جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأعمال

من تقديم الطالب:

– مطاطلة إبراهيم

– دفوس بلال

تحت إشراف:

– أ.د.تياب نادية

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/عقر الدماغ صلاح الدين	أستاذ محاضر	رئيسا
أ.د.تياب نادية	أستاذ تعليم عالي	مشرفا و مقررا
د/بشينة سميحة	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان 2023

باسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير:

الحمد و الشكر لله كثيرا الذي وفقنا لانجاز هذا العمل.

كما نتوجه بالشكر و التقدير للاستاذة الفاضلة " أ.د.تياب نادية " التي تكرمت بالاشراف على هذه المذكرة وعلى كل ما بذلته من وقت و جهد و ما قدمته لنا من نصائح و توجيهات طيلة انجازنا لها.

كما نتقدم بالشكر الخالص لاعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هاته المذكرة.

كما لا ننسى شكر كل من قدم لنا العون و المساعدة في انجاز هاته المذكرة.

إهداء

الى والدي حفظهما الله، الى كل افراد عائلتي فردا فردا، الى الأصدقاء و الزملاء.

إبراهيم

إهداء

الى روح أبي رحمه الله،

الى روح أخي "مهدي" رحمه الله،

الى أمي حفضها الله، و الى كافة أفراد العائلة.

بلال

قائمة المختصرات

ج ر ج ج ..... الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.إ.م.إ ..... قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

د س ن ..... دون سنة نشر.

ص ..... صفحة.

❖ مقدمة

للصفقات العمومية دور أساسي في تحقيق التنمية الوطنية باعتبارها أداة لتنفيذ مشاريع الاستثمارات العمومية لذلك الأمر وجب ابرام هذه الصفقات وتنفيذها حسب المخططات الموجودة في البرامج التنموية المحددة سلفا وفي الآجال المحددة لذلك.

لقد مر النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر بعدة مراحل تاريخية منذ الاستقلال، كان اخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث عرَّفت المادة 2 من هذا المرسوم الصفقة العمومية بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وبما أن الصفقات العمومية ذات طبيعة عقدية فإنها ترتب التزامات بين طرفيها، فانه في حالة إخلال أحد طرفيها لالتزاماته العقدية يؤدي إلى الدخول في منازعات ذات طبيعة خاصة، وذلك باللجوء إلى القضاء الإداري لحل تلك المنازعات وهو الأصل باعتبار أن الصفقة العمومية عقد إداري أحد أطرافها من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، الهيئات والمؤسسات العمومية).

وتماشيا مع التطورات المتعلقة بمجال التجارة الدولية والاستثمارات أضحت الصفقات العمومية الطريق المتبع لاستقطاب المتعاملين الأجانب، وامام كل هذه المتغيرات لم يعد القضاء الوسيلة الوحيدة لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وأمام هذه الاعتبارات وجد المشرع الجزائري نفسه في موقف يحتم عليه البحث عن طرق جديدة و

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنضيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 50، صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.

فعالة لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية، فكانت أول خطواته في هذا الصدد إقرار وسائل بديلة لحل المنازعات منها الصلح، الوساطة، التحكيم.

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية، حيث مر التحكيم في النظام القانوني للجزائر بعدة محطات، كانت الأولى بمقتضى الأمر 66-154[1] المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي تبنى صراحة التحكيم في المسائل المدنية والتجارية، ورغم أهميته لم يجزه للدولة و الأشخاص الاعتبارية العمومية، و بالتالي كان التحكيم محظورا على أشخاص القانون العام، حيث نصت المادة 442 من الأمر 66-154 على : "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم،

ولا يجوز التحكيم للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

الملاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري أشار إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم، واستثنى صراحة اللجوء إليه بالمنازعات الإدارية وكذا منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فاللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية غير مسموح به.

وبصدور المرسوم التشريعي 93-09[2] المعدل لقانون الإجراءات المدنية والذي عدلت بموجبه المادة 442 المذكورة أعلاه، لنصها على: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق

---

[1] أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 يوليو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ج ج، عدد 49، صادر بتاريخ 11 يونيو سنة 1966 **(ملغى).**

[2] مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، ج ر ج ج، عدد 27، صادر في 27 فبراير سنة 1993 **(ملغى).**

الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عذا في علاقات تجارية دولية".

باستقراء نص المادة يتضح جليا فتح المجال أمام أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم الدولي، حيث أصبح بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 442 إمكانية الدولة والأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، لكن دون الإشارة ولو ضمنيا إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم إذا تعلق الأمر بمنازعات الصفقات العمومية، بمعنى آخر أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية فقط، ولم يجز التحكيم في مجال الصفقات العمومية التي تبرم في إطار القانون الداخلي.

وبصدور القانون 08-09 [1] المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث أولى هذا القانون أهمية خاصة للتحكيم كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات، وقد تم تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمجمل المبادئ و القواعد التي تنظمه.

ولعل من أهم الإصلاحات التي جاء بها المشرع في هذا القانون أنه أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 975 من ذات القانون على: " لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه، أ، تجري تحكيما إلا في

---

[1] أمر رقم **08-09**، مؤرخ في **25** فبراير سنة **2008**، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد **21**، صادر بتاريخ **23** أفريل سنة **2008**، معدل ومتمم بقانون رقم **22-13**، مؤرخ في **12** يوليو سنة **2022**، ج ر ج ج، عدد **48**، صادر في تاريخ **17** يوليو سنة **2022**.

[2] جدير بالذكر أن القانون **08-09**، قد تم تعديله بموجب القانون **22-13**، الذي لم يدخل أي تعديلات فالمبادئ و القواعد التي تنظم التحكيم.

الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية.

حيث يبدو واضحا التحول النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم، وبالذات بالنسبة لأشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، الهيئات والمؤسسات العمومية). بالانتقال من مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم إلى مرحلة جوازه.

أصبح التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل المنازعات خاصة منازعات الصفقات العمومية لما يتمتع به من مزايا متعددة، إذ يحقق ما لا يحققه القضاء.

- يحقق التحكيم سرعة الفصل في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، بينما عرض المنازعة نفسها أمام القضاء يأخذ وقتا أطول.
- يتسم التحكيم بالسرية التامة، خلافا للقضاء الذي تكون جلساته في الغالب علنية.
- التحكيم يمكن الأطراف المتنازعة من اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم[1]

❖ أهمية الدراسة

تكمن الأهمية العلمية في اعتبار الموضوع جدير بالبحث والدراسة لدارسي القانون بصفة عامة، والمهتمين بمجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، فموضوع التحكيم برز في ميدان الصفقات العمومية التي تعد أهم طرق الحفاظ على المال العام والتي يعتبر التحكيم فيها أسلوبا وديا وسريعا لحل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقة، من جهة أخرى يعتبر التحكيم وسيلة لتخفيف العبء على القضاء، وكذا التقليل من فرص مواجهة الدولة قضائيا من خلال منازعات الصفقات العمومية.

❖ أسباب اختيار الموضوع

يمكن حصر أسباب اختيار الموضوع في سببين أساسين:

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2017، ص 169

– سبب ذاتي وهو الرغبة في دراسة هذا الموضوع وذلك للميل لدراسة كل ما هو متعلق بالصفقات العمومية.

– سبب موضوعي يتعلق أساسا بأهمية التحكيم كحل ودي لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

❖ أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تبيان القواعد القانونية الخاصة والمتميزة المتعلقة بالتحكيم في مجال الصفقات العمومية من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها وإبراز أسباب التوجه نحو التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية.

❖ إشكالية الدراسة

نظرا لأهمية التحكيم كحل بديل لحل منازعات الصفقات العمومية نجد إشكالية التي تطرح نفسها:

ما مدى نجاعة التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية؟

❖ منهج الدراسة

للإجابة عن الإشكالية المطروحة، اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك من خلال الوقوف عند مختلف الأحكام المنظمة للتحكيم.

إضافة إلى المنهج التحليلي الذي استعننا به في استقراء وتحليل كافة النصوص القانونية الواردة فيه وإبداء الآراء حولها.

❖ صعوبة الدراسة

نظرا لحداثة موضوع التحكيم خاصة في مجال الصفقات العمومية يمكن إجمال أهم الصعوبات في:

– قلة الكتب والمؤلفات الوطنية المتخصصة في مجال التحكيم في الصفقات العمومية

–قلة أو بالأحرى ندرة التطبيقات الفعلية، إذ لم نستطع الحصول على أي حكم يخص حل منازعات الصفقات العمومية عن طريق التحكيم.

❖ خطة الدراسة

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا موضوعنا هذا إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لإبراز آلية التحكيم في مجال الصفقات العمومية، أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لإجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول

آلية التحكيم في مجال الصفقات العمومية

تكمن أهمية الصفقات العمومية بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالمال العام، وأنها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها، فإنها لا شك تثير منازعات بين أطراف المصلحة المتعاقدة من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى وذلك على مستوى القضاء وهو المبدأ العام لفض النزاع إلا انه هنالك آليات أخرى غير قضائية تهدف لتسوية منازعات الصفقات العمومية تبتعد في عملها عن تعقيدات الإجراءات القضائية وطولها.

في مقدمة هذه الآليات نجد التحكيم الذي يعتبر من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات وفي ظل تطور النظم القانونية أصبح التحكيم **(المبحث الأول)** حل بديل لحل منازعات الصفقات العمومية. وبتوجّه الجزائر نحو اقتصاد السوق جعلها تدخل مجموعة من الضمانات التي تهدف الى حسن تنفيذ الصفقات العمومية من بينها إيجاد تسوية ودية للمنازعات وذلك من خلال اللجوء إلى اتفاقية التحكيم **(المبحث الثاني)**.

❖ المبحث الأول: مفهوم التحكيم

باعتبار التحكيم وسيلة بديلة لحل منازعات الصفقات العمومية قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فالتحكيم قضاء خاص هو الأقدر من غيره في الفصل في المنازعات الناشئة في مجال الصفقات العمومية، ذلك أن التحكيم نظام قضائي خاص يختلف كثيرا عما شابهه من الأنظمة الأخرى **(المطلب الأول)**.

كما انه تعددت آراء الفقه حول تحديد طبيعته القانونية **(المطلب الثاني)**.

– المطلب الأول: تعريف التحكيم وتمييزه عن النظم المشابهة له

يعتبر التحكيم قضاء من نوع خاص وقد تعددت تعريفاته وتضاربت **(الفرع الأول)** وإن كان جلها يدور حول معنى ومضمون واحد، كما أن التحكيم لا يتخذ في الواقع العملي صورة واحدة وإنما ينقسم إلى صور وأشكال متعددة **(الفرع الثاني)**، وباعتبار التحكيم قضاء من نوع خاص، فان المحكم قاض من نوع خاص مهمته حسم المنازعات وليس إبداء أرائه، مما يتطلب تمييزه عن بعض النظم المتشابهة له **(الفرع الثالث)**.

- **الفرع الأول: تعريف التحكيم**

تباينت التعاريف التي قيلت بشأن التحكيم وذلك وفقا للزاوية التي ينظر إليه، فقد تعددت معانيه في اللغة، كما إنها قد تعددت تعاريفه سواء في الفقه العربي أو الأجنبي (ثانيا) كما تطرق المشرع الجزائري من جهته إلى تعريف التحكيم (ثالثا).

أولا: التحكيم لغة

إن أصل كلمة التحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل (حكّم) بتشديد الكاف مع الفتح، يقال (حكم بالأمر، حكما، قضى، حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم)، حكم فلان في الشيء والأمر جعله حكما. احتكم الخصمان إلى الحكم: رفعا خصومتهما إليه واحتكم في الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء. [1]

فالتحكيم معناه التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم (أحكمه فاستحكم) أي صار محكما (تحكيما) أن جعل الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك. [2]

وحكّموه فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما فيما بينهم قال الله تعالى: {فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم}. [3] أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار.

ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم

قد تعددت وجهة نظر الفقهاء في تعريفهم للتحكيم، يعرف التحكيم على أنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، ومن تم فإن التحكيم يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعاه. [4]

---

[1] نقلا عن محمد شوقي محروس، نزاعات التحكيم الدولي في إطار القانون الداخلي، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص 09.

[2] نقلا عن الفيروز أبادي، قاموس المحيط، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978، ص 98.

[3] الآية 65 من سورة النساء، القرآن الكريم، الطبعة الرابعة، دار بن حزم، بيروت. 2014 .

[4] نقلا عن إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 14 .

وقد عرّف بعض الفقهاء التحكيم على أنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع ما بغرض عرضه على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو وفقا لقواعد العدالة. [1]

من جهة أخرى عرّف الفقه الفرنسي التحكيم أنه: " وسيلة ودية أو سلمية لتسوية الخلافات بواسطة شخص أو عدة أشخاص عاديين (عددهم فردي) يسمون محكمين" [2]

وهو تقنية تهدف إلى إعطاء الحل لمسألة تهم العلاقات بين شخصين أو عدّة أشخاص بواسطة شخص أو عدّة أشخاص آخرين (محكم، محكمين) يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص يشكل القاعدة التي تركز عليها تلك السلطة دون أن توليهم الدولة تلك المهمة. [3]

وقد ذهبت اللجنة العمومية لقسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري في تعريفها للتحكيم بأنه: " الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم". [4]

وعرّف التحكيم بأنه: " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة". [5]

وعرف كذلك بأنه:" نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة يرضونها". [6]

---

[1] نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ص 12.

[2] نقلا عن محمد شوقي محروس، نزاعات التحكيم الدولي في إطار القانون الداخلي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص 13.

[3] المرجع السابق، ص 14.

[4] نقلا عن عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكوني، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 91.

[5] نقلا عن أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 15.

[6] نقلا عن رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص19.

وقد عرف بأنه " يقصد بالتحكيم إقامة عدالة خاصة، يتم بموجبها سلب المنازعات من اقتصاص القضاء ليتم الفصل فيه بواسطة أفراد يعهد إليهم الأطراف بمهمة الفصل في تلك المنازعات". [1]

كما عرف بأنه: " آلية تهدف إلى الفصل في مسألة بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص أخر أو أكثر (المحكم أو المحكمين، والدين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص، يعد هو الأساس لسلطتهم ويفصلون بموجبه في المنازعة، دون أن يكونوا مخولين من الدولة بتلك المهنة". [2]

ثالثا: تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية

إن تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية لا يختلف عن تعريفه في المجالات الأخرى جدير بالذكر أن التحكيم لم يعرّفه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام [3] بل نص المشرع على نظام التحكيم إضافة للأحكام المتعلقة بإجراءاته و ذلك من خلال قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم بموجب القانون 22-13 الذي لم يدخل أي تعديلات في مجال التحكيم وذلك من خلال الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، حيث أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية صراحة و هذا ما جاء في نص المادة 1006 في فقرتها الثالثة بنصها " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"[4]

على هذا الأساس يمكن أن نعرف التحكيم في مجال الصفقات العمومية بأنه:" ضمانة إجرائية لحسم منازعات الصفقات العمومية وطريق استثنائي يلجأ إليه أطراف العقد بناءا على اتفاقهما المتخذ إما شرطا يرد ضمن بنود الصفقة قبل نشوء النزاع أو مشارطة تبرم قبل أو

---

[1] Robert Jean, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz, Paris, 1993, p6

[2] David **R**ene, L'abitrage , dans le commerce international, Dalloz, Paris, 1982 , p 9

مرسوم رئاسي رقم 15-247 ،المرجع السابق.

[1] المادة 1006 ، قانون رقم 08-09،المرجع السابق

بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء بحكم ملزم يقطع دابر الخصومة" [1]

كما يمكن تعريفه بأنه: " الوسيلة القانونية التي تلجأ إليه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها لتسوية كل أو بعض المنازعات القائمة أو المحتملة الناشئة عن تنفيذ الصفقة بينها و بين أحد أشخاص القانون الخاص وطني أو أجنبي أكان اللجوء إلى التحكيم إجباريا أو اختياريا" [2]

- **الفرع الثاني: أنواع التحكيم**

يمكن أن يتخذ التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية عدّة صور وأشكال وهذا التعدد لا ينفي أن أساس التحكيم واحد، وتتمثل هذه الأنواع والصور في:

أولا: التحكيم من حيث مجاله

ما يميز نظام التحكيم الجزائري أنه فصل بين التحكيم الداخلي و الدولي.

أ-التحكيم الداخلي:

يعرف التحكيم الداخلي بأنه: " التحكيم الذي يتعلق بنزاع على إقليم الدولة وتكون جميع عناصره وطنية"[3] ويمكن القول بأنه التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية خالصة بين أطراف النزاع من دولة واحدة ويفصل بينهم محكمون وطنيون وينفذ حكمهم في ذات الدولة.[4]

---

[1] أشرف محمد خليل حامد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2010 ، ص 13.

[2] عبد الحق علاب، التحكيم في الصفقات العمومية، دار الجزائر الجديدة للنشر، الجزائر، 2017 ، ص 18 .

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية 2006، ص20.

[4] فراح مناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات.ط، دار الهدى ، الجزائر 2010 ، ص 38 .

وبإدخال الصفقات العمومية على التعريف السابق يكون التحكيم داخليا في مجال الصفقات العمومية: " هو الذي تكون فيه المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد والمحكمين خاضعين للقانون الجزائري (الموضوعي والإجرائي)، والمكان الذي يجري فيه التحكيم هو التراب الوطني"[1] حيث تعقد الصفقة العمومية داخل حدود الوطن وبين أشخاص يحملون الجنسية الجزائرية ففي التحكيم الداخلي لا وجود لأي طرف أجنبي.

ب- التحكيم الدولي:

هو التحكيم الذي ينصب على علاقات تكون بين أشخاص منتمين لدول مختلفة أو ينصب على منازعات بين الدول أو المنظمات أو الهيئات الدولية.[2]

و في التشريع الجزائري يعد التحكيم دوليا إذا كان يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.[3] فالمشرع الجزائري اعتمد المعيار الاقتصادي حتى يكون التحكيم دوليا شرط أن يكون بين دولتين على الأقل، و يتضح ذلك في جواز لجوء الأشخاص المعنوية لتحكيم في إطار علاقتها الاقتصادية و في إطار الصفقات العمومية متى كان أحد المتعاقدين من بلد أجنبي.

ثانيا: التحكيم من حيث إدارة الأطراف :

كأصل عام يكون اللجوء إلى نظام التحكيم اختياريا، إلا أن التشريع الجزائري قد أضفى على بعض المنازعات صيغة الإلزامية و جعل من التحكيم فيها إجباريا.

أ- التحكيم الاختياري:

هو التحكيم الذي يتم طرفي أو أطراف النزاع محل التحكيم ، و ذلك من خلال الاتفاق على تسوية المنازعات المستقبلية أو الحالية الخاصة بتلك العلاقة، حيث تحدد إرادة الأطراف

---

[1] عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية، دار الجزائر الجديدة للنشر، الجزائر 2017 ، ص 20 .

[2] هاين أسماء ، التحكيم في العقود الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل 2022/2021 ص 14.

[3] المادة 1006 ، فقرة 03، ق،إ،م،إ، المرجع السابق .

المحكم، القانون الواجب التطبيق، إجراءات التحكيم، كما يمكنهم العزوف عن الالتجاء إلى التحكيم مفضلين رفع الأمر للقضاء.[1]

و من خلال نص المادتين 1007 و 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بتقديمها لكل من تعريف شرط التحكيم و اتفاق التحكيم على الترتيب، يظهر تكريس المشرع الجزائري للتحكيم الاختياري من خلال ترك مجال اللجوء إلى التحكيم متعلقا بإرادة الأطراف، كما أكدت نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 [2] هذا التوجه بتأكيد على حرية المصلحة المتعاقدة في البحث عن حل ودي للنزاع القائم جراء تنفيذ الصفقة العمومية و أحد تلك الحلول هو نظام التحكيم.

ب – التحكيم الإجباري:

هو تحكيم مفروض على طرفي النزاع مقيد، أي في هذا النوع من التحكيم يلزم القانون طرفي النزاع باللجوء إلى التحكيم و الخضوع لأحكامه في بعض المنازعات، حيث لا يكون لارادة الأطراف أي تدخل في اللجوء إلى التحكيم و ذلك نظرا للطبيعة الخاصة لبعض المنازعات [3].

و قد اخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من التحكيم في النظام القانوني السابق و صرح به من خلال نص المادة 23 من الأمر 75-44 و التي نصت على ما يلي: " لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم"[4]

و بالعودة للمرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية يتجسد التحكيم الإجباري من خلال لجنة التسوية الودية التي كان يلجئ إليها كأمر إلزامي إلا أنه من خلال التقدم المستمر و

---

[1] محمد شوقي محروس، المرجع السابق،ص15.

[2] المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المرجع السابق .

[3] كمال زيادي، التحكيم في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، 2014 ص 24.

[4] المادة 23 من الامر رقم 75-44، مؤرخ في 17يونيو 1975، يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات، ج ر ج ج،عدد 53، صادر في 04 يونيو سنة 1975.

دخول المرسوم الرئاسي 15-247 حيز النفاذ تم التخلي عن فكرة إلزامية التحكيم و إدراجه كتوجّه بديل في حالة عدم اتفاق الطرفين على أي حل ودي يسمح به القانون[1].

ثالثا: التحكيم من حيث تنظيمه:

حيث أن التحكيم من حيث التنظيم ينقسم إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسساتي.

أ – التحكيم الحر:

يعتبر التحكيم الحر الصورة الطبيعية و الأسلوب الأمثل للتحكيم حيث يتفق فيه أطراف النزاع على اختيار المحكم أو المحكمين بأنفسهم كما يختارون القواعد و الإجراءات التي يتبعونها، و القانون الواجب التطبيق ، مكان التحكيم، و تنتهي مهمة المحكمين لصدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع، فالعبرة في التحكيم الحر بما يختاره أطراف النزاع من إجراءات و قواعد تطبق على التحكيم خارج أي هيئة أو منظمة تحكيمية.[2]

و بعبارة أخرى فان التحكيم الحر ، هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي نتولاه، أو من حيث القواعد و الإجراءات التي تطبق عليه، كما يتميز بأنه غالبا ما يكون أقل تكلفة و أكثر مرونة و سرعة.[3]

و قد نص المشرع الجزائري على أحكام التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09

ب – التحكيم المؤسساتي:

التحكيم المؤسساتي هو التحكيم الذي يتم في إطار مراكز نظامية و غرف دائمة على كافة المستويات الوطنية و الإقليمية و الدولية.[4]

---

[1] المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 , المرجع السابق.

[2] كمال زيادي ، المرجع السابق ص24.

[3] محمد شوقي محروس، المرجع السابق ص 73 .

[4] فراح مناني، المرجع السابق، ص 51.

فالتحكيم المؤسساتي هو الذي تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية منشأة لهذا الغرض ، كغرفة التجارة الدولية بباريس، أو محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي، و مما لا شك فيه أن كل تحكيم يتم في هذه المراكز يخضع للقواعد و الإجراءات التي تنظمها هذه المراكز أو هذه الهيئات و بالتالي يكون أطراف النزاع مقيدون بهذه المنظمات دون تكريس مبدأ الارادة[1]

يتميز التحكيم المؤسساتي بالسهولة و اليسر، فهذه المنظمات لها قوائم بالمحكمين من كافة الخبرات مما يساعد أطراف النزاع على اختيار المحكم المناسب، و تكون الأحكام الصادرة عنه نهائية و غالبا لا يجوز الطعن فيها إلا في بعض الاستثناءات و قد أوردها المشرع الجزائري في المواد 51-52 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[2]

رابعا: التحكيم الالكتروني:

التحكيم الالكتروني أو ما يعرف بالتحكيم الشبكي لا يختلف كثيرا عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم الالكتروني كشبكة الانترنيت، أو من حيث طبيعة المعاملات محل التحكيم بحيث تكون ذات طبيعة الكترونية، غير أن ما يميزه هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته و لا يشترط فيه التواجد المادي لأطراف النزاع في مكان واحد .

و منه يمكن تعريف التحكيم الالكتروني بأنه: " التحكيم الذي يتم عبر الانترنيت، و يكتسب الصفة الالكترونية من الطريقة التي تتم بها، و هي الطرق السمعية البصرية المفتوحة للاتصال عن بعد دون الحاجة التقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين"[3]

و بخصوص التحكيم الالكتروني في مجال الصفقات العمومية نجد ان المشرع نص على الاتصال بالطريقة الالكترونية في مجال الصفقات العمومية في الفصل السادس من

---

[1] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1 ، دار الشرق، القاهرة، د.س.ن. ص 17.

[2] المادة 51-52 . ق.إ.م .إ المرجع السابق.

[1] العربي زروق ، التحكيم الالكتروني في مجال الصفقات العمومية، "**مجلة الدراسات القانونية**"، المقارنة، المجلد 08، العدد 01 الجزائر 2022، ص433.

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تحت عنوان " الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.[1]

- **الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له:**

اقر المشرع الجزائري إلى جانب التحكيم وسائل بديلة لفض المنازعات رغبةً منه في تخفيف العبء على القضاء و التي تتمثل في الصلح، و الوساطة، الوكالة، الخبرة و لذلك يجب الوقوف عند أهم الفروق بينها و بين التحكيم.

أولا: تمييز التحكيم عن القضاء:

يعد التحكيم أقدم وجودا من القضاء، إذ كانت بداية الوظيفة القضائية تحكيمية قبل نشأة الدولة، فالهدف من القضاء و التحكيم الوصول إلى تسوية النزاع، و ذلك بإصدار أحكام قابلة للتنفيذ .

يبقى القضاء هو الأصل، فهو صاحب الاختصاص العام للنظر في جميع النزاعات ما عدا ما منع عنه بموجب القانون، بينما يعتبر التحكيم طريق بديل لحل المنازعات.

القاضي موظف عام يصدر تعيينه من طرف السلطة المختصة، إما المحكم فيتم اختياره من طرف أطراف النزاع لإرادتهم الحرّة و لا يمكنه النظر في نزاع آخر إلا بموافقتهم.

ثانيا: تميز التحكيم عن الصلح:

يعتبر الصلح من الوسائل البديلة لحسم الخلافات، حيث عرف المشرع الجزائري الصلح على انه: " الصلح عقد ينتهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان به نزاعا محتملا، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".[2]

---

[1] المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق.

[2] المادة 459، من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

كما جاء المشرع الجزائري أيضا بالصلح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وفق ما عبّر عنه باعتباره من طرق البديلة لحل النزاعات،[1]

فالصلح يعد وسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد و الجماعات، حيث يقوم الأطراف ذوي الشأن بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم تسوية نزاعا بينهم عن طريق نزول كل منهم عن جزء من الحق الذي يتمسك به و هذا ما يتميز به الصلح من التحكيم: ففي التحكيم يتم حل النزاع عن طريق تعيين محكم يستمد مهمته القضائية من اتفاق التحكيم المبرمة بين الأطراف، أما عقد الصلح يكون بين ذوي الشأن بأنفسهم.

و كما سبق توضيحه في نظام الصلح يتم تنازل كل طرف عن جزء من حقه مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الأخر، و هذا لا وجود له في نظام التحكيم ، فالصلح يعرف أطراف النزاع مقدما ما سوف يتنازل عنه أما في التحكيم كل طرف يجهل الحل الذي ستنتهي اله هيئة التحكيم .

ثالثا: تمييز التحكيم عن الوساطة

يقصد بالوساطة على أنها عملية يتوافق من خلالها طرفا النزاع مع شخص محايد لحل نزاع قائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها.

و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الوساطة في القانون 08-09 في الكتاب الخامس بعنوان " في الطرق البديلة لحل النزاعات " في الباب الأول " في الصلح و الوساطة، الفصل الثاني الخاص بالوساطة ".

و يمكن تعريفها أيضا على أنها وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه و حيادي مستقل يزيل الخلاف القائم، و ذلك باقتراح حلول عملية و منطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين من اجل إيجاد صيغة توافقية، بدون أن يفرض عليهم حلا أو يصدر قرارا

---

[1] زيادي كمال، المرجع السابق، ص 31 .

ملزم بموجبه الأطراف المتنازعة ، في حين في الوساطة الوسيط لا يملك سلطة إصدار القرار.[1]

رابعا: التمييز بين التحكيم و الخبرة

تعرف الخبرة على أنها: الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص مهمته إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي.[2]

و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الخبرة في القانون 08-09 في الكتاب الأول في الباب الرابع في القسم الثامن: " في الخبرة".

و بصفة عامة فالقوانين الوطنية تتطلب من اجل صحة اتفاق التحكيم شروطا لا تتطلبها الخبرة.

كما يختلف التحكيم أيضا عن الخبرة، حيث أن المحكم يفصل في النزاع بحكم يفرض على الخصوم و يمكن الطعن فيه، على خلاف الخبير الذي لا يفصل في النزاع و أنما رأيه استشاري بعين الاستجلاء جانب غامض، غير ملزم رأيه للقاضي و لا للخصوم.[3]

خامسا: تمييز التحكيم عن الوكالة

الوكالة أو الإنابة: " هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه" [4]

---

[1] محمد السيد عمر التحوي،أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح و الوكالة و الخبرة د ط ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، 2009، ص 255 .

[2] المادة 125 من قانون إ.م.إ، المرجع السابق.

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة الجامعة الجديدة ، مقارنة)، دار الإسكندرية ، 2012 ، ص 28 .

[4] المادة 571 ، القانون المدني ، المرجع السابق.

كما تعرف الوكالة أيضا على أنها" علاقة قانونية حيث يكون لشخص معين سلطة تمثيل شخص آخر في عملية تجارية معينة و يسمى الشخص الأول بالوكيل و يسمى الشخص الثاني بالأصيل".[1]

غير أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل و يملك التنصل من عمل الوكيل إذ خرج عن حدود وكالته على خلاف التحكيم ، فالحكم المستقل تماما عن الخصوم فبمجرّد تعيّنه يقوم بإصدار قرار فاصل في النزاع و لا تعد هيئة التحكيم وكيلا عن أي طرف في المنازعة.[2]

و عليه يجب التأكيد على أن هيئة التحكيم لا يمكن اعتبارها وكيلا عن الأطراف الذين قاموا بتعيين هته الهيئة ، لان مهمة الوكيل تختلف عن مهمة هيئة التحكيم، فالوكيل يلتزم بحسب القواعد العامة باسم الأصيل و لحسابه (الموكل) كما يتقيد في عمله بتعليمات الأصيل إذ أن الموكل كقاعدة بالأعمال التي يقوم بها الوكيل خارج حدود وكالته فالوكيل يستمد سلطته من الموكل، أما بالنسبة للهيئة التحكيم فبعد تعينها من قبل الأطراف و تحديد القوانين التي ستطبقها الهيئة تكون بذلك مستقلة في أداء عملها.[3]

– المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعددت أراء فقه القانون الوضعي المقارن حول تحديد الطبيعية القانونية لنظام التحكيم، على نحو أدى بالبعض إلى القول و ترجيح التكييف التعاقدي لنظام التحكيم (الفرع الأول) في حين رجّح البعض الأخر الطابع القضائي لنظام التحكيم (الفرع الثاني) ، و انتهى البعض و خلص إلى تغليب الطبيعة المختلطة (الفرع الثالث) و ذلك عن طريق تبني حل وسط، و قد انعكس هذا الخلاف في المواقف و الآراء إلى ظهور اتجاه منادي باستقلالية التحكيم بنظامه و أصالته في الفصل في المنازعات (الفرع الرابع) ، تكييف المشرع الجزائري للطبيعة القانونية للحكم (الفرع الخامس) .

---

[1] محمود السيد عمر التحوي ، المرجع السابق ص 252 .

[2] المادة 575، القانون المدني، المرجع السابق.

[3] محمود السيد عمر التحري، المرجع السابق، ص 255 .

* الفرع الأول: الطبيعة العقدية للتحكيم

يرى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، معتمدين في ذلك إلى عدّة أسانيد و رغم ما قد من أنصارها من أسانيد إلا أنها لم تسلم من الانتقادات.

أولا: مضمون النظرية التعاقدية

يرى أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية , وليس قضائية، و أن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ليسو قضاة ، و ليس لهم ولاية القضاء ، و أنهم مجرد أفراد عاديين و أن أحكام التحكيم الصادرة في النزاعات موضوع اتفاق التحكيم ليس أحكام قضائية ، و إنما تستعير هذه الأحكام أثارها من إدارة الأطراف المتحكم ، الدين حكموهم للفصل في منازعاتهم ، و أنفقوا على الخضوع لقضائهم.[1]

ثانيا: أسانيد النظرية التعاقدية لنظام التحكيم

استند أنصار النظرية التعاقدية لنظام التحكيم على عدة أسانيد منها.

إن أساس نظام التحكيم هو إرادة الأطراف، و هو اتفاق أطراف الخصومة بإرادتهم باللجوء إلى التحكيم، إذ أن هذا الأخير يستوفي عملية التحكيم برمتها، فمركز الثقل في التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع.[1]

كما خلص أنصار هذا الاتجاه إلى أن المحكم ليس من قضاة الدولة بل يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم، كما أن المحكم لا يملك توقيع جزاءات على الأطراف أو الشهود فضلا عن ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكمه لدى القضاء. [2]

ثالثا: الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة التعاقدية

---

[1] محمد السيد عمر التحوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2003، ص 262 .

على الرغم من أبرازها للدور الايجابي لاتفاق الأطراف، فان هذه النظرية تعرضت لجملة من الانتقادات منها :

– التركيز على الجانب الإرادي للخصوم في التحكيم فالإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء النظام المتميز للتحكيم، كما أن هذه الإرادة لا تكفي وحدها لرد المحكمين، إذ لا يجوز ردهم إلا في الحالات التي حددها القانون، بالإضافة إلى كون إرادة الأطراف ليست مطلقة ، فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح و هذه الإرادة لا تعدّ دائما أساسا للجوء إلى التحكيم كما هو الحال في التحكيم الإجباري الذي يتم اللجوء إليه بناء على نص قانوني.[1]

المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، رغم أن المحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجه إليه الخصام.

* الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

هناك اتجاه فقهي يغلب الطبيعة القضائية لنظام التحكيم عن الطبيعة التعاقدية و ذلك باستنادهم لعدّة أسانيد، و رغم ما قدموه من حجة إلا أنهم لم يسلموا كذلك من الانتقادات.

أولا: مضمون النظرية

يتجه أنصار هذه النظرية إلى أن تجديد الطبيعة القانونية للتحكيم يجب أن تكون بتغليب المعيار المادي أو الموضوعي أي تغليب المهمة التي يؤديها المحكم ، لان اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم لا يعني سوى التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة مفضلين عليه نوع أخر من القضاء هو التحكيم و الذي يعد بمثابة قضاء خاص.[2]

كما أن حكم التحكيم تتوافر فيه كافة خصائص العمل القضائي وفقا للمعايير المحددة لذلك العمل، ما عدا خاصية واحدة هي صدور هيئة خاصة و ليست هيئة عامة، هذا

---

[1] احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 19 .

[2] إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2000 ص 23 .

بالإضافة إلى ما يجوزه حكم التحكيم من حجيّة الأمر المقضي فهو يعتبر ملزما لأطراف النزاع.[1]

فالتحكيم و إن كان يبدأ بعقد إلا انه ينتهي بحكم.

ثانيا: أسانيد النظرية القضائية للتحكيم

استند إحضار هذه النظرية إلى مجموعة من الأسانيد منها:

– تغليب المعيار الموضوعي لتمييز العمل القضائي، و تطبق ذلك بخصوص نظام التحكيم، فجوهر نظام التحكيم هو القضاء بين الأطراف المحتكمين (أطراف الاتفاق على التحكيم) في المنازعات المعروفة على هيئة التحكيم المكلّفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بحكم تحكيمي حاسم.[2]

– قيام هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، و بالتالي فان عمل المحكم يكون عملا قضائيا، و يرى أنصار هذا الاتجاه انه يجب تغليب المهمة التي توكل إلى المحكم و الغرض من نظام التحكيم ، فالمحكم و القاضي يؤديان وظيفة واحدة هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين الخصور ، و كل ما في الأمر أن التحكيم قضاء خاص يعمل إلى جانب القضاء العام للدولة.[3]

ثالثا: الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة القضائية

لم تسلم هذه النظرية من النقد و يظهر ذلك:

– لاستناد إلى العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم، فوظيفة القاضي وظيفة قانونية تحمي الحقوق و المراكز

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية ، المرجع السابق، ص 28

[2] محمود السيد عمر التحوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، المرجع السابق ، ص 333.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية و غير العقدية ، المرجع السابق ، ص 28

القانونية بغض النظر عن وجود نزاع من عدمه حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يصدر القاضي حكم يكفل حماية هذه الحقوق و المراكز.[1]

– لم يعتبر المحكم المكلف بالفصل في النزاع قاضيا خاصا بدليل انه نظم قواعد خاصة بالقاضي تختلف عن القواعد الخاصة بالمحكم كالقواعد المتعلقة بالصلاحيات، السلطات و المسؤولية.[2]

– النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم ،لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يثولها إلا القاضي الذي يمثل الدولة و الأحكام الصادرة عنه تصدر باسم الشعب.[3]

* الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

أما اختلاف النظريتين العقدية و القضائية ظهر اتجاه فقهي آخر توفيقي مزج بين النظريتين السابقتين.

أولا : مضمون النظرية

إن الذين قالوا بهذه النظرية أرادوا الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم هما فكرة العقدة و فكرة القضاء، فالطبيعة العقدية تجسد أساسا في اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم و هذا ما يتطلب احترام هذا الاتفاق انطلاقا من احترام مبدأ سلطان الإدارة.

أما الطبيعة القضائية فإنها تجد أساسها من خلال الفصل في النزاع وفقا لإجراءات قضائية يصدر بناء عليهما حكم قضائي ، و بناء على ذلك سيتم التحكيم بالطبيعة المختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية و قضائية ، فهو يعد نظاما قضائيا عقديا يحير لأطراف النزاع

---

[1] محمود السيد عمر التحوي، مرجع سابق، ص 558.

[2] الشرمان ناصر محمد، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري ، دار مركز الدراسات للنشر و التوزيع، مصر، 2015، ص 24 .

[3] ابراهيم احمد ابراهيم ، المرجع السابق، ص 24.

احتيار المحكمين الذين سيولون مهمة الفصل في النزاع و بإصدار حكم قضائي حاز على حجية الأمر المقضي به.[1]

كما يرى أنصار هذه النظرية بان التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية و أن له طابعا مرحليا فهو يبدأ تعاقديا و ينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم و من تم فان التحكيم يبقى تعاقديا إلى حين صدور حكم التحكيم و أمر تنفيذه فيصبح قضائيا، فهو يمر بمراحل متدرّجة فهو في أوله اتفاق و في آخره حكم .[2]

ثانيا: أسانيد النظرية المختلطة

التحكيم في نظر أنصار هذه النظرية تتعاقب عليه صفتان الصفة التعاقدية حيث تبدو واضحة في اختيار الأطراف للحكمين و كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم و كذلك موضوع النزاع ، أما الصفة القضائية فتظهر نتيجة تدخل القضاء العام للدولة ، عندما يلجأ اله الأطراف المحتكمون لإعطاء قرار التحكيم الصادر القوة التنفيذية.[3]

ثالثا: الانتقادات الموجهة للنظرية المختلطة:

اختار أنصار الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم أسهل الحلول، و لم يحاول التصدي لجوهر المشكلة على الرغم من محاولة التوفيق بين الاتجاهين السابقين، إلا أنها نالت نصيبها من الانتقادات:

– يؤخذ على هذا الاتجاه انه لم يحاول التصدي للمشكلة و إنما اختار أيسر الحلول و أسهلها و جمع بين النظريتين السابقتين و قد ربط و بصورة غير صحيحة بينما تتمتع به أحكام المحكين من حجية و بين قوتها التنفيذية.[4]

---

[1] الشرمان ناصر محمد، المرجع السابق ص 99 .

[2] محمود السيد عمر التحوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، المرجع السابق ، ص 598.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، المرجع السابق ، ص 28 .

[4] محمد السيد عمر التحوي، مرجع سابق، ص 601.

* الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم

ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بان التحكيم ليس نوعا من القضاء و إنما هو نظام مختلف في وظيفته و طبيعته حيث يروا أن التحكيم له طبيعته الخاصة و ذاتيته المستقلة.

أولا: مضمون النظرية

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم طبيعة قانونية مستقلة ، فهو أسلوب مستقل لتسوية المنازعات ، حيث رفضوا الاعتراف بطبيعته القضائية كون أن التحكيم اسبق في الوجود من القضاء كوسيلة قائمة بذاتها لحل المنازعات.[1]

كما يستندون إلى حجية مفادها أن العقد ليس أساسا في نظام التحكيم بدليل ظهور التحكيم الإجباري الذي يلزم أطراف النزاع باللجوء إليه بموجب القانون، و كذلك أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف دائما، و إنما قد تم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة.[2]

ثانيا: أسانيد النظرية المستقلة:

كان من بين ما استند إليه أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم في تأكيد وجهة نظرهم، ما يلي:

– العقد ليس هو جوهر نظام التحكيم: فإذا كان الأصل في نظام التحكيم انه طريقا اختياريا، فقد ظهر ما يعرف بنظام التحكيم الإجباري الذي يلزم أطراف النزاع إلى اللجوء إليه لحل منازعاتهم.

– اختلاف نظام التحكيم من نظام القضاء العام في الدولة في بناءه الداخلي: إنما يميز نظام التحكيم عن نظام القضاء العام في الدولة أن الأول يكون أداة خصوصية للفصل في النزاع

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، المرجع السابق ، ص 25 .

[2] الشرمان ناصر محمد، المرجع السابق ص 110 .

موضوع الاتفاق أما الثاني فهو طريق عام لحماية الحقوق، و المراكز القانونية للأفراد و الكيانات.[1]

– الاختلاف بين وظيفة نظام التحكيم، و وظيفة نظام القضاء العام للدولة.

– ظهور نظام التحكيم قبل نظام القضاء العام في الدولة.

ثالثا: الانتقادات الموجة للنظرية المستقلّة

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس الاختلاف بين نظام التحكيم و نظام القضاء حيث استند أنصار هذه النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء المختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم و هو استناد إلا أسانيد شكلية غير موضوعية.[2]

– ربط أنصار هذه النظرية ربطا خاطئا بين القضاء و بين تطبيق القانون من جهة، و بين التحكيم و تطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي يفصل في النزاع المعروض عليه إسنادا إلى القواعد القانونية أو الأعراض السائدة أو قواعد العدالة في غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع ، و هو الدور الذي يقوم به المحكم عندما يكون مكلفا بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل و الإنصاف دون التقيد بقواعد القانون. [3]

* الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري للتحكيم

استقر القضاء الفرنسي لمدّة طويلة على الأخذ بالنظرية العقدية للتحكيم، و قد سار المشرع الجزائري إلى نهج القضاء الفرنسي في إصباغ النظرية لنظام التحكيم حيث أن اتفاق التحكيم عقد يتم باتفاق الأفراد و يعتبر مظهرا من سلطان إرادته ، و استعمالا منهم لحقهم في اللجوء إلى التحكيم فقد نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ."[4] كما نصت المادة 1007 من قانون إ.م و إ. ج على أن: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه

---

[1] محمود السيد عمر التحوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، المرجع السابق ، ص 625.

[2] المرجع السابق ، ص 642.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقدية و غير العقدية، المرجع السابق ، ص 30

[4] المادة 54 ، القانون المدني، المرجع السابق.

الأطراف في عقد متصل ...." [1] و كذلك نص المادة 1011: " اتفاق التحكيم هو الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

و من خلال ما سبق تبين لنا أن المشرع الجزائري قد اخذ بالنظرية العقدية جليا صراحة مرجحا إياها على لاقي النظريات.

[1] المادة 1007 ، 1011 ق إ.م و إ ، المرجع السابق .

❖ المبحث الثاني: اتفاقية التحكيم في مجال الصفقات العمومية

لقد أضحى التحكيم يلعب دورا فعالا و أساسيا في مجال الصفقات العمومية، حيث تجد أن اغلب النظم و القوانين الدولية و الوطنية أجازت اللجوء إليه لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية ، و ذلك لان التحكيم يسعى إلى إقامة العدالة بين أطراف المنازعة (المصلحة المتعاقدة ، المتعامل المتعاقد) فبداية التحكيم تكمن في اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، بدلا من القضاء ، و ذلك عن طريق ما يعرف باتفاقية التحكيم ، التي تعتبر حجر الأساس للتحكيم ، كما أنها تضفي عليه صفته الخاصة و مداه ، فضلا عن كون اتفاقية التحكيم الأساس الأول الذي ترتكز عليه هيئة التحكيم في عملها ، فهي التي تعطي للتحكيم مشروعيته لذا نجد جل الأنظمة الحديثة اهتمت بتعريف اتفاقية التحكيم و تبيان صورها و شروط صحتها (المطلب الأول) و لما كان بالإمكان أن ترد اتفاقية التحكيم كبند من بنود الصفقة العمومية إذا هذا إلى اغلب القوانين الوطنية و المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم بالإقرار باستقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي (المطلب الثاني).

– المطلب الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم

تعد اتفاقية التحكيم تعبيرا عن إرادتين تراضيا على اختبار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات ثار ثاو من شأنها أن تثور في المستقبل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

إن اتفاقية التحكيم (الفرع الأول) هي قلب التحكيم و قالبه فهي الأساس و الدستور لوجود عملية التحكيم فهي جوهر الاتجاه إليه.

و قد استقر الفقه على أن اتفاقية التحكيم لا تكون إلا في إحدى صورتين، (الفرع الثاني)، و لا تكون اتفاقية التحكيم صحيحة إلا إذا توافرت عدّة شروط (الفرع الثالث)، و إذا تخلف شرط من هذه الشروط لتكون اتفاقية التحكيم باطلة أو قابلة للإبطال.

*الفرع الأول: تعريف اتفاقية التحكيم

تنشأ اتفاقية التحكيم في الصفقات العمومية بتوافق إرادتي طرفي العقد (المصلحة المتعاقدة، المتعامل المتعاقد)

عرف بعض الفقهاء اتفاقية التحكيم على أنها: " ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم"[1]

كما يمكن تعريفها أيضا بأنها اتفاق طرفي النزاع إلى الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بالفعل بينهما، أو يمكن إن نشأ في المستقبل "[2]

كما تعريف أيضا:" اتفاق الطرفين و عزمهما على الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الواقعة أو المحتملة الوقوع، و عقد العزم على عدم الالتجاء إلى القضاء"[3]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق لاتفاقية التحكيم في ق إ.م.إ دون أن يضع تعريفا دقيقا لها، حيث نصت المادة 1040 من ذات القانون على " تسري اتفاقية التحكيم على النازعات القائمة و المستقبلية"[4] يتضح لنا من نص المادة أن المشرع الجزائري جاء بمصطلح عام لاتفاقية التحكيم.

مما سبق يمكن القول بان اتفاقية التحكيم في مجال الصفقات العمومية هي اتفاق المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد و عزمهما على اللجوء إلى التحكيم لحل كل أو بعض المنازعات الواقعة بينهم ، أو المحتملة الوقوع أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية، و عقد العزم على عدم اللجوء إلى القضاء.

---

[1] حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، د. ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2001 ، ص 13 .

[2] محمد السيد عمر التحوي، التحكيم بالتفويض و الصلح ،المرجع السابق ص 75 .

[3] احمد إبراهيم عبد التواب ، اتفاقية التحكيم، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة د، س، ن، ص 33 .

[4] المادة 1040 ، ق. إ.م.إ المرجع السابق.

* الفرع الثاني: صور اتفاقية التحكيم

يمكن الاتفاق على التحكيم أثناء إبرام العقد الأصلي أي عقد الصفقة العمومية كبند من بنود الصفقة أو شرط مستقل و ذلك قبل نشوء أي نزاع بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد و في هذه الحالة تكون أمام شرط التحكيم (أولا)، كما يمكن الاتفاق على التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي و ذلك بعد نشوء نزاع بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد أو حتى أثناء سير الخصومة أمام القضاء و ذلك من خلال ما يعرف باتفاق التحكيم (مشارطه التحكيم). (ثانيا)

أولا : شرط التحكيم

عرف المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون إ.م.إ شرط التحكيم على انه:" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لغرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد التحكيمي".

و قد عرف شرط التحكيم كذلك :" هو اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ما نشأ بينهما من منازعات بواسطة التحكيم و هذا الاتفاق يمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه، أولاهما على العقد في اتفاق مستقبل".

كما يمكن تعريفه أيضا على انه:" الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة أو بنود عقد معين، و بمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم" [1]

مما سبق يمكن القول بان شرط التحكيم في الصفقات العمومية هو ذلك الاتفاق الذي يتم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد على حسم ما قد ينشأ بينهم من منازعات أثناء تنفيذ الصفقة ، و غالبا ما يرد هذا الشرط كبند من بنود الصفقة العمومية ، غير انه لا مانع من إبرامه مستقبلا ، كان تبرم الصفقة العمومية خالية من شرط التحكيم ، و بعد ذلك يمكن

---

[1] احمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق ص 63.

اتفاق أطراف الصفقة على اللجوء إلى التحكيم شرط أن لا يكون قد نشأ بينهم ، أي أن الأساس هو بلحظة الاتفاق على التحكيم ، فإذا جاء قبل ميلاد النزاع فهو شرط التحكيم سواء جاء في صلب الصفقة العمومية أو بند من بنودها أو مستقلا عنها.

ثانيا: اتفاق التحكيم (مشارطه التحكيم)

قد لا يتفق المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم في الصفقة العمومية، و لكن بنشوء النزاع بينهما، يبرمان اتفاقا خاصا لعرض هذا النزاع على التحكيم، و هذا ما يعرف بمشارطه التحكيم أو اتفاق التحكيم

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من ق.إ.م.إ بأنه: " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عر نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "[1]

كما عرفه بعض الفقهاء على انه:" اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرضه أمام التحكيم سواء أكانت المشارطة ترجمة لشرط التحكيم السابق بين طرفي النزاع أو بعد نشوء النزاع بينهما".

كما يمكن تعريفه أيضا:" اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم ، بمقتضاه يلتزمون بعرض هذا النزاع على التحكيم ، بدلا من عرض ذلك النزاع على القضاء"[2]

مما سبق يمكن القول أن مشارطه التحكيم في الصفقات العمومية هي: ذلك الاتفاق الذي يتم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد بمناسبة نزاع قائم بينهم بمقتضاه يلتزمون بغرض هذا النزاع على التحكيم، بدلا من عرضه على القضاء.

جدير بالذكر يختلف اتفاق التحكيم (المشارطة) عن شرط التحكيم في كون هذا الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء و قيام النزاع و يأتي في اغلب الأحيان كبند من بنود الصفقة

---

[1] احمد عبد التواب، المرجع السابق ، ص 90.

[2] محمد باي ، محمد أمين لكحل ، المرجع السابق، ص 21 .

العمومية، أما اتفاق التحكيم فيتم التوصل إليه، بعد نشوء النزاع بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد في عقد لاحق مستقل عند العقد الأصلي.

* الفرع الثالث: شروط صحة اتفاقية التحكيم

باعتبار اتفاقية التحكيم عقد كغيره من العقود ينبغي لقيامه و لصحته توافر عدّة شروط ، موضوعيا (أولا) أو ما قد تفرضه ذاتيه من شروط خاصة (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية

نظرا لخصوصية التحكيم يتعيّن توافر شروط موضوعية عامة (1) و أخرى خاصة (2).

1- الشروط الموضوعية العامة:

عقد التحكيم شأنه شأن أي عقد من العقود يتعين لصحته ضرورة توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني ، لذا فانه يجب توافر الرضا، الأهلية، المحل ، السبب.

أ- رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم

يتحقق الرضا في اتفاقية التحكيم ، سواء في صورة شرط أو مشارطة حيث يتحقق الرضا نيلا في الإيجاب و القبول في أي شكل أو صورة كان، و يجب أن يكون هذا الرضا خايل من العيوب التي تفسده كالغلط و التدليس، الإكراه ، فإذا لم يوجد الرضا أو شابه عيب من هذه العيوب ، كانت اتفاقية التحكيم باطلة.[1]

ب – أهلية الأطراف

حرص المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 فقرة 1 النص على الجواز اللجوء إلى التحكيم لمن كانت له سلطة التصرف في الحق موضوع النزاع، و ذلك بنصّها: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

---

[1] احمد إبراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 103

و بالتالي فالأهلية اللازمة لإبرام اتفاقية التحكيم هي أهلية الأداء باعتبارها أهلية التقاضي و أهلية التصرف، من تم يلزم أن يكون لكل طرف من أطراف اتفاقية التحكيم حرية التصرف في الحق محل التحكيم.

و يترتب على اتفاقية التحكيم البطلان المطلق إذا كان احد طرفيها عديم الأهمية، و تكون قابلة للإبطال إذا كان احد طرفيها عديم الأهلية، و تكون قابلة للإبطال إذا كان احد طرفيها فاقد الأهلية.

و يكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على اتفاقية التحكيم متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"

كما أن اتفاقية التحكيم لا تصح إذا عقدت من شخص ليس له حرية التصرف في الحق موضوع التحكيم كالوصي أو القيم أو الشخص الممنوع من التصرف في حقوقه بنص قانون كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الخاضعين للحراسة و الذين أشهر إفلاسهم.[1]

ذلك أن فرض الحراسة أو الإفلاس و إن لم يترتب عليه فقد الأهلية أو انتقاصها إلا أن الخاضع للحراسة أو الإفلاس يكون ممنوعا من التقاضي بشان الحقوق الممنوع من التصرف فيها.

من جهة أخرى لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم إلا في مجالات معينة فالمشرع الجزائري نص صراحة في المادة 1006 فقرة 03 من ق. إ.م.إ على " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

---

[1] محمد باي ، محمد أمين لكحل ، المرجع السابق، ص 22.

يبدو أن المشرع الجزائري قد توسع و بشكل صريح من المجال الذي تكتسب فيه الأشخاص المعنوية العامة أهلية اللجوء إلى التحكيم ليشمل الصفقات العمومية، أي أن المشرع قد مد نطاق أهلية هذه الأشخاص ليشمل هذا النوع من العقود الإدارية التي تنفرد بخصائصها المميزة نظرا لتعلقها بالمرفق العام، و احتوائها على شروط استثنائية تمنح الإدارة سلطات، و امتيازات غير معروفة في عقود القانون الخاص.

و تعتبر إجازة طلب التحكيم من قبل الأشخاص الاعتبارية العامة عند إبرامها للصفقات العمومية من قبل المشرع الجزائري كضمان يهدف لتحسين تنفيذ الصفقات العمومية.

و باعتبار أن النزاع قائم حول محل أو تنفيذ صفقة عمومية، فان طرف النزاع يمثلان في المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد.

بالنسبة للمصلحة المتعاقدة

باعتباره شخصا معنويا عاما يتقيد لجوؤها إلى التحكيم بقيد إجرائي يتمثل في موافقة أشخاص القانون العام الموضحة بالمادة 976 من القانون 08-09- والمتمثل في طلب اتفاق التحكيم بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين إذا تعلق التحكيم بالدولة، أما في ما يخص الولاية ، البلدية أو المؤسسة العمومية ذات صيغة إدارية يتم اللجوء إلى التحكيم على التوالي بمبادرة من الوالي ، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، الممثل القانوني أو السلطة الوصية التي يتبعها ، فيكسب بذلك الشخص المعنوي العام أهليته من عقد إنشائه أو بنص صريح .[1]

بالنسبة للمتعامل المتعاقد

كطرف في التحكيم سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوي، وطني أو أجنبي يجوز لهم اللجوء إلى تطبيق إجراءات التحكيم، متى توفرت فيهم أهلية التقاضي و أهلية الالتزام.

---

[1] المادة 976 من القانون إ .م.إ المرجع السابق

جـ – المحل

يقصد بمحل اتفاقية التحكيم موضوع المنازعات التي يشملها هذا الاتفاق و التي تنصّ على حلها عن طريق التحكيم، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار انه يجب على موضوع النزاع أن يكون من الأمور الجائز فيها التحكيم ، و يجب أن يكون مشروعا.

حيث تذهب مختلف التشريعات الوطنية إلى تحديد المنازعات التي لا يمكن تسويتها عن طريق التحكيم في شكل مجموعة من المسائل على سبيل الحصر ، أما المنازعات التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم المجال فيها مفتوحا ، و إن وجد تعداد لها فهو على سبيل المثال.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1006 ق .إ.م.إ على : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

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

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية."

يتضح من نص المادة حرص المشرع على حصر المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم، مع إجازة طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية في إطار الصفقات العمومية.

بذلك أجاز المشرع الجزائري تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية عن طريق التحكيم.

د – السبب

سبب اتفاقية التحكيم هو الهدف منها و هو دائما تحريك إجراءات التحكيم و عليه يتضح سبب إبرام اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى نظام التحكيم كعدالة خاصة لما فيها من مميزات كالسرية المطلوبة و إدارته من طرف الخصوم و تفادي قضاء الدولة لما يتسم من تعقيدات إجرائية و وقتية.

2 – الشروط الموضوعية الخاصة

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة، هناك شروط موضوعية خاصة فقي اتفاقية التحكيم يمكن إجمالها في:

أ– تحديد موضوع النزاع

إضافة إلى وجود المنازعة اشترط المشرع تحديد موضوعها، وقد نصت المادة 1012 الفقرة 2 على " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع وأسماء المحكمين ، أو كيفية تعيينهم ".

فالمنازعات التي يشملها عقد الشرط هي المنازعات الناشئة عن عقد الصفقة العمومية، ما لم يكن الشرط قد حصر الالتجاء إلى التحكيم في بعضها أو استبعد منها بعضها الآخر.

ب–مدى اعتبار تعيين المحكمين شرطا لصحة اتفاقية التحكيم

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 1008 وكذلك المادة 1012 من ق،إ،م،إ على:

وجوب تعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم في اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو اتفاق تحت طائلة البطلان، إلا انه نص في المادة 1041 من ذات القانون على:" في غياب التعين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعيين القيام بما يلي:

رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

إذا اعترضت صعوبة لتشكيل محكمة التحكيم، يتم تعيين المحكم من قبل رئيس المحكمة المختصة محل إبرام الصفقة العمومية أو مكان التنفيذ، فان مشكلة محكمة التحكيم تحل من قبل الجهات القضائية ".

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة تعيين أو تحديد كيفية تعيين المحكمين في وثيقة التحكيم ذاتها أو اتفاق مستقل ، إلا أن عدم تحديدهم ، أو بيان طريقة تعيينهم ، لا يعتبر سببا لعدم صحة اتفاقية التحكيم ، وذلك لإجازة المشرع اختيار المحكمين ، وتعيينهم عن طريق المحكمة المختصة بناءا على طلب احد أطراف المنازعة في الصفقة العمومية (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) [1]

ثانيا: الشروط الشكلية

تذهب اغلب القوانين الوطنية إلى اشتراط الكتابة في اتفاقية التحكيم، غير أنها تختلف في شكلها وإذا ما كانت شرطا لصحتها، أم وسيلة لإثباتها.

ويقصد بالكتابة في اتفاقية التحكيم أن يرد هذا الاتفاق في محور مكتوب. [2]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط كتابة اتفاقية التحكيم ، واعتبرها شرطا للانعقاد ، إذ اشترط كتابة اتفاقية التحكيم ، ورتب على تخلفها بطلان الاتفاقية ، وذلك ما جاء صراحة في صلب المادة 1014 الفقرة 02 من ق إ ، م إ بنصها " يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان ، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة ، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ." [3]

ومن خلال نص المادة يتبين أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة الرسمية وإنما اشترط أي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة فيمكن الإثبات كذلك بالكتابة العرفية .

– المطلب الثاني: مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم

---

[1] المادة 1041 من ق .إ.م.إ المرجع السابق

[2] ابراهيم احمد عبد التواب ، البمرجع السابق، ص 222.

[3] المادة 1040 ، فقرة 2 ، ق .إ.م.إ ، المرجع السابق

يمكن أن ترد اتفاقية التحكيم في شكل بند من بنود الصفقة العمومية (العقد الأصلي) ، فتسمى شرط التحكيم ، وقد ترد بعد نشوء نزاع وتسمى اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) وهذه الأخيرة لا إشكال فيها فهي ترد مستقلة عن العقد الأصلي ، أما شرط التحكيم فهو مرتبط بالعقد الأصلي ، فقد يرد كبند من بنود الصفقة .

في منتصف القرن الماضي عمد مجموعة من القضاة إلى القول بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي (**الفرع الأول**) حتى أصبح من المبادئ المستقرة حاليا سواء في أطار القوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم ، و من جملة ذلك المشرع الجزائري (**الفرع الثاني**)، كما يرى بعض الفقه أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص اثر كمن أثار مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم (**الفرع الثالث**) .

الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلال شرط التحكيم

اختلفت الاتجاهات في تحديد تعريف دقيق لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، فهمناك من أخد تعريف الاستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه (أولا) و هناك من أخد باستقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد (ثانيا).

أولا : الاستقلال المادي اتجاه العقد

لقد قيلت في هذا الصدد عدت تعريفات مختلفة منها:

مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يلي: " أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق تحكيم ، و أساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي، لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي."[(1)]

كما عرف أيضا:" إذ كان الشرط باطلا، فان هذا يجب أن لا يؤثر في العقد الذي تضمنه، و إذا كان العقد نفسه باطلا أو فسخ فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم ، و هذا ما

---

[1] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995 ، ص 102

يعبر عنه باستقلال ذاتية شرط التحكيم ، فشرط التحكيم و أن كان يرد في العقد الأصلي إلا انه له ذاتية متميزة و مستقلة عن العقد "[1]

تجدر بالإشارة إلى أن المقصود باستقلال شرط التحكيم في الصفقات العمومية هو استقلال الاتفاق المبرم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد المدرج كبند من بنود الصفقة ، و بالتالي فإن بطلان العقد أو فسخه لأي سبب كان لا يؤثر على صحة شرط التحكيم.

ثانيا: الاستقلال عن قانون العقد

و يقصد به خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، فاستقلال شرط التحكيم يسمح من خلال الآثار المباشرة التي يرتبها أن يكون القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك القانون الذي يحكم شرط التحكيم.[2]

إن استقلال شرط التحكيم يشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي مستقلة عن أحكام القانون الواجب تطبيقه عن العقد الأصلي، و من تم يترتب عن استقلال شرط التحكيم، خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ استقلال اتفاقية التحكيم

شرط التحكيم تصرف قانوني مستقل وقائم بذاته رغم وروده كبند من بنود العقد الأصلي حيث أن بطلان أو فسخ العقد الأصلي لا يؤثر على شرط التحكيم ما دام استوفى جميع شروط صحته.

لقد اقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي و ذلك من خلال المادة 1040 ق. إ.م.إ. في فقرتها الرابعة بالنص على :" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي."

---

[1] زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، "**مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية**" .المركز الجامعي لتمنراست ، الجزائر سداسية محكمة، العدد 08 ، جوان 2015، ص 52.

[2] المرجع نفسه , ص 53.

و من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري سار على نهج معظم القوانين الوطنية و الدولية الحديثة بأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

إن أهمية الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم في مجال الصفقات العمومية تتجلى في تشجيع أطراف الصفقة (المصلحة المتعاقدة ، المتعامل المتعاقد) الحصانة اللازمة من اجل حمايته من تماطل و تقاعس الأطراف سيئة النية.

الفرع الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يرى مجموعة من الفقه أن أساس اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاص ، هو مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، فيعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم الركيزة الأولى التي تخول للمحكم سلطة البث في مسألة اختصاص ، فهو يمنع أي تأثير مباشر لأي عيب قد يلحق بالعقد الأساسي، و بالتالي يسلم اختصاص المحكم من أي تأثير مهما كان هذا العيب.[1]

كما أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم يسمح بالفصل في مسألة إنكار اختصاص المحكم المرتكز على عدم فاعلية العقد محل النزاع، و في هذا يلتقي كل من مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم و مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

فمبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه من مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، فقد ذهب البعض إلى أن محكمة التحكيم تكون لها سلطة البث في كافة الدفوع التي يراها الأطراف ، بما في ذلك تلك الدفوع المرتبطة بمدى التأثير المتبادل بين العقد الأساسي، و اتفاقية التحكيم ، دون أن يتطلب الأمر وقف إجراءات التحكيم.[2] هذا الرأي مؤسسا موقفه بسببين:

1-السبب الأول

---

[1] . Robert ilan . la regence de nte P 138

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 51.

يتمثل في أن مبدأ الاختصاص يجد أساسه في استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي المتعلق به، باعتبار أن هذا الشرط هو عقد داخل عقد.[1] و عليه فانه يبقى آمر الفصل في مسألة الاختصاص للمحكمين أنفسهم حتى في الخالة التي يكون فيها العقد الأصلي باطلا.

2-السبب الثاني

فيتمثل في أن حكم محكمة التحكيم لا يفلت من الرقابة اللاحقة للقضاء الوطني، إذ يجوز الطعن فيه أمام هذا القضاء إذا كانت محكمة التحكيم قد خرجت عن حدود هذا الشرط، أو كانت قد حكمت بغير ما طلب منها.[2]

في حين يذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن القول السابق تنقصه الدّقة، و ذلك أن مبدّأ الاختصاص بالاختصاص ليس له علاقة مباشرة بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم فهو مبدأ مستقل بذاته و ذلك لعدّة مبررات منها:[3]

1- إن مجال كل من مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، و مبدأ الاختصاص بالاختصاص يختلف عن مجال المبدأ الآخر،حيث يجد مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم مجال عند تقرير صحة اتفاقية التحكيم ، في حين أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعد مجاله عند البدء في إجراءات التحكيم، أي قبل تقدير صحة اتفاقية التحكيم.[4] و بالتالي فان مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم تأتي في مرحلة لاحقة يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر، بمعنى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعتبر مسألة أولية لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، فالمحكم يبث في مسألة اختصاصه ، حينما يدفع احد الأطراف أمامه سواء ببطلان اتفاقية

---

[1] نقل عن سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة ، 1984 ، ص 108.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ض 54.

[3] نقل عن احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 520.

[4] نقل عن احمد إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق. ص 90.

التحكيم ، أو انقضائها أي انه يبث في أمر اختصاصه قبل الفصل في حقيقة ذلك الادعاء بالاستناد إلى مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم.[1]

و عليه فمن غير المنطقي الاستناد على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم في الحالة التي يتعلق فيها النزاع بوجود ، أو صحة اتفاقية التحكيم على اعتبار أنها أساس الاختصاص محكمة التحكيم بالنظر في اختصاصها ، و لكون اتفاقية التحكيم مشكوك في صحتها، حيث أن استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي يسمح لمحكمة التحكيم الفصل في النزاع على الرغم من بطلان العقد الأصلي.

إلا انه لا يمكن الاعتماد علة مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم حينما تكون هذه الأخيرة ذاتها محل طعن، بل ينبغي في هذه الحالة إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص.[2]

2- أنه مادام هناك اتجاه في الفقه يرى انتماء مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير منعدما فان ذلك يؤدي إلى انه لا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص في هذه الحالة، غير أن الواقع يؤكد انه حتى في حالة انعدام العقد، أو حتى انعدام الاتفاقية نفسها يبقى المحكم مختص في الفصل في مسألة اختصاصه ، و ذلك لتقدير صحة الدفع المقدم من احد الأطراف.[3]

3- إن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، يختلف عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فمبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى التفريق بين اتفاقية التحكيم و العقد الأصلي الواردة به، و هذا للحفاظ على اتفاقية التحكيم من أي عيب قد يلحق بالعقد الأصلي أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى تحويل محكمة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها مهما كان سبب الدفع بعدم الاختصاص.[4]

---

[1] نقل عن احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 520.

[2] نقل عن احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ،2004 ،ص 529.

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 126.

[4] احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 530.

و في ضوء كل ما تقدم ، فان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتقرر بفض النظر عن استقلالية أو عدم استقلالية اتفاقية التحكيم، الأمر الذي يؤكد أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعد مبدأ مستقل في ذاته تنظمه الأحكام القانونية المتعلقة بالتحكيم الواردة في ق.إ.م.إ .

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم في مجال الصفقات العمومية

الفصل الثاني: إجراءات التحكيم في مجال الصفقات العمومية

إجراءات التحكيم هي مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تهدف للوصول إلى حكم تحكيمي صادر عن محكمة التحكيم فبموجب اتفاقية التحكيم المبرمة بين الأطراف سواء كانت بمناسبة نزاع قائم بالفعل ، أو ممكن الوقوع مستقبلا، يدل على رغبة الأطراف على طرح النزاع نتيجة إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية على محكمة التحكيم التي يتم تعيينها بناءا على إرادتهم الحرة و إذا كانت الخصومة التحكيمية لا تختلف كثيرا عن الخصومة القضائية لكون نظام التحكيم وسيلة بديلة لفض المنازعات دون اللجوء إلى القضاء، فالاختلاف بينهم يمكن في الأساس في القواعد و الإجراءات المنظمة لمحكمة التحكيم (المبحث الأول) ، التي تحددها إرادة الأطراف باتفاقهم، خاصة ما تعلق بتعين المحكمين، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو على موضوع النزاع و هذا مالا وجود له في القضاء .

و بعد تنفيذ جميع الإجراءات التنظيمية تأتي نهاية خصومة التحكيم بإصدار الحكم التحكيمي(المبحث الثاني) الفاصل في النزاع و الذي اتفق الأطراف على إخضاع للتحكيم.

حيث يعتبر هذا الحكم الجوهر و الهدف من اللجوء إلى نظام التحكيم ككل

- المبحث الأول: القواعد المنظمة لمحكمة التحكيم

يتركز تنظيم المحكمة التحكيمية أساسا على إرادة الأطراف (المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، حيث يختار الأطراف المحكمون المحكم أو المحكمين (المطلب الأول) حيث يمثل هؤلاء محكمة التحكيم و تكمن مهمتهم في الأساس في حسم النزاع و ذلك بعد الانتهاء من تشكيل محكمة التحكيم . حيث أن هذه الأخيرة و من اجل تحقيق العدالة تسيير الخصومة التحكيمية (المطلب الثاني).

- المطلب الأول: تعيين المحكمين

تعيين المحكمين من الحقوق الجوهرية التي يتمتع بها الخصوم حيث يسعى الخصوم من خلال ذلك لتعيين المحكم أو المحكمين الذين تتوفر فيهم الشروط المناسبة (الفرع الأول) من اجل القيام بمهمتهم التحكيمية، و هناك عدة طرق لتعيين المحكمين (الفرع الثاني)، و

يستلزم أن يوافق المحكم لقبول مهمته التحكيمية من اجل مباشرة مهامه فهو غير ملزما قانونيا فيمكنه رفض المهمة، كما انه قد تعترضه عدّة عوارض أثناء تأديته مهامه تأذي إلى تنحيته أو عزله (الفرع الثالث).

- الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكمين

يجب أن تتوافر شروط في من يتم اختيارهم كمحكمين، و بدون تحقق هذه الشروط لا يمكن أن يقوموا بدورهم في عملية التحكيم بصورة ناجحة، و يمكن تقسيم الشروط الواجب توافرها إلى مجموعتين المجموعة الأولى الشروط المنصوص عليها قانونا(الأول) ، أما الثانية فتشمل الشروط التي يتفق عليها الأطراف (ثانيا) .

- أولا: الشروط المنصوص عليها قانونا

هي تلك الشروط التي اوجب المشرع على توفر في من يمارس مهمة تحكيمية.

1- استقلالية المحكم

يقصد بالاستقلالية ألا توجد صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو لارتباط بأحد أطراف النزاع أو ممثليهم، فالطبيعة القضائية للاختصاص محكمة التحكيم لا تجيز للمحكم أن تكون طرفا في النزاع أوله مصلحة فيه من أي نوع كانت، و يجب أن تكون استقلال المحكم قائما حتى صدور الحكم التحكيمي.[1]

لقد حرصت اغلب التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية و لوائح الهيئات ، و مراكز التحكيم على النص القاطع بوجوب التزام المحكم بالحياد و الاستقلال.

إذ نص المشرع الجزائري في المادة 1056 من ق.إ.م.إ. في فقرتها الثانية على " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

[1] معتز محمد حمدان الحوامدة، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلية، الطبعة الأولى، دار المعتز للنشر و التوزيع الأردن 2020 ، ص58.

– إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون". الواضح من نص المادة جواز الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف و التنفيذ إذا كانت محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون ذلك يعني أن تعيين محكم غير مستقل مخالفة قانونية في تشكيل محكمة التحكيم يدخل في مفهوم هذا النص ، مما يبرر إمكانية الطعن بهذا السبب.

و بناءا على ما سبق، إذا لم يتم مراعاة شرط الاستقلالية في المحكم المختار، فانه يمكن الاعتراض على هذا التعيين من احد أطراف الخصومة (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد)، و له أيطلب رد المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية.[1]

لذا فان تشكيل محكمة التحكيم دون احترام للشرط الاستقلالية و صدور حكم تحكيمي مخالف لهذا الشرط يكون جزاء ذلك البطلان.

2– أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

الأصل أن تسند مهمة التحكيم إلى شخص طبيعي، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1014 من ق.إ.م.إ، إذ نصت على :" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا ، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم."

باستقراء نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يقتصر على اشتراط أن يكون المحكم شخص طبيعيا ، بل تعدى إلى اشتراط أن يكون هذا الشخص الطبيعي متمتعا بحقوقه المدنية.

و إذا تم اتفاق الأطراف على تعيين شخص معنوي، فمهمته ستقتصر على تنظيم التحكيم.

[1] عبد الوهاب لطفي، نظم و إجراءات التحكيم، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019 ، ص 28.

3- أن يكون عدد المحكمين فرديا

حرصت العديد من التشريعات بالنظر لما يترتب عن إسناد مهمة التحكيم إلى عدد زوجي من مشاكل، اشترط أن يكون عدد المحكمين عدد فرديا، بل آت منها من اعتبر التحكيم باطلا إذا لم يكن عدد المحكمين فرديا[1].

جدير بالذكر أن اشتراط الفردية في عدد المحكمين راجع إلى تفادي التساوي ي عدد الأصوات في حالة العدد الزوجي، الذي يصعب الوصول فيه إلى قرار حاسم للنزاع.

و قد اشترط المشرع الجزائري أن نشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 1017 من ق.إ.م.إ بنصها: " تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدّة محكمين بعدد فردي." و بناءا على ما سبق ، تسري قاعدة فردية عدد المحكمين في التحكيم الذي يتم في إطار الصفقات العمومية.

- ثانيا: شروط الاتفاقية بين أطراف النزاع

هي كل الشروط التي يتفق عليها أطراف النزاع (المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد)، فالمحكم و أطراف النزاع تربطهم علاقة ترتكز على أساس تعاقدي ، فأطراف النزاع من يختارون محكميهم و يختارون عددهم شريطة أن يكون العدد فرديا، بالإضافة إلى كل الشروط التي يرها الأطراف و يتفق عليها، شريطة أن لا تخالف الأحكام القانونية.

- الفرع الثاني: طرق تعيين المحكمين

هي كل الطرق التي يمكن لأطراف النزاع تعين المحكمين بواسطتها و قد نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق.إ.م.إ على :" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم.

في غياب التعين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

---

[1] معتز محمد حمدان الحوامدة، المرجع السابق، ص 74.

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 الجزائر ، و اختيار الأطراف تطبيق الإجراءات المعمول بها في الجزائر" ينصح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد نص على ثلاثة طرق لتعين المحكمين.

أولا: تعين المحكمين من أطراف النزاع

إرادة الخصوم هي الأصل في تعيين المحكم أو المحكمين و تسميتهم دون إحالة ذلك إلى أي شخص أو هيئة أخرى تتولى ذلك، و الآخر الشخصي المباشر يكون عادة بإدراج عدد و أسماء أعضاء محكمة التحكيم في اتفاقية التحكيم.[1]

ثانيا:تعين المحكمين بالرجوع إلى نظام تحكيمي

هو أسلوب اختبار غير مباشر، و ذلك بتدخل هيئة أو منظمة معينة تتولى مهمة تعيين أعضاء محكمة التحكيم وفقا لقواعد و لوائح معروفة، و بذلك تكون طرق تعيين المحكمين المحددة في نظام تحكيمي، مقبولة من طرف أطراف النزاع.[2]

ثالثا: تعيين المحكمين بتدخل القضاء

أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي يهمه التعجيل في حالة غياب التعيين، و كذا في حالة صعوبة تعين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم اللجوء إلى القضاء، حيث فرق المشرع بين حالتين[3]:

- حالة إبداء التحكيم في الجزائر، يرفع أمر تشكيل محكمة التحكيم إلى رئيس المحكمة التي يقع فيها دائرة اختصاص التحكيم.

---

[1] حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 134.

[2] كمال عليوش قربوع ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2005، ص 41.

[3] راجع في ذلك المادة 1041 من ق.إ.م.إ، المرجع السابق.

– حالة إجراء التحكيم في الخارج و اختبار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، يرفع أمر تشكيل محكمة التحكيم إلى رئيس محكمة الجزائر.

– الفرع الثالث: قبول المحكمين للمهمة التحكيمية و عوارضها

يجب أن يقبل من تم اختيارهم للمهمة التحكيمية للقيام بذلك بإرادتهم (أولا)، و لكن رغم قبوله للمهمة التحكيمية قد يعتريه عارض من عوارض الأهلية تؤثر على مهمته التحكيمية و قبول المهمة كذلك لا يعني استمرارها إذ يمكن رد المحكم أو عزله، أو حتى تنحيه عن إتمام مهمته التحكيمية(ثالثا).

– أولا: قبول المهمة التحكيمية

إذا تم الاتفاق على اختيار شخص معينا محكما أو عدّة أشخاص فيتعين قبوله بالقيام بمهمة التحكيم إذ لا يجبر الشخص على قبول المهمة التحكيمية، أي أن المحكم ليس ملزما قانونا بان يتولى مهمة التحكيم المسندة إليه، بل هو مخير من القبول أو الامتناع.[1]

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 1015 من ق.إ.م.إ، على أنه: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم".

ثانيا: عوارض مهمة التحكيم

يعترض مهمة المحكمين أثناء تأدية مهامهم عدة عوارض قد تؤدي إلى عدم استمرار المحكمين في تأدية مهمتهم التحكيمية.

1– رد المحكمين

نظرا لأهمية الصفقات العمومية أعطى المشرع الجزائري للأطراف الحق في رفض المحكم المعين للنظر في موضوع النزاع بمنعه من الفصل في النزاع لظهور أسباب معينة، كإثبات تحيزه عند وجود صلة له بأحد الخصوم، فالرد هو طلب إبعاد المحكم خوفا من تحيزه لأحد الأطراف .

---

[1] معتز محمد حمدان الحوامدة، المرجع السابق، ص 154.

و هو في الحقيقة دفع ببطلان تشكيل محكمة التحكيم، بمعنى آخر انه عندما يخلق شعور بعدم الثقة لدى احد أطراف التحكيم في أي عضو من أعضاء محكمة التحكيم، فان المشرع جعل الرد كطريق للإقصاء المحكم الذي تتوافر فيه الدلائل التي تشير إلى تحيزه، و بالتالي إمكانية إخلاله بواجبه.[1]

و يعتبر رد المحكم من أهم الضمانات المخولة للخصوم التي حرمت التشريعات المختلفة على تنظيمها في مواجهة شخص المحكم عندما تقوم أسباب جدية تثير الشكوك في استقلالية وحيدة.

و قد نص المشرع الجزائري على هذه الضمانة في المادة 1016 من ق.إ.م.إ نص على:" يجوز رد المحكمين في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية ، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية آو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

2- عزل المحكمين

يقصد بعزل المحكمين إقالتهم و إبعادهم من مهمتهم التحكيمية باتفاق الأطراف جميعا، إذا ماتوا فرت مواجهة المحكم الذي يتجاوز السلوك العم للمحكمين، و يستند العزل إلى الإرادة الجماعية و المشتركة لأطراف الخصومة.[2]

لقد نص المشرع الجزائري و بشكل غير مباشر على العزل، حيث نصت المادة 1041 من ق.إ.م.إ ، على: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تعيين شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم....."

---

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق،ص 48.

[2] المرجع السابق، ص 49.

الواضح انه إذا اتفق الأطراف على سحب الاختصاص من المحكم بالعزل ينتج عنه سلب كافة السلطات التي كانت ممنوحة له بموجب الاختصاص التحكيمي، و عليه يمنع المحكم ابتداء من تاريخ عزله الاستمرار في نظر النزاع أو اتخاذ أي إجراءات متعلقة بالخصومة.

3- تنحي المحكم

يقصد بتنحي المحكم تنحيه عن مهمة التحكيم بعد قبوله لها صراحة أو ضمنيا، و ذلك دون أن يطلب أطراف الخصومة رده.[1]

و إن كان الأصل انه لا يجوز للمحكم إن يتخلى عن مهمته التحكيمية بعد قبوله لها سواء أكان تعينه من قبل الخصوم، آو من قبل المحكمة المختصة، لأنه قد يعرّض الخصوم للضرر.

- المطلب الثاني : سير الخصومة أمام محكمة التحكيم

تبدأ الخصومة التحكيمية مند لحظة تعين المحكم أو المحكمين وفق إجراءات معينة و محددة قانونا، هذه الإجراءات هي تلك الأعمال التي تبدأ بطرح النزاع على محكمة التحكيم التي تباشر في اتخاذ الإجراءات التحكيمية(الفرع الأول) ، كما ان محكمة التحكيم و أثناء سير الخصومة التحكيمية يمكنها اتخاذ إجراءات لا تهدف للفصل في موضوع النزاع و إنما تهدف لحماية حقوق احد الأطراف لحين الفصل في النزاع (الفرع الثاني) أما عن نهاية الخصومة التحكيمية فهي تنتهي بأحد الطريقين ، طريق عادي و آخر غير عادي (الفرع الثالث) .

- الفرع الأول: الإجراءات التحكيمية

حيث تبدأ الخصومة التحكيمية مند لحظة تعين المحكم او المحكمين و تشكيل المحكمة التحكيمية باتخاذ عدة إجراءات منها ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات(أولا) و على النزاع (ثانيا) ، و على سير الجلسات في الخصومة التحكيمية (ثالثا).

---

[1] معتز محمد حمدان الحوامدة، المرجع السابق،ص 80.

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

نصت المادة 1043 من ق.إ.م.إ على:" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم .

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم"

يتضح من خلال نص المادة على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يتم وفق طريقتين:

– من خلال تحديد الإجراءات من قبل الأطراف أنفسهم و يتم ذلك في اتفاقية التحكيم أو إحالة الإجراءات لقانون إجراءات دولة معينة تحددها إرادة الأطراف.

– من خلال محكمة التحكيم التي يمكن لها تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، و يتم ذلك وفق الآليات التي يتبعها الأطراف في تحديده، حيث تكون إرادة الأطراف و محكمة التحكيم مقيدة بضوابط احترام النظام العام و وضع قواعد إجرائية ملائمة لحل النزاع.

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

اعتمد المشرع الجزائري في مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نفس المبدأ الذي اعتمده بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات و هو مبدأ سلطات الإدارة، حيث أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الذي يفصل بناء عليه المحكم أو المحكمين في المراكز القانونية المتنازع عليها بين الأطراف.[1]

و قد حدد المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق.إ.م.إ طرق تحديد هذا القانون حيث نصت على:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي يرها ملائمة."

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 52.

باستقراء نص المادة نلاحظ وجود طريقتين أساسيتين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

– تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع من طرف أطراف الخصومة (المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد) حيث يمكنهم اختيار قواعد قانون وطني أو الإحالة لقواعد تنازع القوانين .

– تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حسب قواعد القانون و المبادئ العامة له أو العادات و الأعراف الملائمة و ذلك في حالة غياب الاختيار من طرف أطراف الخصومة.

ثالثا: سير الجلسات

تخضع عملية سير الجلسات في خصومة التحكيم لاتفاق الأطراف، فالجلسات في خصومة التحكيم لا تخضع للقواعد الإدراكية الصارمة التي تخضع لها الجلسات القضائية فللأطراف الحرية في اختيار و تحديد من يرونهم مناسبين للقيام بالمهمة التحكيمية ، كما أنهم يقومون بتحديد مكان جلسات التحكيم و طريقة تنظيمها.

حيث يقوم أطراف الخصومة من تحديد مكان التحكيم ، و إذا لم يتم الاتفاق عليه ، تولت محكمة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم.[1]

كما أن عدد الجلسات في نظام التحكيم يختلف بحسب متطلبات النزاع المروض على المحكمة التحكيمية، كما أن المواعيد تتباين من خصومة إلى أخرى، إلا أن مضمونها لا يختلف كثيرا عن الجلسات القضائية حيث تكون الجلسة عبارة عن طلبات و دفوع من طرف الخصوم، و تعتبر المدولات في الخصومة التحكيمية ضرورية و هي المرحلة الإجرائية الأخيرة التي تسبق صدور حكم التحكيم.[2] حيث يشترط أن تكون هته المدولات سرية ، و هذا ما نصت عليه المادة 1025 من ق.إ.م.إ على:" تكون مدولات المحكمين سرية".

---

[1] فراح مناني، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبد الوهاب لطفي، المرجع السابق، ص 80.

- الفرع الثاني: الإجراءات التي تهدف لحماية حقوق احد الأطراف

و هي تلك الإجراءات التي تتخذها محكمة التحكيم ، أثناء سير الخصومة التحكيمية لا تهدف للفصل في النزاع و إنما تهدف لحماية حقوق احد أطراف الخصومة لحين الفصل في النزاع كاتخاذ إجراءات مؤقتة و تحفظية (أولا)، تقديم الأدلة و الاحتفاظ بها(ثانيا)، محاولة حفظ توازن العلاقة القانونية بين أطراف النزاع(ثالثا).

أولا: الإجراءات المؤقتة

يقصد بالإجراءات التحفظية الإجراءات التي تتخذ لحماية الأموال أو تصون حقوق، كالحجز الاحتياطي، التأمين البحري و حبس المنقول و غير المنقول ، أما الإجراءات المؤقتة فهي التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي مثال ذلك، الحراسة القضائية على الأموال.[1]

و قد نص المشرع الجزائري على هذه الإجراءات في المادة 146 ق.إ.م.إ ، بنصها في فقرتها الأولى على:" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك."

يلاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري أجاز و بشكل صريح لمحكمة التحكيم اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية و ذلك لحماية حقوق أطراف النزاع.

- تقديم الأدلة و الاحتفاظ بها

يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ تدابير تتعلق بتقديم الأدلة و الاحتفاظ بها، كإثبات حالة يتعذر إثباتها مستقبلا، حيث يمكن لمحكمة التحكيم أن تقدم الأدلة بكل الوسائل المتاحة.

حيث خول المشرع الجزائري بموجب المادة 1047 من ق.إ.م.إ لمحكمة التحكيم الحرية الكاملة في تقديم الأدلة و البحث عنها بنصها على :" تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

---

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق،ص 48.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري أو كل مهمة البحث عن الأدلة و جعلها من اختصاص محكمة التحكيم ، حيث لم ينص على مسألة اللجوء إلى الخبير ما يعني صراحة عدم إمكانية اللجوء إلى خبير لتقديم و إثبات الأدلة.[1]

ثالثا: إجراءات حفظ توازن العلاقة القانونية بين أطراف النزاع

قد تواجه محكمة التحكيم الصعوبات في البحث و الحصول على الأدلة خاصة في حالات منازعات تتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية ذلك أن احد طرفي الصفقة من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، الهيئات و المؤسسات العمومية) اوجب المشرع الجزائري تدخل السلطة القضائية للمساعدة في تقديم الأدلة و حفظها، و كذلك تمديد مهمة محكمة التحكيم و ذلك لحفظ التوازن في العلاقة القانونية و عدم تغليب طرف على الآخر.

إذ نصت المادة 1048 من ق.إ.م.إ، على:" إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو الطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي."

يستخلص من نص المادة انه إذا طلب احد المحتكمين من محكمة التحكيم إلزام الطرف الأخر بتقديم دليل يفيد ما يدعيه و لم يتم تقديم هذا الدليل من الطرف الأخر، جاز لمحكمة التحكيم أو الطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة بعد الحصول على ترخيص من قبل محكمة التحكيم بموجب عريضة يطلب فيها إلزام الطرف الأخر بتقديم الدليل، و يطبق في ذلك قانون دولة القاضي.

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق.ص 50 .

- الفرع الثالث: نهاية الخصومة التحكيمية

تنتهي الخصومة التحكيمية بتحقق الغرض الذي لأجله تم اللجوء إلى التحكيم و هو صدور حكم تحكيمي فاصل في النزاع و هو الطريق العادي و الطبيعي لانتهاء الخصومة التحكيمية و بانتهاء الخصومة التحكيمية يستنفد المحكم ولايته، و تنتهي بذلك مهمته.

و قد تنتهي إجراءات التحكيم دون تحقق الهدف منها أي الحصول على حكم تحكيمي، و هو ما يعرف بالنهاية غير الطبيعية أو غير العادية ، و هو ما أوردته المادة 1024 من ق.إ.م.إ، بنصها على:" ينتهي التحكيم :

1- بوفاة احد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيه أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، و في حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.

2- لانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (04) أشهر.

3- يفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

4- وفاة احد طرفي العقد.

لقد أحصت المادة طرق نهاية الخصومة التحكيمية.

- المبحث الثاني: حكم التحكيم في الصفقات العمومية

لجوء الأطراف للتحكيم راجع إلى المزايا التي يتمتع بها هذا الأخير ، خاصة سرعة الفصل في النزاع الناشئ بين الأطراف و يتغير حكم التحكيم بمثابة النتيجة التي توصلت إليها محكمة التحكيم بعد النظر في دفاع و طلبات الخصوم، و عقد جلسات الاستماع ، و غيرها من الإجراءات.

لقد شكل حكم التحكيم لفترة طويلة مصدر قلق و حذر شديدين و ذلك لارتباط قيمة و اثر كل ما يتم اتخاذه في عملية التحكيم بمدى تنفيذ الحكم التحكيمي ، إذ أن تنفيذه يمثل أساس و محور نظام التحكيم (المطلب الأول)، حيث يشترط لقيام و صدور حكم التحكيم

أن تتوافر فيه بعض الشروط و في هدا الشأن أجازت اغلب التشريعات إمكانية الطعن في حكم التحكيم (المطلب الثاني).

- المطلب الأول : صدور القرار التحكيمي

وفقا للمبادئ العامة التي تحكم التصرفات القانونية، فاعتبار الحكم الصادر عن محكمة التحكيم حكما تحكيميا مسألة لا تتوقف على الألفاظ فقط، و إنما يتم و بدرجة أولى على مضمون هذا الحكم (الفرع الأول) ، إن انضمام الجزائر لبعض الاتفاقيات الدولية التي أنشأت مراكز للتحكيم، التزامها بضمان تنفيذ الأحكام الصادرة عنها تنفيذا مماثلا لتلك الصادرة عن قضائها الوطني (الفرع الثاني) :

- الفرع الأول: مفهوم القرار التحكيمي

إن الوضع الطبيعي عند تشكيل محكمة التحكيم و من خلال عدة أسس موضوعية و عدة إجراءات فان هذه المحكمة تصدر قرار فاصلا بخصوص النزاع المعروض أمامها، يعرف بالقرار التحكيمي (أولا) ، هنا الأخير الذي يتضمن عدة خطوات وجب مراعاتها(ثانيا).

أولا: المقصود بالقرار التحكيمي

تناولت اتفاقية نيويورك لعام 1958 القرار التحكيمي على أنه: " يقصد بالقرارات التحكيمية ليست القرارات التي يصدرها حكام معينون لحالات فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها الأطراف"[1]

كما يقصد به :" عمل المحكمين الذي يحسم و بشكل نهائي كليا أو جزئيا، النزاع المعروض عليهم، سواء في الأسس الموضوعية أو سبب إجرامي يقودهم إلى إصدار هذا القرار." [1]

---

[1] المادة الأولى الفقرة 2 من اتفاقية نيويورك المبرمة بتاريخ 10 جوان 1958 ، بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين،نقلا عن فراح مناني، المرجع السابق، ص 359.

باستقرار التعريف السابق نجد بأنه جاء موسع لتعريف حكم التحكيم ، حيث اعتبر جميع القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم أحكام تحكيمية، و هو ما يتوافق مع الهدف المبتغى من اللجوء إلى التحكيم.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الحكم أو القرار التحكيمي كغيره من التشريعات الحديثة، و ترك ذلك للفقه الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة، مشكلة قانونيا بخصومه معروضة أمامها طبقا لإجراءات متفق عليها، سواء كان في الموضوع كله أو جزء منه، بشكل نهائي و ملزم للأطراف.[2]

إن حكم التحكيم شأنه شأن الحكم القضائي الذي أيحسم النزاع بشكل قانوني، فهو أساس اتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم و إتباع إجراءاته، و لا يعتبر حكم تحكيمي القرار الذي يصدر في غير الشكل الذي يتطلبه القانون.[3]

ثانيا: مضمون القرار التحكيمي

يعد الحكم الذي يصدره المحكمون فاصلا في موضوع النزاع على نحو حاسم، فيستمد المحكمون سلطتهم من اتفاق الأطراف الذين يحددون مهمة المحكمين و نطاق سلطاتهم و قواعد القانون المطبقة على موضوع النزاع و إجراءاته، إضافة لذلك بإمكان تدخل محكمة التحكيم في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث تقوم هذه الأخيرة بالفصل في النزاع حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة.[4]

و بالتالي لا يجوز للمحكم أن تتجاوز ما حدد له ، فيفصل في المواضيع التي حددها الأطراف فقط، و لا يتعدى إلى خلافات أخرى لم تدرج ضمن الاتفاق، و عليه وجب على

---

[1] خير الدين بدر الدين نعومي، التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة و مؤسسات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عشور ، الجلفة ، 2014 ، ص 45.

[2] كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 61.

[3] خير الدين بدر الدين نعومي، المرجع السابق، ص 46.

[4] فيصل فار، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،" **مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية**" العدد الرابع، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي مرسي عبد الله ، تيبازة (الجزائر) ، 2018، ص 252.

المحكمين أن يصدروا حكمهم وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف سواء بالنسبة للإجراءات أو لموضوع النزاع حيث يعد سببا لبطلان الحكم تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف و الحكم وفق ما يرونه.[1]

تجدر الإشارة إلى عدم اشتراط المشرع الجزائري صدور الحكم التحكيمي في جلسة علنية بل ألزم المشرع أن يكون القرار الصادر بأغلبية الأصوات، كما يجب أن يتضمن عرضا موجزا لادعاءات الإطراف و أوجه دفاعهم و الأسانيد التي تدعم ضده الادعاءات ، كما اختار المشرع الجزائري أيضا الاتجاه الذي يقضي بتعليل أو تسبب الأحكام التحكيمية، و عدم التسبب يشكل سببا من أسباب أبطال الحكم إضافة إلى ذلك ألزم المشرع بان يتضمن الحكم التحكيمي البنات المنصوص عليها في المادة 1028 بنصها على:" يتضمن حكم التحكيم البنات الآتية:

1- اسم و لقب المحكم أو المحكمين.

2- تاريخ صدور الحكم.

3- مكان صدور الحكم .

4- أسماء و ألقاب الأطراف و مواطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي.

5- أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الانقضاء."

كما اشترط المشرع الجزائري على ضرورة توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين ، و إذا امتنع الأقلية منهم على ذلك فان البقية تشير إلى ذلك ، و يرتب الحكم آثاره باعتباره من جميع المحكمين و هذا ما نصت عليه المادة 1029 من ق.إ.م.إ ، ينص على: " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين ، و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، و يرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين ."

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص60 .

الملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع لم يلتزم ضرورة بيان أسباب عدم توقيع الأقلية، و إنما اقتصر على ضرورة الإشارة إلى واقعة رفض التوقيع على الحكم و اعتبر الحكم الموقع من قبل الأغلبية كأنه موقع من قبل جميع المحكمين.

فالتوقيع من شأنه إعطاء الحكم مصداقية وجدية, فلا يتصور صدور حكم تحكيمي غير موقع عليه.[1]

بعدما تفصل محكمة التحكيم في النزاع فإن مهمتها تنتهي ويبقى دورها فقط في تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه وهو ما نصت عليه المادة 1030 من ق.إ.م.إ بالنص على:" يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، غير انه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون."

- الفرع الثاني: تنفيذ قرار التحكيم

لصحة حكم أو قرار التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا لابد أن يكون نهائيا منهيا للخصومة التحكيمية حائزا لحجية الشيء المقضي فيه و في هذا الصدد المادة 1031 من ق.إ.م.إ على :" تجوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيها يخص النزاع المفصول فيه."

فإذا صدر الحكم و كان نهائيا و حاز على حجية الشيء المقضي فيه فانه يكون بحسب الأصل ملزما لأطرافه، إذ يكون للطرف الذي صدر الحكم لصالحه أن يطلب تنفيذ ، لاعتباره سندا تنفيذيا يستدعي إتباعه بالصيغة التنفيذية.[2]

إن مضمون هذه الصيغة التنفيذية هو واجب قانوني بالتنفيذ، أي أن كل سند تحكيمي يحتاج آلة واجب قانوني بالتنفيذ كشكل لقوته التنفيذية لا كواجب وظيفي يقع على عاتق المحضرين، و حتى يتم الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم في الجزائر ينبغي عليها لتقيد بعدّة

---

[1] كمال زيادي، المرجع السابق،ص 71.

[2] بدر الدين نعومي خيراني المرجع السابق، ص 59.

متطلبات للاعتراف و التنفيذ (أولا)، و أمام الجهة القضائية المختصة بالاعتراف و التنفيذ (ثانيا).

- أولا: متطلبات الاعتراف و التنفيذ

ينبغي الاعتراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر استفاء الحكم للشروط المنصوص عليها في الفقرة 01 من المادة 1051 من ق.إ.م.إ التي نصت على: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر، إذا أتيت من تمسك بهما وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي."

يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع اشترط شرطا واحدا بلا الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي و هو إثبات وجود الحكم التحكيمي.

و ذلك من خلال تقديم ما جاء في المادة 1052 التي نصت على: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها ، تستوفي شروط صحتها."

فإذا لم يتمكن طالب التنفيذ من الحصول على الحكم الأصلي جاز له أن يقدم نسخا مصادقا عليها، أو النسخ التي تم ترجمتها إلى اللغة العربية، التي تعتبر اللغة الرسمية و المعمول بها في البلاد القضائي الجزائري، و هو الأمر الذي أكدته المادة 08 من ق.إ.م.إ في فقرتها 02 بالنص على:" يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية، أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول."

كما أضافت المادة 1051 من ق.إ.م.إ سالفة الذكر شرطا قانونيا يتمثل في ان يكون هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي .

و إذا استوفى طلب طالب التنفيذ لهاذين الشرطين انعقد الاختصاص لرئيس المحكمة و هذا ما نصت عليه المادة 1051 الفقرة 02 من ق.إ.م.إ بالنص على: " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر المحكمة المختصة في نظر

الطلب تمهيدا للبث فيه، حيث يعمل قاضي التنفيذ في إطار نظام الأوامر على العرائض [1] ، أي انه يعمل ليقرر على إصدار أمر التنفيذ أو الرفض فقط، دون مواجهات شفوية بين الأطراف ، حيث يبحث القاضي الجزائري في حكم التحكيم المقدم إليه مدى توافر شروطه الشكلية، و عدم مخالفته للنظام العام الدولي.

ثانيا: الجبهة القضائية المختصة بالاعتراف و التنفيذ

لم يتطرق المشرع الجزائري عن تعرضه في المادة 1051 من ق.إ.م.إ للجهة القضائية المختصة بالاعتراف و التنفيذ إلى المحكمة المختصة بالاعتراف بأحكام التحكيم، و أمام عدم تحديد المشرع للقاضي المختص، ذهب البعض إلى التمييز بين الحالة التي يكون فيها طلب الاعتراف مرتبطا بطلب التنفيذ، أي يكون الطلب طلبا فرعيا، و فيها تعقد الاختصاص لنفس المحكمة و بين الحالة التي يكون فيها طلب الاعتراف طلبا أصليا، فينعقد الاختصاص بذلك إلى المحكمة التي سينفذ الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها. [2]

أما بالنسبة لطلبات التنفيذ، فقد ميز المشرع الجزائري الجهة القضائية التي تضطلع بالنظر فيها، بين طلبات تنفيذ الأحكام الصادرة في الجزائر و التي تنعقد اختصاص الأمر بصدها إلى رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها و بين طلبات تنفيذ الأحكام الصادرة خارج الإقليم الوطني، و التي يختص بإصدار الأمر بتنفيذها رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل التنفيذ ، و هو ما تم استقراؤه من خلال نص المادة1051 عن ق.إ.م.إ في فقرتها 02 و يتم طلب التنفيذ بموجب عريضة توجه إلى قاضي التنفيذ دون مواجهات أو مناقشات شفوية بين الأطراف، أي أن دور قاضي التنفيذ ينحصر في التأكد من توافر شرطين الواردين في المادة 1051 الفقرة 01 من ق.إ.م.إ و المتمثلين في ضرورة وجود حكم تحكيمي مستوف لشروطه التشكيلية، و عدم مخالفته للنظام العام الدولي.

---

[1] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشرق، القاهرة، 2002 ، ص 459.

[2] إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 224.

و عليه فان رقابة القاضي الجزائري و هو بصدد الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي هي رقابة ضيقة تنتهي إما بالقبول أو الرفض دون إدخال أي تعديل أو إضافة على الحكم التحكيمي فإذا رد القاضي الجزائري على طلب إصدار الأمر بالتنفيذ قام بالتأشير عليه بالموافقة و ذلك بوضع الصيغة التنفيذية، و هي عادة ما تتم في صورة ختم يوضع أسفل الحكم موقع و مؤرخ ، أما إذا رفض القاضي الجزائري منح الأمر بالتنفيذ فانه يلتزم بتسبيب هذا الرفض.[1]

يجوز لطالب طلب الاعتراف بالتنفيذ الذي قوبل طلبه بالرفض من طرف القاضي الجزائري أن يستأنف أمر القاضي بذلك في شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لرئيس المحكمة و ذلك ما نصت عليه صراحة المادة 1057 من ق.إ.م.إ بنصها: " يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة ."

جدير بالذكر انه لابد من مراعاة أحكام المادة 977 من ق.إ.م.إ التي تنص على : " تطبق أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية."

يترتب مما سبق أن لحكم التحكيم كافة الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، كما تلحقه الحجيّة منذ صدوره، و لو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه بعد، و لا يمكن المجادلة في حجيته لعدم صدور الأمر بتنفيذه لان حجية الحكم التحكيمي تلقى قائمة إلى حين إثبات العكس.[2]

– المطلب الثاني : الطعن في حكم التحكيم

لما كان التحكيم نظام قانوني ذو طبيعة خاصة، الأمر الذي جعل إحكامه لا تخضع لذات طرق الطعن المتبعة في الطعن في الأحكام القضائية، حيث أن معظم التشريعات الحديثة أجازت و بقدر معين الطعن في أحكام التحكيم سواء كانت داخلية (الفرع الأول) ، أو دولية (الفرع الثاني) .

---

[1] Naima meziani – alliouche kerboua . l'arbitrage commercial international en algerie , office des publication universitaires, alger , 2010, p 73.

[2] إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 224.

- الفرع الأول: الطعن في أحكام التحكيم الداخلي

جل الأنظمة التشريعية الحديثة استبعدت المعارضة كسبيل لمراجعة حكم التحكيم إلا أنها اختلفت فيها يخص طرق الطعن الأخرى في أحكام التحكيم الداخلي، و بالرجوع الى القانون الجزائري فانه يمكن الطعن في حكم التحكيم الداخلي بطريقتين .

أولا: استئناف حكم التحكيم الداخلي

نصت المادة 1033 من ق.إ.م.إ على:" يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في اجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاص حكم التحكيم ، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم."

باستقراء نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز الطعن بالاستئناف كقاعدة، فهو حق ثابت للأطراف ، ما لم يتنازلوا عليه في اتفاقية التحكيم، و هو طريق لمراجعة حكم التحكيم الداخلي من جديد مما يسمح بإلغائه أو بتعديله أو تصحيحه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.[1]

و يرفع الاستئناف في اجل شهر واحد من تاريخ النطق به و يكون ذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، و تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قائلة للطعن بالنقض.[2]

و ما يأخذ على المشرع الجزائري هو عدم توضيح احتساب المدة في حالة وجود طلب تفسيري من احد الأطراف، كما لم يحدد أوجه الاستئناف و النقص هذا من جهة، و من جهة أخرى يلاحظ من نص المادة 1033 ق.إ.م.إ إن حكم التحكيم يكونا نهائيا و يجوز على حجية الشيء المقضي فيه و ذلك راجل للتنازل الأطراف عن حقهم في الاستئناف في اتفاقية

---

[1] كمال عليوش قربوعة، المرجع السابق، ص 51 .

[2] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (08-09) ، الطبعة الثانية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص 77.

التحكيم، فالمشرع الجزائري لم يتفطن لكون الحكم قد يخالف النظام العام و المصالح العليا للبلاد ، و لهذا وجب تدارك ذلك.[1]

ثانيا: استئناف أمر رفض الحكم

إن مال حكم التحكيمي بعد صدوره هو طلب إصباغه الأصبغة التنفيذية و قد يقابل هذا الطلب إما بالقبول أو بالرفض و الملاحظ أن المشرع الجزائري و كباقي التشريعات القانونية الحديثة التي تتفق على عدم جوازية الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ الحكم، و إنما جوازية الطعن الصادر عن محكمة التحكيم.[2]

و هو ما نصت عليه المادة 1035 من ق.إ.م.إ الفقرة 03 : " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في اجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي."

الملاحظ في الواقع أن الأوامر الرافضة بالاعتراف و التنفيذ لأحكام التحكيم الداخلية قليلة الحدوث، مما يجعل استئنافها من النادر حدوثه، خاصة في الدول التي تجيز الطعن بالبطلان كطريق ثاني لمراجعة الأحكام الداخلية.[3]

– الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم الدولي

قسم المشرع الجزائري الأحكام التحكيمية الدولية إلى الأحكام الدولية الصادرة داخل إقليم الدولة (أولا) و الأحكام الدولية الصادرة خارج إقليم الدولة (ثانيا).

أولا: الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر

بعد صدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع من قبل محكمة التحكيم، تجيز غالبية التشريعات للطرف المتضرر المتظلم من هذا الحكم عن طريق الطعن فيه، و بالرجوع إلى

---

[1] محمد قبايلي، طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري، " **مجلة الدراسات و البحوث القانونية**" ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، الجزائر ، د.س.ت ص 179.

[2] المرجع السابق ، ص 181.

[3] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2007 ،ص 728.

قانون التحكيم الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر و ذلك ما نصت عليه المادة 1034 من ق.إ.م.إ " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون."

الملاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز رفع دعوى البطلان لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر كوسيلة لمراجعته من قبل الخصوم في حالات محددة.

1- خصائص دعوى البطلان

تتميز دعوى البطلان بعدّة خصائص تتعلق بإجراءات رفع الدعوى و المحكمة المختصة و كذا ميعاد رفع الدعوى و الآثار المترتبة على رفعها، و لقد اوجب المشرع الجزائري لرفع دعوى البطلان توافر واحدة من الحالات التي تنص عليها المادة 1056 من ق.إ.م.إ .

أ- المحكمة المختصة

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كيفية رفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة، و لكن باستقراء المادة 1059 من ق.إ.م.إ " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه" .

يتبين أن الجهة القضائية صاحبة الاختصاص بالطعن بالبطلان هي المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم.[1]

ب- ميعاد رفع الدعوى

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا معينا للطرف الذي صدر ضده الحكم لرفع دعوى البطلان، حيث أجاز الطعن بالبطلان من تاريخ النطق بحكم التحكيم، أما إذا قام الطرف الرابح للنزاع بطلب الحصول على الاعتراف و منحه الصيغة التنفيذية فهنا يجب

[1] محمد قبايلي، المرجع السابق، ص 185.

على الطرف الخاسر للنزاع أن يرفع دعوى البطلان بعد شهر واحد من تاريخ تبليغه الرسمي لقرار القاضي بالتنفيذ و هذا ما أكدته المادة 1059 في فقرتها 02: " لا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهر واحد ممن تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ."

جـ - آثار رفع دعوى البطلان

نصت المادة 1060 من ق.إ.م.إ على:" يوقف تقديم الطعون و اجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 لا تنفيذ أحكام التحكيم."

و عليه يترتب على رفع دعوى البطلان حكم التحكيم الدولي وقف تنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه إلى حين فصل المجلس القضائي في دعوى البطلان بتأييدها أو رفضها.[1]

2- الحالات المحددة لرفع دعوى البطلان

نصت المادة 1058 من ق.إ.م.إ على:"يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه ."

و تتمثل هذه الحالات في ما نصت عليه المادة 1056 من ق.إ.م.إ :" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدّة الاتفاقية.

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

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراعا مبدأ الوجاهية.

5- أذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما، أو إذا وجد تناقض في الأسباب

5-إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي."

---

[1] محمد قبايلي، المرجع السابق، ص 186.

و من نص المادة يمكن تقسيم حالات الطعن بالبطلان إلى:

أ- حالة البطلان المتعلقة باتفاقية التحكيم

هذه الحالة و من خلال نص المادة يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات: إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة التحكيم.

- التحكيم بدون اتفاقية تحكيم

تعد اتفاقية التحكيم السند الأساسي و الرئيسي الذي يستند عليه الأطراف للجوء إلى التحكيم ، فإذا ادعى احد الأطراف عدم وجود اتفاقية التحكيم و لم يستطع الطرف الآخر إثبات وجودها أما كشرط تحكيم في العقد أو وجود مشارطة للتحكيم بين الطرفين توجب على القاضي إبطال الحكم التحكيمي، كأن يكون الطرفان عينا في الاتفاق خيرا أو وسيطا و ليس محكما.[1]

- التحكيم بناء على اتفاقية باطلة

قد تكون اتفاقية التحكيم باطلة إذا تخلف ركن من الأركان اللازمة لصحتها كالرضا، المحل، السبب، أو كل ما نص عليه القانون حتى تكون اتفاقية التحكيم صحيحة، و من خلال ذلك أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي يطالب بالطعن بالبطلان بإثبات بطلان اتفاقية التحكيم.[2]

- انقضاء مدة التحكيم

جاء في المادة 1018 ق.إ.م.إ :" يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لانتهائه ، و في هذه الحالة يلزم المحكم بإتمام مهمته في طرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم."

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، التحكيم ، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2005، ص 396.

[2] محمد قبايلي، المرجع السابق، ص 188.

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

لقد بين المشرع الجزائري الشروط الواجب أن تتوفر في الشخص الذي تسند إليه مهمة التحكيم و كذا تشكيل محكمة التحكيم و قد تم تناول ذلك سابقا ، و عليه و في خالة مخالفة الشروط السابقة الذكر جاز للطرف الذي يهمه الأمر رفع دعوى البطلان تحث بند مخالفة القانون في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد.[1]

جـ : فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها

إذ لا يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في موضوعات و مسائل لم يشملها محل النزاع ا وان تغفل عن الفصل في طلب أو أكثر من طلبات الخصوم، في هذه الحالة جاز للطرف الذي يهمه الأمر رفع دعوى البطلان تحت هذا البند.[2]

د- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية

من المبادئ الأساسية للقضاء احترام حق الدفاع و مبدأ الوجاهية و هذين المبدأين الأساسيين يمكنان الأطراف من الحضور و تقديم دفوعهم أثناء المرافعات الشفوية و تبادل المذكرات و الاطلاع عليها و الرد على كل ما يخص قضية الحال، و قد يحدث الإخلال بهذه المبادئ كان تنتقل هيئة التحكيم للمعاينة دون تبليغ احد الأطراف و حضوره، أو إجراء المرافعات دون حضور احد الخصوم، و هو ما يعد سببا أساسيا من أسباب رفع الدعوى البطلان.

هـ- انعدام السبب أو التناقض في الأسباب

من مبطلات حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر عدم تسبب الحكم من حيث الوقائع و القانون و أن يشار إلى النصوص المطبقة، و هذا حتى يقتنع الأطراف بعدالة هذا

---

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم الدولية الداخلي، نشأة المعرف ، الإسكندرية، 1995 ، ص 416.

[2] محمد قبايلي ، المرجع السابق، ص 189.

الحكم بالإضافة إلى إمكانية الرقابة على هذا الحكم، و هذا بدوره يجعل محكمة التحكيم اشد حرصا و دقة عند إصدارها للحكم.[1]

و ما أكدت عليه المادة 1056 من ق.إ.م.إ في فقرتها 05 هو عدم كفاية وجود الأسباب في حكم التحكيم و لكن يجب أن تكون هذه الأسباب غير متناقضة فيما بينها مما قد يضفي غموضا على الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع.

و- مخالفة الحكم للنظام العام الدولي

و هي من بين أهم حالات البطلان التي نص عليها المشرع الجزائري و تعد فكرة النظام العام فكرة نسبية اختلف المشرعون و الفقهاء و إعطائها تعريف محدد، أما أساس هذه الفكرة فهو محاولة صيانة مصالح و مقومات و كيان الدولة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بان النظام العام الدولي هو:" مجموعة الأصول و القيم التي تشكل كيانها المعنوي و تساهم في تحقيق أهدافها ، سياسية كانت أو اقتصادية أو الاجتماعية أو ما يتعلق منها بالجانب الأخلاقي و هذه هي المصالح العليا التي تسموا و تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات الأخرى في الدولة.[2]

ثانيا: الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر

تعتبر أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر لا قيمة لها ما لم تضفى عليها الصيغة التنفيذية في بلد التنفيذ حيث أشار المشرع الجزائري إلى الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في نص المادة 1051 من ق.إ.م.إ على النحو التالي:" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها ، و كذا هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي." ، و يعد دراسة طلب أمر التنفيذ من الناحية المشروعة و صحة الإجراءات من الجهات القضائية المختصة في ذلك ، يدلي الحكم إما بأمر يقضي إصباغه الصبغة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به و يرفض تنفيذه، و على المتضرر من احد هذين الحكمين أن يطعن فيه عن طريق الاستئناف.

---

[1] عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، زين الحقوقية ، بغداد، 2011 ، ص 142.

[2] عمر فتحبي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 199.

أ- استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ الحكم

أجاز المشرع للذي صدر في حقه الأمر برفض التنفيذ، أن يستأنف ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 1055 من ق .إ.م.إ بنصها:" يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ قابلا للاستئناف "

ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة، إن المشرع الجزائري أجاز استئناف بالأمر القاضي برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ، حيث يرفع الاستئناف في اجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة و ذلك أمام المجلس القضائي المختص.

ب- استئناف الأمر القاضي بتنفيذ الحكم

إن معظم الطلبات المرفوعة للمحاكم من اجل إصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم، غالبا ما تلاقي القبول و الاعتراف إذا لم تخالف النظام العام و المصالح العليا للبلاد ، حيث يرفع استئناف الأمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم أمام المجلس القضائي للمحكمة التي أصدرته في اجل لا يتعد الشهر الواحد، ابتدآ من تاريخ التبليغ.

خاتمة

لقد أصبح التحكيم كبديل من البدائل المعتمدة لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية، يلعب دورا هاما في حسم المنازعات، وذلك لما يتميز به من خصائص جعلته يفرض نفسه بقوة ويتفوق على الكثير من الوسائل الأخرى المشابهة له، حيث فرضته ظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة حتى شمل بنطاقه الصفقات العمومية.

لقد خطى المشرع الجزائري خطوة جريئة عندما صرح بجواز اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام في مادة الصفقات العمومية، والتي كانت ولمدة طويلة لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها، إلا أنه لم يحسب حسابا للإشكالات التي قد تواجهه وقد وقع في ذلك، أثناء وضعه للإطار الإجرائي للتحكيم، فكانت هذه الإشكالات من أهم أسباب العزوف على اللجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف المتنازعة خاصة في مادة الصفقات العمومية.

انطلاقا من دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج نوردها في ما يلي:

- التحكيم نظام بديل لحل المنازعات بصفة عامة و منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، ورغم إجازته من طرف المشرع إلا أنه لم يحظى بالاهتمام اللازم رغم أهميته.

- دور التحكيم في مادة الصفقات العمومية بقى مجمدا رغم إجازة المشرع اللجوء إليه، ففعاليته لم تبرز على أرض الواقع، وذلك راجع لعدة أسباب منها صعوبة تقبل أطراف النزاع لهذا النظام، إلى جانب غياب ثقافة التحكيم نتيجة حداثته في مادة الصفقات العمومية.

- عدم إدراج التحكيم في مادة الصفقات العمومية ضمن نصوص تنظيمية خاصة به، و الاكتفاء بالنص و التركيز على التحكيم الدولي.

- الاهتمام المفرط للمشرع الجزائري بالتحكيم الدولي و تطويره على حساب التحكيم الداخلي.

– التحكيم كحل بديل و ودي لحل منازعات الصفقات العمومية لم يستطع أن يثبت نجاعته و ذلك لغياب ضبط بعض إجراءاته، منها ما يتعلق بكيفية تنفيذ بعض النصوص القانونية.

و أمام النقائص المسجلة في الموضوع يمكن اقتراح جملة من الإقتراحات لعلها تثري المنظومة القانونية المتعلقة بنظام التحكيم عامة و نظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة:

– السعي لنشر الوعي ة ثقافة التحكيم و ذلك بالإهتمام بتنظيمه و البحث عن اليات و ضمانات إضافية تشجع أطراف النزاع على اللجوء ألى التحكيم في مادة الصفقات العمومية، من خلال التدخل بنصوص واضحة تنظم عملية التحكيم في مادة الصفقات العمومية بشكل مباشر و صريح.

– سد الثغرات القانونية التي شملت النصوص المتعلقة بالتحكيم، على سبيل المثال تقديم الطلب يكون من تاريخ تعيين المحكمين، لكن المشرع أشار في نص المادة 1015 فقرة 1 إلى أنه لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا من تاريخ قبول المحكم للمهمة المسندة إليه، فنكون أمام أي تاريخ يجب إعتماده، لذا وجب على المشرع تحديد تاريخ واضح من خلال النص على ذلك، ومن الأحسن أن يكون تاريخ إعلان المحكم قبوله بالمهمة المسندة إليه.

– النص صراحة على إستقلالية شرط التحكيم، و ذلك من خلال النص صراحة بعدم جواز الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد.

– يجب على المشرع عدم السكوت عن إجراءات و كيفية تبليغ الحكم أو القرار التحكيمي، وذلك من خلال إدراج تعديلات تتضمن إجراءات تبليغ الحكم أو القرار التحكيمي.

– تدخل المشرع لتعديل نص المادة 1032 من ق.إ.م.إ الخاصة بإمكانية الطعن في أحكام التحكيم عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة قبل عرض النزاع على التحكيم، و

ذلك للتناقض الموجود في نص المادة، التي تنص على الطعن قبل عرض النزاع على التحكيم، وفي نفس المادة قد صدر حكم التحكيم.

– وبذلك يتعين على المشرع وضع نظام دقيق خاص بالتحكيم في مادة الصفقات العمومية، بحكم الخصومة التي يفرضها هذا النوع من العقود، و لارتباطها المباشر بالخزينة العمومية و تحقيق التنمية الشاملة الوطنية و المحلية.

قائمة المصادر و المراجع

I. قائمة المصادر

القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

القواميس

الفيروز أبادي، قاموس المحيط، للمجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978.

النصوص القانونية

النصوص التشريعية

- أمر رقم 154-66، مؤرخ في 08 يوليو سنة 1966، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان سنة 1966 (ملغى).
- أمر رقم 44-75، مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975، يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات، ج.ر.ج.ج عدد 53، صادر بتاريخ 04 يونيو .1975
- أمر رقم 58-75، مؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، صادر بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، معدل و متمم.

مرسوم تشريعي رقم 09-93، مورخ بتاريخ 25 فبراير سنة 1993، يتضمن تعديل قانون الاجراءات المدنية, ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 فبراير سنة 1973(ملغى).

- أمر رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل و متمم بالقانون رقم 13-22، مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، ج.ر.ج.ج، عدد 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

النصوص التنظيمية

مرسوم رئاسي رقم247-15 .، مؤرخ في 16سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015.

II. قائمة المراجع

أ- باللغة العربية

١ -الكتب

- أشرف محمد خليل حامد، نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاقية التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص،الطبعة الثانية، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2000.
- اسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- الشرمان ناصر محمد، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات للنشر و التوزيع، مصر، 2015.
- الشوربي عبد الحميد، التحكيم و الصلح، في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، د س ن.
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشرق، القاهرة، 2000.
- رضوان أبو زيد، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
-عبد الوهاب لطفي، تنظيم واجراءات التحكيم، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية، الطبعة الاولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015.
- ـــــــــــــــــ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
- عبد الفتاح عزمي، قانون التحكيم الكوني، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1988.
- علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
- عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية، دار الجزائر الجديدة للنشر، الجزائر، 2017.
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية(09-08) ، الطبعة الثانية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، زين الحقوقية ، بغداد، 2011.
- عمر فتحبي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري، دار الثقافة، عمان، 2008.

- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- محمد شوقي محروس، نزاعات التحكيم الدولي في اطار القانون الداخلي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2019.
- محمد السيد عمر التحوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح والوكالة و الخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.
- ـــــــــــــــ،الطبيعية القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- معتز محمد حمدان الحوامدة، دور المحكم في اجراءات التحكيم الداخلية، الطبعة الأولى، دار المعتز للنشر والتوزيع، الاردن، .2020
- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
-نبيل إسماعيل عمر، التحكيم، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية

مذكرات الماستر

- أسماء هاين، التحكيم في العقود الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، جيجل، 2022.

- بدر الدين نعومي خيراني، التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص دولة و مؤسسات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014.
-كمال زيادي، التحكيم في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2014.
- محمد باي ومحمد أمين أمين لكحل، إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020.

ج-المقالات

- العربي زروق، "التحكيم الالكتروني في مجال الصفقات العمومية"، **مجلة الدراسات القانونية**، المجلد الثامن، العدد الأول، الجزائر، 2022.
- فيصل فار، "نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، **مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية**، العدد الرابع، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي مرسي عبد الله ، تيبازة (الجزائر) ، 2018.
- محمد قبايلي، "طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري"، **مجلة الدراسات و البحوث القانونية** ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2022.

باللغة الفرنسية **ouvrages**

–Robert Jean, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz, Paris, 1993.

– David Rene, L'abitrage , dans le commerce international, Dalloz, Paris, 1982.

– Naima meziani – alliouche kerboua . l'arbitrage commercial international en algerie , office[1] des publication universitaires, alger , 2010.