وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة- أحمد دراية- أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبين:

- كينا عبد المالك
- بوخريص الصالح

إشراف الأستاذ:

د. غيتاوي عبد القادر

لجنة المناقشة

1.	د. بحماوي شريف	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة أدرار	رئيساً
2.	د. غيتاوي عبد القادر	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة أدرار	مشرفا
3.	د. كامل سمية	أستاذ محاضر قسم ب	جامعة أدرار	مناقشاً

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا
وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ
نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨ ﴾

سورة النساء 58

قائمة المختصرات

-د .س.ن.....دون سنة نشر

-ج.....الجزء

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

-ط.....الطبعة

-ق.إ.م.إ.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية

-ق.ص.ع.....قانون الصفقات العمومية

-ص.....صفحة

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية النظام القانوني الأمثل لتسيير واستغلال الأموال العامة، خاصة في ظل الاعتماد الوطني على زيادة النفقات العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وتفعيل السياسة العامة في البلاد.

فلقد مر النظام القانوني للصفقات العمومية بعدة مراحل شهد خلالها تطورات وتعديلات لأنظمة عديدة، هذا تماشيا مع الوضع الاقتصادي الذي يعيشه الاقتصاد الوطني وكذا اختلاف الأنظمة الاقتصادية المنتهجة في كل مرحلة، فمقتضيات المصلحة العامة والمعطيات المستجدة استوجبت إصدار نصوص تنظيمية.

و لقد مر تشريع الصفقات العمومية في الجزائر بعدة مراحل و حقب زمنية بداية من سنة 1967 إلى يومنا هذا، و يعد المرسوم الرئاسي رقم247-15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 16سبتمبر2015 أحدث تشريع ينظم الصفقات العمومية في الجزائر و الذي تبنى تدابير جديدة، حيث شملت عدة جوانب منها ما يخص موضوع الصفقات العمومية وتحديد مستوياتها وكذا كيفيات وإجراءات إبرامها، حيث جعل طلب العروض كأصل لإبرام الصفقات العمومية والتراضي كاستثناء، ومع اى يرا ختيار المتعهدين وتحديد المسؤوليات، وتسوية النزاعات التي يمكن حدوثها أثناء مرحلة الإبرام وأثناء مرحلة التنفيذ، بهدف حماية المال وصفاتاستمرارية المرفق العام وتجسيد البرامج المسطرة لها.وإذا كان الأصل في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر هو أن تعرض على القضاء الإداري على أن هذه الصفقات يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو غيرها من الهيئات أو المؤسسات العمومية الأخرى للفصل فيها سواء فيما يتعلق بمسألة إبرامها أو تنفيذها فإن المشروع وبموجب القواعد المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره قد استحدث أحكاما جديدة للفصل فيما ينشأ بشأنها من المنازعات سواء في كيفية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو في إجراءات وتنفيذ حكم التحكيم تتميز عن ما هو معتاد في المنازعات التي تعرض على القضاء الإداري.

وإذا كان التحكيم في حقيقة الأمر هو من صميم نظام القانون الخاص أي يطبق على العلاقات الخاصة بين الأفراد ولا يطبق في العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئتها الإدارية

باعتبارها عقودا إدارية فإنه أمر لم يكن مقبولا إلى وقت ليس ببعيد في القانون الجزائري بل وكانت الجزائر ترفض لجوء الأشخاص المعنوية العامة إليه لأسباب متعددة وبرغبة الدولة والجهات الإدارية بعدم عرض نزاعاتها على غير الجهاز القضائي الإداري.

وعليه فبإجازة المشروع اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية يكون بذلك قد فرض على الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها أن تكون على قدم المساواة مع المتعامل المتعاقد وطنيا كان أم أجنبيا في تطبيق نظام التحكيم وإجراءاته عند القبول في الأخذ به مع العلم أن التجاء الأطراف إلى هذا النظام وقبولهم طوعية لما ستصدره هيئة التحكيم من أحكام تحكيمية سيسلب الجهات الإدارية ما كانت تتمتع به من سلطات وامتيازات في ظل نظام القانون والقضاء الإداري وهذا فضلا على أن التحكيم سيمس حتما بالطبيعة المميزة للصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا لاسيما في الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاقد الأجنبي.

من هذا المنطلق تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع لأن فتح المشروع الباب على مصرعيه للأطراف وبكل حرية في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يعرض المصلحة العامة للخطر خاصة إذا كنا نعلم أن الصفقات العمومية ترتكز أساسا على أموال الخزينة العمومية وأنه سيؤدي إلى عرض منازعات خاصة بالدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية وبما تمثله من تمثيل وحماية للمصلحة العامة على أشخاص أو هيئات مستقلة ن الجهاز الإداري بل حتى أن تطبيق هذا النظم يؤدي إلى عرض نزاعات تتعلق بالدولة على أشخاص وهيئات أجنبية لا علاقة لها على الإطلاق بالنظام و القضاء الجزائري الأمر الذي حدا بنا إلى التعمق و البحث في الأحكام والقواعد التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بشأن التحكيم كآلية لحل المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية ومدى ملائمتها وفعاليتها لتسوية ما يثور بشأن هذه الأخيرة.

وعليه فإذا كان التحكيم باعتباره وسيلة من الوسائل البديلة استحدثها المشرع في القانون السالف ذكره، وأقرها صراحة لحل النزاعات التي تنشأ عند إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، وعليه فإن الإشكالية التي نطرحها في هذا البحث تتمثل في:**ما مدى فعالية نظام التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن الصفقات العمومية داخلية كانت أم دولية؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية يقتضي منا الأمر إتباع المنهج الوصفي التحليلي مع الاعتماد في بعض المسائل على المنهج المقارن بين القانون الجزائري وبعض التشريعات الأخرى، لاسيما الفرنسي منها فضلا عن بعض أحكام الاتفاقيات الدولية.

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين اثنين نخصص أولهما للنظام القانوني الموضوعي للتحكيم في الصفقات العمومية،بينما نتناول في الفصل الثاني كيفية تفعيل اتفاق التحكيم من خلال دراسة النظام الإجرائي للتحكيم في الصفقات العمومية.

الفصل الأول

النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

الفصل الأول: النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

مما لاشك فيه أن اللجوء إلى التحكيم في أي عقد من العقود هو مسألة اختيارية، أو بالأحرى مسألة اتفاقية، ولم يَحِدْ المشرع الجزائري في وضعه للقواعد المتعقلة بالتحكيم بصفة عامة والتحكيم في الصفقات العمومية بصفة خاصة عن هذه القاعدة. إذْ مُنحَ للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم، سواء عند إبرام الصفقة وقبل نشوء أي نزاع، وفي هذا نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها**...".[1]

ويوضع شرط اللجوء الى التحكيم في باب فض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل، عند الابرام او في مرحلة تنفيذ الصفقة للفصل في نزاع تم حدوثه بالفعل.وعليه فالاتفاق على التحكيم قد يكون قبل أو بعد نشوء النزاع كما قد يكون عند إبرام الصفقة أو عند تنفيذها، ونظرا لكون هذا النظام يتميز بطابع خاص يجعله قائما بذاته مستقلا في أحكامه عن غيره من الأنظمة أو الوسائل البديلة لحل النزاعات،فإننا سنتناول بالدراسة في المبحث الأول خصوصية نظام التحكيم في الصفقات العمومية، وفي المبحث الثاني الاتفاق على التحكيم لحل منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في الصفقات العمومية

إن التحكيم كآلية بديلة لحل المنازعات هو نظام مميز سواء من حيث مفهومه أو من حيث خصائصه أو إجراءاته، الأمر الذي جعله الوسيلة المفضلة والمرغوب فيها في وقتنا الحاضر من طرف المتعاملين لاسيما الأجانب منهم، لان التحكيم يمكنهم من تجنب

[1] – المادة 1006 من القانون رقم08-09 المؤرخ في 2008/02/21، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج.ر.ج.ج: عدد 21 الصادرة في 23 فيفري 2008.

عرضخلافاتهم على القضاء الوطني.لذلك سنتطرق في المطلب الأول لمفهوم التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية، وفي مطلب ثاني لتمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية

إن التطرق لنظام التحكيم يقتضي منا التطرق في البداية إلى تعريف التحكيم وبيان أساسه في فرع أول، ثم بعد ذلك بيان محاسنه وعيوبه في فرع ثان، ثم نتناول في فرع ثالث تقسيمات أو أنواع التحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه

لا يختلف تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية، عن التعريفات التي المجلات الأخرى المدنية والتجارية بصفة عامة،فنجد أن الفقه والقضاء هما من اجتهدا في تعريفه وبيان أساسه، وسنبين في فقرة أولىتعريف التحكيم، وفي فقرة ثانية أساس التحكيم.

أولا: تعريف التحكيم

التحكيم في اللغة: من المصدر "**حكم من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الامر، فوض اليه الحكم فيه. وحكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم**"[1].

ويعرفه ابن خلدون في مقدمته على أنه" **اتخاذ الخصمين حكما برضائهما للفصل في خصومتهما ودعواهما**".

[1]- عبد الباسط محمد عبد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص15.

وقد ورد في القرءان مصطلح التحكيم في أكثر من آية كريمة، يقول عز من قائل في محكم تنزيله "**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**"[1].

وخلاصة القول، أن معنى التحكيم في اللغة هو إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه بنظر النزاع، ويسمى حكما أو محكما.

وفي الاصطلاح يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التحكيم بأنه "**تولية الخصمين حكما يحكم بينهما**"[2].

وفي الكتاب قوله تعالى "**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**".[3]

ويتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم، وان اختلفت الألفاظ، أن التحكيم هو تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنزعاه.وعلى ذلك فإن التحكيم يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: هي الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع أو بدلا من اللجوء إلى القضاء العام سواء وقع هذا قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه.

المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع، وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم، أي منحه لسلطة الفصل في النزاع، ثم تبدأ

[1]- الآية 35 من سورة النساء.

[2]- محمد علاء الدين الحصفكي، شرح الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د.س.ن، ص150.

[3]- الآية 65 من سورة النساء.

بإجراء وتنتهي بحكم، وفي ذلك يقول الدكتور محسن شفيق: "**إن التحكيم في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاقٍ ثم يصيرُ إجراء ثم ينتهي بقضاء**".[1]

وعرَفَتْ محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: "**اتفاقٌ علىَ عرضِ نزاعٍ معينٍ على محكمين والترود على حُكمِهم**"، و"**بأنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية**".[2]

وفي حكم حديث لها جاء فيه أن التحكيم هو:"**طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات**".[3]

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فذهبت إلى أن التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة مجردا من التمايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ويعد هذا التعريف من أفضل التعريفات الصادرة حيث أنه جامع مانع[4].

وفي القانون الجزائري نجد ان المشرع سمح باللجوء الى التحكيم، سواء كان شرطا أو اتفاقا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وفي هذا نصت المادة 1006 من قانون

[1]- مأخوذ عن: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص16.

[2]- أشار الى ذلك: مناني فراح، نفس المرجع، ص18.

[3]- أشار الى ذلك: مناني فراح، المرجع السابق، ص19.

[4]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي،الطبعة الأولى، دار الثقافة،عمان، 2010، ص24.

الإجراءات المدنية والإدارية على أنه"**يمكن لكلّ شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها**"، إلا أنه لم يعرفه.

وعلى عكس المشرع الجزائري نجد أن المشرع الفرنسي عرف التحكيم بأنه: "**إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.**"[1]

ثانيا: أساس اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود الأخرى يقوم على أساسين رئيسين، وهما إجازة المشرع، وإرادة الخصوم.

إن التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات في الصفقات العمومية لايمكن أن يلجأ إليه حتى ولواتجهت إرادة الأطراف في اللجوءإليه، لاسيما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، لأن التحكيم في وقتنا الحاضر ومع وجود جهاز قضائي إداري قائم بذاته للفصل في العقود التي تكون إحدى الأشخاص المحددة بالمادة 800من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفا فيه[2]، يبقى كاستثناء من الأصل العام، لذلك لابد من إجازة المشرع بمقتضى نص قانوني حتى يتم اللجوء إليه.

ولعل القانون الذي يجيز التحكيم، هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرطا استلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلا من محاكم الدولة.

[1]- المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشأن التحكيم.

[2]- المادة 116 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر.

ومع سيطرة الاتجاه الذي يدعو إلى العولمة، وزيادة حجم التعاملات الاقتصادية بين مختلف دول العالم،اتجهت معظم التشريعات إلىإجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التي تراها محققة لمصالحها كما فعل المشرع الجزائري.

إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف أي إن يتفق الأطراف على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلا بالفصل في النزاع، ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري مكفول لكافة الأشخاص، ولا يجوز حرمان أي شخص منه، أو إجباره على اللجوء إلى التحكيم.ما لم يوافق على ذلك وبكل حرية، لأن التحكيم في الأصل لايقوم إلا عن رضا واختيار من طرف الخصوم تقديرا منهم أنه أكثر تحقيقا لمصالحهم.[1]

ماتجب الإشارة إليه أن أي من طرفي الخصومة التحكيمية وباختياره اللجوء إلى التحكيم لايعني انه تنازل عن حقه الدستوري في اللجوء إلى قضاء الدولة، لأن حق الالتجاء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه، وإنما تقتصر إرادة المحتكم على مجرد إحلال المحكم (المحكمة التحكيمية) محل المحكمة المختصة بالفصل في النزاع أصلا.

فإذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب يعود حينها الاختصاص الأصلي للقضاء، لأن الاتفاق على التحكيم لاينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها من النظر في الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها طالما بقي شرط التحكيم قائما منتجا لآثاره

[1]- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص163

القانونية ولم يحصل أي اتفاق مخالف له أو أي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى زواله أو انتهائه أو استحالة تنفيذه.[1]

وإذا كان التحكيم وفقا لهذين الأساسين يؤدي إلى منع المحاكم الإدارية المختصة من الفصل في النزاع طالما أن اتفاق التحكيم لايزال قائما، لأنه في حقيقة الأمر يجعله مفضلا عن نظام القضاء لاسيما بالنسبة للمتعاقدين أو المتعاملين الأجانب الذين لايرغبون في عرض نزاعاتهم على قضاء الدولة لما يتميز به من ميزات ومحاسن، إلا أن اللجوء إليه لايخلو أيضا من المخاطر التي هي في ذاتها عيوبا تؤخذ عليه، وهذا ماسنتناوله في الفقرة الثانية من خلال عرض محاسن وعيوب نظام التحكيم.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب نظام التحكيم

ان التحكيم طريق بديل عن اللجوء الى القضاء انما وجد للمزايا التي يحققها، خاصة في مجال العقود الاقتصادية. وبالرغم من المزايا التي يحققها هذا النظام الاستثنائي إلا إنه لا يخلو من بعض المثالب التي تميزه، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال ما يلي:

أولاً: مزايا التحكيم

يفضل كثير من الأفراد عرض النزاعات التي تنشأ بينهم مما يجوز فيها التحكيم إلى محكم أو هيئة تحكيمية، وأسباب اتجاههم إلى التحكيم، وعدم عرض الأمر على القضاء يعود بالنظرللمزايا التي يجدونها في التحكيم، ومن أهمها ما يلي[2]:

[1]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص164.

[2] – احمد بلتاجي،البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومجال التحكيم، بوابات كنانة أونلاين، 10مارس2017،الموقع الرسمي للبوابة http://kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts/918072 .

1- سرعة الفصل في النزاع:

عرض النزاع على التحكيم يجنب أطراف الخصومة بطء التقاضي، واللدد في الخصومة القضائية، لأن المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي ومواعيدها، وبالتالي يتفادى البطء فيها، كما أن المحكم متفرغ للنزاع المطروح عليه على عكس التقاضي الذي يعرض عليه قضايا كثيرة.

2- توافر الخبرة والتخصص في المحكم، مما يوفر وقت للخصوم:

قد يكون الفصل في النزاع يحتاج إلى خبرة فنية معينة لا تتوافر لدى المحاكم، وبالتالي يكون عرض النزاع على محكم يتمتع بهذه الخبرة يوفر الوقت للخصوم، لأن المحكمة إذا عرض عليها مثل هذا النزاع تحتاج إلى ندب خبير، مما يطيل نظر النزاع، والطابع الفني للتحكيم وتوافره في المحكم، يؤدي إلى أنه يتفهم طبيعة النزاع وموضوعه، ويوجد الوقت الكافي لحله.[1]

3- السرية:

يحقق التحكيم مصلحة الأطراف في سرية إجراءاته وهذا من شانه أن يحفظ لأطراف النزاع سمعتهم وأسرار معاملاتهم.

4- المحافظة علي العلاقة بين الخصوم.

لأن التحكيم أقدر على إزالة آثار الخصومة من نفوس أطراف النزاع، لأن الخصم يشارك في اختيار المحكم، ويرضى به، ويكون محل ثقته، مما يكون له أثر في إزالة آثار الخصومة.

[1]- احمد بلتاجي،البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومجال التحكيم، الموقع السابق.

5-يخفف من نفقات الدولة على القضاء:

أن التحكيم معين لرفع القضاء بالتخفيف عنه، مما يجعل القضاة أكثر تهيؤا لما يعرض عليهم من نزاعات كما يخفف من نفقات الدولة على القضاء.[1]

6- البساطة والسهولة:

يتميز التحكيم بالبساطة والسهولة، فالرسمية والشكل الذي يتميز بها القضاء لا محل لها في التحكيم لأنه يتميز بإجراءاته البسيطة البعيدة عن الرسمية والتعقيد.

7-أنسب طريقة لحل المنازعات:

بدأ يظهر في الآونة الأخيرة إبرام العقود والصفقات عبر شبكات الانترنت، والتي تصل إلى مبالغ تقدر بالمليارات، ولا شك أن التحكيم أنسب وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات، حيث يصعب تصوير هذه المنازعات أمام القضاء لعدم وجود أوراق تثبت العقود المبرمة، بل تتم على شاشات الحاسب الآلي.

8- التحكيم أداة تشجيع للتجارة الدولية:

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية وتشجع التجارة بين الدول فهو يطمأن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني وطول الإجراءات

---

[1]- احمد البلتاجي، المرجع السابق، نفس
الموقع.http://kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts/918072

وأعتقد في إنجاز القاضي الوطني إلى موطني أطراف النزاع، كما يتلقى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية.[1]

ثانياً: عيوب التحكيم

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية ويشجع التجارة بين الدول فهو يطمأن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني وطول الإجراءات واعتقاده في انحياز القاضي الوطني إلى مواطنيه أطراف النزاع كما يتلاقى عدم معرفه المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية. للتحكيم رغم مزاياه بعض العيوب أهمها:

1- التكلفة المالية العالية التي ترهق أطراف النزاع:

وهي التي تتمثل في أتعاب المحكمين والخبراء، وعكس مجانية القضاء الرسمي في كثير من الدول، أو كونه برسم رمزي.

2- الرقابة:

أن التحكيم قد لا تتوافر فيه رقابة كافية تتابع وتدقيق أحكام المحكمين في مستوى المتاح في القضاء، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي ربما يصعب كشفها وترتيب الجزاء عليها وخاصة في بداية التحكيم قبل أن تترسخ معالمه في البلد وينشر اللجوء آلية وتكون له الإدارات المستقلة والمراكز المهتمة بسلامة تنفيذه.[2]

3- القاضي أكثر ممارسة للعمل القضائي من المحكم:

[1]- احمد بلتاجي، المرجع السابق، http://kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts/918072

[2] - أحمد بلتاجي، المرجع السابق، http://kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts/918072

وبالتالي يخسر المحاكمات هذه الخبرة الثمينة، وربما يقع بعض المحكمين في أخطاء إجرائية جسيمة نتيجة قلة خبرتهم في ميدان القضاء والفصل في الخصومات، والتضرع من ذلك هم أطراف النزاع.

4- التحكيم نهائي غير قابل للاستئناف:

أن التحكيم لو طبق وفق نظامه الأصلي التام، فهو حكم نهائي غير قابل للاستئناف، وهذه رغم أنها قد تكون ميزة في بعض الأحوال لكنها تتضمن مخاطرة كبيرة في بعض القضايا المهمة، ويفوز على المحامين الاعتراض أو الاستئناف لتدارك بعض ما فات.

الفرع الثالث: أنواع التحكيم

إن إرادةالأطراف هي جوهر التحكيم، فهذه الإرادة تحدد مساره وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم وحتى نهايته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف[1]،فهذه الإرادة تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع والقانون الواجب تطبيقه، ونظرا لسلطان الإرادة في عملية التحكيم أدى ذلك إلى زيادة إقبالالأفراد والدول على اللجوء إلى التحكيم أسلوبا لحل مايثور بينهم من منازعات خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي ونظرا لتشعب وتعدد المعاملات التجارية أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات التي تثيرها، ومن ثم يتنوع التحكيم إلى دولي وداخلي ويندرج تحت هذا الأخير تحكيم اختياري وإجباريوأيضا من أنواع التحكيم تحكيم خاص ومؤسسي.

أولا: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي[2]

[1]- مناني فراح، المرجع السابق، ص49.

[2]- مناني فراح، المرجع السابق، ص52.

إن التحكيم ليس على شاكلة واحدة، بل يمكن أن يكون خاص كما يمكن أن يكون مؤسسي، وهو ما سنتعرض إليه من خلال هذا الجزء من البحث.

1-التحكيم الخاص:

أي تحكيم الحالات الخاصة، وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم خاصا ولم تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالماأن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة.

2-التحكيم المؤسسي:

كما ذكرنا آنفا لقد فرض التحكيم أهمية وجدانه، بل ضرورته خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم بما تملكه من إمكانات علمية وفنية ومادية وعملية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية. ويتميز التحكيم المؤسسي أيضا بالسهولة واليسر، فهذه المنظمات لديها قوائم بالمحكمين من كافة الخبرات مما يساعد أطراف النزاع على اختيار المحكم المناسب. ورغم هذه الايجابيات التي يتسم بها التحكيم المؤسسي بيد أن له بعض السلبيات وهي: أن هذه المنظمات التي تتولى الاضطلاع بالتحكيم قد نشأت في كنف الدول الصناعية ومن ثم فكثيرا ماكانت نظم ولوائح هذه المنظمات يبغي رعاية مصالح الدولة المتقدمة على حساب الدول النامية، ونظرا

لعدم معرفة أطراف النزاع للمحكم والذي يتم اختياره بمعرفة المركز أو المنظمة من القائم المعدة فإن غالبا ما تتزعزع ثقة الأطراف في حيدة وأمانة هذا المحكم.[1]

ثانـيـا: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

التحكيم كإجراء لفض المنازعات لا تحده حدود ومكان، فقد يكون على المستوى الداخلي كما يمكن على المستوى العالمي او الدولي، ومحددات ذلك هو أطراف العلاقة.

1-التحكيم الدولي:

والمقصود به، التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع، والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها. ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصيب خصوصا مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.[2]

هناك إمكانية لأن ترعى التحكيم الدولي خمس أنظمة قانونية مختلفة على سبيل المثال وهي:

أ-قانون يطبق على الشرط التحكيمي وعلى شرط الاعتراف به وتنفيذه أو أي اتفاقية دولية في مستوى القانون.

---

[1]- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية، مصر: شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http:// www.tashreaat.com/view_studiers2.asp

[2] -أحمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، القاهرة، ب.س.ط، ص 5-6.

ب-قانون يطبق على إجراءات التحكيم أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه أو اتفاق الطرفين على تطبيق إجراءات تحكيم مركز تحكيمي.

ج-القانون المطبق لحسم النزاع أو اتفاق على المبادئ العامة للقانون.

د-القانون الذي يطبق على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية أو الأجنبية أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه.

هـ-كذلك قانون العقد الذي يمكن ألايكون هو القانون الوطني أو قانون البلد الذي وقع فيه العقد بل قانون دولي أو مزيج من المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية أو ماسمي قانون التجار.

2-التحكيم الداخلي:

هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم. فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم. ويلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصا تميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي.[1]

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات

إذا كانت النزاعات تحل مبدئيا بواسطة القضاء بعد أن ولى عهد العدالة الخاصة إلا ان القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء إلزاميا على الخصوم للفصل في منازعاتهم، بل أجاز

[1]- مناني فراح، المرجع السابق، ص55.

لهم قبل رفع الدعوى أو أثناء السير فيها اللجوء إلى وسائل أخرى لحل المنازعات وهاته الوسائل تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: التحكيم الدولي والقضاء[1]

يختلف التحكيم عن القضاء من حيث التشكيل والإجراءات وآثار الحكم ووسائل الاعتراض عليه كالتالي:

يختار المحكم عادة من الخصوم أي من ذوي الشأن وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم (في شرط أو مشارطة) أو من خلال ورقة عرفية عن هذا الاتفاق الذي يضمن بالضرورة طريقة اختياره على الأقل، أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه وبالتالي فلا يتقاضى أتعابا من الخصوم بعكس التحكيم وإنما يتقاضى مرتبا من الدولة لأنه موظف عام، كما أن ولاية القاضي تكون عامة حيث أنه رجل قانوني يشترط فيه مؤهل قانوني ولايمكن عزله إلا تأديبا على عكس ولاية المحكم فهي قاصرة فقط على النزاع المختار من أجله حيث أنه شخص فني ويعزل باتفاق الخصوم(2/178 مرافعات مصري) هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن سلطات المحكم نظرا لاختياره بالإدارة الخاصة أي باتفاق الخصوم قد تكون أوسع من سلطات القاضي بالنسبة لتطبيق القانون حيث أن المحكم قد يفوض بالصلح من الخصوم باتفاق صريح مع تحديد أسماء المحكمين وبالتالي يلزم بتطبيق قواعد العدالة ولا يلزم بالتالي بتطبيق قواعد القانون، بينما القاضي يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون (التحكيم بالقضاء) وقد يكون ملزما بتطبيق قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) باستثناء القاعدة المتعلقة بالنظام العام فلا يسري عليها اتفاق الخصوم بينما القاضي يكون

[1] – خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 116-117

ملزما بتطبيق القانون، كما أن المحكم لايستطيع توقيع جزاءات على الشهود أو إلزام الغير بتقديم مستند أو الأمر بالإنابات القضائية بعكس القاضي.[1]

كما أن المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على إجراءات الخصومة ما لم يتفق على غير ذلك أو ما لم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسية من حقوق الدفاع وغيرها بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد المرافعات على الخصومة (فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء).[2]

الفرع الثاني: التحكيم والخبرة القضائية

الخبير هو شخص فني (طبيب أو مهندس أو حسابي أو مصرفي أو غيره) يعطي رأيه الاستشاري بصد مسألة فنية تقتضيها قضية مطروحة على المحكمة ويصعب على المحكمة الإلمام بها فنيا بناء على قرار ندبه تلبية لطلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة ولكن هذا الرأي لايقيد الخصوم ولا يقيد المحكمة.[3]

وفي القانون الجزائري لم يعرف الخبير لا في قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، بل اكتفى قانون الإجراءات المدنية القديم بتحديد مهام ذو صلاحيات الخبير في المواد من 47 إلى 55

[1]- مناني فراح، المرجع السابق، ص65.

[2]- مناني فراح، المرجع السابق، ص67

[3]- المادة 42 من قانون الخبرة الكويتي رقم 40 لسنة 80، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995.

مكرر، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اكتفى بتعريف الخبرة في المادة 125.[1]

أما المحكم فهو يباشر مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة ودون حكم بندبه منها لأنه مختار من الخصوم في شرط أو مشارطة تحكيم كما أنه يصدر قرارا ملزما لأطراف النزاع دون أن يخضع لسلطة القضاء التقديرية في ذلك.

والخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور، والخبير هو العالم في علم أو فن معين كالزراعة أو الصناعة أو الطب أو التجارة أو الضرائب أو القسمة...وهكذا، ولا يشترط أن يكون عالما في جميع العلوم والفنون، والخبير يقدم رأيه بصدد موضوع معين متى طلب منه ذلك دون أن يكون لرأيه أي قوة إلزامية لا للخصوم ولا لقاضي وهو يستجلي جانب الغموض في مسألة معينة ولايعد رأيه رأيا استشاريا للحكم أو للقاضي الأخذ به أو تركه.[2]

في حين أن حكم المحكم إذا صدر صحيحا يكون ملزما للخصوم ولوكان مخالفا لرغباتهم وآرائهم وليس هناك مايمنع من أن يكون الخبير محكما مختارا من الخصوم شريطة أن تتوفر لديه أهلية الحكم وإذا دق الأمر بصدد تحديد مهمة الشخص بالنسبة لأمر ما فإن العبرة تكون بحقيقة الواقع أو المهمة دون الاعتداد بالألفاظ والعبارات التي صيغت بها فإن جاء الاتفاق دالا على تكليف شخص بحسم نزاع بين الطرفين فيكون هذا الشخص محكما ولو أسماه المتعاقدان بأنه خبير.

[1] – يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دارهومة، الجزائر، 2009، ص73.

[2]- مناني فراح، المرجع السابق، ص67.

وبالرغم من تماثل المحكم مع الخبير في أن كلا منهما ليس عضوا في جهاز القضاء وكل منهما شخص فني يصدر رأيا فنيا في قضية معينة، ويخضع كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد (خضوعهما لقواعد الرد) والموضوعية إلاأن كل منهما يختلف عن الآخر في النواحي الآتية:[1]

-الخبير القضائي يبدي رأيه في الوقائع دون القانون بعكس المحكم الذي يلزم بإبداء رأيه في الوقائع وفي القانون كذلك مع أنه قد لايكون بالضرورة شخصا قانونيا.

-كما أن رأي الخبير القضائي استشاري للمحكمة بعكس رأي المحكم فهو ملزم لأطراف النزاع.

-لايشترط أن يعين الخبير بالاسم أما المحكم المصالح يشترط أن يعين بالاسم في وثيقة التحكيم.

-أن الخبرة لاتقتضي وجود مشارطة أو شرط رضائي بعكس التحكيم الاختياري الذي يفترض وجود مشارطة أو شرط التحكيم أي أن الخبرة تقتضي ممارستها وجود نزاع بعكس التحكيم الذي قد يقتضي وجود نزاع قائم (مشارطة) أو نزاع يحتمل وقوعه في المستقبل (شرط).

-أن الالتزام بعمل الخبير يقتضي حكم من المحكمة وإذا كان الاتفاق تعيين خبير فلا يعتبر مشارطة تحكيم ولا يحتاج إلى وكالة خاصة ولا أهلية التصرف أما قرار المحكم فيجوز حجية الأمر المقضي فيه ويستنفد بمجرد صدوره ولاية المحكم ويصدر أمر بتنفيذه دون حاجة إلى حكم من القضاء.

[1]- مناني فراح، نفس المرجع، ص68.

-لايجوز الطعن في قرار الخبير مباشرة بعكس قرار المحكم الذي قد يجوز الطعن فيه.

-أن الخبير ملزم بتطبيق قواعد الإثبات على عملية الخبرة أما المحكم فيكون ملزما بالقانون الموضوعي والإثبات (تحكيم بالقضاء) وقد لا يلزم بتطبيق القانون (كالتحكيم بالصلح).

-أن التحكيم يتميز عن تعيين خبير مفوض بتحديد عنصر في العقد (اتفاق الأطراف على تفويض شخص من الغير لتحديد ثمن الشيء البيع) وذلك لأن هذا المفوض لايحل نزاعا ولا يصدر حكما وإنما يحد عنصرا في العقد ويخضع عمله للنظام القانوني وليس إلى نظام التحكيم.

إن العبرة في تفويض شخص للقيام بمهمة التحكيم أو الخبرة ليس بالتسمية التي يطلقها ذوي الشأن على الشخص وإنما العبرة بطبيعة المهمة المناطة به لذلك فاتفاق المؤمن مع شركة التأمين في بوليصة التأمين على اختيار شخص لتقدير التعويض في حالة حدوث الخطر المؤمن عليه مع التزامهما بهذا التقدير يجعل اعتبار هذا الشخص محكما وليس خبيرا مفوضا.

الفرع الثالث: التحكيم والصلح والتوفيق

لقد عرّف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني: بأنه"**عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه**".

وبالرجوع إلى مصطلح الصلح المبين بالمادة 990 قانون الإجراءات المدنية الجديد باللغة الفرنسية يفيد التوفيق La Conciliation ومصطلحي التوفيق والوساطة اختلف

بشأنهما كثير من الفقهاء بخصوص الغاية،[1] ولكن كمصطلح له مفهوم واحد إذ قبل السبعينات كان المصطلح المعروف هو التوفيق La Conciliation وبعد السبعينات مصطلح الوساطة Médiation.وإن ماجاء بالمادة 990 صلحا أم توفيقا يتم إما تلقائيا أو بسعي من الخصوم أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة ويثبت هذا التصالح أو التوفيق في محضر يوقع عليه الخصوم القاضي أمين الضبط – ويودع بأمانة كتابة الضبط ليصبح سندا تنفيذيا (المواد 991،992،993).[2]

إذ يفهم من هذه النصوص أن الصلح يمكن أن يبدأ اتفاقيا ولكن ينتهي دائما ليكون اتفاقا قضائيا من خلال تثبيته من طرف القضاء كما انه لا يستشف أن هذا التصالح يوكل لجهة أخرى (موفق Conciliation) خاص أو مؤسساتي عدا التأكيد أن تثبيت التصالح موكل لقاضي الدولة

والتوفيق فهو يعد من الحلول البديلة الرضائية لفض النزاعات والذي يمكن من تفادي اللجوء إلى القضاء التقليدي فتختار أطراف النزاع اعتماد مساعدة طرف أجنبي مستقل ونزيه ويتمتع بالخبرة والكفاءة ليتولى متابعة حوارها وتسييره ويشجع على إيجاد الحل، فيتأمل من عناصر الخلاف بصفة محايدة ويقترح على أطراف النزاع الحلول الملائمة والتي تتوافق مع مصالحها دون أن تكون له إمكانية الإلزام بذلك الحل، فنجاح المساعي لتوفيقه هي رهينة إرادي الفرقاء ورضائهم.

---

[1]- المادة 990 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر.

[2]- تنص المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: "**تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين،ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك**".

أما المادة 992 من نفس القانون تنص على أنه:"**يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية**".

كما أن المادة 993 من نفس القانون تنص على انه:" **لا يعد محضر الصلح سند تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط**".

والتحكيم: يقصد به في الاصطلاح القانوني، اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.[1]

المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إن أول خطوة في عملية التحكيم هي حصول الاتفاق بشأنه بين أطراف العقد وذلك من خلال النص عليه عند إبرام العقد الأصلي وقبل نشوء أي نزاع أو خلاف بين المتعاقدين – شرط التحكيم – ويهدفان من خلاله إلى عرض نزاعاتهم التي تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التحكيم.

المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية

سبق وان ذكرنا أنه يجوز للأطراف عند إبرام الصفقة العمومية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة تنفيذها، وذلك من خلال تضمينها شرط التحكيم وحتى تتجلى لنا ماهية هذا الشرط ومدي التزامالأطراف بالخضوع له فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلىفرعين فروع تخص الأول لدراسة تعريف شرط التحكيم والفرع الثاني فنخصصه لدراسة كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.

الفرع الأول:تعريف شرط التحكيم (La clause compromissoire)

1 – أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981،ص..

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي "**شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على تحكيم داخلي** ". كما تنص المادة 1040على أن" **اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات المستقبلية.**"

يتبين من التعريفين أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن العقد. يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه. فلا يرد على نزاع معين، ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كبند من بنود العقد وقد يكون منفصلا بحيث يرد في عقد لاحق يكون مبرم بينهما، ونكون ها بصدد اتفاق التحكيم[1].

الفرع الثاني: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية

مما لا شك فيه أن الاتفاق على التحكيم وكيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقات له وضع خاص يميزه عن غيره من العقود ذلك انه باعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية تتركز أساسا على الأموال العامة فإنه من الطبيعي أن يتدخل المشروع ويضبطها بقواعد وإجراءات خاصة، ابتداء من مرحلة الإبرامإلى غاية المصادقة عليها من جانب الهيئة المختصة، بل ويرتب القانون على عدم احترام هذه الإجراءات فساد الصفقة،أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها.

[1]- نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، جامعة باجي مختار عنابة، سبتمبر2013.

وتعرف المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصفقة 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 مجالالأشغال واللوازم والخدمات والدراسات**".[1]

ويعني ذلك أنه يجب على الأطراف بداية تحرير عقد الصفقة كتابة باعتبارها ركنا لانعقادالصفقة العمومية، وليس كونها وسيلة لإثبات يترتب على تخلفها بطلان أو فساد الصفقة مع تحديد الجهات المتعاقد بصفة واحة وصريحة.

بل ويستلزم المشروع إلى جانب ذلك تحديد نوع الصفقة تحديدا دقيقا فضلا عن تبيان كيفية إبرامها وذلك ما نصت عليه المادة 29 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارةإليه والتي جاء فيها تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتيةأوأكثر:

- انجاز الأشغال،
- اقتناء اللوازم،
- انجاز الدراسات،
- تقديم الخدمات.

هذا بالإضافةإلى عقود البرامج وصفقات الطلبات التي نصت عليها المادة 32 من المرسوم والتي جاء فيها "**يمكن المصلحة المتعاقدة أنتلجأ أيضا حسب الحالة إلىإبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية طبقا للتنظيم المعمول به**".

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16-09-2015، يتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج: عدد 50 الصادرة في 20-09-2015.

أما عن كيفية إبرام الصفقات العمومية فإنها في الجزائر تتم وفق أسلوبين – أسلوبطلب العروض وأسلوب التراضي – ويستلزم القانون على الأطراف المتعاقدة – تحت طائلة الإبطال – تحديد الأسلوب الذي يتم به إبرام الصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.[1]

1 – أسلوب طلب العروض:

وبالرجوع الى نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر يتضح إن اجراء طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية، وتعرفه المادة 40 من المرسوم بأنه "**إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضة، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا الى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الاجراء**".

ويتخذ اجراء طلب العروض الذي يمكن ان يكون وطنيا او دوليا، عدة أشكال تتمثل في طلب العروض المفتوحة، وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود، والمسابقة.[2]

وتمر الصفقات العمومية التي تبرم وفق هذا الأسلوب بعدة مراحل تبدأ من تحضير الصفقة عن طريق تحديد الحاجات،[3]الى تحضير دفتر الشروط بما في ذلك التأشير عليه من طرف لجنة الصفقات، الى الإعلان عن طلب العروض، ثم مرحلة إيداع العروض،فمرحلة فتح وفحص العروض، وبعد ذلك مرحلة إرساء الصفقة على أحد العارضين، لتأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام الإجراءات الشكلية لإبرامها وهي المرحلة التي يدرج فيها شرط التحكيم.

---

[1]- "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة، أو وفق اجراء التراضي".

[2]– المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[3]– المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

فهذه المرحلة إذا هي مرحلة قانونية جد هامة، حيث يتم فيها الاطلاع على إرادة الطرفين والتي تتجسد لاحقا في الاتفاق على بنود الصفقة باعتبارها عقدا كبقية العقود، تتضمن جملة من المواد تتعلق بكل جوانب الصفقة المالية والتقنية والتعاقدية والتسمية، وغيرها.

ومن ضمن هذه المواد أو البنود، المادة التي تتعلق بتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الطرفين أو المتعاقدين، وهنا يتفق الطرفان على حل خلافاتهم المستقبلية باللجوءإلى التحكيم، وذلك من خلال وضع شرط التحكيم، كأن تصاغ هذه المادة على النحو الاتي: تسوى الخلافات التي تطرأ حول تفسير كيفية تنفيذ هذه الصفقة المستقبلية وديا بين الطرفين المتعاقدين، وذلك في إطارالإجراءات القانونية لاسيما المادة 153الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247، وفي حالة عدم التواصل إلى تسوية ودية نهائية، يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم بعد الطعن أمام الجنة الوطنية للصفقات العمومية.

ما نخلص إليهأن وضع شرط التحكيم لا يكون إلا في هذه المرحلة بالذات، أي عند تحرير بنود الصفقة والتوقيع عليها من طرف المتعاقدين، وإن كان مجرد التوقيع عليها لا يجعلها منتجةلآثارها،وإنما يستلزم المشرع إضافةإلى ذلك موافقة الجهات المحددة في المرسوم الرئاسي السالف الذكر والتي تتمثل في:[1]

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري

[1]- المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر.

وعلى ذلك فإن الموافقة على الصفقة بما فيها الموافقة على ما تتضمنه من الشروط التحكيم لا يكون ناجزا ونافذا إلا بعد موافقة هذه الهيئات كل حسب اختصاصه.

2 – أسلوب التراضي:

لقد اعتبر المشرع صراحة بموجب نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي السابق الإشارةإليهأنأسلوبطلب العروض هو القاعدة أو الأساس في إبرام الصفقات العمومية واستثناء يمكن اللجوء إلىأسلوب التراضي بشكليه،أين تتخلص فيه الإدارة من القيود والشكليات والإجراءات المحددة والمنصوص عليها فيما يخص أسلوبطلب العروض، إذأنالمصلحة المتعاقدة تكون مقيدة في اختيار المتعاقد معها، كونها مرتبطة بإجراءات قانونية تستوجب مراعاتهاوإلا ترتب عنها لكل ذي مصلحة المطالبة بالبطلان، ونظر لكون أسلوب المناقصة يتطلب إجراءاتمعقدة وطويلة فإنه قد تظهر حاجاتاستعجالية أو ملحة، وغيرها تستوجب أن تتم مواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية باللجوءإلى هذا الأسلوب بغية تلبيتها.

وقد عرف قانون الصفقات العمومية حيثأسلوب التراضي "**بأنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي البسيط ويأخذ التراضي إحدى الصورتين صورة التراضي البسيط أو صورة التراضي بعد الاستشارة**".[1]

والأصلأنالإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم بأتباع إجراء معين مثلما هو الحال بالنسبة لطلب العروض التي يستدعي فيها المشروع جملة من المراحل كما سبق بيانه، إنما يستلزم المشرع فقط على الإدارة وطبقا للمادة 60 من نفس المرسوم الرئاسي[2] أن تعللاختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعينة، فإذا توفرت إحدى الحالات المذكورة في

[1]– المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

[2]– المادة 60 من المرسوم 15-247 السالف الذكر والتي تنص على " يجب على المصلحة المتعاقدة ان تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة" .

المرسوم الرئاسي محل الدراسة، وهماالمادتين 50 و51من المرسوم الرئاسي رقم 15-247اللتين تحددان شروط اللجوء الى أسلوب التراضي، سواء البسيط او بعد الاستشارة.

ولعل هذا الأسلوب أي أسلوب إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي يمثل المجال الخصب لإدراج شرط التحكيم وبكل حرية، حيث فيه تتحرر الإدارة من جملة الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتطلبها عند إبرام الصفقة عن طريق طلب العروض.

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الصفقة العمومية

إن استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية مسألة غاية في الأهمية ذلك أن هذه الاستقلالية تحمي أي طرف من أطراف من الادعاءات التي قد يقدمها الطرف الثاني والتي تكون الغاية منها تعطيل تنفيذ الصفقة أو التنصل والتراجع عن الاتفاق المبرم بشأن اللجوء إلى التحكيم بدافع أن إجراءات الصفقة غير سليمة مثلا ومخالفة للقانون أو فيها أي عيب من العيوب مهما كان مصدره من اجل مواجهة كل هذه الصعوبات قرر المشروع في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن الصفق العمومية وفق ما بينه في الفرعين التاليين .

الفرع الأول: مفهوم استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

سبق أن رأينا أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون عن طريق شرط يدرج في العقد الذي يربط طرفي العلاقة القانونية التي سينشأ عنها النزاع، وهو ما يسمي بشرط التحكيم(La clause compromissoire)، أو عن طريق اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية التي أثير بشأنها النزاع المراد حسمه، وهو ما يطلق عليه باتفاق التحكيم –مشارطة التحكيم[1] -.

[1]- فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 26.

ويقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم هو انفصال هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، او ارتبط فيه، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة شرط التحكيم الى أهمية ماهيته، أي من حيث وجوده هو لا من حيث وجود العقد.[1]

ويعرف مبدأ استقلالية شرط التحكيم: بأنه قابلية هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي يتضمنه واستقلاله عن ذلك العقد الأصلي الذي يتضمنه واستقلاله عن ذلك العقد بما يعني أن مصير شرط التحكيم لا يرتبط بمصير العقد الأصلي؛ فلا شأن لشرط التحكيم بما يعتري العقد من بطلان أو فسخ؛ فيظل شرط التحكيم قائما منتجا لأثاره في حسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم، والتي تتعلق بصحة العقد أو فسخه، أو انهائه.[2]

فاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يأتي دائما بمناسبة عقد بين طرفي العلاقة القانونية التي ثار أو سيثور بشأنها النزاع المراد حسمه بواسطة التحكيم، ما يعني انه ثمة ارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يربط طرفي العلاقة القانونية، وهنا يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، إذا ما تعرض هذا الأخير إلى سبب أدى إلى بطلانه أو فسخه، فهل اتفاق التحكيم يتبع العقد الأصلي وجودا وعدما، أو يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي، فيظل صحيحا ونافذا حتى ولو أبطل العقد الأصلي أو تم فسخه؟

فالمتصور منطقيا أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض، فأنه يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي ينتهي شرط التحكيم بالتبعية، ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم الدولي انتهي إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد إلى التأثير على شرط التحكيم، حيث يظل هذا الأخير صحيحا طالما استكمل شروط الصحة الخاصة به[3].

ولم يتبنى المشرع في القانون الداخلي نظرية استقلالية شرط التحكيم، ما يؤدي بالقول إن منازعةإحدى الطرفين بصحة العقد تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص

---

[1]- أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص224.

[2]- محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص68.

[3]- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 69.

إلى الجهات القضائية للدولة، فإذا قضي بصحة العقد عادة الحياة إلى الشرط التحكيمي والى التحكيم، أما إذا قضي بغير ذلك فإن القضاء هو المختص بنظر النزاع التعاقدي.

أما في التحكيم الدولي فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "**لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي**"[1]، فيكون بالتالي القانون الجديد قد سار على خطى القانون القديم الذي لم يتبين نظرية استقلال شرط التحكيم في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح.

الفرع الثاني:آثار استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية

يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي – عقد الصفة العمومية – النتائج الآتية:

أولا: أن بطلان كل من العقد الأصلي – الصفقة –أو بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطلت الصفقة أو تم فسخها لسبب ما، كمخالفتها لإجراء جوهري من إجراءات إبرامها، أو كان موضوع الصفقة مخالفا للنظام العام، أو لعدم جدوى الصفقة، فإن شرط التحكيم يظل صحيحا ومن ثم يمكن السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع حول مدي صحتها، ومن قبل المحكم، وليس من قبل المحكمة، وعليه يمكن القول أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق فعالية وتدعيم اتفاق التحكيم.

ثـــانيـــا:إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه بنظر النزاع، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تحويل المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانها وسقوطه.

[1]- المادة 1040 الفقرة 4 من القانون 08-09 السالف الذكر.

الفصل الثاني

النظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

الفصل الثاني: النظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

بعد إبرام شرط التحكيم ونشوء النزاع، أو عند نشوئه وإبرام اتفاق التحكيم وتحديد كل المسائل الخاصة بعملية التحكيم في النزاعات الناشئة عن إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، وما يترتب عنها، فإنه وبناءعلى هذا الاتفاق وتنفيذا له يتم مباشرة إجراءات التحكيم، سواء أكان التحكيم داخليا، أم دوليا وسواء أكان يجري في الجزائر أو خارجها، مع الاتفاق على تطبيق القانون الجزائري، وسواء تعلق الأمر بالصفقات مع المؤسسات والهيئات ذات الطابع الإداري أو في يخص الصفقات الناتجة عن نشاط المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي والاقتصادي عندما تكون عملياتها ممولة من طرف الدولة، فالتحكيم إذا يبدأ مثله مثل الدعوى القضائية بإجراءات تنعقد بها الخصومة التحكيمية (المبحث الأول) وتستمر إلى غاية إصدار حكم فيها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

نظم القانون الخصومة التحكيمية على اعتبار أن التحكيم هو الطرق السديد في أداء العدالة، شأنه شأن قضاء الدولة، ذلك أن الخصومة التحكيمية تبدأ بإجراءات محددة باتفاق الأطرافأو بموجب قانون معين يتفق عليه طرفا النزاع، أو بمقتضى لائحة تحكيم إحدى المراكز التحكيمية، مثلها مثل الخصومة القضائية، وسنتناول في مطلب أول محكمة التحكيم، وفي مطلب ثاني لخصومة التحكيم.

المطلب الأول: محكمة التحكيم

محكمة التحكيم[1]هي المحكمة الناظرة بالخلاف الناشئ بين الأطراف المتنازعة ويكون عدد أفراده افردا" أو ثلاثة الأصل الوتر،وقد أعطى المشرع الحكم الصادر عن المحكم ينحُجة الأمر المقضي به فعامله مُعاملةالحكم الصادرعن السلطةالقضائية أي أنها مُبرمة ولاتقبل أي طريق من

[1] بوابة بيت كوم: https://www.bayt.com/ar/specialties/q/19271

طرق الطعن،وتُنظر دعوة بُطلان حكم التحكيم أما محكمة التحكيم عينها، فكيف يتم إذن تشكيل هذه المحكمة (الفرع الأول) وماذا يجب أن تتوفر في المحكم من مؤهلات وشروط(الفرع الثاني).

الفرع الأول:طرق تشكيل هيئة التحكيم

يتم في العادة معالجة طرق تشكيل هيئة التحكيم عن طريق دراسة تشكيل هذه الهيئة مباشرة بواسطة الخصوم، ثم دراسة كيفية هذا التشكيل عندما يتم عن غير طريق الخصوم.

أولا: تشكيل محكمة التحكيم وفق لقانون الإجراءات المدنية ولإدارية

يختلف الأمر بالنسبة لتشكيل محكمة التحكيم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي وذلك على النحو التالي:

1-بالنسبة للتحكيم الداخلي: Arbitrage interne

لقد ربط المشرع بين صحة الشرط واتفاق التحكيم، وبين تعيين المحكمين، إذ نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" **يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم**"[1]. وهو ذات الحكم الذي جاءت به المادة 1012 من نفس القانون فيما يخص مشارطة التحكيم في فقرتها الثانية حيث جاء فيها " **يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم**".

إن تعيين المحكم أو المحكمين ليس بالأمر الهين، ذلك أن أحد المتخاصمين لاسيما المدعى عليه قد يعمد إلى المماطلة في تعيين المحكمين أو قد يرجع السبب إلى عملية تنفيذ إجراءات التعيين بسبب سوء تحديد الإجراءات أو صعوبة تطبيق الإجراءات المتفق عليها، ففي كل

[1] – المادة 1008 من القانون 08-09 السالف الذكر.

هذه الحالات وغيرها فتح المشرع الجزائري المجال لفض مثل هذا الإشكال أمام الأطراف بأن يرفعواالأمر إلى رئيس المحكمة المختصة للفصل في أمر التعيين.

2-بالنسبة للتحكيم الدولي:Arbitrage international

على خلاف التحكيم الداخلي، لم يستوجب المشرع أو لم يربط بين تعيين المحكمين وبين صحة شرط أو مشارطة التحكيم، وإنما عزز وبشكل مطلق من إرادة الأطراف المتعاقدة، فهم من يقومون بتعيين المحكم أو المحكمين، حيث نصت قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه"**يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم** "[1].

فوفقا لهذا النص يبقى للأطراف حرية الاتفاق سواء في شرط التحكيم أو في المشارطة بتعيين المحكم أو المحكمين، وسواء بوضع نظام إجرائي اتفاقي للتعيين أو أن يتفقوا على اختيار قانون إجرائي يتضمن كيفية إجراءات تعيين المحكمين وبدون صعوبات أو الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية معينة، كما لو يتفق الأطراف على تطبيق قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة، أو قد يتفق الأطراف مباشرة على اختيار أحد الأنظمة التحكيمية كنظام غرفة التجارة الدولية للمصالحة والتحكيم والأخذ بالقواعد التي جاءت في نظامها لتعيين المحكم أو المحكمين.

ثانيا: قيام الخصوم باختيار هيئة التحكيم[2]

قيام الخصوم الذين اتفقوا على التحكيم باختيار هيئة التحكيم سواء كانت مكونة من محكم منفرد أو محكمين متعددين يعتبر هو الأصل في هذا النطاقلأنه يستجيب إلى الهدف الذي يرجوه هؤلاء الخصوم من عرض نزاعهم على هيئة التحكيم. ويلاحظ أن هيئة التحكيم هي هيئة خاصة يتم اختيارها للفصل في نزاع معين وتنتهي مهمتها بهذا الفصل، وهي بذلك تختلف عن

[1]- المادة 1041 من القانون 08-09 السالف الذكر.

[2]- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية،دار الجامعة الجديدة للنشر،الطبعة الأولى،الإسكندرية،2004، ص 8

قضاء الدولة كما هو معروف. ويسيطر على اختيار المحكمين بواسطة الخصوم مبدأ عام هو أن ذلك هو حق أو رخصة لهم تقوم على الثقة الواجب توافرها في هذا الصدد وضرورة التشكيل السريع لهذه الهيئة.

ويتم اختيار المحكمين (Les arbitres) من قبل الأطراف مباشرة،ويقوم هذا الاختيار على أساس النزاهة والثقة وعدم إفشاء الأسرار وهذه اعتبارات لايستطيع تقديرها إلا أصحاب الشأن أنفسهم ومن هنا كان حقهم ثابت في اختيار هيئة التحكيم. والخصوم غير ملزمين بأن يتم الاختيار في اتفاق التحكيم لهيئة التحكيم وبالتالي فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم لايؤدي إلى بطلانه[1]، وعدم صحته. كما أن للأطراف حرية تحديد كيفية الاختيار ووقته. وقد أجازت المادة 448 الفقرة الثانية من قانون المرافعات الفرنسي الجديد للخصوم تعيين المحكمين بأسمائهم أو الاكتفاء ببيان الطريقة التي على أساسها يتم تعيينهم وإذا كانت المشاركة باطلة.

ثالثا: تشكيل هيئة التحكيم عن غير طريق الخصوم.

قد لا يتم اختيار هيئة التحكيم مباشرة عن طريق اتفاق أطراف التحكيم لأي سبب من الأسباب وفي هذه الحالة يتصور أن يتم اختيار هيئة التحكيم أما عن طريق تدخل قضائي أو قيام شخص آخر غير محاكم الدولة بذلك[2].ونستعرض فيما يلي حالتين أساسيتين هما:

الحالة الأولى: تدخل قضاء الدولة في اختيار هيئة التحكيم

قد يصادف تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف مشاكل متعددة تحول دون قيام هذا التشكيل وتتمثل فيما يلي:

1-إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد حسب الاتفاق وتخلف اتفاق الأطراف على شخصه أوعلى آلية اختياره، فإنه يوجد مبرر للجوء إلى قضاء الدولة حل هذا الإشكال. ويلاحظ أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على المحكم فإن هيئة التحكيم يكون عددها

[1]- د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص86.

[2] - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، ط 2، 2008، ص 125

ثلاثة بحكم القانون. وفي هذه الحالة يتم التقدم إلى المحكمة المختصة بطلب تعيين المحكم. وهذا الطلب لايكون مقبولا إذا كان الاتفاق على التحكيم يأخذ شكل الشرط التحكيمي إلا بعد قيام النزاع،أما في حالة مشارطة التحكيم فإنها لاتنشأ إلا بعد قيام النزاع.

2-إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، فلكل طرف اختيار محكمه الخاص، والمحكمان المختاران يتفقا على اختيار المحكم الثالث وهو المحكم المرجح.أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة بشرط أن يكون العدد وتريا مثال ذلك خمسة، سبعة، تسعة.فيكون لكل طرف اختيار نصف العدد باعتباره عدد زوجيا أي باعتباره أربعة، ستة، ثمانية على التوالي مثلا، والمحكمين المختارين يقومون باختيار المحكم المرجح. وفي حالة تعدد المحكمين فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمة أو محكميه إذا كان العدد أكثر من ثلاثة، فيجوز للطرف الآخر أن يطلب منه التعيين، فإذا فات ميعاد ثلاثين يوما على تسلمه الطلب دون تعيين، كان للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة للتعيين.

3-إذا فرض واتفق الأطراف على إجراءات معينة نتبع في اختيار هيئة التحكيم سواء كانت مشكلة من واحد أو أكثر، ولم يقم الطرف الملزم باتخاذ هذه الإجراءات فإنه يجوز للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة لتشكيل هيئة التحكيم أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لهذا التشكيل، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

الحالة الثانية: تشكيل هيئة التحكيم عند اللجوء إلى مركز تحكيم.

قد يفضل أطراف الاتفاق على التحكيم الفصل في منازعاتهم، وبالذات منازعات التجارة الدولية الخاصة بواسطة اللجوء إلى هيئات أو مراكز تحكيم دائمة بما تشمله من لوائح داخلية تحدد كيفية اختيار المحكمين في اغلب الأحيان.[1]ويكون بها قوائم بأسماء المحكمين ينبغي الاختيار منها.وهذه القوائم التي توجد باللوائح الداخلية لهذه المراكز تصبح ملزمة للأطراف وتأخذ

[1]- محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية،القاهرة، 199، ص118.

حكم أحد بنود الاتفاق على التحكيم المبرم بينهم، وتنطبق ليس فقط بخصوص تعيين المحكمين، وإنما لتحكم كافة إجراءات التحكيم.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم

لايجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره، كما أنه لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا أذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك،ويكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيدته.[1]

01-المحكم لايكون قاصرا:

يشترط لصحة التحكيم ما يشترط لغير ذلك من التصرفات القانونية، وعليه فان المحكم يجب أن يكون شخصا بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

02-المحكم لايكون من المحجور عليهم:

قد يصاب الشخص الطبيعي بعارض من عوارض الأهلية، كأن يصاب في عقله بجنون أو عته، أو يصاب في تدبيره وتقديره بسفه أو خلافه، فتذهب أهليته كاملة في الأولى، وتنقص في الثانية، فإذا صدر حكم أو قرار بالحجر فلا يصح للشخص أن يكون محكما.

03-المحكم لايكون محروما من حقوقه المدنية:

الحرمان من الحقوق المدنية، يعتبر مانعا من موانع الأهلية، فالشخص يكون كامل الأهلية، لكن مانعا يمنع الشخص من إمكانية مباشرة التصرفات أو استعمال أهليته، كأن يحكم عليه في جريمة، أو يشهر إفلاسه، وبهذا يمكن القول بأن الحرمان من الحقوق المدنية لا يحول بين

[1]- ممدوح الطنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2003، ص 53-54.

المحكم والتحكيم إلا لسببين هما: الحكم في جناية أو جنحة مخلة بالشرف[1].وبالنسبة للقانون الجزائري فقد اشترط أن يكون المحكم متمتعا بالحقوق المدنية حيث نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "**لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية**"[2].

المطلب الثاني: الخصومة في التحكيم

خصومة التحكيم هي مجموعة من الإجراءات المتتابعة يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم، ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم، وقانون التحكيم، وقانون المرافعات،وتنتهي بصدور حكم في موضوعها، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع، وخصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية، لأن هيئة التحكيم هي التي تنظم هذه الإجراءات بنفسها أوهديامن اتفاق الخصوم، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات، فالحكم غير مقيد بقواعد القانون الإجرائي إلا ما كان متعلقا بالنظام العام.[3]

وسوف نتطرق في هذا المطلب إلى كيفية نشوء الخصومة في التحكيم (الفرع الأول)، وانتهاء الخصومة في التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية نشوء الخصومة في التحكيم

على الرغم من أهمية الإجراء المفتتح للخصومة بالنسبة إلى الإجراءات القضائية وعلى الرغم من ضرورة توافر الشكل المقرر في القانون حتى تعتبر الخصومة قائمة أمام المحكمة، فان الخصومة في التحكيم تنشأ على العكس باتخاذ أي إجراء سواء بمجرد حضور الخصوم أنفسهم أمام المحكم أو بإعلان أيا كانت صورته بحضورهم ولو بالبريد.

---

[1]- ممدوح الطنطاوي، المرجع السابق، ص 55.

[2] - المادة 114 الفقرة 2 من القانون 08-09 السالف الذكر.

[3]- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص576.

ويستوي أن يكون هذا الإعلان من جانب أحد أطراف الخصومة في مواجهة الطرف الآخر أو من جانب أحد أفراد طرف من أطرافها في مواجهة باقي الخصوم، ولا يلزم بطبيعة الحال أن يوقع أحد المحامين على ورقة الدعوة إلى الحضور أمام المحكم.[1]

وتنص المادة 506 من قانون المرافعات المصري الجديد على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب (أي باب التحكيم)، وذلك على تقدير أن الالتجاء إلى التحكيم قد قصد به في الأصل تفادي قواعد المرافعات ، وعلى اعتبار أن تقدير المحكم المعين من جانب الخصوم أنفسهم هو معيار الصحة والحق ، وهذا مع إلزام المحكم بكل القواعد المقررة في باب التحكيم، وهي ضمانات أساسية للخصوم في هذا الصدد وهم قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة إلا على أساس احترام هذه القواعد.

ويعمل بالنص المستحدث في صدد كل من التحكيم القضاء والتحكيم بالصلح، بينما كان القانون السابق لا يعفي المحكم من إتباع إجراءات المرافعات إلا إذا حصل الإعفاء منها صراحة أو كان المحكم مصالحا.

وكذا الحال في القانون اللبناني فالمادة 834 منه تنص على أنهفي التحكيم العادي يطبق المحكمون قواعد أصول المحاكمة،[2] وكذا الحال في القانون التونسي(المادة 264 من قانون المرافعات التونسي).

بينما نص المادة 265 من قانون المرافعات العراقي نص على أنه يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لا حق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون،

[1]- مناني فراح، المرجع سابق، ص169.

2- مرسوم اشتراعي رقم 90 صادر في 16-09-1983يتضمن اصول المحكمات المدنية.

وإذا كان المحكمون، وإذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فإنهم يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام.[1]

الفرع الثاني: انتهاء الخصومة في التحكيم

تنتهي الخصومة في التحكيم بترك الخصومة من أحد الطرفين، أو بسقوط الخصومة لسبب من الأسباب القانونية.

1-ترك الخصومة.

أن ترك الخصومة هو نزول المدعي عنها وعن إجرائها مع احتفاظه بأصل الحق المدعي به، فإذا رغب المدعي في النزول عن خصومته أمام المحاكم كان له ذلك، وإنما نزوله لا يمنع الخصم الآخر من السير في الإجراءات.

كما أن الخصومة تنتهي خصومة التحكيم في القانون باتفاق الخصوم على ذلك صراحة سواء كان هذا الاتفاق في صورة اتفاق جديد أم في صوره إعلانات متبادلة على يد محضر أو مجرد خطابات يعلن فيها كل طرف رغبته في إنهاء خصومة التحكيم،وقد يتم بصورة أخرى وهي التقديم إلى القضاء من الطرفين بطلبات في مواجهة بعضهم البعض.

فترك الخصومة معناه نزول المدعى عن الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه،وإذا كان الأمر كذلك في الخصومة القضائية فلا يتصور ذلك في خصومة التحكيم،بل لابد من رضا الخصوم جميعا في خصومة التحكيم ويترتب على ذلك زوال الخصومة وإلغاء جميع الإجراءات،وكافة ما يترتب عليها من آثار، على أن الترك أو التنازل أو غير ذلك لا يمس أصل الحق المتنازع عليه والمحدد في اتفاق[2] التحكيم فيمكن للمدعي إن يرفع به دعوى إلى المحكمة المختصمة او ينفق بشأنه صراحة على محكم جديد وهكذا.

---

[1]- مناني فراح، المرجع السابق، ص169-170.

[2]-مناني فراح، المرجع السابق، ص 174.

وقد يكون النزال عن خصومة التحكيم بتقديم طلب إلى المحكمة للمختصة أو القضاء من أحد الأطراف مع عدم التمسك بالدفع المقرر لعدم اختصاص المحكمة لوجود اتفاق التحكيم وهذا يعتبر تنازلا عن اتفاق التحكيم لأن الطرف الأخر لم يتعرض على ذلك وبالتالي لم يتمسك بحقه في الدفع.

2 –سقوط الخصومة:

لا يملك المحكمون سلطة النظر في طلب إسقاط الخصومة القائمة أمامهم، وعليهم الفضل في النزاع في الموعد المحدد باتفاق الخصوم أو بحكم القانون عملا بالمادة 505من القانون المصري، فإذا اقتضى هذا الميعاد لم تعد لهم سلطة ما.[1]

وإذا فرض جدلا أن وقف السير في الخصومة أمام الحكم لمدة المسقطة لها، جاز إسقاطها بطلب يقدم إلى المحكمة طبقا للقواعد العامة.

والمحكمة بنظر طلب إسقاط الخصومة هي المختصة أصلا بنظر النزاع،وغنى عن البيان انه من الجائز إسقاط الخصومة عند استئناف حكم المحكمين – أمام المحكمة المختصة – أو عند الطعنفيه بطريق التماس إعادة النظر.[2]

المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

وفقا للمبادئ العامة التي تحكم النظرية العامة للتصرفات القانونية، فإن تكييف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيمي مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم بهذا الشأن، إنما تعتمد بالمقام الأول على مضمون هذا القرار.

يذهب الأستاذ **E.Goullard** إلى تعريف الحكم التحكيمي على أنه"**القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي، في المنازعة**

[1] - القانون رقم 27 لسنة 1994بيتضمن قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية،العدد 16 الصادر بتاريخ 1994/4/21.

[2]– مناني فراح، المرجع السابق، ص 175.

المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى حكم لإنهاء الخصومة".[1]

وسوف نتناول في هذا المبحث مطلبين المطلب الأول يتحدث عن كيفية صدور حكم التحكيم وشروط صحته، وفي المطلب الثاني سوف نتحدث عن الإشكالات المتعلقة بمهمة المحكمين.

المطلب الأول: صدور حكم التحكيم وشروط صحته

في هذا المطلب سنتطرق إلى كيفية صدور حكم التحكيم والشروط الواجب توافرها لصحة حكم التحكيم، وهذا من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: كيفية صدور حكم التحكيم

يخضع صدور حكم التحكيم لمجموعة من الشروط التي أوجبها القانون، والتي يمكن أن يؤدي تخلفها إلى إبطاله. ومن ذلك الكتابة، واللغة التي يصدر بها، وكذا المدة الزمنية.

أولا:شكل الحكم

لابد لحكم التحكيم أن يأخذ شكلا أو قالبا معينا، لذا سنتحدث عن الكتابة واللغة والمدة التي يصدر خلالها الحكم.

أ-الكتابة:

تنص الأنظمة التحكيمية الدولية على ضرورة إصدار حكم التحكيم كتابة لكي يتسنى إيداعه المحكمة المختصة لإضفاء الصفة التنفيذية عليه[2]، كما يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية

[1]- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007،ص294.

[2]- المادة 43 من القانون رقم 27 لسنة 1994"**يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت فى الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية**".

المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأغلبية. وفي التشريع الجزائري فقد اشترطت الكتابة في اتفاق التحكيم وفي ذلك ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "**يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة**"[1]

ب-اللغة التي يحرر بها الحكم:

لم تشير غالبية القوانين والأنظمة التحكيمية إلى هذه اللغة، بينما حددت اللغة التي سوف يتبعها المحتكمين في إجراءات التحكيم، مؤكدة على مبدأ سلطان الإرادة للمحتكمين في هذا الشأن.

ومن هذه القوانين القانون المصري الذي نص على أنيجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحديد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاقأو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجيهيها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك[2].

ج-المدة التي يصدر خلالها الحكم:

كما سبق وأن ذكرنا في مواضيع مختلفة من هذه الدراسة أن من أسباب لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم، لبطأ إجراءات التقاضي ولما يتميز به التحكيم من ميزة السرعة في الفصل في المنازعات التي ينشدها الخصوم، لذا فإن أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم تحدد مدة معينة على المحكمين أن يصدر خلالها الحكم الذي يضع حدا للنزاع وهذا ما نتج عن قانون التحكيم المصري[3] في المادة 45 بقولها:

-على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كله خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ

[1]- المادة 112 الفقرة 1 من القانون رقم 08-09، السالف الذكر.

[1]- ممدوح الطنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، المرجع السابق،ص 87.

- القانون رقم 27 لسنة 1994، في شأن التحكيم في المواد المنية والتجارية.[3]

بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحول يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا يزيد على ذلك.

-إذا لم يصدر حكم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي النزاع أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، أن يصدر أمر بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء الإجراءات ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى الجهة المختصة أصلا بنظرها.

د-مدى ميعاد إصدار الحكم

لهيئة التحكيم سواء كان الميعاد متفقا عليه من طرفي التحكيم، أو كان الموعد الذي حدده القانون لم يتفقان أن تقرر مدى الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة أشهر فقط، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.[1]

الفرع الثاني: شروط صحة حكم التحكيم

إن حكم التحكيم مثله مثل حكم المحاكم الإدارية لابد وأن يتضمن جملة من البيانات التي تعبر عن محتواه كحكم قابل للتنفيذ ولا يثير أي إشكال، وهي الشروط تتمثل فيما يلي:

أولا: الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي

عند النظر في بعض النصوص الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي نجد أنها تتطلب بعضالشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي، بحيث جاءت المادة 31من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لتبيين الشروط الشكلية الواجب توافرها، أما في قواعدلجنة الأمم المتحدة لقواعدالتحكيم التجاري الدولي فالمادة 32منها تضع الشروط التالية:

1-كتابة الحكم وتوقيعه من طرف المحكمين، وإذا كانت المحكمة مشكلة من ثلاثة أعضاء نقص توقيع احدهم يجب تبيان سبب ذلك في الحكم.

[1]- مهند أحمد الصانوري، دور المحاكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص164.

2-تسبيب الحكم إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك.

3-بيان تاريخ و مكان إصدار الحكم.

القانون الجزائري تولى هذه المسالة في المادة 1007 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت الشروط الشكلية الواجب توافرها في القرار التحكيمي لصحته وهي: الكتابة، التسبيب، تعيين مكان وتاريخ صدور هذا القرار والتوقيع.أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فينص في المادة (1472) منه على أن قرار التحكيم يشتمل على الأمور الآتية:

-أسماء المحكمين الذين أصدروه.

-تاريخ إصداره.

-أسماء الأطراف، و محل إقامتهم أو تسميتهم و مركز الشرطة.

-أسماء المحامين أو الأشخاص الذين مثلو الأطراف أو ساعدوا الأطراف.[1]

علما أن المادة السابقة المادة (1741) قد نصت على أن حكم التحكيم يجب أن يتضمن موجزا لادعاءات الطرفين ومستنداتهم والأسباب التي أدت إلى إصدار الحكم. كذلك جاء في القانون النموذجي للتحكيم الدولي في المادة 21منه وتحت عنوان شكل حكم التحكيم ومحتوياته، النص التالي:

أ-يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمين، وفي إجراءات التحكيم التييشترك فيها أكثر من محكم واحد، يكفي أن توقعه الأغلبية أو جميع أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غيبية أي توقيع.

ب-يبين في حكم التحكيم الأسباب التي بني عليها الحكم، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة30.

ج-يجب أن يبين الحكم تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفق للفقرة 1من المادة 2 ويعتبر

1- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، 2010، ص178.

حكم التحكيم صادر في ذلك المكان[1]. كذلك يشير نص الفقرة الأولى من المادة22 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري حيث جاء فيها": يجب أن يكون القرارمسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين والطرفين وتاريخ الحكم ومكان صدوره وعرضا مجملا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم الخلاصة الموجزة لدفوعهم ودفاعهم والرد عليها والطرف الذي يتحمل الأتعاب كليا أو جزئيا."

بعد عرض هذه الأمثلة من النصوص التي تحدد مشتملات الحكم التحكيمي نلخص إلى القول بان الحكم التحكيمي يحتوي على الأمور التالية التي تمثل الشروط الشكلية الواجب توافرها في الحكم التحكيمي.

أ-أسماء المحكمين:

من الضروري ذكر أسماء المحكمين في الحكم التحكيمي وقد جرت العادة على ذكر صفاتهم وعناوينهم والطرف الذي قام بتعيين كل منهم وكيفية اختيار المحكم الرئيس، وفي بعض القرارات الدولية يشار إلى قبول المحكم لمهمته. ذلك أن عقد التحكيم يتم بعد قبول المحكم لمهمته وكما رأينا أيضا في صدد بداية المدة التي يجب من خلالها إصدار قرار التحكيم.

ب-أسماء أطراف النزاع:

يجب ذكر اسم كطرف من أطراف النزاع في التحكيم وقد يشار إلى طالب التحكيم بالمدعيوالشخص المطلوب ضده بالمدعى عليه، وقد يكون الخصوم أشخاصا طبيعية أو معنويةوفي حالة الشخص الطبيعي الاسم الكامل لكل واحد مع عنوانه، أما إذا كان الخصوم أوأحدهم من الأشخاص المعنوية فيذكر اسم الشخص المعنوي ومركز أعماله. كما يذكر فيالقرار أسماء المحامين أو مستشارين لكل طرف في حالة وجودهم[2] .

ج-الإشارة إلى اتفاق التحكيم:

[1] - فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص213.

2- محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 2004، ص179

نرى انه من الضرورة الإشارة إلى الاتفاق التحكيم في القرار سواء أكان الاتفاق قد ورد فيصيغة شرط التحكيم ضمن العقد الذي تم بين الطرفين أو بصيغة اتفاق لاحق بين لنشوء النزاع في صورة مشارطه التحكيم، وهكذا نجد أن الاتفاق الخاص بالتحكيم قد ورد في الحكم، حيث يوضح مثل هذا الاتفاق التفاصيل التي كان الطرفان قد اتفقا عليها بشأن كيفية إجراءالتحكيم.

د-موضوع النزاع:

يجب أن يذكر في القرار موضوع النزاع الذي أثير بين الطرفين المتعاقدين والذيأدى إلىطلب أحد الأطراف البدء بالإجراءات، لكي يتم البحث في ذلك النزاع بالتحكيم، وغالبا مانجد ملخصا لطلبات المدعي والأسباب التي دفع بها المدعي عليه لرد الطلب أو عدممموافقته على طلبات الخصم الأمر الذي أدى إلى عرض النزاع على التحكيم.

هـ-الإجراءات التي تم اتخاذها من قبل المحكمين:

في هذه الفقرة من القرار يذكر المحكمون خلاصة للإجراءات التي تمت أثناء سير تحكيم فمثلا: تذكر القرارات التي اتخذت بشأن الحجز الاحتياطي وتواريخ إجراء المرافعة وادعاءات كل من الطرفين والمذكرات واللوائح التي قدمت من كل واحد منهما وأبلغت إلى الطرف الآخر، وأقوال الشهود وخبراء إن وجدوا، والتقارير الخاصة بالكشف والمعاينة وجميع المستندات التي قدمت أثناء سير المرافعة. كما تذكر في هذه الفقرة المشاكل التي واجهت المحكمين وكيفية معالجتها، ويذكر أيضا تاريخ إقفال المرافعة ذلك أن المحكمة التحكيمية ليست دائمة الوجود، وإنما تركت نقاط في النزاع لم تحسم فان ذلك يخلق وضعا بالغ الصعوبة والتعقيد بالنسبة لأطراف النزاع[1].

1- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، الجزء الثالث، نوفل، 1990، ص344

و-الأسباب التي بني عليها الحكم:

وجدنا عند عرضنا للنصوص القانونية أن اغلبها ينص على أن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على أسبابه وكما أشرنا فان قوانين الدول الانكلوسكونية لا تستلزم تسبيب حكم التحكيم، كما أن الأحكام القضائية في هذه الدول لا تكون مسببة أيضا[1].ويقصد بالتسبيب بيان حجج والأدلة القانونية و الواقعية التي اعتمد عليها المحكم في إصدار حكمه. إذا أوجب المشرع الجزائري على أن يكون حكم التحكيم مسببا وكذا المشرع الفرنسي في المادة1471 من القانون الفرنسي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق لإجراءات التحكيم لا يشترط تسبيب الحكم، وغير ذلك يكون الحكم محلا للإبطال.فلا يؤاخذ المحكمون بنفس المعايير المعمول بها بالنسبة للرقابة على تسبيب أحكام القضاء فيكفي أن تكون أسباب الحكم كافية لحمل ما انتهى إليه القضاء بان تتوافر صلة منطقية بين منطوق الحكم وأسبابه[2].

ر-تاريخ ومكان إصدار الحكم التحكيمي:

الشائع أن جميع قوانين والقواعد التحكيمية تنص على وجوب ذكر تاريخ ومكان إصدار الحكم وذلك لأهمية ذكر هاذين البيانين عند اتخاذ الإجراءات اللازمة للاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه فبالنسبة لتاريخ إصدار الحكم يمكن بواسطته معرفة ما كان الحكم التحكيمي قد صدر خلال المدة المحدد للمحكمين. وكما سبق ذكره انه في حالة تجاوز المادة التي يحدد بموجبها تصدر الهيئة التحكيمية قرارها دون الحصول على تمديدها من قبل الطرفين أو من قبل المؤسسة التحكيمية أو من قبل المحكمة ذلك أن النزاع يبقى دون أن يحسم ويترتب على ذلك اللجوء إلى إجراءات جديدة للتحكيم. أما عن مكان التحكيم فتظهر أهميته في أمور عدة منها ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام1958في المادة الأولى منها التي اتخذته معيارا لمعرفة حكم التحكيم الأجنبي كذلك

1- محمود أحمد البربري، المرجع السابق، ص180

2- حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، 2014، ط3، ص 231

فانأغلبية القوانين العربية تعتبر القرار أجنبيا إذا صدر خارج حدودها، فالتحكيم يعتبر وطنياعندما يجري على إقليم الدولة نفسها ويعتبر أجنبيا إذا جرى التحكيم في دولة أخرى.

والمعتاد أن مكان صدور الحكم التحكيمي هو نفس المكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم أي أن مكان التحكيم هو مكان صدور الحكم وهذا ما أشارت إليه المادة 16من قواعد التحكيم اليونسترال[1] وفي نفس المعنى أشار القانون النموذجي للتحكيم في الفقرة الرابعةللمادة 21 ويبدو أن هذا المبدأ استقر في المجال الدولي وبموجبه يعتبر مكان التحكيم هومكان صدور الحكم وإن جرت المداولات بين المحكمين في أماكن مختلفة.وأخيرا نستخلص من هذين البيانين بأن عدم ذكر تاريخ صدور الحكم يؤدي إلى بطلانالحكم، أما عدم ذكر مكان صدوره فلا يستتبع بطلانه وذلك استنادا للقرينة التي اشرنا إليهاوهي أن مكان التحكيم يعتبر مكان صدور الحكم التحكيمي.

ي-توقيع المحكمين:

سبق أن ذكرنا انه لابد من إجراء المداولة بين المحكمين قبلإصدار الحكم، وبعد الانتهاء من المداولة يصار إلى إعداد الحكم التحكيمي الذي يحسم النزاع. وقد نصت بعض القواعدالتحكيمية التي تعتمدها المؤسسات المعينة بالتحكيم على قيام المحكمين بإعداد مشروع لحكمالتحكيم ويعرض هذا المشروع على جهة معينة في تلك المؤسسة التحكيمية وبعد إقرارالمشروع منها يصدر موقعا من المحكمين ولكن قد يمتنع كل من المحكمين عن التوقيعإلا إذا تضمن الحكم وجهة نظره.

[1] المادة 16 من قانون اليونسترال" باستثناء الخطأ ألمتَعمَّد، يتنازل الأطرافُ، إلى أقصى مدى يسمح به القانون المنطبق، عن أيِّ ادِّعاء على المحكَّمين أو سلطة التعيين وأيِّ شخص تعيِّنه هيئُة التحكيم بسبب أيِّ فعل أو تقصير متعلِّق بالتحكيم.

ثانيا: الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي

لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي بمجرد صدوره، بل وجب توفر شروط موضوعية بالإضافة إلى الشروط الشكلية المشار إليها سابقا وهي كالآتي:

1-أن يكون الحكم قطعيا:

يكون الحكم قطعيا إذا فصل في النزاع كله أو في جزء منه، أو في مسالة أولية كالاختصاص، أما الأحكام الغير قطعية فهي الأحكام الوقتية كالأحكام التمهيدية الصادرة بتعيين خبير لإثبات واقعة ما، و لو كانت غايتها تحقيق وجه من أوجه الطلبات المختلفة بشأنها في النزاع [1]،فالحكم القطعي ينهي الخصومة التحكمية و يترتب عنه عدم صلاحية نظر النزاع مجددا، و تتخذ عادة أحكام التحكيم شكل الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم سواء كانت أحكام التحكيم داخلية أو دولية و سواء في إطار التحكيم حر أو مؤسستي، فإنها تحرر بنفس الشكل الذي تحرر به الأحكام مع بعض التفصيلات كإلحاق الرأي المخالف بالحكم في التحكيم التجاري الدولي.

2-أن يكون الحكم حائزا على حجية الشيء المقضي فيه:

إن القرار التحكيمي بمجرد صدوره يترتب عليه عدة آثار التي تترتب على الأحكام القضائية كحجية الشيء المقضي فيه التي تعد من النظام العام و هي مركز قانوني إجرائي ينشا عنا لعمل القضائي يلحق لقرار من تاريخ النطق به الذي يستلزم الأطراف بالتقيد بمنطوق الحكم لو كان قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المعروفة في القانون، فبالمقابل الحكم التحكيمي يعد عملا قضائيا بالمعنى الفني، لذلك فانه يكتسب هذه الحجية مقتصرة على من كان طرفا أو ممثلا في الخصومة التحكيمية و التي هي نتيجة أساسية في التحكيم باعتباره قضاء استثنائي و في هذا الإطار يجب التفرقة بين قوة الأمر المقضي به بالنسبة لحكم تحكيمي، الذي تستنفد به هيئة

1- حكم التحكيم الحر الصادر عن المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الولي بالقاهرة، منشور في أحكام المركز، الطبعة الأولى، 2002، ص48 وما بعدها

التحكيم ولايتها و لا يجوز إعادة الفصل في النزاع الذيصدر فيه الحكم من جديد أمام أية جهة قضائية و بين قوته الإلزامية.

3-أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ:

إذا صدر الحكم التحكيمي قطعيا، نهائيا وحاز على حجية الشيء المقضي فيه، فإنه يكون حسب الأصل ملزما لأطرافه ملزما ونهائيا، وهذه الصيغة تستعمل بكثرة في الدول الناطقة بالإنجليزية.[1] ما لم يسجل أحدهم الطعن فيه بأحد أوجه الطعن القانونية. ولذا يكون للطرف الذي صدر الحكم لصالحه أن ينفذه اختياريا فهو غير تنفيذي كالقرار القضائي، طالما كان صالحا للتنفيذ مهما كان الإجراء الذي يتبع في التنفيذ. لان حكم التحكيم يمثل اتفاقا بينأطراف ولا يزيد ولا ينقص عن أي اتفاقية تعقد بين الأطراف الذين يلتزمون بعقد الإحالة المبرمة بينهم باحترام حكم التحكيم وتنفيذه بشكل طوعي، فالحكم مع الإحالة له قوة العقد المكتوب.فإن رفض أحد الأطراف تنفيذ التزامه العقدي بتطبيق الحكم، فان الطرف الثاني الذي صدرا لحكم لصالحه قد يلجا لاتخاذ إجراء قانوني في هذا الشأن يتمخض عنه الحصول على حكممن المحكمة بإلزام من المدعي عليه بتنفيذ الحكم جبرا.واستعمال القوة العمومية إن لزمالأمر ذلك. ولكن المحكمة لا تفعل إلا إذا اقتنعت بان الحكم التحكيمي هو نوع نافذ، ومنتنفيذثم تكون وسائل التنفيذ متشابهة لوسائل أحكام المحاكم القضائية.

1- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص290.

4-حجية الأمر المقضي به:

يضاف إلى التزام الطرفين بتنفيذ حكم التحكيم أن كلا من الطرفين يجب أن يمتنع على عرض النزاع ثانية على القضاء، أو تحكيمي حيث يكتسب الحكم حجية الأمر المقضي به منذ صدوره. و لا حاجة إلى صدور الأمر بتنفيذه و إن حجية الحكم التحكيمي تكون في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه الحكم المذكور، بالنسبة للأطراف المتنازعة فقط، و يكون للحكم التحكيمي الحجية المذكورة و إن كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن القانونية و اكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به بين الخصوم لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية و ذلك لان الصفة التنفيذية لأحكام التحكيم تكون بموجب قرار من سلطة عامة مختصة و أنواع الحكم الصادرة من محكم متعددة، فان كان قاضي الدولة يصدر العديد منا لأحكام سواء كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع، أو صادرة في الموضوع، و سواء كانت صادرة بشان الحماية الموضوعية أو بشان حماية وقتية،و في الأولى تكون إما أحكاما مقررة أو منشاة، أو بإلزام، و غير ذلك من الأحكام الوقتية المستعجلة أو غير المستعجلة فان المحكم هو أيضا يصدر العديد من الأحكام، و لكن بالنظر إلى انه يفتقد لسلطة الأمر فان الكلام عن إصداره لأحكام مستعجلة أو باتخاذه لإجراءات تحفظية أو وقتية تبنى على هذه السلطة يكون ممنوعا كقاعدة عامة. أما الأحكام الصادرة في موضوع النزاع المطروح عليه فهي متعددة.[1]

[1]- يساد خالد، فض المنازعات الاستثمارية وحتمية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة مستغانم،2011،ص98.

-حجية الأمر المقضي به:

يضاف إلى التزام الطرفين بتنفيذ حكم التحكيم أن كلا من الطرفين يجب أن يمتنع على عرض النزاع ثانية على القضاء، أو تحكيمي حيث يكتسب الحكم حجية الأمر المقضي به منذ صدوره. و لا حاجة إلى صدور الأمر بتنفيذه و إن حجية الحكم التحكيمي تكون في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه الحكم المذكور، بالنسبة للأطراف المتنازعة فقط، و يكون للحكم التحكيمي الحجية المذكورة و إن كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن القانونية و اكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به بين الخصوم لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية و ذلك لان الصفة التنفيذية لأحكام التحكيم تكون بموجب قرار من سلطة عامة مختصة و أنواع الحكم الصادرة من محكم متعددة، فان كان قاضي الدولة يصدر العديد منا لأحكام سواء كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع، أو صادرة في الموضوع، و سواء كانت صادرة بشان الحماية الموضوعية أو بشان حماية وقتية،و في الأولى تكون إما أحكاما مقررة أو منشاة، أو بإلزام، و غير ذلك من الأحكام الوقتية المستعجلة أو غير المستعجلة فان المحكم هو أيضا يصدر العديد من الأحكام، و لكن بالنظر إلى انه يفتقد لسلطة الأمر فان الكلام عن إصداره لأحكام مستعجلة أو باتخاذه لإجراءات تحفظية أو وقتية تبنى على هذه السلطة يكون ممنوعا كقاعدة عامة. أما الأحكام الصادرة في موضوع النزاع المطروح عليه فهي متعددة.[1]

المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بمهمة المحكمين[2]

إلى جانب المشاكل أو الصعوبات التي قد تواجه الأطراف في تعيين المحكمين فإنه ثمة مسائل تؤثر بشكل مباشر على سير العملية التحكيمية تخص المحكم ذاته، ويتعلق الأمر برد المحكم أو عزله.

[1]- يساد خالد، فض المنازعات الاستثمارية وحتمية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة مستغانم،2011،ص98.

[2]- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الأول: عزل المحكم

إن مسألة كيفية عزل المحكم،لاتقل أهمية عن مسألة تعيينه،إذ لايخلو نظام تحكيم إقليمي أودولي من التطرق له نظرا مايعكسه هذاا لأمر من جدية في مسار عملية التحكيم والوصول إلى حكم نهائي في النزاع التحكيمي يُطابق- قدر الإمكان – الحق والعدل والنظام. وتكمن أهمية مسألة عزل المحكّم في النظر إلى أسباب وإجراءات العزل وأثر ذلك في الدعوى التحكيمية[1].

فعزل المحكم بعد بدء الخصومة – المرحلة الإجرائية-لا يكون إلا بالإرادة المنفردة للمحتكم بل باتفاق المحتكمين جميعا على العزل بشكل صريح أو بشكل صريح، وذلك بإعلان المحكم بقرار العزل أو بشكل ضمني بتعيين محكم بديل عنه،

وفي هذا تنص المادة 1018 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه" **لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف**" والمقصود بالأجل في هذه الفقرة هو أجل التحكيم الذي نصت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة سواء كان هذا الأجل محددا في الاتفاق أم لا، وفي حالة عدم تحديده يتعين على محكمة التحكيم أن تنهي مهمتها في مدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، أو في حالة تمديد هذا الأجل بأي شكل من الأشكال سواء باتفاق الأطراف أو وفقا لنظام تحكيمي أو بناء على قرار رئيس المحكمة المختصة.

إذا كل ما في الأمر أن عزل المحكم في هذه الآجال لا يكون إلا إذا حصل بشأنه اتفاق بين الأطراف هذا في يخص التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن الأمر متروك

[1] موقع جريدة العرب الاقتصادية الدولية:http://www.aleqt.com/2011/07/17/article_559750.html

لإرادة الأطراف، فهم الذين يحددون كيف يمكن عزل المحكم وفقا لإرادتهم ولا يوجد نص يقيد ذلك. ولا يمكن تصور عزل المحكم بعد صدور حكم التحكيم، لأن مهمته في هذه الحالة تكون قد انتهت وانقضت الخصومة وأستنفذ المحكم ولايته بالفصل في ذلك النزاع، الذي تنتهي الخصومة فيه واختصاص محكمة التحكيم (المحكم) بالفصل فيه بمقتضى حكم تحكيمي، لكن التساؤل المطروح هو هل يمكن عزل المحكم باللجوء إلى الحكمة الإدارية المختصة للفصل في طلب عزل محكم في منازعة تتعلق بصفقة عمومية؟

إذا أخذنا بعمومية نص المادة 1018 الفقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن العزل لا يكون إلا باتفاق الأطراف، غير انه إذا تم تعيين المحكم أو المحكمين عن طريق المحكمة الإدارية فإنه لا يوجد ما يمنع أن يعود أحد الأطراف إلى المحكمة ذاتها مطالبا بعزل المحكم تطبيقا لقاعدة أن من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العزل حتى ولو بعد تشكيل محكمة التحكيم، وكما هو الشأن في منازعات القضاء إذا قسناها على مسألة تعيين الخبراء وغيرهم أمام القضاء، فإن المحكم يمكن أن يكون محل عزل قضائي ومن طرف المحكمة الإدارية وذلك إذا:

1-تعذر على المحكم القيام بالمهمة المسندة إليه بدون سبب مقبول وعدم استطاعة المحتكم صاحب المصلحة إثبات أن هناك حالة من حالات الرد قد لحقت بالمحكم.

2-إذا أعطى المشرع للمحكمة ولاية تعيين المحكم بناء على طلب أحد الخصوم (المحتكمين) فليس هناك ما يمنع من منحها سلطة عزله، بناء على طلب أحد المحتكمين دون اتفاق جميع الأطراف.

الفرع الثاني: رد المحكم

يجوز رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي: وهي تتعلق بوجود مصلحة المحكم أو ذويه بموضوع الدعوى أو وجود صلة قرابة أو مودة أو عداوة بأحد الخصوم أو صلة بينه وبين المدافع عن أحد الخصوم، ويقدم طلب الرد إلى الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه، وإلا فإلى الغرفة الابتدائية في بيروت.[1]

وإذا تم رد المحكم فيجب تعيين آخر جديد بالطريقة ذاتها التي كان معين بها الأول ما لم يكن معينا باسمه في اتفاق التحكيم.

إن المحكم الذي تم تعيينه يجب أن يتحلى بالنزاهة والاستقلالية والحيدة عن أي طرف من الأطراف، ذلك انه وبمجرد تعيينه وتشكيل محكمة التحكيم أصبح هذا المحكم له صفة القاضي وأصبح بالتالي مستقلا عن الطرف الذي اختاره وعينه ويتجرد من كل سلطة على الطرف المحتكم الذي عينه، وقد حددت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالات معينة يجوز فيها للخصوم رد المحكم وهي:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها،بمعنى أن الأطراف في اتفاق التحكيم أو في شروط التحكيم يتفقون على مؤهلات علمية ومهنية يجب أن تتوفر في المحكم، لكن أحد الأطراف وعند تشكيل وتعيين المحكمة وقع اختياره على محكم لا تتوفر فيه هذه المؤهلات مما قد يؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على محتوى الحكم الذي سيضره حينا فصله وإنهائه للنزاع بصفة كاملة لذلك إجازة المشرع في التحكيم الداخلي لأحد الأطراف أن يطالب برد المحكم المعين.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف ويعود السبب في هذا الأمر إلى نظام التحكيم الذي وقع الاختيار عليه،فإذا وقع الاختيار مثلا على نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية فان سبب الرد وفق لنص المادة

[1]- مناني فراح، مرجع سابق، ص 133

11 من نظامها يكون مستندا على ادعاء بانتفاء الاستقلال أو على أي سبب آخر بتوجيه تقرير كتابي إلى الأمين العام لهيئة التحكيم يحدد الوقائع والظروف التي يقوم عليها هذا الطلب[1].

3- من بين الأسباب المهمة التي تنطوي على شخص المحك،أو على علاقته مهما كان شانها سواء علاقات مصلحية أو اقتصادية أو عائلية معا أحد الأطراف المباشرة أو عن طريق وسيط وهي تقريبا ما ينطوي على القاضي أمام القضاء العادي.

وهذا السبب من أسباب الرد قد يصعب في بعض الأحيان إثباته لاسيما إذا كانت هذه المصلحة أو العلاقة الاقتصادية مقامة عن طريق الوسطاء،فقد يصعب على المحتكم الخصم إثبات ذلك.ومهما يكن فان المحتكم الذي يقوم بتعيين محكما عنه حتما سيختار محكما يثق فيه،بل وقد تكون له علاقة مباشرة معه دفعته إلى اختياره لتولي مهمة التحكيم،وبالتالي فالمسألة في المحكم المعين من طرف أحد الطرفين تكون نسبية،لكن ما يفترض قانونا هو أن المحكم المعين يجب أن يمتاز في عمله بالاستقلالية والحياد عن الطرف الذي عينه،لأنه مجرد تشكيل هيئة تحكيم يصبح قاضيا للفصل في النزاع.

كما نصت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الطرف الذي عين محكما عنه لا يجوز له رده مهما كان سبب الرد قائما كقاعدة عامة طالما انه هو من اختاره وهو وحده يتحمل مسؤولية اختياره،لكن كاستثناء على هذه القاعدة انه إذا لم يكن يعلم بسبب هذا الرد إلا بعد التعين فأنه يجوز له طلب رده، كما أن طلب الرد الذي يبديه أحد الأطراف في مواجهة محكم من المحكمين يجب أن يبلغ إلى محكمة التحكيم التي يشكل المحكم .

[1]- تنص المادة 11 فقرة 01 من نظام الغرفة على أنه " يقدم طلب الرد استنادا إلى ادعاء انتقاء الاستقلالية أو لأي سبب أخر بتوجيه مذكرة كتابية للأمانة العامة، موضحا فيها الوقائع والظروف التي يستند إليها هذا الطلب".

خاتمة

خاتمة

من خلال ما تم التطرق اليه في هذه الدراسة نخلص إلى أنااللجوء الى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية أصبح ضرورة، على اعتبار ان النظم القانونية تشجع على اعتماد الطرق الودية للتسوية النزاعات وترك الطريق القضائي لما فيه من سلبيات ومآخذ على الصفقة من الناحية الاقتصادية.وعليه فان الأطراف المتعاقدين كثيرا ما يحبذون تفعيل بند في الاتفاقية ينص على اللجوء الى التحكيم في حالة نشوء نزاع ما، وهذا الامر بالغ الأهمية خاصة على المستوى الدولي على الاعتبار ان اللجوء الى القضاء الوطني في حالة النزاعات في العقود الدولية يعتبر من عوائق تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الدول.

والمشرع الجزائري بدوره هو الاخر واكب هذا التطور والتغير في العلاقات الاقتصادية، حيث افرد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون رقم 08-09 بابا مستقلا خاص بتحكيم الداخلي وكذا التحكيم الدولي وأجاز فيه بموجب المادتين 975و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

وبناء على ما قدمناه في بحثنا هذا من تحليل ودراسة، سنقيد هذه الخاتمة بمجموعة من النتائج والتوصيات نجملها فيما يأتي:

النتائج:

- لقد أجاز المشرع الجزائري صراحة اللجوء الى التحكيم في مجال منازعات الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية والادارية.
- يعتبر التحكيم طريقة مثلا لفض النزاعات لما يوفره من جهد وكلفة مالية، إذ هو يشجع على استمرار العلاقات أكثر من القضاء.
- يسمح اتفاق التحكيم للأطراف باختيار المحكمين قبل ابرام العقد.
- اتفاق التحكيم من العوامل التي تشجع على استقطاب الاستثمارات الأجنبية.
- أصحب التحكيم في العصر الحالي من ضمانات الاستثمارات للشركات الكبرى.

ثانيا: التوصيات

- ضرورة التشجيع على اللجوء إلى التحكيم وتوسيع ثقافة التحكيم، وتتمثل هذه التوصيات فيما يلي:
- تعديل المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإزالة الغموض عن عبارة "لدولتين على الأقل" لأن هذه العبارة يفهم منها أن التحكيم ينحصر في الدولة كشخص عام فقط، واستبدالها بعبارة "لأشخاص دولتين على الأقل" لتشمل الأشخاص العامة والخاصة كذلك.
- إزالة الغموض حول عبارة "أو في الصفقات العمومية" الموجودة في المادتين 1006 الفقرة الثانية والمادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والادارية لإزالة التناقض بينهما، وذلك بتوحيد النص باللغة العربية والفرنسية.
- نرى كذلك أنه يجب على الجهات الإدارية أن تفرض وتتمسك بوجوب أن يكون التحكيم داخليا أو حتى دوليا ولكنهيتم في الجزائر مع تطبيق القانون الجزائري، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات، لاسيما في الصفقات الهامة، حتى لا يتعرض المال العاملتلاعب.
- كذلك لابد على الأطراف وبالأخص الإدارة أن تتقيد بتحديد مكان التحكيم بأن يكون في الجزائر حتى تضمن تطبيق القانون الجزائري، وأن تخضع كل المسائل المتعلقة بإشكالات التحكيم للقانون الجزائري والمحاكم الإدارية ومجلس الدولة الجزائري لما له من دراية بالمسائل والمنازعات الإدارية وخاصة منازعات الصفقات العمومية.
- إعادة النظر في تشريع الصفقات العمومية في الجزائر بما يتماشى و إمكانية اللجوء الى التحكيم.

يجب على الأطراف خاصة الجهة المتعاقدة بما أنها تمثل المصالح العامة أن تختار محكمين نزهاء ولهم كفاءة عالية ودراية بالقانون، حتى تضمن دراسة الملف بشكل كاف وموضوعي وبشكل يحافظ على مصالح المصلحة المتعاقدة.

تكوين إطارات الجهات الإدارية في مجال التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها، ليكونوا مؤهلين علميا وعمليا في إبرام اتفاقات التحكيم للاستغناء عن الخبرات الأجنبية وذلك بالتعاون مع الجامعات الجزائرية.

ضرورة إدماج ثقافة الحلول البديلة لتسوية النزاعات، في البرامج الدراسية بكليات الحقوق وفي مراكز تكوين القضاة والمحامين، وإصدار نشرات ومجلات متخصصة ووضع برامج إعلامية للتعريف بها

نقترح إنشاء مركز التحكيم في الجزائر ودعمها مستقبلا ماديا ومعنويا بدلا من التوجه إلى المحكمين ومراكز التحكيم الأجنبية التي قد تفرض على الإدارة قواعد قد لا تكون في صالح الإدارة الجزائرية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

أولا: القرءان الكريم.

ثانيا: الكتب.

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
- أحمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، القاهرة، ب.س.ط.
- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، سلطة المحكم في تحديد اختصاصه في منازعات العلاقات الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- محمود مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- محمد علاء الدين الحصفكي، شرح الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د.س.ن.
- محمود سمير الشرقاوي، منظمة التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 199.
- محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 2004.
- ممدوح الطنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2003.
- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2010.

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

- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

- حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، القاهرة، 2014.

- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

-خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.

- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دارهومة، الجزائر، 2009.

- فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، ط 2، 2008.

- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، الجزء الثالث، نوفل، الجزائر، 1990.

ثالثا: الرسائل و المذكرات

[1]- يساد خالد، فض المنازعات الاستثمارية وحتمية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة مستغانم،2011.

رابعا: المقالات.

- نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، جامعة باجي مختار عنابة، سبتمبر2013.

المصادر والقوانين:

- القانون رقم08-09 المؤرخ في 2008/02/21، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج.ر.ج.ج: عدد 21 الصادرة في 23 فيفري 2008.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16-09-2015، يتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج: عدد 50 الصادرة في 20-09-2015.
- قانون الخبرة الكويتي رقم 40 لسنة 80، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 1995.
- مرسوم اشتراعي رقم 90 صادر في 16-09-1983يتضمن اصول المحكمات المدنية.
- القانون رقم 27 لسنة 1994، في شأن التحكيم في المواد المنية والتجارية المصري.
- المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 بشأن التحكيم.

المواقع:

- احمد بلتاجي،البلتاجي المحامي والاستشارات القانونية ومجال التحكيم، بوابات كنانة أونلاين، 10مارس2017،الموقع الرسمي
http://kenanaonline.com/users/ahmedbiltgy/posts/918072
- فريد عنبر، التحكيم ضرورة عصرية، البوابة القانونية، مصر: شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، http:// www.tashreaat.com/view_studiers2.asp
بوابة بيت كوم:- https://www.bayt.com/ar/specialties/q/19271
موقع جريدة العرب الاقتصادية الدولية:http://www.aleqt.com/2011/07/17/article_559750.html

الفهرس

الفهرس:

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: النظام القانوني للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....	04
المبحث الأول: خصوصية التحكيم في الصفقات العمومية.....	04
المطلب الأول: مفهوم التحكيم كآلية لفض منازعات الصفقات العمومية.....	05
الفرع الأول: تعريف التحكيم وأساسه.....	05
الفرع الثاني: مزايا وعيوب نظام التحكيم.....	09
الفرع الثالث: أنواع التحكيم.....	13
المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة.....	16
الفرع الأول: التحكيم الدولي والقضاء.....	17
الفرع الثاني: التحكيم والخبرة القضائية.....	18
الفرع الثالث: التحكيم والصلح والتوفيق.....	21
المبحث الثاني: الاتفاق على التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....	23
المطلب الأول: شرط التحكيم وكيفية إدراجه في الصفقة العمومية.....	23
الفرع الأول:تعريف شرط التحكيم.....	23
الفرع الثاني: كيفية إدراج شرط التحكيم في الصفقة العمومية.....	24
المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الصفقة العمومية.....	29
الفرع الأول: مفهوم استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....	29
الفرع الثاني: آثار استقلالية اتفاق التحكيم عن الصفقة العمومية.....	31
الفصل الثاني: النظام الإجرائي للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.....	33
المبحث الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الصفقات العمومية	33
المطلب الأول: محكمة التحكيم.....	33
الفرع الأول: طرق تشكيل محكم التحكيم	34
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم.....	38

المطلب الثاني: الخصومة في التحكيم..... 39
الفرع الأول: كيفية نشوء الخصومة في التحكيم..... 40
الفرع الثاني: انتهاء الخصومة في التحكيم 41
المبحث الثاني: حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية..... 43
المطلب الأول: صدور حكم التحكيم وشروط صحته..... 43
الفرع الأول: كيفية صدور حكم التحكيم..... 44
الفرع الثاني: شروط صحة حكم التحكيم 46
المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بمهمة المحكمين..... 54
الفرع الأول: عزل المحكم..... 54
الفرع الثاني: رد المحكم..... 56
خـاتمـة..... 59
قائمة المصادر والمراجع..... 62
الفـهرس..... 65