفيها لنظام قانوني مختلف عن الآخر ، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى ، مما يثير مشكلة قانونية في هذه العقود وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تهدف الدولة المضيئة لتحقيقها من خلال ممارسة حقوقها في السيادة والسلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية ومصيرها الاقتصادي ، وبين الأهداف الخاصة التي يسعى إليها الطرف الأجنبي المتعاقد معها.

لذلك انطلقنا في دراستنا من الإشكالية الرئيسية التي يثيرها الموضوع وهي :

مدى فاعلية نظام التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية مقارنة بالقضاء الإداري ؟

ولقد تفرعت عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية أهمها :

- هل يجوز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم ؟
- هل اللجوء إلى التحكيم يتعارض واختصاص القضاء الإداري ؟
- هل التحكيم يؤثر على مركز الدولة في العقود الإدارية ؟
- هل للقاضي الإداري دور في العملية التحكيمية ؟

ولقد اصطدما خلال البحث في هذا الموضوع ، قلة التطبيقات القضائية في هذا المجال مما أدى إلى صعوبة كبيرة في الحصول على أحكام واجتهادات قضائية ، ولعلا السبب في ذلك هو الإحجام عن نشر الأحكام الفاصلة في الخصومات التحكيمية المتعلقة بمثل هذه العقود.

ولمعالجة موضوع الدراسة ارتأينا أن يكون المنهج المتبع جامعا ما بين المنهج الوصفي من جهة لاستنباط المفاهيم ذات الصلة والتطرق للآراء الفقهية ، ومن جهة أخرى المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة ، ومن الحين للآخر المنهج المقارن عند التطرق للقوانين والأنظمة الأجنبية .

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر ارتأينا تقسيم الخطة إلى فصلين ، الأول يتعلق بقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وفيه نتطرق للاتجاه المؤيد والاتجاه المعارض لذلك ومبررات كل منهما ، أما الفصل الثاني فخصصناه لدور القضاء الإداري في عملية التحكيم قبل وبعد صدور حكم التحكيم.

وأخيرا ذيلنا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

الفصل الأول

قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة

للتحكيم

لقد ثار اختلاف ساد ولفترة طويلة مابين مؤيد ومعارض حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة الدولية ، إلا أن تطور الظروف الاقتصادية وخاصة الدولية وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات والحاجة إلى السرعة والتخصص من طرف من ينظر في مثل هذه الحالات ونزول الدولة إلى ميدان التجارة وتدخلها في الحياة الاقتصادية ، كل ذلك أدى إلى قبول فكرة التحكيم في العقود الإدارية إلى أن صار المتعاقد الأجنبي يرفض التعاقد مع دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو السبيل الوحيد لاستفتاء حقه .

وأمام هذه الأهمية للتحكيم أدى بمختلف الأنظمة القانونية سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر إلى تبني فكرة التحكيم في العقود الإدارية .

ولذلك سوف نحاول دراسة موقف كل من الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية وذلك في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسوف نخصصه لموقف التشريعات والاتفاقيات الدولية.

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

تعددت الآراء الفقهية والأحكام القضائية حول فكرة التحكيم في العقود الإدارية فظهر اتجاهان إحداهما اعترض على ذلك وقد كان مستندا على جملة من الأسانيد إذ يرى هذا الاتجاه أن جوازية التحكيم في العقود الإدارية يعني سلب اختصاص القضاء بالفصل في مثل هذه المنازعات⁽¹⁾.

أما الاتجاه الثاني فقد أيد اللجوء التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، واستند أنصار هذا الاتجاه كذلك من أجل تبرير موقفهم لجملة من الأسانيد .

كما اختلفت التطبيقات القضائية حول جوازية لجوء الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى للتحكيم في العقود الإدارية مابين مجيز لهذا الخيار وما بين معارض له.

ولهذا قسمنا الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين ، فتعرضنا في المطلب الأول إلى موقف الفقه من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وخصصنا المطلب الثاني إلى موقف القضاء في هذا الشأن .

المطلب الأول

موقف الفقه من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

بما أن الاتفاق على التحكيم هو طريق لإخراج النزاع من ولاية القضاء ، وإسناده لقضاء التحكيم فقد أثار الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية جدلا فقهيًا كبيرًا ، فقد ذهب جانب منهم إلى القول بعدم جواز اللجوء إليه لحل منازعات هذه الطائفة ، وذهب اتجاه آخر للقول بجواز الاتفاق على التحكيم في هذه العقود على غرار العقود المدنية والتجارية وعليه سنقوم بعرض آراء مختلف الاتجاهات الفقهية في إمكانية فض منازعات العقود الإدارية الدولية بواسطة التحكيم فخصصنا الفرع الأول للاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية والفرع الثاني للاتجاه المؤيد لذلك .

¹ - محمد بن عمر، "اثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن" - الصفقات العمومية نموذجا - مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة 2014/2015 ، ص 7 .

الفرع الأول

الاتجاه المعارض لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

يبيد هذا الاتجاه المعارض للجوء الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم مع شخص خاص أجنبي عدة حجج والتي تتمثل فيما يلي :

أولاً: تعارض التحكيم مع مبدأ توزيع الاختصاص

ذهب جانب من الفقه إلى القول بان حظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية إنما يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، خاصة بين السلطة القضائية والتنفيذية والذي يعد من أهم المبادئ القانونية والذي بمقتضاه يتعين أن يتولى الفصل في المنازعات الإدارية قاضي القانون العام ، وعلى ذلك فإن إباحة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود يمثل اعتداء على اختصاص مجلس الدولة واعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات.⁽¹⁾

و يمنع على القضاء العادي النظر في المنازعات الإدارية أو التدخل فيها ، فكيف يتصور أن ترفض منح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الإدارية ، وتمنح ذلك للمحكّمين وما يترتب على ذلك من نتائج مشكوك فيها بالنسبة لقراراتهم.⁽²⁾

ثانياً: التحكيم ومبدأ الحصانة

يرى بعض من الفقهاء انه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدولة ، وهو ما يعني عدم اختصاص أي قضاء في دولة أجنبية بنظرها سواء كان قضاء رسمياً أم تحكيمياً ، وذلك استناداً لمبدأ الحصانة القضائية وهو مبدأ من المبادئ الأساسية المستقر عليه في القانون الدولي العام.

إن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية ، ويستمد هذا المبدأ أساس وجوده من خلال مبدأ الاستقلال والاحترام المتبادل لسيادة الدول بعضها تجاه البعض الآخر والمساواة بينها أمام القانون الدولي .

1- دويب حسين صابر عبد العظيم ، "التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T" ، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، بدون تاريخ للنشر ، ص 268 .

2- منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 37 .

وبناء على ذلك إذا حدث وقام احد الأفراد بمقاضاتها أمام محاكم دولة أجنبية أن تدفع بحصانتها القضائية ، ولا يمكن في هذه الحالة إجبارها على الخضوع لقضاء أجنبي.⁽¹⁾

ثالثاً: تعارض التحكيم ومبدأ السيادة

إن في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية معارضة لسيادة الدولة ، لأن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود يؤدي إلى سلب ولاية الدولة ، والذي هو مظهر من مظاهر السيادة فيها ، فالتحكيم يقوم به أفراد عاديون أو هيئات خاصة ، وفي بعض الحالات قد يتضمن استبعاد القانون الوطني إلى قانون أجنبي ، وسيادة الدولة تأبى أن تمثل أمام قضاء خاص أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي.⁽²⁾

واللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة قد يثير بعض الاعتبارات السرية المتعلقة بمصالح الدولة العليا ، والتي تمس الاعتبارات السيادية للدولة ، وذلك حين تطلب هيئات التحكيم الإدلاء بالشهادة من بعض المسؤولين أمام هيئات تحكيم أجنبية.⁽³⁾

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

ذهب عدد من الفقهاء إلى القول انه ليس هناك أي مانع من لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم لفض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية ، وانتقدوا الرأي القائل بعدم جواز الالتجاء إلى التحكيم في مثل هذه العقود ، لأنه لا يوجد هناك أي قاعدة أو نص قانوني صريح يمنع من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، كما انه يعتبر من مقتضيات الضرورة للأفراد والإدارة في آن واحد ، ولقد استند هذا الاتجاه على عدة حجج وهي :

أولاً: عدم تعارض التحكيم مع مبدأ توزيع الاختصاص

يرى هذا الاتجاه أن الاعتراف بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية لا يعتبر تهميش للقضاء الإداري الذي هو صاحب الاختصاص الأصلي بنظر منازعات العقود

1- وائل عز الدين يوسف ، "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" - دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 98 .

2- خالد بن عبد الله بن عبد الرحمان الخضير ، "التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة" مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي ، كلية الشريعة والقانون ، قسم السياسة الشرعية ، جامعة الأزهر ، بدون تاريخ للنشر ص 188 .

3- دريس كمال فتحي ، "القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري الدولي" ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق سعيد حمدين ، جامعة الجزائر -1 بن يوسف بن خدة ، 2014/2015 ، ص 30.

الإدارية ، فهذا لا يتعارض مع التحكيم باعتبار أن التحكيم قضاء ، ولا يختلف عنه إلا من حيث أن الأطراف يلجأون إليه باختيارهم لما يتميز به من مميزات كقصر مدة إنهاء النزاع في العملية التحكيمية بالمقارنة بالمدة الطويلة التي يستغرقها القضاء بسبب تكدس القضايا وطول مدة التقاضي.

فضلا عن ذلك فإن هذه الحجة لازمة أن تمنع كافة أنواع التحكيم الأخرى كالتحكيم التجاري والتحكيم العمالي وغيرها ، لأن من مقتضى هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم التجاري سلب لولاية القضاء التجاري والقضاء العمالي . وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس فيه تعارض مع الاختصاص الولائي للقضاء الإداري.(1)

ثانيا:عدم تعارض التحكيم مع مبدأ الحصانة

لقد كثر تدخل الدولة في الأنشطة التجارية ، من أجل تحقيق ذلك تعاقدت مع الأشخاص الخاصة الأجنبية ، ونتج عن ذلك خفت حدة مبدأ الحصانة للدولة . واللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة لا يعني أبدا التسليم من جانب الدولة بعدم صلاحية قضائها لنظر ما قد ينشأ عن هذه العقود من منازعات ، وإنما الأمر يقتضي توفير الوقت والجهد فيما هو انفع للدولة والمتعاقد معها من نشاطات أخرى.(2)

ودرء هذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه ، ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام التعاقد.(3)

ثالثا:عدم تعارض التحكيم ومبدأ السيادة

ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن التحكيم لا يتعارض مع سيادة الدولة لا من قريب ولا من بعيد ، ذلك لأن الجهات الإدارية عند لجوئها إلى التحكيم في العقود الإدارية وقبولها لنتائجها ، إنما كان بمحض اختيار جهة الإدارة وبعلمها ولم يفرض عليها فرضا .

¹- خالد بن عبد الله بن عبد الرحمان الخضير ، مرجع سابق ، ص 217 .

²- دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 38.

³- حفيظة السيد الحداد ، "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب

التطبيق" ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2010 ، ص 07 .

والحكم التحكيمي الصادر من هيئة التحكيم سواء كان من داخل الدولة أو من خارجها ستنفذه بالطرق القانونية التي قننها المشرع ، فكل ذلك ليس فيه إلزام عليها حتى يقال أن سيادة الدولة قد خرقت أو مسها احد.(1)

وهناك من يرى أن الوقت قد حان للعمل على تحرير اقتصاد الدولة والانطلاق به نحو العالمية ، والأخذ بأساليبها المتقدمة ومن ضمنه التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وذلك حتى تتمكن الدولة من جذب الاستثمارات وتسيير أعمالها بدلا من اشتراط أن يقوم قضاء الدولة بنظر هذه المنازعات ، وبالتالي انشغاله بمسائل فنية اقتصادية وتجارية يكون من الأفضل إسنادها للتحكيم.(2)

المطلب الثاني

موقف القضاء من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت هي الأخرى على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . كما نجد أيضا هناك أحكام قضائية أخرى أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . لهذا قسمنا دراستنا إلى فرعين ، فتكلمنا عن الأحكام القضائية المعارضة لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم وذلك في الفرع الأول ، وتطرقنا في الفرع الثاني إلى الأحكام القضائية المؤيدة لقابلية لجوئها للتحكيم .

الفرع الأول

الأحكام القضائية المعارضة لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي سنوضحها كما يلي :

أولا: القضاء الفرنسي

اختلف موقف القضاء الفرنسي العادي والإداري من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

1- خالد بن عبد الله بن عبد الرحمان الخضير ، مرجع سابق ، ص 216 .

2- دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 36 .

فبالنسبة للقضاء العادي لم يسلم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية وإن كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جوازية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك أو بناء على اتفاقية دولية معمول بها في فرنسا غير أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصلة الدولية التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها فهو يجيز اللجوء للتحكيم فيها.⁽¹⁾

وقد أقرت جهات القضاء الفرنسي العادي على مختلف درجاته هذا الموقف ومن الأمثلة على ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1957/04/10 في قضية Myrtoon Steamship إلى القول بأن الحظر الوارد على التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية ينصرف مجال إعماله في العقود الداخلية دون العقود الدولية.⁽²⁾

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها منها حكمها في قضية San Carlo حيث انتهت إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية. وكذلك حكمها الصادر في 14 أبريل 1964.⁽³⁾

ومن أجل تكريس هذه القاعدة المادية ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في حكم حديث لها نسبياً صادر بتاريخ 1996/06/13 إلى القول بأن "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأياً كان السبب الذي يستند إليه ، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي والذي يحظر على العكس على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة

¹ - بولقواس سناء ، "الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" - التحكيم نموذجاً - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون إداري وإدارة عامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011 ، ص 83.

² - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 10.

³ - دويب حسين صابر عبد العظيم ، مرجع سابق ، ص 270 .

الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقاً⁽¹⁾.

ولقد صدر هذا الحكم المتقدم في المنازعة الناشئة بين كل من الشركة الإيطالية أيسرو أ تسرو والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار⁽²⁾.

إلا أن موقف مجلس الدولة كان واضحاً وصريحاً في رفض التحكيم في مجال العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية ، فقد تبنى موقفاً متشدداً من التحكيم في مثل هذه العقود في العديد من الأحكام مستنداً في ذلك إلى نصوص القانون الفرنسي وإلى أن النزاعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها من النظام العام ولا يمكن مخالفتها. ومن بين هذه الأحكام حكمه الصادر في 06 مارس 1986 ، وذلك عندما رغبت الدولة الفرنسية في التعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهي في باريس على نسق ملاهي والت ديزني في الولايات المتحدة الأمريكية ، أبرمت عقد مع هذه الشركة لإقامة ملاهي أيروز ديزني لاند في باريس إلا أن الشركة المتعاقدة اشترطت أن يتضمن الاتفاق شرط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بينهما ، وأمام إصرار الشركة على ذلك ، أحال الوزير المختص الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي لإبداء الرأي حول تضمين العقد المزمع إبرامه شرط اللجوء إلى التحكيم.

وأصدر مجلس الدولة رأيه برفض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقد المبرم بين الدولة والشركة الأمريكية ، وذلك استناداً إلى أن العقد المبرم عقد إداري يختص بنظر النزاع بشأنه القاضي الإداري ، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا وجد نص خاص يجيز ذلك⁽³⁾.

¹ - باسود عبد المالك ، "حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي" ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2014-2015 ، ص 148 .

² - حفيظة السيد حداد ، "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 ص 368 وما بعدها .

³ - شريف يوسف خاطر ، "التحكيم في مجال العقود الإدارية" - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري - المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص 306 .307

ثانيا: القضاء المصري

تضاربت أحكام القضاء الإداري (القسم الإفتائي والقسم القضائي) بشأن التحكيم في العقود الإدارية مابين إجازة شرط التحكيم وبطلانه ، حيث صدر عن القسم الإفتائي ممثلا بالجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عدة فتاوى اختلفت باختلاف مدى إجازة هذا الخيار في نطاق العقود الإدارية

ففي إحدى الفتاوى قررت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية بصفة ضمنية غير صريحة ،حيث انتهت إلى أن نظام التحكيم لا يكتمل بمجرد إعمال إرادة الخصوم بل يجب أن تكون هناك رخصة من المشرع لإضفاء المشروعية على اتفاقهم .

وفي فتوى أخرى والتي جاءت عكس الفتوى الأولى ، أقرت صراحة بمشروعية التحكيم في العقود الإدارية وذلك من خلال استعراضها لنص المادة (501) من قانون المرافعات والمواد (10) و (58) من قانون مجلس الدولة ، وهذا بمناسبة إبداء رأيها في عقد مبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط الذي تضمن بندا يقضي باللجوء للتحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ بنوده أو تفسيره ، حيث قررت بتاريخ 1989/05/15 بجوازية البند الذي يقضي باللجوء للتحكيم .

كما أكدت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على هذا الموقف وذلك بمناسبة فتواها الصادرة في 1993/02/27 .⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن القسم الإفتائي اتخذ موقفا يجيز التحكيم في العقود الإدارية ، إلا أن القسم القضائي لمجلس الدولة اتخذ موقفا عدائيا بخصوص هذه المسألة ، حيث لم يسلم هذا الأخير ممثلا بالمحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري بمشروعية هذا الخيار . فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1990/02/20 ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية ، تأسيسا على أن اختصاص الفصل في مثل هذه المنازعات منعقد لمجلس الدولة الذي خوله المشرع والمؤسس الدستوري هذا الاختصاص.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" ، دار الكتب القانونية ، الإسكندرية ، مصر ، 1990 ، ص 81.

فهذا القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا قد أرسى قاعدة أمام القسم القضائي لمجلس الدولة مضمونها بطلان التحكيم في العقود الإدارية ، حيث صدر عن محكمة القضاء الإداري عدة أحكام يتمحور مضمونها في عدم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية . وأمام تباين الآراء بين مؤيد ومعارض بشأن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية خلال المرحلة التي عاصرت القانون رقم 13 لسنة 1968 المتعلق بقانون المرافعات المدنية والتجارية اضطر المشرع المصري إلى إصدار قانون مستقل ينظم التحكيم وهذا محاولة منه تخفيف شدة التعارض بشأن هذه المسألة ورفع اللبس والغموض الذي ساد النصوص القانونية التي كانت محلا لاختلاف وجهات النظر وهو القانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم المصري.(1)

ثالثا: القضاء الجزائري

ذهب القضاء الجزائري إلى عدم جواز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وعدم أهلية الدولة وهيئاتها العامة لطلب التحكيم في بعض أحكامه منها قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1986

في نزاع بين شركة ك - ل ضد المؤسسة العمومية للبناء ، حيث أبرم العقد بينهما في 20 ماي 1983 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع ، والذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام الغرفة التجارية الدولية إلا أن هذا القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 20 ديسمبر 1985 ، قد ألغي وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط التحكيمي الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائز ، فلم يعترف القضاء بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط التحكيم في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك.(2)

¹ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 36.

² - أشار إليه منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 41 .

الفرع الثاني

الأحكام القضائية المؤيدة لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي سوف نقوم بتوضيحها كما يلي :

أولاً: القضاء الفرنسي

أمام التناقض بين القضاء العادي والقضاء الإداري السالف الذكر أدى بتدخل المشرع الفرنسي للحد من تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، ولعل أهم تدخل تشريعي هو القانون الصادر في 19 أوت 1986.⁽¹⁾

وبموجب هذا القانون أجاز التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي التي تبرمها الدولة وذلك حفاظاً على العلاقات الاقتصادية الدولية وجذباً للمستثمر الأجنبي الذي يصر دائماً على تضمين العقد الإداري بينه وبين الدولة شرط التحكيم⁽²⁾ وذلك كاستثناء من الأصل العام.

وقد كان وراء إصدار هذا القانون واقعة معينة ، تلخص في انه سنة 1986 أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهي على نسق مدينة ملاهي والت ديزيني في الولايات المتحدة الأمريكية والتي سبق وان تم عرض تفاصيلها في الفرع الأول من هذا المطلب.

وأمام إصرار الشركة الأمريكية على هذا الشرط تدخل المشرع الفرنسي بإصدار قانون 19 أوت 1986 ، والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية ، ولكن المشرع الفرنسي توافق مع موقفه للتحكيم في العقود الإدارية قد أحاط هذا الاستثناء بعدة شروط على النحو التالي :

- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، أي يكون عقداً دولياً ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم بين شركات وطنية .

- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم .

¹ - بولقواس سناء ، مرجع سابق ، ص 83 ، 84 .

² - مراد محمود المواجهة ، "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي" - دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة المملكة الأردنية الهاشمية 2010 ، ص 100 .

- اشترط صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم ويكون ذلك في كل حالة على حدة ، وعلى مجلس الوزراء وهو بصدد موافقته أن يتأكد من توافر الشروط التي حددها القانون.(1)

ثانيا: القضاء المصري

أمام غموض صياغة نص المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، وعدم النص صراحة على خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية للتحكيم ، تجدد الخلاف القضائي بشأن إعمال هذا النظام في نطاق العقود الإدارية .

والملفت للنظر هو موقف الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فبعد أن أقرت مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في ظل المرحلة التي عاصرت القانون رقم 13 لسنة 1968 ، تراجعت عن هذا الموقف من خلال رفضها للتحكيم في العقود الإدارية في جلستها المنعقدة بتاريخ 18 ديسمبر 1996.(2)

وفي هذا الصدد أصدرت الجمعية العمومية فتوى بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية وذلك استنادا إلى أن قانون التحكيم جاء لينظم المسائل المدنية والتجارية الداخلية والدولية وان القول بان العقود الإدارية تدخل في نطاق هذا القانون قول خاطئ لعدم ورود نص يقرر ذلك.(3)

وعلى النقيض مما سبق ذكره ذهب جانب آخر إلى القول بمشروعية التحكيم في العقود الإدارية وقد برر هذا الاتجاه موقفه من خلال المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 من حيث كون النص لم يتطرق إلى نوع معين من العقود ، وبالتالي فإن هذا النص يسري على جميع العقود بغض النظر عن كونها تخضع للقانون الخاص أو القانون العام.(4)

أما على مستوى القضاء فقد اتجه القسم القضائي بمجلس الدولة اتجاها مخالفا لما ذهب إليه القسم الإفتائي من خلال إقراره بمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1996 يرفض الدعوى

¹- دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 43 .

²- أشار إليها محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 38 .

³- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 95 .

⁴- محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 39 .

المقامة من طرف وزير الأشغال العامة ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة ، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى إلى أن الإدارة المعنية أبرمت عقد إداري مع مجموعة الشركات الأوروبية ، وقد تضمن هذا العقد بندا يقضي بحل أي نزاع قد يطرأ بمناسبة تنفيذ هذا العقد عن طريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، وأثناء تنفيذ المشروع ثار خلاف بين الطرفين مما استوجب إحالته إلى مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.(1)

ثالثا: القضاء الجزائري

لم يعرف مفهوم العقود الإدارية الدولية إلا مع صدور المرسوم التشريعي 09/93 وهذا إن دل على شيء فهو يدل على حداثة نظام التحكيم التجاري في الجزائر وذلك من الناحية القانونية.(2)

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 4188 لسنة 48 ق ، جلسة 1996/01/18 أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 94

² - لم يتم الاعتراف بنظام التحكيم التجاري في الجزائر إلا بعد انضمام الجزائر للمعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف وكذا إبرامها اتفاقيات ثنائية في مجال الاستثمار ثم تعديل قانون الإجراءات المدنية مرتين ، وإدخال نظام التحكيم التجاري الدولي كأولوية ويظهر ذلك في هذا التسلسل الزمني الآتي ذكره :

- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن - الانضمام بتحفظ - لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ، الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 1988 .

- المرسوم الرئاسي رقم 319/09 المؤرخ في 1990/10/17 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات ، الجريدة الرسمية العدد 45 لسنة 1991 .

- المرسوم الرئاسي 420/09 المؤرخ في 1990/12/22 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي والموقعة بالجزائر في 1990/06/23 ، الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 1992.

- المرسوم الرئاسي رقم 345-91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي تم التوقيع عليها في الجزائر بتاريخ 1991/04/24 ، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991 .

- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/15 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/05/18 ، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991 .

- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي ، الجريدة الرسمية العدد 27 لسنة 1993.

- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية عدد 64 لسنة 1993 .

باعتبار أن المشرع الجزائري كان قبل صدور هذا المرسوم يمنع التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وذلك بمقتضى المادة (442) الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/145 المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾ ولذلك كان يعتبر مفهوم العقود الإدارية الدولية جديدا في النظام القانوني الجزائري الخاص بالتحكيم.

ولهذا نجد قلة الأحكام القضائية في النظام القضائي الجزائري لهذا سوف نكتفي بتوضيح هذا الجانب من خلال التطرق إلى رأي الفقهاء في العقود والاتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى والتي نلاحظ شرط التحكيم فيها.

لقد ذهب غالبية الفقه إلى أن النظام القانوني الجزائري قبل إصدار المرسوم 09/39 لم يكن يعترف بمسألة التحكيم إطلاقا ، وحجتهم في ذلك هو عدم وجود نص قانوني صريح يبيح التحكيم التجاري الدولي ، وعدم انضمام الجزائر لمختلف المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم ، رغم أن المشرع الجزائري لجأ إلى التحكيم في عدة قضايا وهنا تكمن المفارقة فمن جهة المشرع ينكر التحكيم على الإطلاق ومن جهة أخرى يمارسه واقعا ولذلك قالوا بأن المشرع رفضه قانونا ومارسه واقعا ، فنجد العديد من الفقهاء الذين اخذوا بهذا المذهب من بينهم الأستاذ نور الدين تركي والقاضي بجاوي محمد عندما تحدث عن أسباب الرفض الخاصة بكل دولة ومنها الجزائر وذكر في الأسباب الاقتصادية ما يلي:

- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1995 .

- الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 1995/03/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية سيول الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب أمر رئاسي رقم 345/95 المؤرخ في 1995/10/30 ، الجريدة الرسمية العدد 95 لسنة 1995 .

- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى أحكام الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008 .

وفيما يتعلق بالاتفاقيات الثنائية لم يسعنا ذكرها جميعا ، وإنما تم التركيز على أهمها ، وذات التأثير على النظام القانوني الجزائري .

¹ - الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/07/08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى ، الجريدة الرسمية العدد 47 ، لسنة 1966 .

" لقد شيدت الدول العربية وخاصة الجزائر اقتصاديتها على تدخل الدولة ، فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا ، صناعيا ، مقاولا ، ناقلا ، مؤمن.(1)

رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر اللجوء إلى التحكيم في الواقع رغم أنها تبنت تشريعا يمنع اللجوء إلى التحكيم .

وهناك جانب من الفقهاء خالف هذا القول مثل الأستاذ بن شنب الذي اعتبر مبدأ العداء هو مجرد زعم غير مؤسس لأنه:

- عند التطرق إلى العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى غير فرنسا نلاحظ شرط التحكيم فيها ، وهذا دليل على عمل المشرع آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة والمستمد من المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين " والمثال على ذلك الاتفاق الجزائري المغربي في مجال النقل الجوي ، الذي نص على شرط التحكيم بموجب المادة 22 التي بينت إجراءات التحكيم ، كما أن الاتفاق الجزائري الدنمركي المتعلق بالقرض يحيل الأطراف إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع.(2)

- موقف الخطاب السياسي آنذاك ، لم يكن يقصد رفض التحكيم بل كان يطالب بإعادة صياغة النظام العالمي الاقتصادي ككل ، ومن ثم نظام التحكيم وبالتالي لا يوجد رفض جذري للتحكيم بل رفض نظام غير عادل لم تساهم الدول النامية في وضعه.

ولقد أصاب الأستاذ بوشنب(3) في قوله ، أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي وإنما أنكر النظام الدولي وأضيف إلى هذا القول مجموعة من الدلائل على عدم إنكار المشرع الجزائري للتحكيم الدولي:

- إن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي ، وإنما أنكر التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وحجبتنا في ذلك ما جاءت به المادة (442) الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154 من قانون الإجراءات المدنية ، والتي نصت على أنه " لايجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العاميين أن يطلبوا التحكيم ".

¹ - عليوش قربوع كمال ، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر" ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2005 ، ص 23 .

² - محمد كولا ، "تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" ، منشورات البغدادي ، الجزائر، 2008 ، ص 21

³ - المرجع نفسه ، ص 22 .

رغم أن في الفترة التي صدر فيها قانون الإجراءات المدنية كان المشرع الجزائري قد تبني المذهب الاشتراكي في جميع مفاصل الدولة ، وبالخصوص الجوانب الاقتصادية وقد كانت مختلف المنشآت الاقتصادية تعتبر بمثابة الأشخاص الاعتبارية العامة ، وبالتالي لايجوز فيها التحكيم إلا أن الواقع العملي جعلنا نفرق بين المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل سوناطراك ، ومركب الحديد والصلب ، والخطوط الجوية الجزائرية والمؤسسات ذات الطابع الإداري البحت مثل الولاية والبلدية.

الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الشركات العمومية الجزائرية والشركات الأجنبية وقد كانت أولى هذه الاتفاقيات بعيد الاستقلال مباشرة ونذكر منها اتفاق جيتي المبرم سنة 1968 هو اتفاق يتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر بين شركة سوناطراك وشركة " جيتي بتروليوم كومباني " الأمريكية وكذا بروتوكول اتفاق يتعلق بنشاطات الأبحاث والبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة.(1)

- لقد فرق المشرع الجزائري بين فترة ما قبل التأميم وما بعدها فقد أصبح بعد التأميم عداؤه للتحكيم أكثر رسوخا منه قبل التأميم لكن بالعودة إلى الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المعدل للقانون البترولي الصحراوي لسنة 1958 الذي أمم قطاع المحروقات بنسبة واحد وخمسون بالمائة ، إن هذا الأمر لم يلغ التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية البترولية وذلك بمقتضى المادة السابعة منه والتي نصت على إخضاع الجباية البترولية إلى القضاء الوطني إذ نصت على " إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة ، تكون من اختصاص المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا "(2)

¹ - الأمر رقم 591/68 المؤرخ في 31/10/1968 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود والاستغلال في الجزائر ، وكذلك بروتوكول يتعلق بنشاط البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني الجريدة الرسمية ، العدد 88 السنة الخامسة بتاريخ 01/11/1968 ، ص 1738 وما بعدها وص 1751 وما بعدها .

² - الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 11/58 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات والمتضمن النظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 30 السنة الثامنة الصادرة بتاريخ 13/04/1971 .

إضافة إلى ما قيل نلاحظ أن الفترة التي تلت التأميم قد عرف النظام القانوني الجزائري فيها عدة اتفاقيات نذكر منها الاتفاق الجزائري مع غينيا بيساو⁽¹⁾ حول النقل الجوي الموقع عليه بالجزائر بتاريخ 1975/02/05 وقد تضمن هذا الاتفاق شرط التحكيم

العقد المبرم بين شركة رفينة وشركة سنباك فقد تضمن العقد المبرم بينهما " يسري على العقد القانون الجزائري وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان الى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس ويتم اختيار المحكمين حسب النظام ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر ".

وهناك عدة اتفاقيات مشابهة مثل الاتفاق الخاص بالشركة الوطنية للحديد والصلب الذي أحال الأطراف في حالة عجز القانون الجزائري إلى الغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للفصل في النزاع.

المبحث الثاني

موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة

للتحكيم

بعد احتدام الخلاف الفقهي والتردد في أحكام القضاء حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية نستطيع أن نقر بوجود اختلاف في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع سواء في التشريع الفرنسي أو التشريع المصري أو التشريع الجزائري⁽²⁾ من خلال إجازة هذا النظام في نطاق العقود الإدارية بعد أن كان لا يجيزه بصفة مطلقة كما هو الحال في فرنسا أو عدم النص عليه صراحة كما هو الحال في مصر ولعل سبب ذلك الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والإدارية والقانونية والدولية التي تعيشها كل دولة⁽³⁾ ونتيجة ظهور مفاهيم دولية حديثة ، والضغوطات التي يمارسها المتعاقد على الدولة

¹ - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 24 .

² - محمد أبو القاسم علي أبريش ، "أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية" - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، نيسان 2016 ، ص 71 .

³ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 7 .

كان لهما تأثير كبير على اتجاه الدول نحو المنع أو إزالة القيود المفروضة على الدولة والأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن تلك العقود.⁽¹⁾ ولهذا قسمنا الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين ، فتعرضنا في المطلب الأول إلى موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية وخصصنا المطلب الثاني إلى موقف بعض الاتفاقيات الدولية من ذلك.

المطلب الأول

موقف التشريعات لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

يحرص المشرع في أغلب الدول ، إلى إصدار القوانين التي تنظم عملية التحكيم في العقود الإدارية ، و تحديد كيفية التعبير عن إرادة جهة الإدارة ، بل قد يتدخل المشرع إلى وضع ضوابط معينة يجب احترامها عند إبرام بعض العقود الإدارية.⁽²⁾ وهذا ما سنحاول معالجته ، من خلال التعرض لموقف التشريع الفرنسي الفرع الأول ، ثم التشريع المصري الفرع الثاني ، وأخيرا موقف المشرع الجزائري وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي

تبنى المشرع الفرنسي في بداية الأمر موقفا عدائيا بصدد إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية واعتبرت هذه القاعدة بمثابة قاعدة مادية تبناها الفقه والتشريع الفرنسي حيث نصت المواد (83-1004) من قانون الإجراءات المدنية والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 2 جويلية 1972 تشكل المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي على انه " يحضر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة".⁽³⁾ وبذلك أصبح التشريع الفرنسي أكثر القوانين تشددا ، وهو مصدر الوحي للقوانين التي تقيد حرية الدولة والأشخاص المعنوية العامة في عدم اللجوء إلى التحكيم.⁽⁴⁾

¹ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 40 .

² - وائل عز الدين يوسف ، مرجع ، سابق ، ص 27.

³ - حفيظة السيد حداد ، "الاتفاق التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق" مرجع نفسه ، ص 18 .

⁴ - عبد الحميد الأحمد ، التحكيم أحكامه ومصادره ، الجزء الأول ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، لبنان ، 1983

وهناك مبررات دفعت المشرع الفرنسي لاتخاذ هذا الموقف المتشدد ، تمثلت في عدم وجود النيابة العامة كطرف في النزاع ، وعدم جواز مثل الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلا أمام القضاء الذي تنشئه وفقا لقوانينها ، ولا يجوز أن يحكم على الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلا بواسطة القاضي .

ويجمع فقه القانون العام في فرنسا على انه في حالة عدم وجود نص قانوني يجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ، فإنه لا يجوز لها أن تسلك هذا الطريق لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها.(1)

إلا أن هذا الأمر أثار كثيرا من الصعوبات في التطبيق العملي لاسيما في مجال العقود الإدارية الدولية ، لذلك تدخل المشرع الفرنسي لإيجاد حل لهذه المشكلة ، وذلك بإصداره عدة قوانين ، للحد من هذه القاعدة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي ومنها :

- **قانون 17 أبريل 1906** و الذي سمحت فيه نص المادة (69) منه للدولة والمحافظات بتصفية المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة ، وعقود التوريد بطريق التحكيم ولكن بالمقابل قيد أعمال هذا النظام في العقدين السالف ذكرهما بمجموعة من الشروط .

- **قانون 18 أبريل 1946** صدر هذا القانون عند قيام الدولة الفرنسية، بتأميم شركة الغاز والكهرباء ، حيث جعل اللجوء إلى التحكيم إجباريا فيما يتعلق بالصعوبات التي تنتج عن التأميم .

- **القانون رقم 569 لسنة 1975** والذي أضاف فقرة جديدة للمادة (2060) من القانون المدني ، بخصوص خضوع المؤسسات العامة للتحكيم ، ولقد كانت خطوة خجولة من قبل المشرع ، اتخذها تحت وطأة الظروف الاقتصادية، وبسبب نزول الدولة إلى الأسواق بواسطة مؤسساتها العامة الصناعية و التجارية.(2)

- **القانون الصادر في 19 أوت لسنة 1986** وفي ظل هذا القانون أجاز المشرع للدولة والمقاطعات و المؤسسات العمومية ، الاتفاق على التحكيم في علاقاتها التعاقدية مع شركة أجنبية طبقا للمادة 9 منه كاستثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (2060)

¹- دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 41 .

²- مراد محمود المواجهة ، مرجع سابق ، ص 98 ، 99 .

من القانون المدني ، غير أن المشرع الفرنسي وبالرغم من إقراره هذا الاستثناء ، إلا أنه أحاطه بمجموعة من الشروط.

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري

من منطق أن نظام التحكيم يشكل بصفة عامة إحدى الوسائل الودية لحل النزاع بعيدا عن أروقة المحاكم ، ونتيجة لما يتميز به هذا النظام من مزايا وخصائص اتجهت إرادة المشرع المصري إلى تبني هذا الخيار من خلال ترسانة قانونية تمتد جذورها إلى أواخر القرن 19 حيث كان أول تنظيم تشريعي للتحكيم بموجب القانون الصادر سنة 1889⁽¹⁾ ثم جاء قانون 77 لسنة 1949 ، ثم القانون رقم 13 لسنة 1968، و الذي كان نقطة إرساء دعائم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ، من خلال الجدل الفقهي و القضائي ، مما جعل المشرع يتدخل من خلال إقرار قانون خاص بالتحكيم تحت رقم 27 لسنة 1994.

ورغم صدور هذا القانون الذي كان متوقعا منه إنهاء الجدل القائم قبل صدوره، إلا أنه جاء عكس هذه التوقعات مما أدى بالمشرع إلى تعديله بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 والذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية.

أولا: الوضع بعد صدور القانون رقم 27 لسنة 1994

صدر قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 ونصت مادته الأولى على ما يلي :
"مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج ، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون." (2)

ولقد اختلف الرأي بين مؤيد و معارض ، حول مدى جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي في ظل هذا القانون .

¹ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 26 .

² - بولقواس سناء ، مرجع سابق ، ص 81 .

استند الرأي المؤيد إلى أن نص المشرع في المادة 3 من هذا القانون ، إلى إلغاء المواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات ، و إلغاء أي حكم مخالف لهذا القانون .
بمعنى ألغى الحظر الذي يرد على قبول الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لشرط التحكيم وبالتالي عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات عقود الدولة ذات الطابع الدولي طالما اتفق بشأنها على التحكيم.(1)

وذهب الرأي المعارض للجوء الدولة و الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم ، وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 إلى أن عنوان القانون يخص التحكيم في المواد المدنية و التجارية ، ولا تشمل أحكامه القانون الإداري ، وأن هذا النص لا يجيز صراحة اللجوء إلى التحكيم ، و إنما ينص فقط على سريان أحكام القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، فلا يمكن الاعتماد على عمومية هذه المادة ، إضافة إلى عدم مشاركة أحد من فقهاء القانون الإداري أو مجلس الدولة طوال فترة إعداده ، كما أنه صدرت عدة أحكام حديثة من المحكمة الإدارية العليا تقضي بعدم جواز التحكيم في عقود الدولة ، استنادا إلى نص المادة (172) من الدستور التي تجعل من مجلس الدولة الجهة القضائية المختصة بالمنازعات الإدارية فالطبيعة الخاصة لعقود الدولة وتميزها بأحكام خارقة للشرعية العامة يؤدي إلى عدم كفاية نص المادة الأولى ، ويجب وضع نص قاطع وصريح حول جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.(2)

ثانيا:الوضع بعد صدور القانون رقم 9 لسنة 1997

بعد صدور قانون رقم 27 لسنة 1994 الذي نصت مادته الأولى على التحكيم ، إلا أن الفقه اختلف في تفسير النص فقال البعض بأنها تشمل العقود الإدارية وهناك من قال بأنها تشملها لكونها احد أطرفها شخص عام.(3)

وبالتالي بالرغم من صدور القانون رقم 27 لسنة 1994 وتنظيمه للتحكيم بصفة مستقلة ، إلا أنه لم يختلف عن ما كان منصوص عنه في قانون 13 لسنة 1968 ، حيث بقي

¹ - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 115 .

² - حفيظة السيد الحداد ، "الاتفاق التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق" مرجع سابق ، ص 37 .

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 381 .

الاختلاف الفقهي والقضائي ما بين مؤيد ومعارض لهذا النظام في نطاق العقود الإدارية ومرد هذا الاختلاف في عدم النص صراحة على مشروعية هذا الخيار في العقود الإدارية. وأمام هذا الاختلاف تدخل المشرع المصري لحسم هذه المسألة من خلال التعديل الذي طرأ على القانون رقم 27 لسنة 1994 بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 ، وذلك بالنص صراحة على مشروعية التحكيم في العقود الإدارية وحدد ضوابط إعماله ، وذلك من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 والتي جاء نصها كالتالي " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".⁽¹⁾

يستفاد من هذا النص أن المشرع قد حسم الجدل حول اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية ، وقيدها بشرط الموافقة المسبقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ، على الاتفاق بشأن التحكيم كما أكد على عدم التفويض التفويض في اختصاصات الوزير بالموافقة على اتفاق التحكيم.

ومع وجود هذا النص ووضوحه ذهب البعض إلى القول بأن هذا التعديل قد يفتح الباب أمام إمكانية الطعن عليه بعدم الدستورية كونه مخالف لنص المادة (172) من الدستور التي تنص على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية". وأياً كان الجدل فقد تأكد اتجاه المشرع إلى جواز اللجوء إلى اتفاق التحكيم في المنازعات الإدارية وذلك في القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات والذي ألغى القانون رقم 9 لسنة 1983 فقد نص هذا القانون على أنه " يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ". وبهذا النص أضاف المشرع شرطاً آخر لتضمين العقد الإداري شرط التحكيم في المنازعات الإدارية وهو ضرورة استمرار طرفي العقد في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية.⁽²⁾

¹ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 41 .

² - محمد أبو القاسم علي ابريش ، مرجع سابق ، ص 81 .

يستفاد مما تقدم أن المشرع المصري قد أقر مبدأ إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية وقيده بشروط تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ، وإن لا يجوز التفويض في اختصاص الوزير لاعتبارات خاصة بطبيعة مهام الوزير وطبيعة هذا النوع من العقود الإدارية بالإضافة إلى القيد الذي فرضه مؤخرا ضمن القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ، بضرورة الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية للطرفين.(1)

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام ، متأثرة بذلك بجملة من العوامل التاريخية ، وقد انعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة ، ولمعرفة فلسفة المشرع الجزائري وموقفه نستعرض التطورات التاريخية للنصوص القانونية كآتي :

أولا:مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري سنة 1966 ، المتضمن الأحكام التي ترعى التحكيم الاختياري ، كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو المطبق في الجزائر بالأحكام التي كان يتضمنها القانون الفرنسي والذي كان يرعى التحكيم في فرنسا ولم يتضمن فصل "التحكيم" في قانون الإجراءات المدنية الذي صدر سنة 1966 أي جديد ، بل تبنى النصوص والأحكام التي تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت ، وهكذا تبنى المشرع القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم.(2)

ثانيا:مرحلة صدور المرسوم التشريعي 09/93

نصت المادة الثانية في فقرتها الأخيرة من هذا المرسوم " ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ، أن يطلبوا التحكيم ، ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية " لقد كرس المشرع الجزائري ولأول مرة ، التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة السالف ذكرها ، كما أن المشرع حدد ماهية التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة (458) والتي

¹ - المرجع نفسه ، ص 82 .

² - منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 36 .

نصت "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية ، و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". ولقد مزجت هذه المادة بين ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، من خلال المادة 1492 الصادر سنة 1981 والتي تنص " يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية "، وما هو وارد في القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص من خلال المادة (176) و التي نصت : يطبق القانون الجديد:

- إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا
- أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إجراء مشاركة التحكيم.

وبالتالي فقد وضع هذا المرسوم وجوب أن تكون العقود التي يجوز فيها التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ذات طابع دولي وبالتالي فقد منع التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

ومما يلاحظ في هذا المرسوم أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في العقود الإدارية دون قيد أو شرط مخالفا بذلك المشرع الفرنسي والمصري الذي وضع مجموعة من القيود.⁽¹⁾

ثالثا:مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08

لقد كان المرسوم التشريعي 09/93 أكثر وضوحا من التعديل الجديد الذي أضفى نوعا من الغموض واللبس في هذه المسألة محال البحث وهي العقود الإدارية الدولية ، فالمشرع الجزائري في المرسوم 09/93 لم يشترط سوى أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي فقط ، بينما في القانون 09/08 الفصل الثاني القسم الأول تحت عنوان الإجراءات نجد المشرع أضاف شروطا جديدة إضافة إلى الشرط القديم والملاحظة الأولى يمكن إبدالها في هذه المسألة هي أن المشرع في القانون الجديد وضع تصنيف جديد في مادة التحكيم حيث أنه خص الأشخاص العامة الخاضعة للتحكيم بالمواد (975) و (976) وكان ذلك في سياق عام حيث أن ذلك جاء في الكتاب الرابع الذي تحدث عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية ، ثم عاد المشرع الجزائري وتكلم عن الأشخاص المعنوية العامة

¹- باسود عبد المالك ، مرجع سابق ، 159 ، 160 .

في المادة (1006) الفقرة الثالثة وهنا لم يشترط إلا شرط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي وأضاف إليها شرطا ثانيا وهو أن تتم ذلك في إطار الصفقات العمومية. ويبدو أن المشرع قد تأثر بالمشرع الفرنسي في هذه المسألة وخاصة في مسألة عدم اللجوء إلى التحكيم إلا بمبادرة من الهيئة الوصية كما ورد في المادة (976) والشروط الخاصة بمنازعات العقود الإدارية الدولية قد أوردها المشرع في المواد (975 - 976 - 1006) وهي كالتالي :

- أن تكون هذه العقود في ظل اتفاقية دولية مصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية المادة (975-1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
- أن تكون العقود الإدارية من فئة الصفقات العمومية المادة (975) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
- أن يتم اللجوء إلى هذا التحكيم بمبادرة من الهيئة الوصية المادة (976) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الثاني

موقف الاتفاقيات الدولية لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم

إن الاتفاقيات الدولية تعكس مدى اهتمام المجتمع الدولي بتنظيم أمر معين لأهميته بالنسبة لها ، وأمام اختلاف وتباين النظم القانونية في تنظيم التحكيم ، تناولت هذه الاتفاقيات مدى قدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم في عقودها ذات الطابع الدولي.(1)

ويكتسب التحكيم في العقود الإدارية شرعيته ومجاليه في التطبيق ، بموجب انضمام الدولة إلى اتفاقية دولية تتصل به ، حيث تعد تلك الاتفاقية بمثابة قانون داخلي ، تلتزم به الدولة الموقعة على الاتفاقية.(2)

وسوف نتناول أهم الاتفاقيات الدولية في مسألة مدى قدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم على النحو التالي : اتفاقية نيويورك 1958 الفرع

¹ - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 160 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 143 .

الأول ، اتفاقية جيف 1961 الفرع الثاني ، و اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 الفرع الثالث.

الفرع الأول

اتفاقية نيويورك لسنة 1958

لم تلعب هذه الاتفاقية دورا مؤثرا في مجال تشجيع الدول المنظمة إليها على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾. وذلك من خلال استقراء نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية التي أعطت للدول المتعاقدة الحق في اشتراط أن يكون النزاع الذي صدر قرار التحكيم بشأنه نزاعا تجاريا وفقا للتشريع الوطني ، مما سمح للدول الأعضاء استخدام هذا التحفظ الذي كان من نتيجة تضيق نطاق في أعمال الاتفاقية عن مجال من العقود وهو العقود الإدارية الدولية بشكل خاص . وعليه فلا يمكن القول أن للاتفاقية دورا في إزالة الحظر التشريعي بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، فكثيرا من الدول مازالت تحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم ، مثل فرنسا وهي على سبيل المثال إحدى الدول المنظمة للاتفاقية⁽²⁾ هذا من جهة ومن جهة أخرى فلقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أن القانون الذي يتحدد وفقا له قابلية النزاع للتحكيم هو قانون بلد التنفيذ مما أدى إلى التضيق من نطاق تطبيق الاتفاقية ، فقد أعطت الفرصة لبعض الدول المنظمة للاتفاقية باستبعاد نوعية من العقود من نطاق الاتفاقية والتي يجوز التحكيم فيها طبقا لقانونها الوطني ، وكان من بين هذه الدول فرنسا وغيرها من الدول التي استمرت في التمسك بحظر التحكيم في عقود القانون العام⁽³⁾.

¹ - المرجع نفسه ، ص 143 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 44 .

³ - وائل عز الدين يوسف ، مرجع سابق ، ص 86 .

الفرع الثاني

اتفاقية جنيف المبرمة سنة 1961

لقد لعبت هذه الاتفاقية دورا في تشجيع الدول الأطراف في الاتفاقية على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾. من خلال نص المادة الثانية من الاتفاقية وذلك في فقرتها الأولى على أن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقا للقانون المطبق عليها من أشخاص القانون العام المعنوية لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيمية صحيحة ، كما تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه عند التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية أو عند الانضمام إليها ، فإن كل دولة يمكنها أن تعلن عن تصديقها لهذه القدرة وفق الشروط المحددة في الإعلان ، فلقد أتاحت هذه الاتفاقية لكافة الدول الأطراف في الاتفاقية إدراج شرط التحكيم في كافة أنواع العقود التي تبرمها ومن بينها عقود القانون العام⁽²⁾

غير أن الواقع العملي يشهد بغير ذلك ، ففي فرنسا مثلا وهي إحدى الدول المنضمة للاتفاقية ، ظل القضاء الإداري الفرنسي يأخذ بالحظر الوارد على أشخاص القانون العام في إبرام اتفاقيات تحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية ، وظل الأمر هكذا على الرغم من انضمام فرنسا إلى الاتفاقية حتى صدور تشريع داخلي فرنسي يسمح بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية⁽³⁾.

هذا على الرغم من أن المادة 55 من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 تقضي بأن الاتفاقيات أو المعاهدات الموقع عليها أو المصادق عليها قانونا يكون لها منذ تطبيقها قيمة أعلى من قيمة القوانين.

وبالرغم من الموقف الفرنسي المشار إليه ، فإن مؤدى نصوص الاتفاقية السالفة الذكر هو أنها تلعب دورا في تشجيع الدول الأطراف في الاتفاقية على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية⁽⁴⁾.

¹ - محسن شفيق ، "التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية" ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر . 227 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 45 .

³ - وائل عز الدين يوسف ، مرجع سابق ، ص 88 .

⁴ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 45 .

الفرع الثالث

اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965

سمحت هذه الاتفاقية للأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة المتعاقدة بالدخول طرفاً في اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، والتوقيع على الاتفاقية يعطي الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدول الاتفاق على شرط التحكيم ، ولم تتضمن الاتفاقية أي التزام على الدول للاعتراف بأهليتها وأهلية أشخاصها الاعتبارية العامة بالاتفاق على التحكيم ، ونصت المادة 25 على أن " رضاء الهيئة العامة أو المؤسسة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة ما لم تخطر هذه الدولة المركز بأن هذه الموافقة ليست ضرورة " .

وحددت الفقرة الثالثة من المادة 25 الشروط وهي :

- توافر رضاء هذا الشخص بنظام المركز والاعتراف باختصاصه .
 - تأييد الرضاء من جانب الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري ، ما لم تخطر الدولة المركز الدولي لتسوية المنازعات بأن هذا القبول ليس ضروري⁽¹⁾.
- وتمثل هذه الاتفاقية خرقاً لمبدأ الحظر الذي تفرضه التشريعات الوطنية على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم ، وبالتالي فإن هذه الاتفاقية لا يكون لها أي معنى إلا إذا اعترفت للدولة و الأشخاص المعنوية العامة بأهلية اللجوء إلى التحكيم، ولا يمكننا التصور أن الدولة التي انضمت لهذه الاتفاقية وتعهدت بموجب اتفاقية خاصة باللجوء إلى التحكيم ، يمكنها أن تزعم أنه وفقاً لقانونها الوطني لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾.
- ولقد حققت هذه الاتفاقية نجاحاً كبيراً في مجال الاستثمار الدولي ، حيث أدخلت نظام التحكيم بين الدولة المضيضة و المستثمر الأجنبي ، ولقد انضم إليها منذ البداية 18 دولة أوروبية و 34 دولة إفريقية و 11 دولة آسيوية بالإضافة إلى 4 دول من قارة أمريكا الشمالية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

¹ - السعيد خويلدي ، سمية صخري ، "شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية" - دراسة مقارنة - مجلة دفاتر السياسة والقانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، العدد الخامس عشر ، جوان 2016 ، ص 335 .

² - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 168 .

³ - وائل عز الدين يوسف ، مرجع سابق ، ص 89 .

كما نصت المادة (54) من الاتفاقية على أن الدول الأعضاء في الاتفاقية تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة من هذا المركز وتضمن على أراضيها تنفيذ الإلتزامات المالية الناشئة عن هذه الأحكام .

ويستفاد من النص السابق أن أحكام التحكيم الصادرة من هذا المركز يجب تنفيذها في أقاليم الدول الأطراف في الاتفاقية ، كما لو كانت أحكاما صادرة من محاكمها القضائية.⁽¹⁾ لقد كان لهذه الاتفاقية تأثير على التزام الدول المنضمة إليها بإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية، خاصة إذا كان القانون الداخلي لهذه الدول يعطي للاتفاقية الدولية قوة تنفيذية أعلى من القوانين الداخلية كما هو الحال في فرنسا ، أو يجعل من الاتفاقيات جزءا من التشريع الداخلي للدولة كما هو الحال في مصر.⁽²⁾

¹ - المرجع نفسه ، ص 90 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 46 .

الفصل الثاني

دور القضاء الإداري في عملية

التحكيم

بعد تكريس التحكيم في منازعات العقود الإدارية صراحة في الأنظمة القانونية المختلفة ومن بينها الجزائرية بموجب المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أنه بوصفه قضاء خاص ، لا يمكنه أن يظل بمعزل عن مساعدة ورقابة قضاء الدولة ، حيث يستمد فاعليته من قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة يملك وحده إلزام الخصوم بتنفيذ قراراته وأحكامه من أجل تحقيق العدالة ، الأمر الذي استجوب التنظيم القانوني للتحكيم تدخل القضاء في عملية التحكيم سواء قبل بدايتها أو أثناء سيرها أو بعد إصدار الحكم .

وهذا ما جعلنا نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين فتناولنا في المبحث الأول تدخل القضاء الإداري السابق لصدور الحكم ، ثم تناولنا رقابة القضاء الإداري بعد صدور الحكم وذلك في المبحث الثاني .

المبحث الأول

تدخل القضاء الإداري السابق لصدور الحكم

إن التحكيم كما سبق وشرنا طريق بديل عن القضاء لحل النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بين طرفي عقد ما ، وبذلك فإن المحكم يعمل بشكل موازي مع القاضي ، كما أن المحكم يتمتع بسلطة القاضي والتي يستمدّها من إرادة المتعاقدين ، إلا أن كل ذلك لا يعني أن التحكيم مستقلاً تماماً عن قضاء الدولة ، بل بالعكس فكلاهما تحكمها علاقة متصلة تتجلى في كل مراحل التحكيم.⁽¹⁾

وإن أول دور يمكن أن يقوم به القاضي بصفته مساعداً لهيئة التحكيم هو تقديم يد العون في تعيين المحكمين في حالة الصعوبة في تعيينهم⁽²⁾ لذلك يجوز لأي طرف أن يطلب من القضاء التدخل لتجاوز هذه العقبة ولتعيين كل أعضاء هيئة التحكيم أو بعضهم وتسمى طريقة تشكيل هيئة التحكيم التجاري الدولي في هذه الحالة بالتشكيل القضائي.⁽³⁾

كما نجد للقضاء أدواراً أخرى هامة يلعبها في العملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى نهايتها وبالتالي فإن أغلب التشريعات الحديثة عالجت العلاقة بين القضاء والتحكيم لتوضيح من جهة أوجه المساعدة بينهما ، ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم من أجل ضمان حسن سير العملية التحكيمية.⁽⁴⁾

وفي هذا المبحث سنتطرق إلى تدخل القضاء الإداري في مرحلة الترشيح للمهمة التحكيمية في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نعالج تدخل القضاء الإداري خلال أو أثناء سير الخصومة التحكيمية .

¹ - إيمان بحري ، "حدود سلطات المحكم في التحكيم التجاري" ، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي - السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 63 .

² - حداد طاهر ، "دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون التنمية الوطنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 12 .

³ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 224 .

⁴ - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 63 .

المطلب الأول

تدخل القضاء الإداري في مرحلة الترشيح للمهمة التحكيمية.

بالرغم من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الذي يتجلى في استبعاد القضاء الوطني بالنظر في أصل النزاع إلا أن هذا الأثر يمكن القول انه نسبي ، حيث أن للقضاء دور في سير الدعوى التحكيمية من خلال دوره المساعد لهيئة التحكيم والذي يتجلى في عدة مظاهر⁽¹⁾ أهمها التدخل في تشكيل هيئة التحكيم (الفرع الأول) والتدخل في رد المحكمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تدخل القضاء الإداري في تشكيل هيئة التحكيم.

يعد تعيين المحكم أو المحكمين من أوائل الأمور التي يبرز فيها دور القضاء في التحكيم ويعد هذا الدور في هذه المرحلة دورا مساعدا أو معاونا أكثر من كونه دورا رقابيا.⁽²⁾

إن تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص واستثناءا عندما يختارون التحكيم النظامي أو المؤسسي.⁽³⁾ يعود الأصل في تعيين المحكم أو المحكمين إلى أطراف الخصومة التحكيمية ، حيث بإمكانهم اختيار محكميهم مباشرة أو اللجوء إلى نظام تحكيم دائم ، إلا انه وفي حالات معينة يتعذر حصول ذلك إما لمماطلة احد الطرفين أو عدم تعيينه أصلا أو عدم الاتفاق على المحكم المرجح وهذا ما دفع بأغلب التشريعات العالمية إلى تنظيم هذه الحالة ، وبذلك فتح المجال للأطراف لطلب المساعدة من القضاء من اجل التدخل لتشكيل هيئة التحكيم.⁽⁴⁾

¹ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 106.

² - رزوق نوال ، " الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي " ، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 - السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 212 .

³ - منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 65 .

⁴ - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 64.

أولاً: الجهة القضائية المختصة في تعيين المحكمين

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في حالة وجود عقبات يستحيل معها تشكيل هيئة التحكيم ولم يستطع الأطراف التغلب عليها ، ففي هذه الحالة يجوز لمن يهمه الأمر من الخصوم اللجوء إلى جهة القضاء المختصة لإزالة هذه العقبات ومن ثم تمام عملية التحكيم .
ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أكلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري.⁽¹⁾

فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد خول قاضي الدولة اختصاصات تستهدف إقرار التكامل بين عمل القاضي والمحكم بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم سواء في تشكيل محكمة التحكيم أو تذليل مختلف الصعوبات التي قد تطرأ أثناء نظر النزاع .
وقد عهد هذه المهمة إلى رئيس المحكمة ، غير أنه فرق بين ما إذا كان التحكيم يجري بالجزائر أو بالخارج.⁽²⁾ وبالتالي فإن الاختصاص النوعي ينعقد لرئيس المحكمة أما الاختصاص الإقليمي فيجب أن نفرق بين حالتين عند تحديد المحكمة المختصة بالتدخل في تعيين المحكمين⁽³⁾ بحيث تنص المادة (1041) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾ على أنه " في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي :

- 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .
- 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

¹- بن عمران سبيلا ، "الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية" ، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة ، السنة الجامعية 2010/2011 ، ص 65 .

²- حدادن طاهر ، مرجع سابق ، ص 38

³- Terki (N) , l'arbitrage commercial international en Algérie , OPU , 1999 , p83 .

⁴- القانون 09/08 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، الصادر بتاريخ 2004/04/23 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 .

إن تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى هذه المادة مرتبط إذن بمكان جريان التحكيم :

أ- التحكيم يجرى في الجزائر: عند عدم تعيين المحكمين أو في حالة الصعوبة في تعيينهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، فالعبرة إذن في مكان جريان التحكيم ، وهذا المكان يتم الاتفاق عليه في اتفاقية التحكيم .

لكن في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الاتفاقية ، فإن الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ ، ذلك ما نصت عليه المادة (1042) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ " .

ويلاحظ انه في هذه الحالة يمكن أن يؤول الاختصاص للقضاء الجزائري كما يمكن أن يؤول للقضاء الأجنبي.⁽¹⁾

ب- التحكيم يجرى في الخارج : عندما يجرى التحكيم في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر ، فلا يطرح أي إشكال ، فعندما يتعذر تعيين المحكمين أو هيئة التحكيم ، فانه على الطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر .

ويلاحظ أن هذا النص أعطى اختصاصا واسعا للقاضي الجزائري لتسوية كل الصعوبات التي تحول دون تشكيل هيئة التحكيم ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري ، كما يستبعد تدخل أي قضاء أجنبي في ذلك وهذا موقف ايجابي من المشرع.⁽²⁾

والملاحظ أن المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون رقم (09/66) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفصل الثاني من الباب الخامس لم يفصل في إجراءات التحكيم ولا الجهة القضائية المختصة للتدخل لتشكيل المحكمين ، مكتفيا في المادة (976) منه إلى

1 - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 225 .

2 - المرجع نفسه ، ص 225 .

النص على انه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون ، أمام الجهات القضائية الإدارية

وبالتالي تطبق في هذا السياق أحكام الاختصاص النوعي والإقليمي المنصوص عليها بالمواد (800 و 803) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ أين يؤول الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية على اعتبار أنها صاحبة الاختصاص وفقا للمعيار العضوي للفصل في القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها .

كما يتحدد الاختصاص الإقليمي طبقا لأحكام المادة (1041 و 1042) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حسبما إذا كان يجري في الجزائر أين يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء التحكيم. أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج فالمحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة هي المختصة إقليميا .

فالقاعدة التي أقام عليها القانون الجزائري تسمية المحكمين هي الحرية التامة لسلطان الإرادة والمحكمة لا تتدخل إلا لوضع إرادة الأطراف الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ إذا لم يتمكن الأطراف والمحكمون من تنفيذها ، ففي هذه الحالة فان القضاء يحق له التدخل وذلك بناء على شروط .

ثانيا: شروط قبول طلب تعيين المحكمين

- أن يكون هناك اتفاق على التحكيم ، يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة .
 - يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص .
 - يجب أن يقدم احد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكمين .
- فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة على تشكيل المحكمة مع ملاحظة أن تدخل القاضي الوطني ليس تدخلا في شؤون التحكيم ، بل هو مساعدة للتحكيم حتى يستطيع أن يسير في إجراءاته ، فالمحاكم القضائية لا تنتظر هنا في النزاع بل تساعد المحكمة التحكيمية على النهوض للنظر بالنزاع.⁽¹⁾

¹ - منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 66.

وقد اغفل المشرع الجزائري عن تحديد مدة معينة لتقديم طلب تعيين المحكم أمام المحكمة المختصة ، بل ترك المجال مفتوح لطرفي التحكيم للاتفاق على آجال تشكيل هيئة التحكيم ومنها يتم تحديد تاريخ اللجوء للقضاء للمساعدة في تشكيلها عند الضرورة ، غير أن عدم تحديد هذه الآجال قانونا لن يكون في صالح من يهمله التعجيل ولن يحقق الهدف من اللجوء إلى التحكيم ألا وهو السرعة في الفصل في النزاعات ، وبالتالي فانه من الأفضل أن يتدارك المشرع الجزائري ذلك.(1)

الفرع الثاني

تدخل القضاء الإداري في رد المحكمين

يمارس المحكم دورا مشابها للقاضي ، لذا يجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق وسلوكيات ، وأدبيات قانونية ، فالمحكم عندما يتولى التحكيم فهذا يعني انه حاز ثقة الأطراف وهي ثقة مستمرة منذ بدء التحكيم وحتى نهايته ، وهي مرتبة أدبية عالية المستوى تفرض مجموعة من السلوكيات والأدبيات وكل إخلال من المحكم بهذه السلوكيات يعرضه لإجراءات الرد.(2)

ورد المحكم من الأمور التي يظهر فيها دور القضاء في التحكيم التجاري الدولي بشكل جلي حيث تتدخل المحكمة في رد المحكم عند ظهور عدم حياده أو استقلاليته وأية أمور أخرى تثير شكوكا حول حيده ، وبذلك نجد اغلب التشريعات الوطنية والدولية الخاصة بالتحكيم قد خولت للأطراف الحق في تقديم طلب رد المحكم أو المحكمين إلى الجهة القضائية المختصة.(3) وعليه نتطرق لأسباب الرد وأثاره.

أولا أسباب الرد :

¹ - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 72 .

² - حدادن طاهر ، مرجع سابق ، ص 51.

³ - عامر فتحي البطاينة ، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي" - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ص 97 .

يقصد برد المحكم هو طلب إبعاد المحكم عن نظر النزاع والفصل فيه خوفا من تحيزه وعدم استقلاله ، وعرفه بعض الفقهاء على أنه : " دفع ببطالان تشكيل هيئة التحكيم إذا كانت شكوك تثار حول نزاهة المحكمين واستقلالهم".⁽¹⁾

لم تحدد بعض التشريعات أسباب الرد ، تاركة المجال للأطراف في تحديد الأسباب التي تراها جدية ،⁽²⁾ ومن التشريعات من سوت بين المحكم والقاضي فيما يخص أسباب الرد.⁽³⁾ أما القانون الجزائري ، فقد حددت المادة (1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسباب الرد والتي تتمحور أساسا حول مبدأ سلطان إرادة الأطراف وتوفر الشبهة المشروعة في استقلالية المحكم.⁽⁴⁾ فتنص : " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف .
- 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
- 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه ، أو شارك في تعيينه ، إلا لسبب علم به بعد التعيين .

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد .."

ولذلك إذا توافر سبب من أسباب الرد فيجب على الطرف الذي يهمله التعجيل أن يسعى إلى اتخاذ ما يراه مناسبا ، أما إذا كان هذا الطرف قد قام أو اشترك بتعيين المحكم ففي هذه الحالة لا يجوز له رده إلا إذا تبين أن سبب الرد قد ظهر بعد التعيين.⁽⁵⁾ لكن السؤال الذي قد يثار في هذا الصدد ما هو الأثر المترتب عن رد المحكم ؟

ثانيا أثار رد المحكم :

¹ - حسان كليبي ، "دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، شعبة القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، السنة الجامعية 2012/2013 ، ص 44 .

² - من هذه التشريعات قانون تحكيم سلطنة عمان ، قانون التحكيم المصري ، اتفاقية عمان العربية للتحكيم .

³ - من هذه التشريعات القانون الليبي ، القانون السوري ، القانون اللبناني .

⁴ - منير عباسي ، مرجع سابق ، ص 68 .

⁵ - انظر المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال الفقرتين 4 و 5 من المادة (1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري اقتصر على ذكر أن القضاء هو المختص بالفصل في طلب رد المحكم في حال النزاع وذلك بإصدار أمر يكون غير قابل لأي طعن سواء كان أمره بقبول الرد أو برفضه ، والهدف من ذلك هو حتى لا يتخذ طلب الرد كذريعة لإطالة مدة النزاع وأيضا لضمان تحقيق الهدف المرجو من التحكيم وهو السرعة في الفصل ولكنه لم ينص صراحة على اثر تقديم طلب الرد أو اثر الفصل فيه مثل باقي التشريعات.

لذلك نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يبين عكس التشريعات المقارنة أو الدولية المتعلقة بالتحكيم إجراءات الرد ولم يحدد المدة التي يجب أن يقدم فيها الطلب ولا عدد الطلبات التي يمكن أن يقدمها طالب الرد في نفس التحكيم ، ولا الجهة القضائية المختصة بالفصل في الطلب ولا الآثار المترتبة عن الطلب ، وفي هذا نقص كان على المشرع تداركه ، وكان عليه التماسي والتشريعات الحديثة خاصة ما جاء بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

كما انه لم ينص على الأثر الموقوف لإجراءات التحكيم عند طلب الرد أمام القضاء هذا ما قد ينعكس سلبا في حالة صدور حكم تحكيمي بتشكيكة مخالفة للقانون عند صدور حكم قضائي ببرد المحكم .

وقد اغفل كذلك الفصل الثاني من الكتاب الرابع من القانون (09/08) على تنظيم إجراء الرد في التحكيم الخاص بالمواد الإدارية مكتفيا بما ورد في المادة (1016) المذكورة أعلاه الأمر الذي يجدر تداركه لاختلاف الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي.⁽¹⁾

المطلب الثاني

دور القضاء الإداري أثناء سير الخصومة التحكيمية

إن تدخل القضاء في مجال التحكيم لا يقتصر فقط على مرحلة تشكيل هيئة التحكيم ولكنه يمتد ليشمل مرحلة السير بإجراءات التحكيم الدولي ، والتي تبدأ من تاريخ تعيين

¹ - انظر المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحكمين إذا لم يكن قد تم تعيينهم في اتفاق التحكيم ، أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم بالنزاع إذا كان قد تم تعيينها مسبقا في اتفاق التحكيم وتنتهي بصور حكم التحكيم الدولي.⁽¹⁾ وهكذا يتضح لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم.⁽²⁾

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع كما في القانون القديم⁽³⁾ عدد جملة من أوجه المساعدة التي يمكن أن يقدمها القاضي في هذا المجال كالرقابة في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية (الفرع الأول) كما يتدخل القاضي أيضا في مجال الحصول على الأدلة وتحقيقها سواء ما تعلق بسماع الشهود أو تقديم مستند محتجز لدى الغير أو أداء اليمين... الخ (الفرع الثاني).⁽⁴⁾

الفرع الأول

تدخل القضاء الإداري في مجال اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقفية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى.⁽⁵⁾

¹ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 233 .

² - محمد احمد البديرات ، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم" دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 م ، المؤتمر السنوي السادس عشر ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص 711 .

³ - الأمر (154/66) المؤرخ في 1966/07/08 ، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية ، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 47 ، لسنة 1966 .

⁴ - حفيظ قطاف ، مرجع سابق ، ص 57 .

⁵ - احمد السيد الصاوي ، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية" المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2008 ، ص 822 .

وبالتالي يمكن لأطراف المنازعة أن تتخذ إجراءات معينة تمنحهم حماية أكثر للحفاظ على حقوقهم من الضياع ، وتحسينها ، وتتمثل هذه الإجراءات في التدابير الوقائية والتحفظية.⁽¹⁾

فما المقصود بالتدابير الوقائية والتحفظية ؟ وما موقف المشرع الجزائري منها ؟

أولا المقصود بالتدابير الوقائية والتحفظية :

بداية تجدر الإشارة إلى أن مسألة التدابير الوقائية والتحفظية هي مسألة شائكة من حيث تحديد مفهومها كونها تتعلق بحالة استعجال من جهة ، ومن جهة أخرى صعوبة حصرها في مفهوم واحد نتيجة لتعدد أسباب الحماية التي توفرها للخصوم.⁽²⁾

فتعرف هذه التدابير على أنها تدابير وقائية تتم بصفة مستعجلة لا تمس أصل الحق وتكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية التنفيذ في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب ، أو حمايتها ، وتنتهي الخصومة فيها إما بزوال الخطر تلقائيا وإما بواسطة أعمال الحماية الموضوعية.⁽³⁾

وهناك من يميز بين التدابير المؤقتة والتحفظية على أساس أن التدابير المؤقتة عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية العادية كالحكم بالنفقة التي يحكم بها إلى حين صدور حكم موضوعي في النفقة ، وكالحكم الذي يصدر بصورة مستعجلة يوقف طرد مستأجر ، أو صدور حكم بغرامة تهديدية مؤقتة .

¹ - عبد الوهاب عجيري ، "شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري" ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة سطيف 2 ، السنة الجامعية 2013/2014 ، ص 102 .

² - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 113 .

³ - علي الشحات الحديدي ، "التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 1997 ، ص 18 ، 19 .

أما المقصود بالإجراءات التحفظية فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع كإجراء الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز باستيفاء حقه اختياراً أو جبراً.⁽¹⁾ ولقد ثار جدل حول إمكانية تدخل القضاء في مجال الإجراءات المؤقتة والتحفظية سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها :

- فقبل تشكيل هيئة التحكيم فإن القضاء ينفرد بالبت في طلبات التدابير الوقائية والتحفظية بنفس الشروط التي يتدخل بها طبقاً للقواعد العامة ، وذلك لان الاختيار للجوء التحكيم يعني استبعاد القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي أي أن اختصاص القضاء الاستعجالي يبقى قائماً للنظر في طلبات التدابير المؤقتة والتحفظية المتعلقة بموضوع النزاع .

- أما فيما يخص تدخل القضاء في موضوع الإجراءات المؤقتة والتحفظية بعد تشكيل هيئة التحكيم فقد اختلفت حول ما إذا كان الاختصاص باتخاذها ينعقد لهيئة التحكيم وحدها أو لقضاء الدولة فقط أو اختصاص مشترك بينهما.⁽²⁾

الرأي الأول: اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية

يذهب جانب من الفقه إلى انه وان كان صحيحاً أن من آثار اتفاق التحكيم هو استبعاد قضاء الدولة بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ، إلا أن نطاق هذا الأثر يقتصر على موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم ، وبالتالي فإن المسائل التي قد تثور بشكل تبعي كالتدابير الوقائية والتحفظية لا يشملها هذا الأثر السلبي وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن مثل هذه المسائل يتم النظر فيها من قبل قضاة ينتسبون إلى قضاء الدولة وهم أدرى بتطبيق القانون من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المحكم يفقد لسلطة الإلزام.⁽³⁾

الرأي الثاني: اختصاص المحكم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية

يرى هذا الرأي أن الاختصاص هيئة التحكيم في الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية المتصلة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم يؤول لهيئة التحكيم وحدها ، وذلك استناداً لإرادة

¹ - مسعودي أسماء ، "المحكم في خصومة التحكيم الدولي" ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي ، شعبة حقوق تخصص علاقات دولية خاصة جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 55 .

² - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 84 .

³ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 113 ، 114 .

الأطراف ذاتها ، ومن ثم لا حاجة للجوء إلى القضاء المستعجل، وإن هيئة التحكيم أقدر على تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه التدابير ، وبما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع فالأولى أنها تستطيع اتخاذ مثل هذه التدابير الغير ماسة بموضوع النزاع ، وبما أن الأطراف اختاروا التحكيم بإرادتهم كبديل عن القضاء ، فإنهم لن يرفضوا تنفيذ ما أمرت به هيئة التحكيم من تدابير مؤقتة وتحفظية.⁽¹⁾

الرأي الثالث: الاختصاص المشترك بين القضاء وهيئة التحكيم

ينادي هذا الاتجاه بالاختصاص المشترك في اتخاذ التدابير ، حيث أن الطرف المعني بأمر اتخاذ التدابير لا يمكنه طلب اتخاذ التدابير مباشرة إلى القضاء ولكنه يطلبها من الهيئة المختصة أصلا بالنزاع أما الدور الاحتياطي يرجع للقضاء فيما لو امتنع احد الأطراف عن الامتثال لما وجه إليه.⁽²⁾

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة التدابير المؤقتة والتحفظية

عالج المشرع الجزائري مسألة اتخاذ التدابير الوقفية والتحفظية في منازعة تتعلق بعقد إداري يتضمن اتفاق تحكيم في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص في المادة(01/1046) منه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك ..."

فمن خلال هذه الفقرة يتضح لنا انه بإمكان طرفي التحكيم الاتفاق بداية على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية ؛ أي أن أساس صلاحياتها هو اتفاق طرفي التحكيم على تخويلها هذه السلطة ، وبذلك تصبح لها سلطة تقديرية في اتخاذ التدابير الوقفية و التحفظية ، بناء على طلب صاحب المصلحة وبالتالي لا يجوز لها أن تأمر بها من تلقاء نفسها حتى لو اقتضت ظروف النزاع اتخاذ مثل هذه التدابير ، كما انه لا يجب النص على ذلك في اتفاق التحكيم ، فإذا تضمن اتفاق التحكيم بندا يقضي بعدم اختصاص هيئة التحكيم باتخاذها ، فانه لن يكون لها ذلك.⁽³⁾

¹ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 235 .

² - حجاج حنان ، "الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية" ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكايمي ، شعبة الحقوق تخصص قانون علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ، السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 49 .

³ - Trari Tami (M) , droit algérien de l'arbitrage commercial international , Berti édition , Alger ,2007, P79.

كما ذهب أيضا المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري إلى ابعاد من ذلك ، حيث أجاز لهيئة التحكيم إصدار أحكاما وقتية بناء على طلب الخصوم ولو لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك ، وهذا قبل صدور الحكم المنهي للخصومة ، وهذا ما تؤكده المادة (1049) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أجازت لمحكمة التحكيم إصدار أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.⁽¹⁾

ومن خلال الفقرة الثانية من المادة (1046) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح انه إذا امتنع الطرف الذي صدر إليه الأمر من هيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير ، جاز لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء وتطلب منه التدخل ليأمر هذا الطرف بتنفيذ الأمر الموجه إليه ، والمقصود بذلك طلب تسخير القوة العمومية لإرغام الطرف الممتنع على الانصياع لما قضت به هيئة التحكيم من تدابير ، ويؤخذ على المشرع انه لم يحدد بدقة القضاء المختص إقليميا باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.

وكما يلاحظ أن الطرف المعني لا يمكنه اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب هذه التدابير بل يجب طلبها من هيئة التحكيم التي تكون مختصة بها في الأصل ، أما دور القضاء فهو احتياطي ترجع إليه هيئة التحكيم عند رفض الطرف الموجهة إليه الامتثال لها.⁽²⁾

الفرع الثاني

تدخل القضاء الإداري في مجال الحصول على الأدلة .

انطلاقا من قاعدة أن التحكيم كالقضاء يلجأ إليه لحسم الدعاوى التي ينظرها ، فانه بذلك يستخدم طرق الإثبات المنصوص عليها في الأنظمة القانونية ، وذلك قصد إثبات الدعاوى التحكيمية والوصول إلى حكم فيها ، لكن وبالرغم من هذه الخاصية التي خولتها القوانين الوضعية لهيئة التحكيم إلا أن هذه الأخيرة تفتقد للسلطة الجبرية في إلزام أحد الخصوم بتقديم دليل تحت يده قد يكون منتجا في الدعاوى التحكيمية ، وفي هذا الصدد فعلى

¹ - لزهر بن سعيد ، "التحكيم التجاري الدولي" ، (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية) ، دون رقم طبعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 295 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 238 .

هيئة التحكيم أن تعرض الأمر على الجهة القضائية المختصة قصد إلزام الخصم على تقديم المستند المطلوب تقديمه.⁽¹⁾

ولأجل ذلك وحتى نبين دور القضاء في مساعدة هيئة التحكيم في أدلة الإثبات سنتطرق ولو بصورة مختصرة لتعريف الإثبات في المواد الإدارية ،وموقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة.

أولاً: تعريف الإثبات

من خلال النصوص القانونية يتبين أن مفهوم الإثبات لا يخرج عن التعريف الاصطلاحي المتعارف عليه قانوناً وهو " تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم ".⁽²⁾

ويقصد بالواقعة القانونية بمعناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً ، والإثبات إنما ينصب على صحة الواقعة القانونية وليس على الحق المتنازع فيه ومعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات ، فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله ليست له قيمة عملية فهو والعدم سواء من الناحية القضائية.⁽³⁾

ووفقاً لما سبق ذكره يتضح أن الإثبات بمعناه الاصطلاحي يتميز بالخصائص التالية :

- هو إثبات يمكن القول (وبتحفظ) انه مقيد ، بمعنى أن هذا الإثبات لا يتم إلا بالطرق التي حددها القانون ووفقاً لإجراءات معينة .

- محله واقعة قانونية أو تصرف قانوني متنازع عليه ، بمعنى أن هذا الإثبات لابد أن ينصب على نزاع قائم مترتب عن واقعة قانونية أو تصرف قانوني كأساس للحق المدعى به.⁽⁴⁾

¹ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 116 .

² - محمد صبري السعدي ، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية" ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004 ، ص 06

³ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، (الإثبات - آثار الالتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1968 ص 16 .

⁴ - محمد بن عمر ، مرجع سابق ، ص 117 .

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

تناول المشرع مسألة الحصول على الأدلة في التحكيم الدولي من خلال المادتين (1047) و (1048) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنص المادة (1047) على انه " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " ، وأما المادة (1948) فقد نصت على انه "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى ، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم ، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي". وقد اخذ المشرع الجزائري نص المادة (1047) حرفيا من المادة (01/180) من القانون الدولي الخاص السيويسري ، أين تخضع عملية تقييمها وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع.

ومن خلال نص هذه المادة (1047) يتضح أن الأصل هو تولي هيئة التحكيم البحث عن الأدلة التي يمكن أن تفيدها في النزاع المعروض عليها ، أما المادة (1048) فقد تطرقت إلى انه إذا اقتضت الضرورة اللجوء إلى مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة ، وذلك بان تقدم هيئة التحكيم أو الخصوم وبالاتفاق مع هيئة التحكيم أو الطرف الذي يهمله التعجيل وبترخيص من هيئة التحكيم طلب بموجب عريضة لتدخل القاضي المختص وفي هذه الحالة يطبق هذا الأخير قانون بلده.

وبالتالي فان تدخل القضاء في هذه الحالة يكون فقط عند تعذر التحكيم الحصول على دليل كأن يرفض احد الأطراف تقديم مستند تحت يده أو أن تطلب سماع شاهد ويرفض هذا الأخير الحضور ، وفي هذه الحالة لا تملك هيئة التحكيم سلطة الجبر والإلزام ، وبالتالي تلجأ إلى القضاء لطلب المساعدة منه وذلك باستعمال سلطة الجبر بالحضور للإدلاء بشهادته.⁽¹⁾

¹ - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 86 .

الفرع الثالث

تدخل القضاء الإداري في مجال المسائل العارضة

قد تعترض إجراءات التحكيم مسائل تخرج عن ولاية التحكيم ، إما لأنها غير قابلة للتحكيم أصلاً ، وإما لأن اتفاق التحكيم لا يشملها ، إلا أن الحكم فيها يكون ضرورياً لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة التحكيمية ، وفي هذه الحالة يجب وقف السير في إجراءات التحكيم لحين الفصل في هذه المسائل ، وتسمى المسائل الأولية أو المسائل العارضة . وتعرف المسائل العارضة أو المسائل الأولية بأنها كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها ،⁽¹⁾

وإذا فصلت هيئة التحكيم في هذه المسائل التي تخرج عن ولايتها كان حكمها باطلاً لكن إذا كانت تدخل في ولايتها وجب عليها الفصل فيها ، ومثال لذلك الفصل في مسألة اختصاصها .

ومن المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم :

- الطعن بالتزوير في ورقة مقدمة كدليل أمام هيئة التحكيم ، وغيرها من المسائل الجنائية لذلك يجب إحالة الأطراف بشأنها إلى الجهة القضائية المختصة ، ووقف السير في إجراءات التحكيم لحين الفصل فيها .

- الطعن بعدم دستورية قانون متصل بالنزاع أو بإلغاء قرار إداري متصل به .
- المسائل ذات الصلة المباشرة بالمسائل المالية مثل الإفلاس وتحديد فترة الرتبة لمعرفة ما إذا كان المدين قد أبرم اتفاق التحكيم قبل التوقف عن الدفع أو بعده ، ومسائل الحقوق الفكرية أو حقوق الملكية الصناعية تمهيدا للنظر في الحقوق المالية المترتبة عليه ، وكذلك إذا كان موضوع التحكيم نزاعاً نشأ عن عقد ترخيص باستغلال براءة اختراع ودفع أحد الأطراف المحكّمين ببطلان هذه البراءة.⁽²⁾

لم يوضح المشرع الجزائري موضوع المسائل العارضة في باب التحكيم التجاري الدولي لكنه تطرق إليه في باب التحكيم التجاري الداخلي في المادة (2/1021) من قانون

¹ - حجاج حنان ، مرجع سابق ، ص 51 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 244 .

الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي ، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ، ويستأنف سريان اجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسائل العارضة " .

ونلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائي قد حصر المسائل العارضة في طعن بالتزوير مدنيا في ورقة وحصول عارض جنائي ، ولم ينص على باقي المسائل ، كما انه لم يوضح صراحة وقف إجراءات التحكيم بسبب هذه المسائل العارضة ، واكتفى بالإشارة إلى استئناف سريان اجل التحكيم من تاريخ صدور الحكم في المسألة العارضة.(1)

المبحث الثاني

رقابة القضاء الإداري على حكم التحكيم

إذا كانت إرادة الأطراف قبل صدور حكم التحكيم هي التي تصدر المشهد في عملية التحكيم ، ويكون القضاء خلالها بمثابة الدعامة والسند لهذه الإرادة المجتمعة ، فانه بعد صدور هذا الحكم التحكيمي الدولي تكون الكلمة العليا للقضاء ، ذلك أن هذا الحكم التحكيمي الصادر في هذه المرحلة غالبا ما تتنازع إرادتان مختلفتان ، فطرف يريد المضي في تنفيذ هذا الحكم وطرف آخر يريد الطعن ببطلانه .

ولغياب وجود قضاء دولي متخصص لممارسة الرقابة على نشاط التحكيم ، فانه لا مناص من قيام القضاء الوطني في مختلف الدول من الاضطلاع بهذا الدور ، وتحدد التشريعات الوطنية عادة حالات هذه الرقابة ونطاقها.(2)

وللرقابة القضائية على حكم التحكيم عدة صور تختلف بحسب الغاية والهدف التي ترمي إليه ؛ فهناك الرقابة القضائية التي تهدف إلى التيقن من مدى احترام المحكم للشروط الواردة في القانون الوطني من اجل الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه ، وذلك عند تقديم المحكوم لصالحه طلب الأمر بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي ، وهو ما يسمى بالرقابة القضائية عن طريق الفصل في طلب الاعتراف والأمر بالتنفيذ وهذا ما سوف نتناوله بالدراسة في المطلب الأول .

¹ - إيمان بحري ، مرجع سابق ، ص 87 .

² - بلقاسم حلوط ، مرجع سابق ، ص 52 .

وهناك الرقابة القضائية التي تهدف إلى رقابة المحكم حول ما إذا كان طبق القانون وحقق العدل أم لا ؟ والتي تأتي عن طريق طرق الطعن في الحكم التحكيمي وهذا ما خصصنا له الدراسة في المطلب الثاني.(1)

هذا وقد نصت المادة (976) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في ذات القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

المطلب الأول

الفصل في طلب الاعتراف والأمر بالتنفيذ

يكتسب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره ، وهذه الحجية غير كافية للاعتراف وتنفيذ تلك الأحكام ، إلا بعد اللجوء إلى القضاء من أجل الاعتراف به أولاً ثم وضع الصيغة التنفيذية عليه ثانياً.(2)

فهو ليس من الأحكام التي أعطاها المشرع القوة التنفيذية ولا استخراج الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي لأبد من إتباع شروط وإجراءات وهذا ما سنحاول معالجته من خلال التطرق إلى كيفية الاعتراف بالحكم التحكيمي في الفرع الأول ، ثم إلى تنفيذه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الاعتراف بالحكم التحكيمي

ويقصد بالاعتراف أن القرار أو الحكم التحكيمي قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف ، كما أنه لا يعني إكراه المنفذ عليه على تنفيذ مضمون الحكم ، بل بأن تعترف السلطة القضائية بهذا الحكم التحكيمي الأجنبي . واعترافها يعني أن هذا الحكم هو إلزامي(3) وحتى يتمكن الطرف طالب التنفيذ من الوصول لاستصدار الأمر بالتنفيذ ينبغي اتخاذ عدة إجراءات.

¹ - سليم بشير ، "الحكم التحكيمي والرقابة القضائية" ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص ، جامعة الحاج لخضر - باتنة - كلية الحقوق ، قسم العلوم القانونية ، السنة الجامعية 2010/2011 ، ص 223 .

² - عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق ، ص 62 .

³ - عبد الحميد الاحدب ، "التحكيم الدولي" ، الجزء 3 ، دار نوفل ، بيروت ، لبنان ، ص 393 .

أولاً: الحكم التحكيمي الداخلي

إن الحكم الداخلي يختلف عن الحكم التحكيمي الدولي ، خاصة أثناء الرقابة القضائية فإذا كان للحكم التحكيمي الدولي إجراءات خاصة مثل عملية الاعتراف التي ستأتي مناقشتها لاحقاً فإن الحكم التحكيمي الداخلي لا يحتاج إلى ذلك بل يكفي الإيداع لدى كتابة الضبط لا غير ويخضع الحكم التحكيمي الداخلي إلى إجراءات الإيداع التي لا علاقة لها بالرقابة القضائية ، وهو إجراء وجوبي يسبق عملية التنفيذ ، وعدم القيام به يحرم صاحب الحق من استيفاء حقه، ولذا ينبغي التركيز على إجراء الإيداع لا على الاعتراف ، والأحكام التحكيمية الداخلية القابلة للإيداع .

أ- إيداع الحكم التحكيمي الداخلي:

بعد صدور الحكم التحكيمي الداخلي مباشرة يودع أصله لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة من الطرف الذي يهمله التعجيل.⁽¹⁾

والحكم التحكيمي الداخلي يتميز عن الحكم التحكيمي الدولي في كونه صادر في ظل نظام قانوني هو نفسه نظام الدولة التي صدر وسينفذ بها ، على خلاف الحكم التحكيمي الدولي الذي تحكمه نظم قانونية أجنبية ، تختلف عن النظام القانوني الداخلي.

ولتنفيذه يقوم صاحب الحق مباشرة بإجراءات طلب الأمر بالتنفيذ لكن شريطة إيداع أصل الحكم التحكيمي الداخلي لدى كتابة الضبط.

وإذا كان الحكم التحكيمي الدولي لا تكون له الحجية الكاملة في البلد الذي صدر به إلا بعد الاعتراف به من قبل القضاء الرسمي لهذه الدولة ، فإن الحكم التحكيمي الداخلي يكتسب الحجية كما سلف الذكر بمجرد صدوره.⁽²⁾

وبالتالي فبمجرد إيداع الحكم لدى أمانة الضبط يدخل الحكم التحكيمي الداخلي في النظام القضائي الرسمي ، باستثناء إجراءات الأمر بالتنفيذ لم يعد في حاجة إلى إجراءات الاعتراف.

أما بالنسبة لمصاريف الإيداع فقد نص عليها المشرع الجزائري في نفس المادة (1035) نص على هذه المصاريف كما يلي " ويتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض

¹ - انظر المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - انظر المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والوثائق واصل حكم التحكيم " إلا أنه في هذه الفقرة يوجد غموض وخط بين عملية الإيداع والأمر بالتنفيذ.

وقبل الانتهاء من موضوع إيداع الحكم التحكيمي الداخلي يستوجب طرح سؤال حول ما هي الأحكام التحكيمية القابلة للإيداع ؟
أو هل كل ما تصدره هيئة التحكيم من أحكام تكون صالحة للإيداع؟
ب- الأحكام التحكيمية الداخلية القابلة للإيداع:

إن جميع الأحكام التحكيمية سواء كانت نهائية (كلية) أو جزئية أو تحضيرية فهي قابلة للإيداع والمشرع الجزائري كان صريحا وفصل نهائيا في إشكالية الحكم التحضيري وذلك من خلال نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على :
" يكون حكم التحكيم النهائي ، أو الجزئي ، أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرتها اختصاصها ، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة ".
وكان الهدف من ذلك هو وضع الحكم التحكيمي تحت تصرف طرفي التحكيم سواء من صدر لصالحه أو من صدر ضده ، بغية اتخاذ إجراءات التنفيذ أو إعطاء الفرصة للمحكوم عليه للطعن بالاستئناف.

والخلاصة أن الحكم التحكيمي الداخلي ليس في حاجة إلى إجراءات الاعتراف المتبعة في الأحكام التحكيمية الدولية ، ذلك لأنه (الحكم التحكيمي الداخلي) وليد النظام القانوني للدولة مقر التحكيم والتنفيذ في آن واحد ويكفي فيه الإيداع.

ثانيا: الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي

إن الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي لا يعني حتما الأمر بالتنفيذ وما يؤكد هذا المفهوم هو أن اغلب التشريعات أوردت الاعتراف إما في مواد مختلفة عن المواد المتعلقة بالتنفيذ ، وإما نصت على الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية في فرع مستقل ونصت على الأمر بالتنفيذ في فرع آخر كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نظمها في فرع مستقل تحت عنوان " الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي " في المواد من (1051) إلى (1053) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ، ولم يورد عبارة " الأجنبي " ، كما نص على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية في فرع مستقل هو الآخر تحت عنوان " تنفيذ الأحكام

التحكيمية الدولية " في المادة (1054) من نفس القانون التي أحالت الأمر هي الأخرى على المواد من (1035) إلى (1038) المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية.⁽¹⁾ ومن جهة أخرى نص في المادة (1039) من نفس القانون على أنه " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .

ويفهم من ذلك أن المشرع ابتعد عن المعيار الذاتي والمعيار الإجرائي لتحديد التحكيم الدولي ، واعتمد على المعيار الموضوعي المؤسس على المصالح الاقتصادية ثم أضاف إليها على أن تكون هذه المصالح متعلقة بدولتين على الأقل ؛ أي أن المصالح الاقتصادية المتعلقة بدولة واحدة لا تكتسب التحكيم الصفة الدولية فهو تحكيم داخلي.

منه فإن المشرع اعتمد عبارة التحكيم التجاري الدولي لا التحكيم التجاري الأجنبي كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.⁽²⁾

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن موضوع الاعتراف مستقلا عن موضوع التنفيذ وانه من الممكن اتخاذ إجراءات خاصة بالاعتراف دون مباشرة إجراءات التنفيذ ، وللإحاطة بالموضوع لابد من استقراء المواد الممتدة من (1051) إلى (1053) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.⁽³⁾

أ- ثبوت وجود القرار التحكيمي الدولي:

نصت المادة (1052) على الكيفية التي من خلالها يتم إثبات وجود الحكم التحكيمي الدولي وأكدت على أن يثبت ذلك عن طريق تقديم أصل الحكم التحكيمي الدولي مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها.

وقد نقل المشرع الجزائري هذه المادة حرفيا لكن عند وقوفه أمام الفقرة الأخيرة الخاصة بالترجمة غرض النظر ولم ينقلها واكتفى بالوثائق الأولى مع التصديق عليهما في حالة عدم وجود الأصول .

¹ - لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 376 .

² - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 275 .

³ - بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 250 .

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى فكرة الترجمة إلى اللغة العربية رغم أنه نقل المادة (1499) من قانون المرافعات المدنية الجديد الفرنسي حرفياً وهذا يرجع إلى احتمال أنه اعتمد في ذلك على المبادئ العامة لهذا القانون وخاصة المادة (08) منه التي نصت على وجوب تقديم الوثائق والمستندات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول.

ب- عدم مخالفة النظام العام الدولي:

من الصعب جداً إيجاد قاعدة مطلقة تحكم مفهوم النظام العام ، فو فكرة مرنة تتغير باختلاف لمكان والزمان فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى.⁽¹⁾

وإذا كانت فكرة النظام العام في الأصل فكرة وطنية خالصة هدفها حماية النظام الداخلي من أي تهديد يمسّه ويزعزع أركانه ، إلا أن النظام العام يختلف دوره ، بحيث ما إذا كانت العلاقة محل النزاع وطنية خالصة ، أم يتخللها العنصر الأجنبي الذي أسبغ عليها الطابع الدولي.

وهناك قواعد تتعلق بالنظام العام ذات طابع دولي ، والأمثلة على ذلك عديدة ، كالقاعدة الدولية التي تحرم الرشوة ، وتحارب الفساد أو منع الرق أو التفرقة العنصرية أو تحرم الاتجار في الأسلحة أو التهريب أو الاتجار بالمخدرات هذه الأمثلة وأخرى تعد تجسيدا للنظام العام الدولي.⁽²⁾

والمشرع نص في المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم مخالفة الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي للنظام العام الدولي وليس النظام العام الوطني. ويفهم من النص أن المشرع الجزائري ضيق من مفهوم النظام العام واكتفى بعدم مخالفة الاعتراف بالقواعد العامة المتفق عليها دولياً ولم يتوسع إلى قواعد النظام العام الوطني أي بعبارة أخرى قد يمس الاعتراف ببعض القواعد الآمرة الداخلية ، ومع هذا لا يمنع القاضي من الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي مادام لم يمس النظام العام الدولي والهدف من هذا الاتجاه والتبسيط هو تشجيع العلاقات التجارية الدولية والاستثمار الأجنبي.⁽³⁾

¹ - بليغ حمدي محمود ، "الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية" ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،

مصر ، 2007 ، ص 465 .

² - المرجع نفسه ، ص 470 .

³ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 277 .

والخلاصة إن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية لا يتطلب من القاضي البحث الدقيق في موضوع الحكم التحكيمي ، وإنما فقط مراعاة الشروط الشكلية كأصل الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم أو نسخة مصادق عليها من المصالح الرسمية وفرض الترجمة إذا كانت غير محررة بغير اللغة العربية مع مراعاة القواعد العامة للنظام العام الدولي ، دون تعقيد الأمور ودون الدخول في مدى توافر عدالة حكم التحكيم.⁽¹⁾

الفرع الثاني

تنفيذ الحكم التحكيمي

بمجرد صدور حكم التحكيم ، فإنه يحوز لحجية الشيء المقضي به ، حتى ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه ، مادام قد استوفى الشروط الخارجية لصحته من الناحية الدولية. ومادام حكم التحكيم يحوز هذه الحجية فإنه يجب الاعتراف به وتنفيذه⁽²⁾ ، سواء في البلد الذي صدر فيه أو بلد غير ذلك الذي صدر فيه ، غير أن ذلك لا يتم إلا إذا منحت الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها الصيغة التنفيذية لهذا الحكم.⁽³⁾ وعلى هذا الأساس في إطار الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام التحكيم يمر حتما الحكم التحكيمي سواء كان الداخلي أم الدولي على الجهة القضائية المختصة ، ولذا تفرض طبيعة الموضوع معالجته في عنصرين : تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي أولاً ، وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي ثانياً.

أولاً: تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي

تسهيلاً لعملية التنفيذ بالنسبة للرقابة القضائية قام المشرع بإلغاء صراحة المواد (452 ، 453 ، 458) مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم⁽⁴⁾ وحل محلها المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية والمادة (1054) بالنسبة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ، واعتبر المواد القانونية القديمة

¹ - بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 254 .

² - الاعتراف يعني أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف ، في حين أن التنفيذ يقصد به أن يطلب الخصم المحكوم لصالحه أن يقوم المحكوم ضده بتنفيذ ما ورد في حكم التحكيم بموجب قواعد الإجراءات التنفيذية المتبعة في البلد هذا إن لم يكن المحكوم ضده يريد تنفيذ الحكم اختيارياً.

³ - عبد النور احمد ، "إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة" - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2010/2009 ، ص 126 .

⁴ - القانون رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 .

غامضة تدفع القضاء إلى التأويل والتفسير لتحديد ما هو الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ وما هو غير القابل لذلك.

وحسب المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد صنف الأحكام التحكيمية القابلة للتنفيذ وحددتها بالنهاية التي معناها الفاصلة في النزاع قطاعيا وكلية والجزئية وهي التي تكون قطعية ولكن لم تفصل في النزاع كلية وهي متعلقة بنقطة معينة ، والتحضيرية التي تتعلق بتعيين الخبراء أو بعض التحقيقات قبل الفصل في الموضوع. وعليه فإن الإجراءات الواجب إتباعها في طلب التنفيذ تبدأ بإيداع أصل الحكم التحكيمي ثم تحضير عريضة طلب الأمر بالتنفيذ مرفقة بالوثائق الضرورية وأساسها أصل الحكم التحكيمي.⁽¹⁾

أما الجهة القضائية المختصة بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي فقد حددت المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأولى ذلك "... بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ...". وبالتالي فبالنسبة للاختصاص المحلي هو محكمة مقر صدور الحكم التحكيمي لا مقر التنفيذ لأن الغرض من هذه الإجراءات هو مجرد وضع الصيغة التنفيذية لا غير ، أما التنفيذ المباشر فإنه يكون في مقر تواجد محل التنفيذ.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإنه من الضروري على طالب التنفيذ أن يقدم طلبه ووثائقه لدى رئيس المحكمة الإدارية الصادرة بدائرة اختصاصها الحكم التحكيمي الداخلي. وبعد الأمر بالتنفيذ الصادر من رئيس الجهة المختصة يعتبر الحكم التحكيمي الداخلي مدرج ضمن النظام القضائي الجزائي ويكسب القوة التنفيذية التي كان يفقدها قبل الأمر رغم الحجية التي اكتسبها بمجرد صدوره.

وبناء على الأمر بالتنفيذ السالف الذكر يقوم رئيس أمناء الضبط لدى المحكمة بتسليم الصيغة التنفيذية الرسمية للحكم التحكيمي الداخلي لمن طلبها⁽²⁾

والحكم التحكيمي الداخلي قبل وصوله إلى مرحلة الصيغة التنفيذية يخضع للرقابة القضائية عن طريق طرق الطعن كاعتراض الغير الخارج عن الخصومة والاستئناف ثم

¹ - انظر المادة 1035 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - انظر المادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الطعن بالنقض كما هو منصوص عليه في المواد (1032 ، 1033 ، 1034) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وبالتالي فالصيغة التنفيذية هي تحصيل حاصل.

ثانيا: تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

تنص المادة (1054) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه " تطبق أحكام المواد من (1053) إلى (1038) أعلاه ، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي ". ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد أحال بشأن القواعد التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر إلى القواعد الخاصة بالتحكيم الداخلي مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة التحكيم الدولي.

والمشرع الجزائري على غرار معظم الدول المنظمة إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 سن نصوصا خاصة بالتحكيم الدولي ، ولاسيما المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واسند الاختصاص إلى القضاء الوطني وفرق بين حالة ما إذا جرى التحكيم الدولي في الجزائر ، وإذا تم في الخارج⁽¹⁾

أ- الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر: طبقا للمادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يتبين وان المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع التحكيم الدولي⁽²⁾

وبالتالي على رئيس المحكمة الادارية المذكورة أعلاه أن يتفحص الوثائق الضرورية بداء بأصل الحكم التحكيمي الدولي واتفاقية التحكيم وضرورة ترجمتها في حالة تحريرهما باللغة العربية مع مراعاة عدم مخالفة النظام العام الدولي.

ولقد اختار المشرع الجزائري محكمة مقر التحكيم لأسباب موضوعية منها أن المحكمة قد تكون على علم بالعملية التحكيمية مسبقا وذلك عن طريق بعض الطلبات التي قد سبق وان قدمت أمامها أثناء المحاكمة ك تعيين المحكمين مثلا أو الرد أو سماع الشهود.

¹ - دريس كمال فتحي ، مرجع سابق ، ص 278 .

² - لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 376 ، 377 .

وحتى وان لم يحدث ذلك فلا بد أن تسبق عملية إيداع أصل الحكم التحكيمي والوثائق المرفقة به ، والمشرع الجزائري حسنا فعل لما أعطى الاختصاص المحلي والنوعي لرئيس محكمة مقر التحكيم الدولي.

ب- الجهة المختصة بالأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر:

يكون رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص محليا ونوعيا بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر وهنا المشرع الجزائري كان قد اختار معيارا سليما وموضوعيا ، لأنه بهذا الاتجاه يوفر على صاحب التنفيذ الجهد والتكاليف ، ووضع حدا للتأويلات والتفسيرات وحسنا فعل المشرع الجزائري في هذه النقطة.

وتسجل أحكام التحكيم سواء الداخلية أو الدولية لدى كتابة الضبط والحفظ المنظم والمؤسس على التقنيات الحديثة ، بحيث يستطيع كل من له مصلحة الاطلاع عليها أو اخذ صورة منها ، مثلها مثل الأحكام القضائية.

إلا أن هناك اختلاف بين الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر والحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر ، فالإيداع بالنسبة لأول شيء طبيعي قابل للتطبيق مثله مثل الحكم التحكيمي الداخلي ، لكن الأمر مختلف بالنسبة للثاني ، فإنه ليس من الضروري أن يسبق الإيداع طلب الأمر بالتنفيذ ، كما أن عدم الإيداع لا يؤثر على صحة الحكم التحكيمي الدولي لأنه جاء بعد التحكيم ، وانه من الإجراءات البعدية ، والمشرع الجزائري في المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يربط عملية الأمر بالتنفيذ بإجراء الإيداع بل جاءت الصياغة خالية من ذلك على خلاف قانون الإجراءات المدنية القديم الذي ربط الأمر بالتنفيذ بإيداع الحكم التحكيمي من خلال نص المادة (452).⁽¹⁾

ومع هذا فان عملية الإيداع عمليا قد تسبق طلب الأمر بالتنفيذ وقد تتزامن معه وكلاهما صحيح ، فيمكن للمودع أن يبدأ بعملية الإيداع ثم بعد الانتهاء منها يقدم طلب الأمر بالتنفيذ. وإجراءات الأمر بالتنفيذ تختلف عن إجراءات التنفيذ ذلك لان إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ إجراءات بسيطة تتمثل في مجرد تقديم الطلب ممن له مصلحة في ذلك .

¹ - نصت المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية الملغى على انه "

ومن المتعارف عليه أن من له مصلحة في الأمر بالتنفيذ هو من كان الحكم التحكيمي في صالحه لكن نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت عامة وشاملة "على الطرف الذي يهمله التعجيل" ويفهم من ذلك أنه من الممكن جدا تقديم الطلب من المحكوم ضده ، وحسنا فعل المشرع لأنه لم يحصر حق تقديم الطلب في المحكوم له فقط.

كما أن المشرع الجزائري لم يقيد ميعاد تقديم طلب الأمر بالتنفيذ بميعاد معين ، وبالتالي يمكن القول أن الميعاد يخضع للقواعد العامة المتعلقة بسقوط الأحكام القضائية بالتقادم.

ويشترط على طالب الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بأصل حكم التحكيم ، والمشرع الجزائري لم يشترط إرفاق اتفاقية الحكم واكتفى بأصل حكم التحكيم لا غير وهنا على المشرع تفادي مثل هذه الحالة حتى لا يفتح مجالا للتأويلات والتفسيرات ، الأمر الذي يزيد تعقيدا لعملية التحكيم برمتها.

ويقدم طلب الأمر بالتنفيذ بكيفية عادية لا تحتاج إلى تبليغ الطرف الآخر ولا حضوره بل تخضع لإجراءات الأوامر على العرائض وهي من الأعمال الولائية وليست من الأعمال القضائية.

وحتى لا يختلط الأمر بين إجراءات الأمر بالتنفيذ وبين عمل القاضي عند النظر في طلب الأمر بالتنفيذ ، يجب التركيز على سلطات القاضي أمام هذا الطلب ، هل يقتصر عمله على الرقابة اللاحقة السطحية للحكم التحكيمي أم يتدخل في موضوع الحق ويقرر حينئذ ما إذا كانت هيئة التحكيم قامت بعملها وفقا للقانون أم لا ؟

ومن خلال استقراء المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية يستخلص أن الجهة القضائية المختصة لا يتعدى نطاق رقابتها على الحكم التحكيمي الدولي الجانب الشكلي دون التطرق للموضوع ولا يجوز لها النظر فيما إذا كان المحكم طبق القانون أم لا ؟ وأن الحكم التحكيمي عادل أم غير ذلك ؟ لأن في ذلك مسا بالتحكيم وتجاوز في السلطة.

ولذا يمكن القول أن النظر في طلب الأمر بالتنفيذ لا يعد استثناء أمام القضاء بل هو مجرد رقابة قضائية شكلية بالمفهوم الضيق لا بالمفهوم الواسع خاصة بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي.

المطلب الثاني

الطعن أمام القضاء الإداري في حكم التحكيم

المتفق عليه هو أن ما يقوم به القاضي من عمل هو نفسه الذي يباشره المحكم ، وجميعا يتكاتفون من اجل حل النزاعات المطروحة في المجتمع بشتى أنواعها ، وكل منهما يقوم بعملية قضائية لينتهي بحكم قطعي.

إلا انه من الممكن جدا أن ترتكب أخطاء من المحكم لأنه بشر كالقاضي فيلحق الطرف صاحب الحق الأذى فيحرم منه ، ولهذا أقرت التشريعات والاتفاقيات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضد قرارات التحكيم الدولي وكما عبر عنه الدكتور بن الشيخ ، فانه يجب أن تعلق طرق الطعن كسيف ديموكليس فوق رؤوس المحكمين لكي لا يصدر هؤلاء قراراتهم باستخفاف وخارج جميع مبادئ الإنصاف وبطريقة غير شرعية.⁽¹⁾

وعلى هذا الأساس فتح المشرع نافذة وسمح بالطعن في أحكام التحكيم وهي على منوال طرق الطعن في الأحكام القضائية ، يلجأ من خلالها الأطراف إلى القضاء لتصحيح الأخطاء الواردة في حكم التحكيم.

وقد سبق الحديث عن الرقابة القضائية وكانت خلاصة القول أنها تتجلى في ثلاثة وسائل الأولى عن طريق الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي والتي تم التطرق إليها سابقا والثانية من خلال الطعن في الحكم التحكيمي وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفرع الأول والفرع الثاني من هذا المطلب ، والثالثة والأخيرة دعوى البطلان والتي خصصنا لها الفرع الثالث.

الفرع الأول

طرق الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي

قد يصدر الحكم وهو مشوب بالخطأ ، وقد يتعلق الخطأ بالإجراءات التي أسس عليها الحكم أو بالحكم ذاته ، إذ يقع الخطأ في تطبيق القانون على ما قدم من وقائع ويتعلق الخطأ في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج منها ، لهذا اوجد المشرع تنظيما دقيقا بشأن تصحيح هذه الأخطاء.

1-Benchikh (Noureddin) , "l'arbitrage dans relation commerciales internationales de l'Algérie" thèse de doctorat de l'université du Maine ,Novembre 1992 ,p 264.

أولاً: استئناف الحكم التحكيمي الداخلي

تنص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل ما لم تتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم " وبالتالي فإن حق الاستئناف ثابت للخصوم حتى وإن لم ينص عليه في اتفاق التحكيم فاستئناف حكم التحكيم هو القاعدة ، وعدم جواز الاستئناف هو الاستئناف الذي يصنعه الأطراف في اتفاق التحكيم قبل صدور الحكم التحكيمي.

فإذا ما اتفق الأطراف على عدم جواز الاستئناف ففي هذه الحالة يصبح حكم التحكيم نهائي وبإمكان المحكوم له اتخاذ إجراءات التنفيذ.

وفي حالة ما إذا كان الحكم التحكيمي مخالف للنظام العام أو حقوق الدفاع واتفق الأطراف على عدم جواز الاستئناف ففي هذه الحالة معظم التشريعات تفتنت لهذا ، وفتحت نافذة أخرى للطعن في هذا الحكم عن طريق الطعن فيه ببطلان.

إلا أن المشرع الجزائري سكت تماماً ولم يتطرق لموضوع البطلان في مثل هذه الظروف وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري ضمن للأطراف الرقابة القضائية وذلك للمرور الحتمي بالجهة القضائية التي لها أن تأمر بالتنفيذ أو ترفض وهي بهذا قد يتحقق مبدأ الرقابة القضائية لكن في اعتقادنا رقابة شكلية لا غير.

ثانياً: استئناف الأمر الرفض لتنفيذ حكم التحكيم الداخلي

بمجرد صدور حكم التحكيم تغل يد المحكم ويتخلى عن النزاع كما نصت المادة (1030) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إما ينفذ حكم التحكيم اختيارياً من قبل الأطراف وإما تبدأ بوادر منازعة جديدة إذا أراد أحدهم إتباع طريق القضاء للتنفيذ.

ولتنفيذ حكم التحكيم جبرياً لا بد من استصدار الصيغة التنفيذية طبقاً لنص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وان قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ ، بفعل الصيغة التنفيذية ، فهي وضعية شبيهة بوضعية الأحكام القضائية القطعية المكتسبة للقوة التنفيذية ، غير أن قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ تظل مهددة باحتمال الطعن فيه في إطار المهل المحددة قانوناً.⁽¹⁾

ومن خلال نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأخيرة⁽²⁾ نرى أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ جوازية الاستئناف في الأمر الرفض للتنفيذ. ثالثاً: آجال الاستئناف في حكم التحكيم وأمر رفض تنفيذه

وقبل تسجيل الطعن في حكم التحكيم ، يقتضي معرفة المدة المقررة قانوناً للطعن فيه فلا يوجد حكم أو أمر قابل للطعن دون تحديد مدة طعنه.

والآجال المنصوص عليها في القانون الجزائري حددت بشهر واحد بالنسبة لاستئناف حكم التحكيم ابتداء من يوم النطق بالحكم⁽³⁾ وبـ 15 يوماً (خمس عشرة) بالنسبة لاستئناف أمر رفض التنفيذ ابتداء من يوم الرفض.⁽⁴⁾

وقد ضبط المشرع الجزائري مدة الاستئناف بـ 15 يوماً حتى لا يترك حكم التحكيم دون تنفيذ.

ولقد فرق المشرع الجزائري بين جهة استئناف حكم التحكيم وبين جهة استئناف أمر رفض التنفيذ ، فالأولى نظمها المادة (1033) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاص حكم التحكيم ، أما بالنسبة للثانية حددت بمقتضى المادة (1035) الفقرة الأخيرة ، وهي المجلس القضائي. وبالتالي إذا كان الأمر يتعلق بحكم تحكيمي فاصل في المواد الإدارية فالاختصاص يؤول لمجلس الدولة بصفته جهة استئناف طبقاً لنص المادة (902) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ - القاضي غالب غانم ، " الرقابة على القرارات التحكيمية عبر مسار الصيغة التنفيذية " ، مقال في المحكمة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد الأول ، ص 11 .

² - تنص المادة 1035 على أنه " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوماً ... "

³ - تنص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر (1) من تاريخ الطعن فيه "

⁴ - تنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوماً من تاريخ الرفض .. "

وحددت المادة (950) من نفس القانون آجال الاستئناف أمام مجلس الدولة بشهرين من يوم التبليغ الرسمي للحكم.

الفرع الثاني

طرق الطعن في الحكم التحكيمي الدولي

يفرق المشرع الجزائري من حيث الطعن بين حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر ، وحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

فيخضع كل واحد منهما إلى قواعد قانونية خاصة فإذا كان الاثنان يشتركان في كونهما غير قابلين للاستئناف مباشرة أمام الجهات القضائية الجزائرية ، فإنهما يختلفان في :

أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري ولن يكون ذلك إلا بطريقة غير مباشرة من خلال الطعن بالاستئناف سواء ضد أمر رئيس المحكمة القاضي بالاعتراف والتنفيذ أو ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ طبقا لنص المادتين (1055) و (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على أن القرارات الصادرة تطبيقا لهاتين المادتين قابلة للطعن بالنقض.

في حين إن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء.⁽¹⁾

أولا: الاستئناف

أ- استئناف الأمر القضائي الصادر بشأن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي

الصادر خارج الجزائر:

تنص المادة (1055) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف ".

لم يحدد المشرع الحالات التي يمكن فيها رفع الاستئناف ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي بل ترك المجال مفتوحا لطالب الاعتراف والتنفيذ.

ومن المؤكد أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الاعتراف أو التنفيذ تكون محل استئناف أمام الجهة القضائية التي تعلو المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ ، بحيث تنص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية

¹ - المادة 1058 قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 .

والإدارية على أنه " يمكن للخصوم استئناف الأمر برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

لم تحدد هذه المادة الجهة المختصة للنظر في الاستئناف لكن باعتبار أن الأمر المستأنف هو أمر على ذيل عريضة وبالتالي نرى أن الاختصاص في نظر الاستئناف يكون لرئيس المجلس القضائي طبقا لنص المادة (312) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁽¹⁾ وفي المواد الإدارية يختص بذلك مجلس الدولة طبقا لإحكام نص المادة (902) الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية...."

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة يبرز فيها أسباب الاستئناف ، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف وكذا القرار التحكيمي و اتفاقية التحكيم ، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الواجهة وإنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد وإما بالإلغاء ، ومن جهة أخرى مراقبة ما إذا كان الأمر محل الاستئناف غير مخالف للنظام العام الدولي.

ب- الاستئناف في الأمر الصادر بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر:

عند فصله في الطلب المقدم إليه ، فعادة ما يستجيب رئيس المحكمة لطلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته للملف المقدم إليه والتأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر في هذه الحالة ، فان المشرع منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ وأجاز ذلك استثناء في الحالات الستة (06) المذكورة على سبيل الحصر في المادة (1056).⁽²⁾

ويفهم من النص أن المشرع الجزائري اتخذ موقفا واضحا ضد الاستئناف في مثل هذه الأوامر ، لأنه يدرك تماما أن السماح للمنفذ ضده بذلك سيؤدي لا محالة إلى عرقلة التحكيم والدخول في متاهات كان الأطراف في غنى عنها ، مما يفقد الهدف الأساسي من اللجوء إلى هذا النظام الخاص ويعيد أطراف النزاع إلى نقطة الصفر.

¹ - المادة (312) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يرفع الاستئناف خلال 15 يوما من تاريخ الرفض ".

² - انظر المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن وقد نصت المادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد (1055) و (1056) و (1058) أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض".

وبالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

وبما أن المشرع لم يحدد الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض خاصة بالتحكيم فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وبالتالي فالطعن بالنقض يكون على أساس الأوجه الواردة في المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت 18 وجهاً للطعن بالنقض.⁽¹⁾

ويرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية وبالتالي ضد القرارات الصادرة اثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك ، وذلك بعريضة موقعة من محامي مقبول لدى المحكمة العليا.

أما في المواد الإدارية فإن الطعن بالنقض ينظر فيه أمام مجلس الدولة وحدد اجل الطعن بشهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار طبقاً لنص المواد (956) و (957) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويرفع الطعن بالنقض في اجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً ، ويمدد اجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.⁽²⁾

¹ - انظر المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - انظر المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار في مجال التحكيم التجاري الدولي.⁽¹⁾

الفرع الثالث

الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي

من خلال نص المادتين (1058) والمادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا أن الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر يمكن أن تكون موضوع طعن بالبطلان ، وإن قرارات المجلس القضائي الصادرة بشأنها ، تكون قابلة للطعن بالنقض. أولاً الطعن بالبطلان:

أقر المشرع الجزائري حق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁽²⁾ وطبقاً لنص المادة (1059) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن مسألة الاختصاص بالنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر في ميدان التحكيم الدولي يكون الاختصاص من اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم ، وبالنسبة للمواد الإدارية أمام مجلس الدولة كما سبق ذكره.

وترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال شهر واحد ، ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وعدم مراعاة هذه الآجال يؤدي إلى رفض الطعن بالبطلان ، وذلك بموجب عريضة مكتوبة مستوفية لجميع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتكون هذه العريضة معللة وفق الحالات المنصوص عليها في المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ - انظر المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 متمثلة فيما يلي :

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية ،
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون ،
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب ،
- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي .

ويفهم من هذا ان الطرف الذي طعن ببطلان القرار التحكيمي يجب عليه تبليغ الطرف المطعون ضده ، وذلك حتى يتمكن من مناقشة أوجه الطعن وتقديم دفوعه. وبعد صدور قرار المجلس نكون أمام حالتين ؛ إما حالة قبول الطعن بالبطلان وفي هذه الحالة يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون النظر في صلب الموضوع. أو حالة رفض الطعن وفي هذه الحالة يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي. ثانيا الطعن بالنقض:

نصت المادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض" وبالتالي فان القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ، وهو الأمر الذي ينطبق كذلك على القرارات الصادرة عن مجلس الدولة عند النظر في دعوى بطلان الحكم التحكيمي الفاصل في المواد الإدارية. ويرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في اجل شهرين (2) تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا . ويمدد إلى ثلاثة (3) أشهر ، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. وطبعا لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس.

هذا فيما يخص الأحكام التحكيمية الفاصلة في المواد التجارية ، أما المواد الإدارية فتطبق المواد (956) و (957) السالفة الذكر ، أين يتم الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ، في اجل شهرين من التبليغ الرسمي.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التحكيم في المواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والتي خصها المشرع بالمواد (975) (976) (977) المستحدثة بموجب القانون (09/08) ، محاولة منه لمواكبة التطوير الحاصل في مجال التحكيم ، واستقطاب المستثمر الأجنبي ، هذا الاتجاه الذي لقي معارضة فقهاء وقضائية أين اعتبرها البعض مساسا بسيادة الدولة ، إلا أن اغلب التشريعات بما فيها الجزائري حاولت إيجاد موازنة بين تلك السيادة والواقع الاقتصادي المفروض عليها من خلال إدراجها للأحكام السالفة الذكر . وبعد استعراض تلك الأحكام القانونية والآراء الفقهية والقضائية في هذا الصدد ودور القضاء في ذلك فإن أهم النتائج التي توصلنا إليها هي :

1- إن التحكيم ليس بالأسلوب الجديد فقد عرفته الحضارات القديمة إلا أن النصف الثاني من القرن العشرين قد شهد نهضة كبيرة للأخذ به كوسيلة لفض المنازعات حيث بدأ التحكيم يقدم على انه نظام عالمي وبدأ نطاق تطبيقه يتسع ليشمل المنازعات الإدارية .

2- إن من المشكلات التي أثارت جدلا كبيرا في الفقه والقضاء هو التحكيم في العقود الإدارية وذلك لاختلاف طبيعة التحكيم الذي يقوم على أساس الاتفاق في حين أن نظرية العقود الإدارية تستهدف المصلحة العامة وتستعمل الإدارة شروط استثنائية لتحقيق هذا الهدف.

3- اختلفت الدول فيما يتعلق بمدى أخذها بالتحكيم في العقود الإدارية من عدمه فهناك من الدول من شرع قانونا خاصا بالتحكيم في العقود الإدارية وسمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم دون استثناء ، وهناك من الدول من سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم مع استثناء بعض المرافق الإدارية .

4- كان موقف المشرع الجزائري معاديا للتحكيم التجاري الدولي ومعارضاً للجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ، وهذا الموقف لم يكن مطابقا للواقع العملي ، أين أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية وجماعية تنص على فض النزاعات عن طريق التحكيم ،

وبصدور المرسوم التشريعي (09/93) المعدل للأمر (154/66) الملغى حاول المشرع التوفيق بين الجانبين التشريعي والعملي ، ولم تتضح الصورة جليا إلا بعد صدور القانون (09/08) الذي نص صراحة في المادة (975) على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم وحصرها في الحالات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية ومادة الصفقات العمومية.

5- على الرغم من أن المحكم في خصومة التحكيم يقوم بدور موازي لدور القاضي في الخصومة القضائية إلا أنه لا يتمتع بسلطات القاضي فيما يخص سلطة الإلزام والتنفيذ الجبري وبالتالي نجد أن المحكم أثناء ممارسته لسلطاته بحاجة دائمة للمساعدة والرقابة القضائية ، وذلك من أجل فاعليته والتأكد من صدور حكم التحكيم بالشكل الذي أقره القانون .

6- أن الرقابة المفروضة في مراحل من التحكيم ، يغلب عليها الطابع المساعد أكثر من الرقابي ، ذلك أن المرونة في إجراءات التحكيم لا تعني التحرر من كافة صور الرقابة يضاف إلى ذلك أن اتفاقية نيويورك التي تنظم الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أجازت للقضاء الوطني ممارسة هذا الدور الرقابي.

7- يتضح دور القضاء المساعد للتحكيم في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي والمتمثلة أساسا في تعيين المحكم والفصل في طلب رده ، قد أقرها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي لا تخلو من عدم الدقة وإغفال تنظيم إجراءات التدخل وأجالها.

8- أن رقابة القضاء تتضح جليا في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي ، عند لجوء المحكّمين إما إلى طلب تنفيذه ، أو الطعن فيه بالبطلان ، إلا أنه اصطدامنا بإشكالية صدور أحكام قضائية متناقضة ، عند النظر في دعوى البطلان والتنفيذ من جهتين قضائيتين مختلفتين.

9- دعوى البطلان قد تصبح سبيلا لعرقلة تنفيذ حكم التحكيم وأسلوب للمماطلة يلجأ إليه أحد المحكّمين ، على اعتبار أن أغلب التشريعات بما فيها الجزائر من خلال المادة 1060 من

قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على انه يوقف تقديم الطعون واجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم .

10- من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، رأينا الدور الذي يلعبه القاضي الوطني من خلال إجراءات الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ، وهنا أيضا فان المشرع الجزائري لم يحدد شروطا صارمة لمنح الاعتراف وإصدار الأمر بالتنفيذ ، فالقاضي يكتفي بمراقبة سطحية يتأكد خلالها من وجود الحكم التحكيمي.

11- حسنا فعل المشرع الجزائري من خلال فتح المجال للطعن في الأحكام التحكيمية غير انه فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر ، والصادرة خارج الإقليم الجزائري وبين طرق الطعن لكلا منهما حسب صدور حكم التحكيم.

وبناء على النتائج السالفة الذكر نقدم الاقتراحات التالية :

1- إعادة النظر في النصوص المنظمة للتحكيم ، وذلك بإصدار قانون مستقل لهذا النظام بحيث يكون شاملا لكل أنواع التحكيم ومنها على سبيل الخصوص التحكيم في العقود الإدارية نظرا لطابعها الخاص ، ذلك وبشكل موسع ودقيق بحيث يصبح هذا القانون يمثل القواعد العامة في التحكيم.

2- ضرورة تعديل نصوص المواد (976) و (977) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتحكيم في المواد الإدارية والتي تحيلنا في مسائل التحكيم وإجراءاتها وخاصة طرق الطعن فيها والاختصاص الى الكتاب الخامس من ذات القانون والمتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاع والخاصة بالتحكيم من المواد (1006) إلى غاية المادة (1061) والتي لا تتناسب وطبيعة نزاعات المواد الإدارية خاصة في مسألة التقاضي وتطبيق المعيار العضوي المنصوص عليه بالمادة (800) من نفس القانون ، والاختصاص الحصري للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

- 3- إن قابلية أحكام التحكيم في المواد الإدارية للطعن بالبطلان ووقف تنفيذه لا يتماشى والأحكام القانونية المطبقة على الأحكام الإدارية القابلة للتنفيذ بمجرد صدورها الأمر الذي يستدعي تنفيذ الحكم التحكيمي في المواد الإدارية حتى ولو تم الطعن فيها بالبطلان.
- 4- إدراج نصوص قانونية في الفصل الثاني من الباب الخامس للكتاب الرابع والخاص بالتحكيم ، تتعلق أساسا بطرق الطعن في أحكام التحكيم ولاسيما الطعن بالبطلان والطعن بالنقض وإجراءاتها.
- 5- يجب أن تستعين الإدارة بذوي الخبرات القانونية والفنية العالية عند إبرام اتفاق التحكيم بحيث لا تغفل خصائص العقد الإداري أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع وذلك حتى يتمكن المحكم من تطبيق القانون الذي له علاقة بالنزاع.
- 6- ضرورة الاهتمام بدراسة الثغرات التي تعيب نظام التحكيم في العقود الإدارية وتقديم المقترحات الكفيلة بتطوير هذا النظام ومشاركة الجهات الحكومية ممثلة بالمؤسسات الحكومية والتعليمية في عقد الندوات والمؤتمرات إضافة لتبادل الخبرات على المستويات المحلية والإقليمية والدولية.

قائمة المصادر و المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية:

أ-1 القوانين:

1- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى أحكام الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008 .

أ-2 الأوامر:

1- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 21/01/1995 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الجريدة الرسمية العدد 07 لسنة 1995 .

2- الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 21/03/1995 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية سيول الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب أمر رئاسي رقم 345/95 المؤرخ في 30/10/1995 ، الجريدة الرسمية العدد 66 لسنة 1995 .

3- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/07/1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية العدد 47 ، لسنة 1966 .

4- الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 11/58 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات والمتضمن النظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 30 السنة الثامنة الصادرة بتاريخ 13/04/1971.

أ-3 المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن - بتحفظ - لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ، الجريدة الرسمية العدد 48 لسنة 1988 .

2- المرسوم الرئاسي رقم 319/09 المؤرخ في 17/10/1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات ، الجريدة الرسمية العدد 45 لسنة 1991 .

3- المرسوم الرئاسي 420/09 المؤرخ في 22/12/1990 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي والموقعة بالجزائر في 23/06/1990 ، الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 1992 .

4- المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05/10/1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي تم التوقيع عليها في الجزائر بتاريخ 24/04/1991 ، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991 .

5- المرسوم الرئاسي رقم 91/346 المؤرخ في 15/10/1991 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ 18/05/1991 ، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991 .

6- المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في 25/04/1993 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي ، الجريدة الرسمية العدد 93/27 .

7- المرسوم التشريعي رقم 93/12 المؤرخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية 64 لسنة 1993 .

ب- التشريعات الأجنبية والمواثيق الدولية:

ب-1 - التشريعات الأجنبية:

1- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر بموجب المرسوم رقم (81/500) بتاريخ 12/05/1981 .

2- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

ب-2 - المواثيق الدولية:

- 1- اتفاقية نيويورك المؤرخة في جوان 1958 المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها المعتمدة من مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك ، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88/233 الموافق لـ 05 نوفمبر 1988 .
- 2- اتفاقية جنيف الأوروبية والتي وقعت في 21/04/1961 .
- 3- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى والموقع عليها في واشنطن بتاريخ 18/03/1965 .

ثانيا: الكتب

- 1- بليغ حمدي محمود ، "الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية" ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر ، 2007 .
- 2- حفيظة السيد الحداد ، "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق" ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر 2010 .
- 3- حفيظة السيد حداد ، "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي" منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 .
- 4- خالد بن عبد الله بن عبد الرحمان الخضير ، "التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة" مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون قسم السياسة الشرعية ، جامعة الأزهر ، بدون تاريخ للنشر .
- 5- عامر فتحي البطاينة ، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي" ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .
- 6- عبد الحميد الأحذب ، "التحكيم أحكامه ومصادره" ، الجزء الأول ، مؤسسة نوفل بيروت ، لبنان ، 1983
- 7- عبد الحميد الأحذب ، "التحكيم الدولي" ، الجزء 3 ، دار نوفل ، بيروت ، لبنان، 1992
- 8- عبد الرزاق احمد السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني (الإثبات - آثار الالتزام)"، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، 1968 .

- 9- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دار الكتب القانونية ، الإسكندرية ، مصر ، 1990 .
- 10- علي الشحات الحديدي ، "التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1997
- 11- كمال عليوش قربوع ، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر" ، الطبعة الثالثة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
- 12- لزهري بن سعيد ، "التحكيم التجاري الدولي"، (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية) دون رقم طبعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون سنة نشر .
- 13- محسن شفيق ، "التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية" ، دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر
- 14- محمد صبري السعدي ، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية" ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004 .
- 15- محمد كولا ، "تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" ، منشورات البغدادي ، الجزائر ، 2008.
- 16- مراد محمود المواجدة ، "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي" ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، المملكة الأردنية الهاشمية ، 2010 .
- 17- وائل عز الدين يوسف ، "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" ، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010.
- ثالثا: الرسائل الجامعية
- 1- احمد عبد النور ، "إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة" - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان والعلوم السياسية ، 2010/2009 .
- 3- أسماء مسعودي ، المحكم في خصومة التحكيم الدولي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر اكايمي ، شعبة حقوق ، تخصص علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة السنة الجامعية 2015/2014.

- 4- إيمان بحري ، "حدود سلطات المحكم في التحكيم التجاري" ، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي - السنة الجامعية 2015/2014 .
- 5- حسان كليبي ، "يور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، شعبة القانون الخاص ، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة احمد بوقرة بومرداس ، السنة الجامعية 2013/2012 .
- 6- حنان حجاج ، "الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية" ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكايمي ، شعبة الحقوق ، تخصص قانون ، علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ، السنة الجامعية 2015/2014 .
- 7- دريس كمال فتحي ، "القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري الدولي" ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق سعيد حمدين ، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة ، 2015/2014 .
- 8- نوال رزوق ، " الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي " أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 - السنة الجامعية 2015/2014 .
- 9- سليم بشير ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر - باتنة - ، قسم العلوم القانونية ، السنة الجامعية 2011/2010 .
- 10- سناء بولقواس ، "الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" التحكيم نموذجا - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون إداري وإدارة عامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2011-2010 .
- 10- سهيلة بن عمران ، "الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية" مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة ، السنة الجامعية 2011/2010 .

- 11- طاهر حدادن ، "دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون التنمية الوطنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة مولود معمري - تيزي وزو - السنة الجامعية 2014/2015 .
- 12- عبد المالك باسود ، "حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي" رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2014-2015 .
- 13- عبد الوهاب عجيري ، "شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة سطيف 2 ، السنة الجامعية 2013/2014 .
- 14- محمد أبو القاسم علي أبريش ، "أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية" ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، نيسان 2016 .
- 15- محمد بن عمر، "أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن" الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، 2014/2015 .

رابعاً: المقالات

- 1- القاضي غالب غانم ، " الرقابة على القرارات التحكيمية عبر مسار الصيغة التنفيذية" مقال في المحكمة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد الأول .
- 2- السعيد خويلدي ، سمية صخري ، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية - دراسة مقارنة - مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد الخامس عشر جوان 2016 .

خامساً: المؤتمرات

- 2- احمد السيد الصاوي ، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية" ، المؤتمر السادس عشر التحكيم التجاري الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2008 .

- 4- محمد احمد البديرات ، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم" دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 م ، المؤتمر السنوي السادس عشر ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة .
- 5-دويب حسين صابر عبد العظيم ، "التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T " المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، بدون تاريخ للنشر.
- 6- شريف يوسف خاطر ، "التحكيم في مجال العقود الإدارية" - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري - ، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون . 307 .

المراجع باللغة الأجنبية :

- 1-Benchikh (Noureddin) ,"l'arbitrage dans relation commerciales internationales de l'Algérie" thèse de doctorat de l'université du Maine ,Novembre 1992
- 2- Terki (N) , l'arbitrage commercial international en Algérie , OPU ,1999
- 3- Trari Tami (M) , droit algérien de l'arbitrage commercial international Berti édition , Alger ,2007.

الفهرس

الإهداء

شكر وعرفان

مقدمة

01

07	الفصل الأول: قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
08	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
08	المطلب الأول: موقف الفقه من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
09	الفرع الأول: الاتجاه المعارض من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
10	الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
12	المطلب الثاني: موقف القضاء من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
12	الفرع الأول: الأحكام القضائية المعارضة لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
17	الفرع الثاني: الأحكام القضائية المؤيدة لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
23	المبحث الثاني: موقف التشريعات و الاتفاقيات الدولية لقابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
24	المطلب الأول: موقف التشريعات من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
24	الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي
26	الفرع الثاني: موقف المشرع المصري
29	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
31	المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم
32	الفرع الأول: اتفاقية نيويورك 1958
33	الفرع الثاني: اتفاقية جنيف 1961
34	الفرع الثالث: اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1965

37	الفصل الثاني: دور القضاء الإداري في عملية التحكيم
38	المبحث الأول: تدخل القضاء الإداري السابق لصدور الحكم
39	المطلب الأول: تدخل القضاء الإداري في مرحلة الترشيح للمهمة التحكيمية
39	الفرع الأول: تدخل القضاء الإداري في تشكيل هيئة التحكيم
43	الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري في رد المحكمين
45	المطلب الثاني: دور القضاء الإداري أثناء سير الخصومة التحكيمية
46	الفرع الأول: تدخل القضاء في مجال اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية
50	الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري في مجال الحصول على الأدلة
53	الفرع الثالث: تدخل القضاء الإداري في مجال المسائل العارضة
54	المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على حكم التحكيم
55	المطلب الأول: الفصل في طلب الاعتراف والأمر بالتنفيذ
55	الفرع الأول: الاعتراف بالحكم التحكيمي
60	الفرع الثاني: تنفيذ الحكم التحكيمي
65	المطلب الثاني: الطعن أمام القضاء الإداري في حكم التحكيم
65	الفرع الأول: طرق الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي
68	الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم التحكيمي الدولي
71	الفرع الثالث: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي
73	الخاتمة
77	قائمة المراجع
	الفهرس

ملخص :

في سبيل معالجة التحكيم في المواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم تقسيم الموضوع تقسيما ثنائيا تناولنا في الفصل الأول النظرة القانونية لهذا النظام في التشريع والفقه والقضاء الجزائري والمقارن ، وذلك لتوضيح مدى مشروعية هذا الأسلوب في نطاق علاقات القانون العام ، حيث عالج التطور الذي حصل بخصوص هذا الخيار في الأنظمة القانونية .

أما في الفصل الثاني فتناولنا دور القضاء في عملية التحكيم ، حيث يبرز هذا الدور من خلال المساعدة والمراقبة

وهذه المساعدة المقدمة من القضاء إلى التحكيم يمكن رصدها فيما يلي : حالة تعيين المحكم بدلا من الطرف الممتنع عن التعيين أو الذي فشل في ذلك ، وحالة رد المحكم .

أما الرقابة التي يمارسها القاضي فهي لا تعني تدخلا في مهمة المحكم أو مراجعة لمضمون حكم التحكيم ويمكن حصرها في التالي : بمناسبة طلب الاعتراف أو التنفيذ وكذلك عند الطعن ببطالان حكم التحكيم الدولي .

الكلمات المفتاحية :

التحكيم - علاقات القانون العام - القضاء الإداري - تعيين المحكم - رد المحكم - حكم التحكيم - طلب الاعتراف - حكم التحكيم الدولي .

résumé

Pour faire face à l'arbitrage dans les documents administratifs en vertu de la loi des procédures civiles et administratives ont été divisées division sujet, nous avons traité bilatéral avec dans le premier chapitre de vue juridique du système dans la législation, la jurisprudence et l'élimination de l'Algérie et comparative, afin de clarifier la légalité de cette méthode dans le cadre des relations de droit commun, où il a adressé le développement qui a eu lieu en ce qui concerne cette option dans les systèmes juridiques

Dans le deuxième chapitre, nous avons traité avec le rôle du pouvoir judiciaire dans le processus d'arbitrage, où ce rôle met en évidence grâce à une assistance et de surveillance

Cette assistance du pouvoir judiciaire à l'arbitrage peut être contrôlé comme suit: le cas nommer un arbitre plutôt que l'abstention partie de nomination ou qui a échoué à le faire, et le cas récusation de l'arbitre. Le contrôle exercé par le juge qu'ils ne signifie pas ingérence dans la tâche d'un arbitre ou d'un examen du contenu de la sentence arbitrale et peut être identifié comme suit: à l'occasion de la demande de reconnaissance ou de l'exécution, ainsi que en cas de contestation de la nullité de la règle de l'arbitrage international.

Mots-clés:

Arbitrage - Droit des relations publiques - le tribunal administratif - arbitre désigné - Répondre arbitre - sentence arbitrale - reconnaissance de la demande - la règle de l'arbitrage international.

Abstract

In order to deal with arbitration in administrative articles under the Code of Civil and Administrative Procedures, the topic was divided bilaterally. In chapter I, we discussed the legal approach of this system in the Algerian jurisprudence, jurisprudence and comparative law to clarify the legitimacy of this method within the scope of public law relations. Regarding this option in legal systems.

In the second chapter we discussed the role of the judiciary in the arbitration process, where this role is highlighted through assistance and monitoring

Such assistance from the judiciary to arbitration can be monitored as follows: a case where the arbitrator is appointed instead of the party that abstained from the appointment or failed, and the case of the arbitrator's response.

The censorship exercised by the judge does not mean interference in the arbitrator's task or a review of the content of the arbitral award and may be limited to the following: on the occasion of the application for recognition or enforcement, and also when the invalidity of the international arbitration judgment is challenged.

key words :

Arbitration - Public Law Relations - Administrative Judiciary -

Appointment of Arbitrator - Arbitrator's Response - Arbitral award -

Application for recognition - International arbitral award.