الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجيلالي ليابس
سيدي بلعباس
كلية الحقوق و العلوم السياسية

التحكيم

في العقود الإدارية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

أ / د –قاسم عبد القادر

إعداد الطالبة:

بودلال فطومة

أعضاء لجنة المناقشة

▪ السيد: قادة بن علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
▪ السيد: قاسم العيد عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا و مقررا
▪ السيد: مهدي بن خدة	أستاذ محاضر – أ –	المركز الجامعي غليزان	عضوا
▪ السيد: مقني بن عمار	أستاذ محاضر – أ –	جامعة تيارت	عضوا

السنة الجامعية 2015 – 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

"التحكيم في الحقيقة ليس اتفاق محضا، ولا قضاء محضا، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباس خاصا ويتخذ طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم، وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق"

الأستاذ الدكتور

"محسن شفيق"

التحكيم التجاري الدولي

1974–1973

ص 73

إهداء

تبعا لقول الله تعالى:

﴿وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

سورة الاسراء24

أهدي هذا العمل

إلى من علماني أن الود هو كل شيء في الحياة إلى من علماني كيف انظر إلى الأمام وملكاني العزيمة والصبر، وأن الطريق إلى العلم هو التواضع.

إلى من أعانني بعد الله على تخطي الدروب....

أبي رحمه الله، أمي أطال الله في عمرها.

إلى زينة دنياي البرعمين : ليديا وعبد الحق.

إلى زوجي العزيز الذي رافقني طوال سنوات البحث بكل الوفاء و الإخلاص

إلى من أحاطوني بالرعاية وكانوا لي يد العون لبلوغ غايتي وهدفي....إلى أخي وأخواتي الأعزاء

إلى كل الإخوة الأساتذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

إلى كل من ساندني طيلة المشوار الدراسي

نذكر منهم:

الأساتذة الدكتور قاسم العيد عبد القادر

الأستاذ الدكتور قادة بن علي

إلى والدي زوجي الفاضلين بارك الله فيهما.

إليهم جميعا اهدي هذا الجهد المتواضع.

بودلال.ف

الشكر و التقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الحمد لله الذي أعانني ووفقني لإتمام هذه الرسالة لما فيه خير أمتي

إلى أستاذي ومعلمي ومنارة دربي...إلى من أمدني بالعلم الصادق وزودني بزاد المعرفة ولم يبخل علي بشيء –مشرفي العزيز–

كما أنني أتقدم بالشكر والعرفان والتقدير لكل من أساتذة أعضاء المناقشة

- الأستاذ الدكتور قادة بن على تكرم سيادته بقبول رئاسة لجنة المناقشة والحكم على الرسالة
- الدكتور مهدي بخدة لتكرمه بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة
- الدكتور مقني بن عمار لتكرمه بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

فجزاهم الله خيرا على ما قدموه لنا، ووفقنا الله جميعا لما فيه البر والفلاح دائما وأدامهم الله للعلوم والأجيال القادمة

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من مد لي يد العون

قائمة المختصرات

- ق.إ.م.وإ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.إ.م.ف: القانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- ق.ت.م: قانون التحكيم المصري.
- ا.م.و.ا: الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ص : صفحة.
- ط: طبعة.
- ج: جزء.

ABRIVIATION

- **ART**: Article.
- **FR**: Franc Français.
- **ARB**: Arbitrage.
- **REV ARAB**: Revue Arabe.
- **O**.**P**.**C**.**I**.**T**: « **op** Ces locutions sont utilisées, en général dans leur forme abrégée. **cit**, pour faire une référence à un livre du même auteur déjà cité auparavant » .
- **CE**: pour conforme aux exigences dans le cadre de la législation d'harmonisation technique européenne.
- **REC**: Tableau répertoriant des substances limitées.
- **LGDG** :Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- **B**.**I** : « l'informatique décisionnelle (en anglais business intelligence ou BI) est l'informatique à l'usage des décideurs et des dirigeants d'entreprises ».
- **Etc** : forme abrégée d' « et cetera », n'est jamais suivi de points de suspension.il faut l'écrire « etc », avec un seul……..
- **TC** : signifie un blog concernant le Web et les entreprises qui le font; Techniques …
- **TH** : signifie tangente hyperbolique.

- **A.J.D.A** : Dalloz Revue
- **IBID** :Abréviation utilisé dans les notes bibliographique. pour faire référence à un ouvrage déjà cité dans une note précédente.
- **BIRD** : banque international pour la reconstruction et développement.
- **CIRDI** :centre international pour le règlement des différents relatifs ou investissements.
- **Ed** : edition.
- **TI** : tome 1.
- **P**: Page.

المقدمة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، وصلوات الله وتسليمه على نبيه الأمين الذي حمل وحيه، وأداه إلينا كاملا، مبينا، لا عوج فيه، فعلمنا به من الجهالة، وهدانا به من الضلالة وجمعنا به بعد الفرقة، وجعل لنا في الدنيا والآخرة مكانا لا تنكره الأمم ،صلوات الله وسلامه عليه بعدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته، المرشد إلى رعاية حقوق الله وحقوق العباد، فكان للقضاة أسوة، وللمحكمين قدوة وللإنصاف رمزا وللأمانة حرزا وعلى آله وصحبه وسلم....وبعد

الجزائر إحدى الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القانون و القضاء ،و جعل الفصل في المنازعات التي توجد فيها جهة الإدارة كسلطة عامة من اختصاص القضاء الإداري، سواء كان موضوع النزاع منصب على عمل منفرد أو عقد ، لهذا جعل الفصل في منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري،والالتجاء إلى جهات القضاء العادية لم يعد هو الوسيلة الفعالة لاقتضاء الحقوق للعديد من الأسباب، أولها أن هذا الطريق له قواعده وإجراءاته التي يشوبها في الكثير من الأحيان البطء والتعقيدوهذا لتراكم القضايا أمام المحاكم، تعدد درجات التقاضي، مشاكل تنفيذ الأحكام القضائية وسوء استخدام الخصوم لوسائل التقاضي.[1]

[1]- **د.محسن شفيق** :التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار النهضة العربية بند 1،ص4.

لكن مع التطورات التي أملتها ظروف التجارة و الاستثمار سواء الداخلي أو الدولي، و حاجة الدول النامية لرؤوس الأموال ،و بطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم الرسمية للدولة بصفة عامةوأمام محاكم مجلس الدولة بصفة خاصة، إلى عزوف المتعاملين في تلك المعاملات عن ولوج ذلك الطريق الذي يكبدهم من الخسارة للوقت والجهد والمال الكثير...ظهرت الحاجة لوجود ضمانات ضرورية لتحفيز و جلب و تشجيع الاستثمارات الأجنبية و من بين هذه الضمانات ضرورة وجود طرق بديلة لحل المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد بدلا عن اللجوء إلى قضاء الدولة

فأمام قلق المتعاملين دوليا من طرح نزاعهم أمام محكمة في بلد الخصم،وإيانا أمام محكمة قد تتحدد مصادفة وفقا لظروف وملابسات طارئة لهذا كان تشبثهم بالالتجاء إلى تحكيم محايد وصولا إلى عدالة أكثر استقامة وأكثر ملائمة لحاجات نشاطهم،كما أن التحكيم أداة فنية قادرة على إكمال النقص في القانون.

فكان السبيل البديل لذلك الطريق —من أجل تحقيق العبء عن القضاء الرسمي للدولة فضلا عن ملائمة التطور .ولحجمالاستثمارات الداخلية والدولية- فرض اللجوء إلى الوسائل البديلة لقضاء الدولة في حسم المنازعات التي تثار بين الأفراد بعضهم البعض بصفة عامة، أو التي تثار بين الأفراد والدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة.-منازعات العقود الإدارية[1] –

فيعد التحكيم الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملائمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة و عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم اللذين

[1]- **د.وليد محمد عباس**: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة 2010، ص1 وما بعدها.

يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي، فهذه الإرادة هي التي تحقق التحكيم وهي قوام وجوده وبغيرها لا يتصور أن يخلق أو يكون ،ولقد اتجهت النظم القانونية الحديثة لدعم هذا النظام وتطويره.

فأصبح التحكيم من الموضوعات التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني على المستويين الوطني والعالمي في الوقت الحاضر،كما أصبح في غاية الأهمية وأضحى العالم يموج بالتطورات الحديثة حول هذا الموضوع إلى درجة يصعب متابعتها[1].

وفي الآونةالأخيرةيعتبر من بين أهم الوسائل التي يلجا إليها من أجل حل المنازعات نظرا للمزايا التي يحققها ،كالسرعة ،السرية والبساطة فهذا الاهتمام المتزايد بوسيلة التحكيم،دفعت بالمشرعين عبر مختلف الدول إلى تنظيمه تنظيما محكما عن طريق سن قوانين توفق بين حتمية اللجوء إليه والتنازل عن السيادة القضائية من جهة وضرورة حماية حقوق الخصوم من جهة أخرى،كما أن هناك عدد كبير من الدول انضمت إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم.[2]

فالإنسان عرفه وألفه قبل ظهور الدولة الحديثة بمؤسساتها المختلفة، وسلطاتها المتنوعة مما فيها السلطة القضائية التي تقوم بمهمة العدالة.[3]كذلكإن المشرع له دور هام في بيان كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها.

وإذا كان الإنسان البدائي قد اهتدى إلى التحكيم الاختياري كوسيلة سلمية بدلا من اللجوء إلى طرق أخرى بالرغم من أن تنفيذ القرار الصادر فيه كان اختياريا

[1]- **د.خالد فلاح عواد العنتري** :التحكيم في العقود الإدارية في الكويت،الطبعة الثانية2010،دار النهضة العربية القاهرة –مصر–،ص05.

[2]- الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكمية،15،14جوان 2006،جامعية عبد الرحمان ميرة بجاية.

[3]- **د.احمد أبو ألوفا** :المرافقات المدنية والتجارية،الطبعة الرابعة عشر منشاة المعارف بالإسكندرية،1986،ص11.

ومتورى لإدارة المتنازعين لعدم وجود سلطة عامة تجبرهم على تنفيذه فإنه كان يلجا غالبا إلى تحكيم شيخ القبيلة أو رجل الدين[1].

فبعد ما وصلت المجتمعات الحديثة من تنظيم لسلطات العامة بالدولة ومن تشابك العلاقات وتنوعها على مستويين الداخلي والدولي[2] أقيمت له المؤتمرات واجتمعت الهيئات الداخلية والدولية للنظر في مشكلاته وتذليل ما يعترضه من عقبات،وبعبارة أخرى لم تعد النظرة القائمة في القانون الداخلي للتحكيم على انه نظام استثنائي.

إذن التحكيم يعد بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إليه لفض نزاع معين إنما يعنى في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة.فالتحكيم ينتهي بمجرد صدور قرار من المحكمين[3].

ولقد لقى نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، وكان للمتغيرات الاقتصادية العالمية أثرها في اتساع نطاق الأخذ به سواء كانت في العقود المدنية أم العقود الإدارية،وقد أدى تطور وازدهار عمليات التجارة،لاسيما التعاملات عبر الحدود.

و تتبين أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في الدورالفائق الذيبلعبه .

في حسم المنازعات التي تثور بين الأفراد والدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة بصفة خاصة فإن القضاء هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات ولكن مع التطورات الهائلة لمؤسسات الدولة وللدولة في حد ذاتها وجلب رؤوس

[1] - **د.إسماعيل الاسطل**:التحكيم في الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية، القاهرة مصر،ص33.

[2] - **د.عاشور مبروك**:النظام الإجرائي لخصومة التحكيم مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة الطبعة الثانية1998،ص8،7.

[3] -**الدكتور محمد سعيد حسين أمين** -التحكيم في العقود الإدارية للدولة- محاضرة ألقيت بجامعة عين شمس 2005.

الأمـــوال.وظروف التجـــارة واســـتثمارات علـــى صـــاعديها الـــداخلي والدولي.وأخـــذت تنشـــأ إلى جانـــب القضـــاء وســـائل أخـــرى اختياريـــة .إلا أن نظـــام التحكـــيم لقـــي قبـــولا كبـــيرا مـــن قبـــل رؤوس الأمـــوال الأجنبيـــة خاصـــة كمـــا يـــوفره لهـــا مـــن امتيـــازات فأبرمـــت بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية.

وفي ظـــل الانفتـــاح الاقتصـــادي ورغبـــة الـــدول في تحقيـــق التنميـــة الاقتصـــادية والاجتماعيـــة اضـــطرت الدولـــة وســـائر أشـــخاص القـــانون العـــام إلى التـــدخل في إبـــرام أو الإشـــراف والرقابـــة علـــى هـــذه العقـــود والـــتي تعتـــبر في الغالـــب عقـــودا إداريـــة،فيكون التحكيم هو الوسيلة الملائمة لفض الخلاف التي يثور بمناسبة تنفيذ العقد.

كـــذلك تطـــوير أســـاليب تســـوية المنازعـــات في العقـــود الإداريـــة ذات الطـــابع الـــدولي وإن كانـــت إداريـــة ،و مـــا واكـــب هـــدا التطـــور مـــن نـــص المشـــرع الجزائـــري علـــى إمكانيـــة التحكـــيم في مجـــال العقـــود الإداريـــة ،في القـــانون رقـــم 09/08 المتضـــمن قـــانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ومـــن هنـــا أصـــبح التحكـــيم في منازعـــات العقـــود الإداريـــة ضـــرورة ملحـــة يشـــترطه المســـتثمر الأجنـــبي أو الـــوطني ضـــمن بنـــود العقـــد حـــتى يحقـــق لـــه الطمأنينـــة في حـــالي نشـــوب نـــزاع مـــع الدولـــة المتعاقـــدة وهـــذا لعـــدم تجـــاوب الأنظمـــة القانونيـــة الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية.

فنقـــف عنـــد الســـؤال الـــذي يطـــرح نفســـه مـــا هـــو التحكـــيم .و مـــا هـــي الطبيعـــة القانونية له .ومدى جواز التحكيم الاختياري في العقود الإدارية ؟

نظـــرا لكـــون العديـــد مـــن التشـــريعات في الـــدول الـــتي تعـــرف فكـــرة العقـــد الإداري و تأخـــذ بازدواجيـــة القـــانون و القضـــاء ، قـــد تخلـــت عـــن الحظـــر الـــوارد علـــى قبـــول

الدولة و الأشخاص المعنوية، الخاضعة للقانون العام شرط التحكيم في العقود الإدارية ؟

هل أن إدراج هذا الشرط في العقود من شأنه أن يؤدي لافتراض التنازل الضمني من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام على القواعد القانونية التي توجد و تنظم القانون الإداري و المتعلقة بالعقود الإدارية؟

كيف يتم إدراج شرط التحكيم ؟هل يمكن إبرام اتفاق التحكيم بأكثر من صورة؟ماهي الوسائل القانونية الأخرى لتسوية النزاعات بغير الطريق القضائي؟

و ما مدى إمكانية جواز التحكيم في العقود الإدارية سواء على المستوى الدولي أو على المستوىالداخلي؟و ما هي الشروط اللازم توافرها ليكتسب العقد الصفة الدولية الإدارية ؟ما معايير تمييزه عن غيره من العقود؟و إلى أي مدى وفقت الاتفاقيات الدولية في معالجة إدراجه في العقد؟

لما كان إدراج اتفاق التحكيم في هذه العقود مرتبط اساسا بإرادة الأطراف المتعاقدة فهل عدم احترام القانون الواجب تطبيقه المختار من الطرفين المتعاقدين يرتب إشكالا؟

و للإجابة على التساؤلات المذكورة اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التاريخي حيث حاولت معرفة الجذور التاريخية للتحكيم والذي يعود إلى العصور القديمة فهو من الأنظمة القانونية التي عرفتها الإنسانية من أقدم العصور وفي المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني للإنسان، فقد عرفت عند الإغريق اليونان والرومان والسومريين فكان بمثابة حل سلمي فيما كان ينشأ بين تلك المجتمعات القديمة من منازعات حتى وصوله لنا في العصور الحديثة.

كما استلزمت الدراسة، إتباع المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل أهم الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية الخاصة بالتحكيم.

كما فرض علينا تحليل الموضوع إتباع المنهج الاستقصائي وذلك من خلال دراسة أهم النقاط المتعلقة بالتحكيم في المجال الداخلي والدولي.

الأمر الذي حدي بنا إلى اختيار هذا الموضوع لإعداد هذه الرسالة نظرا لعدم تناول الباحثين الجزائريين لهذا الموضوع من قبل ،سوى جزئيات صغيرة في مؤلفات متفرقة لا تضع قاعدة كاملة في شأن التحكيم في العقود الإدارية، للحفاظ على فاعلية نظام التحكيم بأسره لذلك كان الواجب علينا رصد وتحليل التطورات الفقهية وما يتبعها من تعديلات تشريعية وأحكام قضائية جديدة في مجال التحكيم في العقود الإدارية. مع الإشارة إلى موقف الاتفاقيات الدولية .

ومن ضمن هذه الأسباب كذلك، أنه من أكثر الموضوعات إثارة للجدل القانوني. ونظرا لامتداد التحكيم من الصفة الداخلية إلى الصفة الدولية فوجد إنشاء نظام قانوني خاص لحماية الدول من بطئ إجراءات التقاضي خصوصا عند فتح الأبواب على المستثمرين الأجانب وحماية لمصالحهم وأموالهم وسرعة الفصل في نزاعاتهم. هذا بعد استقراء الاتفاقيات والمواثيق الدولية تبين أنه أصبح الشخص العام في الدول المتعاقدة يتمتع بالأهلية التي تمكنه من اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات ،فعملوا على إيجاد إدارة فعالة لتسوية المنازعات بعيدا عن الإجراءات القانونية و الوطنية.من هذا المنطلق ارتأينا أن نحاول المساهمة في جهدنا المتواضع في إيجاد حلول ولو بالقدر القليل لموضوع التحكيم في العقود الإدارية

و عليه للإلمام بموضوع التحكيم في العقود الإدارية وما يثيره من مشاكل نظرية وعملية على المستوى الداخلي والدولي فإن دراستنا ستكون من خلال فصل تمهيدي لتبيين ماهية العقد وتناولناه في مبحتين ،في الأول ماهية العقد الإداري ،و بعدها ماهية العقد الدولي.و هذا لتوضيح المفاهيم الأساسية ثم دراستنا كانت في بابين متتالين أساسين يتضمن الباب الأول الإطار المفاهيم للتحكيم حيث يتم التعرض في الفصل الأول لمفهوم التحكيم وبيان طبيعته القانونية من خلال مبحثين متتالينأما الفصل الثاني فإنه يتضمن بالدراسة تمييز التحكيم وأنواعهوكان في المبحث الأول تميز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له وكمبحث ثاني أنواع التحكيم ومزاياه.

وتقتضي الدراسة الأكاديمية تخصيص الباب الثاني لدراسة مدى خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم حيث يتم التعرض في الفصل الأول للتحكيمفي العقود الإدارية الداخلية بدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث لدراسة مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في كل من فرنسا، مصر و الجزائر.

أما الفصل الثاني فإنه يتضمن بالدراسة،التحكيم في العقود الإدارية الدولية أو الخارجية وكان في الشروط اللازم توافرها ليكتسب العقد الصفة الإدارية والمعايير والوضع في الاتفاقيات الدولية.

في الأخير ختمنا بحثنا بمجموعة من النتائج والتوصيات.

خطة البحث:

الفصل التمهيدي:ماهية العقد الإداري .

الباب الأول :الإطار المفاهيمي لتحكيم.

الفصل الأول:التنظيم القانوني لتحكيم و مفهومه.

الفصل الثاني:تمييز التحكيم و أنواعه و مزاياه.

الباب الثاني:مدى قابليةخضوع منازعات العقود الإدارية لتحكيم .

الفصل الأول:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

الفصل الثاني:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفصل التمهيدي

ماهية العقد الإداري

الفصل التمهيدي
ماهية العقد الإداري

الأعمـــال الإداريـــة قانونيـــة انفراديـــة صـــادرة بإرادة الإدارة المنفـــردة و هـــي القـــرارات ،كمـــا انهـــا أعمـــال إداريـــة قانونيـــة، رضـــائية أو اتفاقيـــة أو تعاقديـــة و هـــي العقـــود الإداريـــة . إذن العقـــد هـــو الـــذي يبرمـــه شـــخص معنـــوي عـــام بقصـــد تســـيير مرفق عام أو تنظيمه ،تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام.

فمـــا هـــو العقـــد الإداري ؟و مـــا هـــو النظـــام القـــانوني لـــه؟ و مـــاهي طريقـــة تنفيذه و نهايته ؟

المبحث الأول:

ماهية العقد الإداري

العقـــود الإداريـــة تتزايـــد وتتنـــوع لأنهـــا تكتســـي أهميـــة كبـــيرة والعقـــود الـــتي تبرمهـــا الدولـــة أو احـــد أشـــخاص القـــانون العـــام تعتـــبر مـــن أهـــم العقـــود في الســـوق المحليـــة والدولية.

- وسنبدأ دراستنا بنشأة العقود الإدارية ،تعريفها ومعيار تميزها ؟

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية

المطلب الثاني: تعريف العقود الإدارية.

المطلب الثالث: معيار تمييز العقد الإداري

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية

العقد يعتبر إداريا «إذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بنشاط مرفق عام ومتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص.إذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري.

للتطرق لنشأة العقود الإدارية يجب أن نتعرض لنشأتها في فرنسا و مصر.

الفرع الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا.

لم تنشا نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري الفرنسي إلا في مطلع القرن العشرين فكانت المنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري أما التصرفات العادية من بيع أو شراء أو استئجار. فإنها تترك لاختصاص المحاكم العادية فوفقا لهذه النظرية المعيار المتبع للتمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة هو معيار السلطة العامة. فإذا تعلق النزاع بعمل من أعمال سلطة العقد فيكون الاختصاص للمحاكم الإدارية أما إذا تعلقت المنازعة بعمل من أعمال الإدارة، فإن الاختصاص يخول للمحاكم العادية.[1]

إن المشرع الفرنسي نص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة .كما جاءت بعض أنواع العقود التي سميت بالعقود الإدارية بتحديد القانون مثل عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة وعقود القروض العامة.....الخ.

[1] - **د.شريف يوسف خاطر**-التحكيم ففي منازعات العقود الإدارية وضوابطه ،دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى،،2011، ص09.

وسميت بالعقود الإدارية بتحديد القانون لأن اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يستند إلى خصائص ذاتية وإنما يرجع إلى إدارة المشرع.

وعمد المشرع الفرنسي إلى جعل الاختصاص بنظر بعض المنازعات التي تثور بشأن بعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وجاء قانون 28 بليفيوز pluviôse للسنة الثامنة الذي جعل من اختصاص مجالس الأقاليم النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة وأنواع العقود الأخرى فنجد أن الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود ينعقد للقضاء الإداري.

وعلى هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسي المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة واستبدل به معيار المرفق العام كما صوره في حكم terrier الصادر في 06فبراير 1903.[1]

فقد أوضح المفوض روميو في تقريره الذي قدمه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العام، فالعقود التي تبرمها الإدارة هي أعمال إدارية بطبيعتها والقضاء الإداري هو الذي يخص بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات.

إذن لم تكن هناك حاجة لتميز عقود الإدارة بأحكام خاصة تختلف عن الأحكام خاصة التي تنطبق على العقود المدنية، والإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إن رأت أن تلك الوسائل هي الأفضل في تسيير المرافق العامة.

[1] – **د.سليمان الطماوي:**"الأسس العامة للعقود الإدارية"دراسة مقارنة2005ن،دار الفكر العربي،ص39.

وطبقا لمعيار المرفق العام ، نجد أن القضاء الإداري يختص بنظر المنازعات المتعلقة بتنظيم وتسيير المرافق العامة.

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العام على المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة وكانت منذ 1903 في قضية terrier فيعتبر هذا الحكم هو الأساس الذي قامت عليه نظرية العقود الإدارية بطبيعتها لكن أُستثنيَنا من ذلك تصرف الإدارة كفرد عادي.[1]

فالإدارة إما تتبع أسلوب القانون الخاص لإدارة المرافق العامة أو إتباع أسلوب القانون العام ومن تم الخضوع للقضاء الإداري.

الفرع الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر.

كانت منازعات العقود الإدارية خاضعة للقضاء العادي المتمثلة في المحاكم .كان القاضي المدني يطبق نصوص القانون المدني على المنازعات الإدارية إلا في حالة وجود نص خاص يطبق على العقد الإداري.[2] وفي 1926 صرحت محكمة الإسكندرية المختلطة أن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقات التي تعقد بحرية.

وبالرغم من إخضاع العقود الإدارية للمبادئ المدنية بصفة عامة فإن بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالعقود الإدارية وعلاقتها بالمرفق العام ففي حكم للمحكمة الاستئناف المختلطة سنة 1933 تقرر أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية ،فإنه على المحاكم التصدي

[1]-د. **شريف يوسف خاطر**، مرجع السابق،ص12.

[2]-د. **شريف يوسف خاطر** :التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، مرجع السابق،ص13.

للمنازعات المتولدة عن تلك العقود ،أن تراعي المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي استمدها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري أو بقي الحال على حاله دون وضع نظام قانوني واضح ينظم العقود الإدارية[1] وبعد نشأة مجلس الدولة في مصر أخذت فكرة أو نظرية العقد الإداري تظهر في صورتها الحقيقية وفي سنة1949 القانون رقم09 قد تضمن في المادة الخامسة على اختصاص المجلس بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود التي حصرها المشرع على سبيل الحصر[2] وهي عقود الالتزام ،الأشغال العامة وعقود التوريد[3]الإدارية وقد وسعت محكمة القضاء الإداري اختصاصاتها في مجال العقود الإدارية على عقود لم ترد في القانون 09 لسنة 1949 ،بحيث بمجرد اتصاله بأنواع العقود الثلاثة السالفة الذكر.

واستمر هذا للوضع قائما حتى صدور القانون 165 لسنة 1955 الذي ألغى القانون رقم09لسنة1949حيث نص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بعقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد ، و أي عقود إدارية أخرى وبقى نفس النص ساري المفعول في القانون الحالي الخاص بتنظيم مجلس الدولة المصري، و أصبح مجلس الدولة مختصا دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بأي عقد إداري دون أن يشاركه في ذلك القضاء العادي.

[1]- **د.سليمان الطماوي** :-الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع السابق،ص44.

[2] - 1S .BADOUI .le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien .th .pars. LGDJ.1954. p34.

[3]- وقد بررت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الاختصاص الجديد لمجلس الدولة بأنه.....يتبع الفصل فيما ينشا من المنازعات حول هذه العقود، ودون التقييد بالنصوص المدنية البحثية ويفسح المجال لأخذ في شانها بنظريات قد لا تتسع لها نصوص القانون المدني،كنظرية الظروف الطارئة التي وضع القضاء الإداري أساسها ولم تأخذ بها المحاكم العادية بعد تأثرها بنظرية القوة القاهرة كما يعرفها القانون المدني"

المطلب الثاني : تعريف العقد الإداري:

"العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي ،من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام و ذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص".[1]

أي توافق إرادتين تتجهان إلى احداث أثر قانوني معين و حسب ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا " هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي ، من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، و أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام و ذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

إن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، و ذلك لأن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازما لكي يصبح العقد إداريا. و من أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطا تخول للجهة الإدارية في تعديل التزامات المتعاقد معها ، و سلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر و من أمثلة الشروط الغير مألوفة. حق الجهة الإدارية في تغيير طريقة التنفيذ و حقها في توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون الحاجة لوقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء[2].

[1] – د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية دار النهضة العربية ، مصر سنة 2007 ص5.

[2] - د. أنور أحمد رسلان : التحكيم في منازعات العقود الإدارية – مجلة الأمن و القانون رقم 220، ص02.

و إذا لم يتضمن العقد شروط استثنائية فإنه حتما سيخضع إلى قواعد القانون الخاص. و يقوم على أسس ثلاثة أي العقد الإداري بطبيعته:

1- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

2- صلة العقد بالمرفق العام.

3- وسائل القانون العام.

كذلك "يتعين لاعتبار العقد إداريا أن يكون احد طرفية شخصيا معنويا عاما،،يتعاقد بوصفه سلطة عامة وان يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروطا استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص".[1]

يتضح من التعريفات السابقة أن القضاء المصري اشترط لاعتبار العقد إداريا توافر ثلاثة معايير:

المعيار الأول: إبرام العقد بواسطة احد الأشخاص المعنوية العامة.

المعيار الثاني: تعلق العقد أو ارتباطه بالمرفق العام.

المعيار الثالث: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

عكس القضاء الفرنسي الذي اشترط توافر معياريين فقط لاعتبار العقد إداريا.

[1]- المحكمة الدستور يا العليا في حكمها في القضية رقم 07 لسنة 1ق بجلسة 1980/م01/19،،ص244.

المطلب الثالث: معيار تمييز العقد الإداري:

إن مجلس الدولة المصري مازال يأخذ بالنظرية التقليدية في تمييز العقد الإداري أي العقد يكون اداريا إذا توافرت به ثلاثة عناصر:

1- أن تكون جهة الإدارة طرفا في العقد.
2- أن يتصل العقد بمرفق عام.
3- أن يحتوي العقد على شروط استثنائية أو غير مألوفة في القانون الخاص.

على عكس مجلس الدولة الفرنسي يشترط توافر معيار لتمييز العقد الإداري.

1- أن تكون جهة الإدارة طرف في العقد.
2- أن يتعلق العقد بمرفق عام أو أن يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص.

المعيار الأول: أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

العقد الذي لا يكون أطرافه شخصا معنويا عاما لا يعتبر عقد إداريا كما أن وجود الإدارة كطرف في العقد لا يوصفه بأنه عقد إداري إلا إذا توافرت باقي الشروط وهي تعلق العقد بالمرفق العام واحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص. [1]

[1] - **د.حسين شحاتة الحسين**: التحكيم في العقود الإدارية دراسة في القانون السوري المجلد الأول،ص351،بحث مقدم الى المؤتمر السنوي السادس عشر بجامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية". المنعقد بأبو ظبي في الفترة بين28-30 ابريل2008.

فوجود الإدارة طرفا في العقد يعد إداريا لأن العقود المبرمة بين الأفراد لا تعد عقود إدارية ومن تم تخضع لأحكام القانون المدني وتدخل في اختصاص القضاء العادي.

إذن، أن تكون الإدارة طرفا في العقد أي هذا العنصر يعد عنصرا افتراضيا لأن العقد الإداري عندما يكون أحد أشخاص القانون العام للدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيه وأن الأشخاص العامة الإقليمية والأشخاص المصلحية والهيئات العامة تعد جميعا من أشخاص القانون العام.

وفي هذا السياق قضت المحكمة الإدارية العليا، أن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما متصلا بمرفق عام، ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص .... ،"أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكيم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة"[1] ،كما أن المحكمة الدستورية العليا تعرضت لمعيار العقد الإداري حيث تؤكد أنه "يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"[2].

[1]- المحكمة الإدارية العليا 7مارس1964.طعن 557 لسنة 7ق،سنة9،ص763.

[2]- **د.سليمان الطماوي** : المرجع السابق ،ص61.

كذلك يمكننا تكييف العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنه عقد إداري إذا كان أحد أطرافه يتعاقد بصفته وكيلا عن أحد أشخاص القانون العام سواء كانت الوكالة صريحة أو ضمنية.[1]

إذن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص يمكن أن يكون عقدا إداريا إذا كان أحد أطرافه يتعاقد بالوكالة أو بالنيابة عن أحد أشخاص القانون العام.

إن العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص تعتبر عقودا مدنية ففي حالة تعاقد الشخص الخاص لحساب الشخص العام.

أعتبر أن هذا التعاقد يضفي على العقد الصفة الإدارية رغم أن العقد أبرم بواسطة شخصين من أشخاص القانون الخاص، إلا أن أحدهما يتعاقد لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة. ولقد أشارت محكمة التنازع الفرنسية إلى هذا الاستثناء في حكمها الشهير 7 يوليو1963في قضية "PEYROT" حيث ثار نزاع حول تكيف العقد الذي أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلطة وهي شركة خاصة وملتزمة بأشغال عامة مع مؤسسة PEYROT الخاصة لمعاونتها في بناء طرق السيارات المعهود بها إليها وقد اعتبرت المحكمة أن هذا العقد عقد إداري رغم أن أطرافه ليسوا من أشخاص القانون العام، على أساس أن شركة الاقتصاد المختلطة تتعاقد لحساب الدولة[2].

[1] - **د.شريف خاطر**-التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، مرجع سابق،ص22.

[2] - sociétés entreprise peyrot .T.C .8juillet n1963.Rec. .p787.D.

بهذا يكون القضاء الإداري قد اصبغ الصفة الإدارية على العقود المبرمة بواسطة الشخص الخاص لحساب الدولة وشملت عقود أخرى وأن يكون المتعاقد الخاص من أشخاص القانون الخاص الأجانب طالما أنه يتعاقد لحساب جهة الإدارة.[1]

المعيار الثاني: أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم مرفق عام:

وجوب أن يكون العقد ذي صلة بالمرفق العام، لأن مبادئ القانون الإداري تقوم على فكرة المرفق العام والقضاء الإداري يرجع إليها عند تطبيق معظم قواعد القانون الإداري، وفي هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن "الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقود ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة".[2]

والمرفق العام يقصد به المشروع ، المنظمة أو الهيئة التي تنشئها الإدارة لإشباع حاجات عامة وهي النشاط أو الخدمة التي تؤدى للجمهور من أجل إشباع حاجات عامة .فالمرفق العام هو كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه الفرد العادي تحت رقابتها بقصد إشباع حاجات عامة.[3]

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بالسلطات الإدارية لتزويد الجمهور للحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل يقصد

[1]- **د.احمد عثمان عياد:** مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، القاهرة. دار النهضة العربية. 1973ص144.

[2]- المحكمة الإدارية العليا 19ديسمبر1981،طعن رقم194لسنة تا ق.....

[3]- **د.شريف يوسف خاطر** –التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، مرجع سابق،ص27.

المساهمة في صيانة النظام، وخدمة المصالح العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام ،أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة.

إذن الهدف الرئيسي للمرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة وكذلك إن "النظام القانوني للمرافق العامة هو في حقيقته ،مجموعة مبادئ وقواعد القانون الإداري"[1] إن القضاء الإداري يقيم القانون الإداري على فكرة المرفق العام ،وفي القرن الحالي فكرة المرفق العام لم تهدم بل تطورت، فظهر إلى جوار المرافق الإدارية التي كانت المجال الأول لتطبيق قواعد القانون الإداري مرافق من نوع جديد. المرافق الاقتصادية، التجارية، الصناعية، مرافق مختلفة.

فأصبح اختلاف وتنوع في القواعد وفقا لطبيعة كل مرفق وحاليا تسمى "النظام القانوني العام للمرافق العامة".[2]

وقضاء المحكمة الإدارية العليا يقرن شرط اتصال العقد الإداري بالمرفق العام بشرط أخذ الإدارة بأساليب القانون العام.

لا تقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى الصناعية، التجارية و أوضاع اتصال العقد بالمرفق العام متعددة بحيث: "...إن المعيار المميز لهذه العقود الإدارية....في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق ،تسيير ، إدارته، استغلاله ، المعاونة أو المساهمة فيه..."

[1]- د.فؤاد مهنا: القانون الإداري، دار المعارف،القاهرة،1981،ص469.

[2]- **د.سليمان الطماوي**: الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق،ص74.

كما أضافت المحكمة الإدارية العليا صفة المرفق العام على المشروعات الجديدة[1]، حيث تؤكد فيه أن تنظيم المهن الحرة ،كالطب ،المحاماة والهندسة هي مرافق عامة، مما يدخل أصلا في صميم اختصاص الدولة، مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم.

المعيار الثالث: اتباع وسائل القانون العام

إن للمتعاقدين حرية اختيار أساليب التعاقد فإما أن يتبعوا أسلوب القانون الخاص، فيكون العقد مدنيا، أو يتبع أسلوب القانون العام فيكون العقد إداريا.[2]

ولكي يعتبر العقد إداريا يجب أن يتضمن أساليب القانون العام والتي تتمثل في الشروط الاستثنائية[3] و إن كانت هذه الأخيرة لا تعتبر عنصرا ضروريا من عناصر العقد الإداري.

في القضاء الفرنسي في حالة عدم اتصال العقد اتصالا وثيقا بمرفق عام[4]وتعتمد الدولة في إبرامها وتنفيذها على أساليب القانون العام ووسائله وذلك بتضمين شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه العقود واردة في العقد ذاته أو مقررة بمقتضى القوانين أو اللوائح.

للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه بإرادتها المنفردة[5]، كذلك عرفت محكمة النقض

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في 12 أبريل 1958.

[2] **د. إبراهيم محمد علي، د.علي جمال عثمان جبريل**: العقود الإدارية 1996/1995،ص10.

[3] **د.شريف يوسف خاطر**: التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ضوابطه ،المرجع السابق، ص 40.

[4] **د.جابر جاد نصار**: الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 100 وما بعدها.

[5] المستشار وائل عز الدين يوسف التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية 2010، ص 9.

الفرنسية ومحكمة التنازع ومجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط التي لن توجه عادة في القانون الخاص.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف للشروط الاستثنائية[1] "هي تلك الشروط التي تمنح طرفي العقد حقوقا أو تضع على عاتقها التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للأفراد العاديين الاتفاق عليها في إطار القوانين المدنية والتجارية".[2]

واحتواء العقد على شروط استثنائية تكون خارقة للشريعة العامة وهي تلك التي تمنح امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص ،للإدارة مثلا حق في فرض شروط بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها أو جزاءات.

ويحاول الفقه تأصيل الشروط الاستثنائية بالقول بأنها شروط لو وجدت في عقد مدني لاعتبرت باطلة أو أنها شروط مستحيلة، أو لا يفكر فيها المتعاقدان في إطار القانون المدني، أو أنها شروط غير معتادة في العقود المدنية.[3]

ولقد حاول مجلس الدولة المصري وضع تعريف للشروط الاستثنائية أو غير المألوفة في القانون الخاص، فقضي بأن: "علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامها إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فيتبع

[1] حكم صادر في 15 فبراير 1935م عن مجلس الدولة الفرنسي.

[2] C.E, sec, 15 février 1935, société française de constructions mécaniques, Rec, p 201.

[3] – **د.سعاد الشرقاوي**: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 16.

بشأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن تم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما غيرها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليست لصفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور: مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد."[1]

إذن يوجد اختلاف بين الفقه الفرنسي والمصري حول تعريف الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة في القانون الخاص.

[1] محكمة القضاء الإداري، 16 ديسمبر 1956، دعوى رقم 223 لسنة 10 ق.

المبحث الثاني:

ماهية العقد الدولي

إن العقود الإدارية الدولية تثير الكثير من المشاكل خصوصا المبرمة بين جهة الإدارة من جهة والأشخاص الأجنبية من جهة أخرى وهذه المشاكل تأتي من جراء عدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف العقود وعدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية فتسعى جاهدة جهة الإدارة الحفاظ على سيادتها وتطبيق القانون في مواجهة الطرف الأجنبي.

فارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى النقاط التالية.

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية الدولية.

المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية الدولية.

العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا نظرا لتطورها في هذا المجال[1].

ويترتب على تلك العقود تبادل الخدمات والأموال عبر الحدود فهي تتصل بمصالح التجارة الدولية فيمكن تعاقد الإدارة مع شخص كما يمكنها أن تتعاقد مع شركة أجنبية للقيام بأداء خدمة لمدة معينة وتحديد نسبة الأرباح[2].

العقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري كون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ويتعلق بمرفق عام وبين الصفقة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية[3].

كما اختلف الفقه في تعريف العقود الإدارية الدولية.

فذهب اللورد Mc Nair[4] إلى أن العقد الإداري الدولي هو "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ،ويتضمن شروطا غير مألوفة في

[1]- **د.حفيظة السيد الحداد**،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ،دار النهضة العربية 1996،ص37.

[2]**– د،عبد العزيز عبد المنعم خليفة**،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ،الطبعة الأولى،2006،ص 129-130.

[3]- **د.عصمت عبد الله الشيخ**، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ص108.

[4] -Mc Nair.»The général principales of law.recognized.by civilized nations"y. B.I.1957 p1 ets.

العقـــود الداخليـــة مثـــل شـــرط الإعفـــاء الجمركـــي ويخضـــع هـــذا العقـــد في بعـــض جوانبـــه للقانون العام وفي بعض جوانبه للقانون الخاص".

كـذلك ذهـب الفقيـه Piere Régli إلى أن العقـود الإداريـة الدوليـة هـي عقـود طويلـة المـدة طرافاهـا همـا الحكومـة أو جهـاز تابـع لهـا مـن جهـة وشـخص أجنـبي طبيعـي أو اعتبـاري مـن جهـة أخـرى وتتعلـق هـذه العقـود باسـتثمارات ضـخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة[1]"

وفي قضـية Sapphire تعـرض المحكـم Cavin إلى تعريـف المقصـود بالعقـود الإداريـة الدوليـة "هـو عقـد يـبرم بـين شـركة وطنيـة تأخـذ شـكل المشـروع العـام، وشـركة تجاريـة خاضـعة للقـانون المـدني الأجنـبي، وشـركة تجاريـة خاضـعة للقـانون المـدني الأجنـبي، ومحـل هـذا العقـد لا ينصـب علـى العمليـات التجاريـة العاديـة لأنـه يلـزم الشـركة صـاحبة الامتيـاز بالقيـام باسـتثمارات ضـخمة، وإقامـة منشـآت لهـا طـابع الـدوام ويتضـمن شـروط غـير مألوفـة مثـل المعاملـة الضـريبية الخاضـعة للشـركة المتعاقدة"[2].

[1] - **د.حفيظة السيد حداد**: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 36.

[2] - **د.علاء الدين مصطفى أبو أحمد**- التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،دار الجامعة الجديدة،2012،ص60.

إذن العقد الإداري الدولي هو عقد يبرم بين جهة الإدارة من ناحية، وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من ناحية أخرى ويهدف إلى انتقال القيم الاقتصادية والمالية عبر الحدود بهدف إقامة منشآت لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة في إحدى المرافق العامة ويتضمن هذا العقد شروطا استثنائية"[1].

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياريين:

أولا: يعد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد يعني جنسية الأطراف ومكان إقامتهم ومكان إبرام وتنفيذ العقد إلى جانب لغة التعاقد والعملة المستخدمة مع بعضها البعض[2].

ثانيا: يعد العقد عقدا دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية بانتقال الخدمات بين الدول وكذا الأموال[3].

ويذهب جانب من الفقه الايطالي إلى التفريق بين العقد الدولي والعقد الوطني على أساس القانون الذي يخضع له العقد. فإذا كان العقد يخضع للقانون الداخلي فهو عقد وطني بينما يعد في نظر هذا الرأي عقدا دوليا فيما لو أخضعه المتعاقدون لقانون آخر[4].

---

[1]- **د.علاء الدين مصطفى أبو أحمد**،نفس المرجع،ص61.

[2]- **د.أحمد القشري**، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية،المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد21،سنة 1965،ص76.

[3]- **د.منير عبد المجيد**،التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي،دار النهضة العربية1997،ص15.

[4]- **د.عصمت عبد الله الشيخ**،التحكيم في العقود الإدارية،ذات الطابع الدولي،المرجع سابق،ص123.

إن دولية العقد هي الشرط المطلوب لتخويل أطرافه حق اختيار القانون الذي يحكمه، وليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضفي على العقد الصفة الدولية[1].

المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

القاعدة العامة في القانون الفرنسي هي عدم جواز التحكيم في هذه العقود ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك.

ولمصالح البلاد وجلب المستثمرين الأجانب ورؤوس الأموال الأجنبية، قد استثنى المشرع الفرنسي العقود الإدارية الدولية من هذه القاعدة.

وفي 6مارس 1976 تم الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم، وفي 19 أغسطس 1976 الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية.

فنصت المادة 9 من قانون 1976:" أنه بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها بالاشتراك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ مثل تلك العقود".

[1] – **د. هشام علي صادق**: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشاة المعارف الإسكندرية،1995،ص52.

فالمشرع لم يقتصر مجال التحكيم على نوع معين من العقود الإدارية الدولية، بل وسع من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث يشمل جميع صور العقود الدولية، وكافة المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود"[1].

كذلك اشترط المشرع الفرنسي أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وكذلك يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إذا كانت ناشئة عن اتفاقية أو معاهدة دولية قد صادقت عليها فرنسا .وتكون بدورها تجيز هذه الاتفاقية تسوية النزاع بين أطرافها عن طريق التحكيم.

رغبة من المشرع في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتفرق أغلب التشريعات الحديثة ومنها التشريح الجزائري والفرنسي والمصري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويختص التحكيم الدولي، بأحكام متميزة مختلفة عن التحكيم الداخلي من عدة نواح ومن بينها التزام أغلب دول العالم حاليا باتفاقية نيويورك التي أبرمت عام1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية، كما نظمت كذلك كيفية التعاون بين مختلف الدول .

[1] – **د.أنور احمد رسلان**: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة الأمن والقانون كلية شرطة دبي،السنة السادسة،العدد الأول يناير1998،ص222 .

وقد خصص قانون الإجراءات الجزائري الجديد الفصل السادس الخاص بالتحكيم، الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي من المواد 1039 إلى 1061[1].

ويعرف التحكيم الدولي على أنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[2].

يعرف قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التحكيم الدولي على أنه التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية[3]. « l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

أما قانون التحكيم المصري فإنه يعرف التحكيم الدولي بأنه التحكيم الذي يكون موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية.

1- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام التحكيم، وفي حالة تعدد مراكز الأعمال تكون العبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم.

[1]– **د.اكثم أمين الخولي**: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبق للقانون الجزائري الجديد– مجلة التحكيم العدد5،سنة2010،ص97.

[2]– المادة 1039 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3]- المادة 1492 من ق.إ.م.ف

2- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها.

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

أ. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعينه.

ب. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

ج. المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع[1].

ذهب البعض، إلى انه يمكن تبني فكرة العقد ذي الشأن الدول، التي تجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الصفة الدولية، وهذا إرضاءا للمستثمر الأجنبي الذي يسعى إلى تأمين نشاطه داخل الدولة، وتحديد الجهة المنوط بها حل النزاع أو القانون الواجب التطبيق، بواسطة اتفاق التحكيم أو مشارطته حتى ولو كان العقد إداريا.

[1]- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المادة 3.

المادة 03 من قانون التحكيم التي تحدد معايير دولية التحكيم كانعكاس لدولية العقد الإداري وبعد صدور القانون رقم 27 لسنة 1994 أصبح التحكيم في منازعات العقود الإدارية

كذلك الفتوى الأخيرة للجمعية العمومية للفتوى والتشريع صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية، كما أضافت الفقرة 2 المادة الأولى من قانون التحكيم تنص على انه، بالنسبة للعقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.

يبدو لنا أن موقف التشريع المصري بعد التعديل الأخير من مسألة التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن التشريع الفرنسي[1].

[1] – **د.أنور احمد رسلان**: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة–مجلة الأمن والقانون ،تصدرها كلية شرطة دبي العدد الأول السنة السادسة يناير 1998م،ص 19.

الباب الأول

الإطار المفاهيمي

للتحكيم

الباب الأول:

الإطار المفاهيمي للتحكيم

أهمية التحكيم كطريق يتم اللجوء إليه لفض أو لتسوية المنازعات ، عرف منذ القدم في المجتمعات القديمة قبل ظهور قضاء الدولة الذي يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، و كثرة استخدامه في الآونة الأخيرة نظرا للتطورات التي طرأت على العلاقات الاقتصادية الدولية و هو ما أدى إلى البحث عن طريقة لحل النزاعات و كان التحكيم هو الوسيلة الأنجع بالنظر إلى ما يتسم به من سرعة وبساطة في الإجراءات و ما يحققه من انصاف بسبب الحياد الذي يتسم به المحكم أو المحكمين المختارين للفصل في المنازعة ،و إذا كان اللجوء إلى التحكيم لا يثير الكثير من المشاكل في عقود القانون الخاص فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام ، نظرا لتمتع هذه العقود بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى و بالتالي تهدف الدراسة في هذا الباب إلى وضع معالم نظام التحكيم للوقوف على ماهيته و ابراز ذاتيته و استفلاله عن الوسائل الودية الأخرى لحل المنازعات التي تتور بين أطراف العلاقات القانونية ، وهذا ما يستدعي التعرض – في المقام الأول – لتنظيم القانوني لتحكيم ولمختلف التعريفات التي قيلة بشأنه ،مع عرض صوره و كذلك تبيين الجدل الذي ثار حول تحديد طبيعته القانونية، و ما إذا كان اتفاقا ، أو عملا قضائيا ، أو نظام خليط من العقد و القضاء أو من طبيعة مستقلة و – في المقام الثاني – نميز بينه و بين غيره من مفاهيم القانونية الأخرى ثم ننتقل إلى عرض أنواعه ،مع تبيان مزاياه و عيوبه. و من هنا نقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول

التنظيم القانوني لتحكيم

ومفهومه

الفصل الأول :

التنظيم القانوني لتحكيم ومفهومه

و بيان طبيعته القانونية

سوف نتعرض للجذور التاريخية للتحكيم ومعرفة أن التحكيم يمتد إلي فجر التاريخ ،بل أن البعض يرى أنه قديم قدم الإنسانية ذاتها ،فالأمر يتعلق بظاهرة أكثر من دولية ،و يرى بعض الكتاب أنه الشكل الأول الذي عرفته البشرية لإقرار العدالة ،فهو بمثابة الممر الذي انتقلت عبره البشرية من الثأر الخاص la vengeance privée إلي نظام قضاء الدولة .فسوف نتطرق له بالتفصيل

ثم لماهية التحكيم في مجال العقود الإدارية بغية تبيينه وتبسيطه و ذكر صوره و الطبيعة القانونية له فسوف نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى النقاط التالية:

المبحث الأول: التنظيم القانوني لتحكيم و تطوره .

المبحث الثاني: تعريف التحكيم.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية له.

المبحث الأول:

التنظيم القانوني للتحكيم وتطوره:

يعد التحكيم من الأنظمة القانونية التي عرفتها الإنسانية منذ أقدم العصور[1] وفي المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان كوسيلة من وسائل فض المنازعات بين الأفراد حيث كان التحكيم في تلك العصور القديمة الوسيلة الوحيدة لحسم المنازعات حتى تطورت البشرية و تكونت الوحدة السياسية ذات السيادة و السلطان فنشأ ما يعرف بنظام القضاء إلى جانب نظام التحكيم[2]. و التحكيم من الناحية التاريخية نشأ قبل القضاء فهو قديم قدم المجتمعات حيث كان سائدا في المجتمعات القبلية باعتباره الأداة الفردية للتسوية الودية للمنازعات عن طريق الغير و كان عرفا في المجتمعات الفرعونية و اليونانية و الرومانية [3] ،كما عرف بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأفراد مع بعضهم بعض أو بين القبائل أو بين الدول ،وقد اعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور التي وصلت إليه الجماعات القديمة في عهد القوة ،و استقرت فكرة هذا النوع من التقاضي في أدهان الناس و آلفو الالتجاء إليه حتى صار عادة عندهم [4] وقد تفتحت أدهان الجماعات البشرية إلي التحكيم بمرور الزمن و رأت أنه وسيلة فعالة لتسوية المنازعات بينها، و عليه نتعرض إلى تطور التحكيم عبر مراحل تاريخية حتى وصوله إلينا اليوم.

---

[1]– **د. نزار الطبقجلي** :تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بحث منشور في مجلة القضاء العددان الثالث والرابع،السنة الرابعة والأربعون،1989،ص15.

[2]– د.**أسعد فاضل منديل** :أحكام عقد التحكيم و إجراءاته –دراسة مقارنة –منشورات زين الحقوقية –دار نيبور الطبعة الأولى 2011، ص7.

[3]– د.**سيد أحمد محمود** –التحكيم العادي–الطبعة الأولى ص 10.

[4]– **د.على البدوي** :أبحاث التاريخ العام للقانون ،الجزء الأول ،مطبعة الاعتماد الكبرى ،سنة 1947 ص17 ،18 .

المطلب الأول :الإغريق اليونان

عرف الإغريق اليونان التحكيم على نطاق واسع في العلاقات الداخلية و الخارجية ،ففي مجال العلاقات الداخلية ،كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا تسجيل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بهذه المهمة و من يتخلف عن هذا الواجب يحرم من بعض الحقوق و كانت مهمة الحكم الإصلاح بين الخصمين ،فإن أخفق أصدر قراره مشفوعا بالقسم ،قابلا للاستئناف أمام المحاكم الشعبية .

و في مجال العلاقات الخارجية ،فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية ،سواء المتعلقة بالحدود أو غيرها كما انهم عرفوا معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة[1].

كما فرق أرسطو بين المحكم و القاضي بقوله "إن المحكم يسعى إلى العدالة، و القاضي يسعى إلى تطبيق القانون، حيث أن التحكيم ابتكر لتطبيق العدالة"[2].

المطلب الثاني: التحكيم عند الرومان

التحكيم عند الرومان سوآءا كان تحكيما اختياريا أم إجباريا يعتبر وسيلة لفض المنازعات بين الأفراد و الجماعات، فما رواه جاريوس في كتابه "النظم" أن أحد الأشخاص خسر دعوى قطع الأشجار لأنه بدلا من أن يقول "أشجاره"

[1] -**د.إسماعيل الأسطل** ،التحكيم في الشريعة الإسلامية ،الناشر مكتبة النهضة العربية ص 25 .

[2] - **د.إبراهيم محمد العناني**: اللجوء إلي التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1973، الناشر:دار الفكر العربي، طبعة أولى، سنة 1973،ص13 .

قال "كرومه "فكان على الأفراد التفوه بعبارات معينة لا يعلمها إلا كهنة المعابد ،و أي خطأ في أداء صيغ الدعاوى يؤدى إلى إهدار الحقوق .

كما أن الشكلية كانت قوام التصرف و سبب وجوده نتيجة لتأصلها في نفوس الرومان فملكت عليها أمورهم العقائدية و الاجتماعية و معاملاتهم المالية، ولقد عرف الرومان نظام التحكيم الإجباري عند صدور قانون الألواح الاثني عشر ،حيث كان الفصل في الدعوى يتم على دورين :

– الدور الأول: تتدخل فيه الدولة و تلزم الخصوم بعرض النزاع على محكم يختاره الطرفين أو يعينه لهما الحاكم في حالة عدم الاتفاق على اختياره.

– الدور ثاني: يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم [1] و نتيجة للتطور الذي عرفه المجتمع الروماني و تأثره بالفلسفة اليونانية كان المتعاقدون يتفقون على اختيار شخص يسمونه البريتور للإشراف على العقود كتعيين الثمن أو توزيع الأرباح في الشركة .فأبتدع وسائل لتلافي الشكلية والجمود في القانون وحلت دعاوى البرنامج محل دعاوى القانون و بذلك أصبحت الدعوى تنظر على دور واحد فقط بواسطة الحاكم نفسه دون الإحالة إلى قاض خاص. و ظهر ما يعرف بنظام الاستئناف[2] و تجدر الإشارة إلى أن هناك مادة نصت على جواز الطعن على حكم التحكيم ،إلا إذا قبل الطرفان هذا الحكم شريطة أن يلتزم الطاعن بالمدة المحددة لاستعمال هذا الحق و هي عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم، فإذا لم يقم الأطراف بالطعن عليه أو قبوله كتابة أصبح الحكم ملزما[3].

[1] – **د.عمر ممدوح مصطفى** :الموجز في القانون الروماني ،الجزء الأول ،مطبعة دار النشر الثقافية بالإسكندرية ،طبعة سنة 1953 ،ص51 .

[2] – **د.علي بدوى** :المرجع السابق ،ص45

[3] – **د.شفيق شحاتة** :نظرية الالتزامات في القانون الروماني ،طبعة سنة 1956 ،بدون ناشر ،ص304 ،305 .

المطلب الثالث: التحكيم عند السوماريين

عرف التحكيم عند السومريين في جنوب العراق، وقد تم اكتشاف ذلك من خلال العثور على لوح حجري في القرن الماضي مكتوب عليه باللغة السامرية نصوص لمعاهدة صلح في القرن الحادي و الثلاثين قبل الميلاد، و كانت هذه المعاهدة بين مدينة (كيش) و بين مدينة (أوما) التي لا تبعد عنها كثيرا، حيث كان بين هاتين المدينتين نزاع دائم بسبب الحدود و المياه، فقامت هاتان المدينتان باللجوء إلي التحكيم لتسوية النزاع الذي كان قائما و كان المحكم في هذه القضية هو أحد ملوك مدينة كيش ،حيث قام بتحديد الحدود و بيان معالمها بين المدينتين، و نصت المعاهدة على احترام الحدود و كذلك شرط التحكيم الذي ورد في المعاهدة لتسوية أي نزاع قد ينشب بينهما في شأن الحدود مستقبلا [1].

فيظهر جليا أن نظام التحكيم في هذه الحقبة من تاريخ البشرية كان ضروريا، فكان بديلا للانتقام و فرض القوة، فكان بمثابة حل سلمي فيما كان ينشأ بين تلك المجتمعات القديمة من منازعات .

المطلب الرابع: التحكيم في القرون الوسطى

عرف التحكيم في القرون الوسطى لدى رجال السياسة في ذلك العهد إهدار لسيادة الدولة حيث يقول الدكتور إبراهيم العناني "يلاحظ أن اللجوء إلى التحكيم لم يكن

[1] – **د.قحطان عبد الرحمان الدوري**: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،مرجع سابق ،ص 69.

معروفا في الهند القديمة و لا في العصور الوسطى إلا بخصوص الخلافات بين أشخاص داخل الدولة[1] ".

فكان مألوف لتسوية المنازعات، حيث كانت الجماعات المسيحية تحتكم في منازعاتها إلى البابا وإلى الإمبراطور ،وكان قرار التحكيم الصادر يتخذ في الغالب صفة حكم قضائي صادر من أعلى سلطة روحية ،و كان من يقوم بالتحكيم هو أحد كبار رجال القانون ،وكان ما يسمى بمبدأ تحكيم الأقران ،هذا الأخير يعطي الحق لاختيار الأمراء المتنازعين محكما من بين الأمراء الآخرين، حيث أبرمت العديد من اتفاقات التحكيم بين الأمراء ،و نص فيها على الإجراءات الدائمة للتحكيم[2] .

كما عرفت الشرائع القديمة للدول الأوربية مبادئ التحكيم ،فصدر في فرنسا 1560 تشريع يوجب التحكيم في القضايا التجارية و في دعاوى القسمة و الإرث ،و قد بدأت الجمعية التأسيسية بعد الثورة الفرنسية بترك الحرية للمتنازعين باختيار طريق التحكيم لفض منازعاتهم [3] .

إن تطور نظام التحكيم واضح يلتجؤون إليه كلما استدعى الأمر ذلك.

و عرف العرب قبل الإسلام التحكيم بقرون عديدة .حيث كانت العرب تعيش حياة قبلية تعتمد على التنقل و الترحال جريا وراء أسباب الحياة المادية ،مما كان له الأثر الواضح على حياتهم الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية ، إذ

[1] - د.**إبراهيم محمد العنابي**: اللجوء إلي التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1973، الناشر:دار الفكر العربي، سنة 1973، طبعة أولى ،ص13

[2] - **د.قحطان عبد الرحمن الدوري** ،،المرجع السابق،ص69 .

[3] - **د.جمال عمران أغنية** : تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية ،رسالة ماجستير الجامعة الأردنية ،كلية الدراسات العليا ،2004 م،ص7 -8- 9-10 .

كانت العرب منقسمة إلى قبائل ،على رأس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة ،يسير أمورها الداخلية ،و أمورها الخارجية مع غيرها من القبائل الأخرى [1] و حكم شيخ القبيلة كان ينفد ،الذي يشتهر في مجتمعاتهم من أهل الشرف و الصدق و الأمانة والتجربة ومعرفة العادات و التقاليد. يقول اليعقوبي "فكانوا يحكمون أهل الشرف و الصدق والأمانة والرئاسة والسن و المجد و التجربة "و هم إما حكام أو كهان أو عراف و إما رجال الدين .و اشتهر من هؤلاء على سبيل المثال لا الحصر ،في تميم ،أكتم بن صيفي ،و حاجب بن زرارة ،و الأقرع بن حابس وربيعة بن مخاشن .

و **في قريش** : عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، العاصي بن وائل ، العلاء بن حارثة ، أسد ربيعة بن حدار ، كنانة يعمر الشداخ ، صفوان بن أمية وسلمى بن نوفل[2]. أيضا هناك محكمات أمثال صحر بنت لقمان و هند بنت الخس .

و ينبغي على الحاكم أن يحكم بالعدل و القسط، فاللجوء إلى التحكيم في تلك الحقبة الزمنية كان اختياريا و لم يكن حكم المحكم ملزما للخصوم، إذ ليس للتنفيذ سلطة تفرض التنفيذ[3].

[1] - **د.إسماعيل الأسطل** :المرجع السابق ، ص28 .

[2] – **د.قحطان عبد الرحمن**: عقد التحكيم بين الشريعة و القانون ص 37 .

[3] - **د.محمد بن ناصربن محمد اليجاد**: التحكيم في المملكة العربية السعودية ص23.

وقد تعددت صور التحكيم عند العرب قبل الإسلام، هذا من خلال القصص العديدة التي تم اللجوء فيها إلى التحكيم لحل نزاعاتهم ،كمثال على ذلك تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم في رفع الحجر الأسود[1] .

كما عرفت الشريعة الإسلامية للتحكيم، في العديد من آياتها بالنص عليه كقوله تعالى" و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها أن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما أن الله كان عليما خبيرا "[2] صدق الله العظيم.

كما يجد التحكيم سنده في الشريعة الإسلامية من السنة النبوية المطهرة فقد روى أن أبا شريح قال يا رسول الله إن قومي اختلفوا في شيء فأتوني، فحكمت بينهم ،فرضي عني الفريقان ،فقال الرسول صلى الله عليه و سلم ما أحسن هذا .

أيضا تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم بين المسلمين و بين نصارى نجران، و التحكيم في اختلاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه و الصحابة في قسمة الأراضي التي فتحها الله على المسلمين والتحكيم بين علي بن أبي طالب و معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما[3] كما عرفت الشريعة الإسلامية التحكيم بمفهومه الحديث حيث يمكن لأطراف النزاع أن يعطوا للمحكمين سلطة الفصل

[1]- **ملخص هذه القصة**: أن لما توهن بناء الكعبة ،و اجتمعت قريش على إعادة بنائها ،اختصمت قبائل قريش التي اقتسمت بناء جدران الكعبة في رفع الحجر الأسود حيث تريد كل قبيلة أن تنفرد بشرف رفعه ،و كادت الحرب أن تشتعل بينهم من أجل ذلك ،لولا أن اجتمع رأى سادتهم على أن يحكم في رفعه أول داخل للحرم من باب السلام –وكان ذلك هو محمد بن عبد الله صلى الله عليه و سلم –وكان قبل البعثة –فلما رأوه استبشروا و اطمأنوا لحكمة و كان حكما عدلا ،إذ دعي ببردة فيها الحجر ،ودعا كل قبيلة أن تأخذ بطرف منها ،و بذلك اشتركت القبائل المتنافسة في رفع الحجر الأسود ،و أنحسم بذلك النزاع و رضي جميع الأطراف بحكمه صلى الله عليه و سلم .(على محمد منصور: الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار مطابع الشعب، طبعة سنة 1965 م ، ص210.

[2]- سورة النساء الآية: 35 .

[3]- **عبد القادر عودة**: التشريع الجنائي الإسلامي مقرنا بالقانون الوضعي –الجزء الأول، مؤسسة الرسالة بيروت ،ط 11 ،سنة 1992،ص32 .

في النزاع بموجب قرار ملزم ووفقا للقواعد التي يتم الاتفاق عليها [1] لحسم المنازعات و التي تأخذ أشكالا عديدة.

و يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية التحكيم قضاء و بالتالي يشترطون في المحكم الشروط المطلوبة في القاضي وقت التحكيم ووقت صدور قرار التحكيم، كما لا يكون التحكيم في المسائل المتصلة بحدود الله أو ما يسمى في لغة الفقه المعاصر المسائل المتعلقة بالنظام العام[2] أما بالنسبة لقرار المحكم كحكم القاضي، فهو قرار ملزم و يخضع لطرق الطعن التي تخضع له أحكام القضاء.

كما يقول ابن فرحون :"أنه إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه و لو خالف مذهبه إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم "[3].

المطلب الخامس : التحكيم في العصر الحديث

شهد العالم في هذه الفترة استقلال العديد من دول العالم الثالث، هذا ما جعلها تسعى نحو التفتح والالتجاء إلى الشركات الأجنبية للنهوض باقتصادها والتفتح على العالم الخارجي، بإجراء العديد من المعاملات والتبادلات مع الدول الأجنبية فلا بد من نظام يحكم هذا التعامل وبهذا بدأ ظهور بوادر جديدة للتحكيم التجاري عن طريق غرف التجارة الدولية وبعض الهيئات التحكيمية الأخرى، فكان السعي وراء تطوير هذا النظام والتفكير في طرق معالجته وتطويره وتنفيذ قراراته بعقد العديد من الاتفاقيات الجماعية والثنائية بين الدول ومن بين هذه الاتفاقيات الجماعية، اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف بأحكام المحكمين

[1]- **د.محمد أبو العينين** :نظرة حديثة على منهج الحسم السلمي للمنازعات في الشريعة الإسلامية مجلة التحكيم العربي العدد الثاني يناير 2000ص 161

[2]- **د.أحمد عبد الكريم سلامة**: قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، مطبعة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2004،ص153 .

[3]- **د.أحمد عبد الكريم سلامة** :نفس المرجع ص147 .

الأجانب وتنفيذها ، التي أبرمت عام 1958 اعقبها إبرام الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في جنيف عام 1961،كما قام البنك الدولي للإنشاء والتعمير بإعداد اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول وبين الأفراد التابعين لدول أخرى حيث أبرمت عام 1965،ثم في السنوات التي تلي ظهرت بما سمي القواعد اليونسترال المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي عام 1976، وفي عام 1985 وضع قانونا نموذجيا للاسترشاد به في مجال التحكيم على النطاق الداخلي لمختلف دول العالم من قبل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة.

وللإشارة أن هذه الفترة التي تلي الحرب العالمية الثانية تباينت فيها العديد من المسائل، منها إصدار قانون خاص بالتحكيم التجاري والنصوص المنظمة له ضمن قوانين المرافعات المدنية وكانت بهذا لها انعكاساتها ايجابية على مختلف دول العالم ومنها الدول العربية.

المبحث الثاني:

مفهوم التحكيم

يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض ما نشأ أو ينشأ من منازعات بإيراد ذلك في العقد أو في اتفاقية تستند إليه أو وثيقة مستقلة عنه سواء كان شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة دون اللجوء لقضاء الدولة بعد إجازة تشريعاتها ذلك لمواكبة التطور بعدما كانوا رافضين لفكرة التحكيم في مجال العقود الإدارية على غرار المشرع الجزائري الذي نص في الإجراءات المدنية و الإدارية على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية ،

فسوف تكون دراستنا بتناول مفهوم التحكيم ،ببيان تعريفه و طبيعته القانونية و التي كانت محل اختلاف بين القائل بالطبيعة العقدية ،القضائية ، المختلطة و المستقلة.

المطلب الأول : تعريف التحكيم .

نتناول تعريف التحكيم من الناحية اللغوية و من الناحية الاصطلاحية و من ناحية القانون الوضعي بإيراد البعض من التعريفات التي أوردها الفقه من خلال تبيين عناصره .

الفرع الأول: التحكيم لغتا.

التحكيم مصدر حكم –بتشديد الكاف مع الفتح-يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم في ذلك ، و استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه[1].

وحكموه فيما بينهم ،أمروه أن يحكم في الأمر ،أي جعلوه حكما في ما بينهم[2]،قال تعالى :"**فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم**"[3] أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار .حاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه ،واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذا رفعوا أمرهم إليه[4]، وحاكمه خاصمه ،و المحاكمة المخاصمة[5].

و الحكم –بضم الحاء-هو العلم ،و جاء هذا اللفظ أيضا في القرآن الكريم و ذلك في قوله تعالى :"**و آتيناه الحكم صبيا**". (سورة مريم الآية رقم 12).

و المحكم –بتشديد الكاف مع الفتح-هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء ،وقيل هو الرجل ذا خبرة و حكمة [6]،و حكم الرجل بضم الكاف صار حكيما ،و حكمت الرجل و حكمته بتشديد الكاف مع الفتح –إذا منعته مما أراد ،وسمي الحاكم حاكما لأنه يمنع الظالم من الظلم .و يطلق الحكم على من

---

[1]- **تهذيب اللغة** :لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري توفي 370 هجرية ،تحقيق عبد الكيم الغرباوي ،مراجعة الأستاذ محمد على النجار الناشر الدار المصرية للتأليف و الترجمة ص113 ،ج4 .

[2]- **معجم لسان العرب لابن منظور**: ج 15 ،المؤسسة المصرية العامة لتأليف و النشر ،القاهرة ،بدون سنة نشر ،ص31 وما يليها.

[3]- سورة النساء الآية 65 .

[4]- تهذيب اللغة ص 953.

[5]- المعجم الوسيط ص 290 .

[6]- فهرس المعجم الساسي، مادة حكم، ص 340.

يختار للفصل بين المتنازعين [1]،و الحكم اسم من أسماء الله تعالى الحسنى .كما ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا﴾[2] و قوله كذلك جل جلاله:﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾.[3] و احتكم الخصمان إلى الحاكم ،رفعا خصومتهما إليه .و تحكما احتكما[4] .

و يفهم من التعاريف السابقة أن التحكيم هو إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير .

كما قيل أيضا إن التحكيم هو "أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضى بينهما فيما تنازعاه"[5]

الفرع الثاني :التحكيم شرعا

يعرف التحكيم في الاصطلاح الشرعي بأنه "تولية الخصمين حكما بينهما ،أي اختيار دوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم في ما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما "[6] ويقول الماوردي :"أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه "[7]

[1] – **د.إسماعيل الأسطل**، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 5

[2] – سورة الأنعام ،الآية رقم 114.

[3] – سورة النساء الآية 35.

[4] – المعجم الوجيز ،مجمع اللغة العربية ،طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم ،1418 -1997 م،ص165 .

[5] –**د. أحمد عبد الكريم سلامة** :قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي ،تنظير و تطبيق مقارن ، طبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،بدون سنة نشرص12.

[6] – **د.أحمد الغندور**: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ،كلية الحقوق ،1998 م،ص19 .

[7] – **د.محمود محمد هاشم**: "النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم، 1990، دار الفكر العربي، ص 60-61.

وفي تبصره الحكام "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا و ارتضياه لأن يحكم بينهما جاز "[1] وفي المغني" إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما و رضياه و كان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز "[2].

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها "اتخاذ الخصمين شخصا آخر برضاهما للفصل في خصومتهما و دعواهما ".و من تم فالتحكيم عند فقهاء الشريعة يعتبر قضاء، و لذا يشترطون في المحكم ،ما يشترط في القاضي عند التحكيم ووقت صدور قرار التحكيم[3].

وعرف كذلك بأنه "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما ،بدلا من القاضي "[4].

أو بأنه اصطلاح يقصد به إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص –محكم –أو أكثر محكمين –غير أطراف النزاع ،و الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين طرف أو أطراف النزاع ،دون أن يكونوا معينين من قبل الدولة "[5] .

و التحكيم يمر بثلاث مراحل و يكون الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء ،سواء وقع هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه و المرحلة الثانية هي منح سلطة الفصل في النزاع أي الاتفاق بين الخصوم و الشخص الذي سوف يتولى الفصل في النزاع ،على أن يتولى الحكم في

[1] – ابن فرحون ص43 .

[2] – ابن قدامه ص 108.

[3] - د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ،رسالة دكتوراه ص 06.

[4] - المدخل الفقهي العام لفضيلة الأستاذ مصطفى الزرقا ص555 ،بند 685.

[5] - René David « l'arbitrage dans le commerce internationale, paris , Economica, 1982, p 9.

خصوماتهم يعني مرحلة تولية و تقليد الحكم ثم تأتي المرحلة الثالثة ،وهي مرحلة تلي مرحلة التولي ، التفويض و هذه المرحلة تبدأ بإجراء و تنتهي بحكم .

يقول الدكتور محسن شفيق: "إن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء"

وقد جاء في تعريف التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به.

كما أنه الطريق البديل الثالث لحل النزاعات بعد الصلح و الوساطة، يتم خارج مرفق القضاء و دون تدخل من القاضي ، شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع[1] .

إذن هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية ،على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل ،أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[2].

كما يستطيعوا الأطراف الاتفاق على "التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهم ،فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد ،أو الاتفاق الذي ينظم علاقاتهم الأصلية ،و قد يحررون وثيقة أو اتفاقا مستقلا، يضم اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات في العقد الأصلي إلى التحكيم.

---

[1]- **د.بربارة عبد الرحمن:** شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 08 -09 مؤرخ في 23 /02 /2008 ،طبعة أولى 2009 ، أستاذ محاضر بجامعة سعد دحلب بالبليدة ،منشورات بغدادي، ص534.

2- **د.محمود مختار أحمد بريري** :التحكيم التجاري الدولي ،الطبعة الثالثة 2004 ،الناشر دار النهضة العربية ،ص5 .

وعرفه البعض بأنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر و ذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها[1].

الفرع الثالث: التعريف الوضعي.

اقترح الفقه عدة تعريفات للتحكيم[2].

فذهب Charles Jarosson إلى أن التحكيم هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف.[3]

بينما ذهب الأستاذ Auby إلى أن التحكيم عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما.[4]

أو هو نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارونهم الخصوم ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعة.[5]

والقانون الواجب التطبيق ولغة التحكيم وغيرها من كل النقاط الهامة الأساسية لقيام التحكيم.

---

[1] -Charles ,jarrosson ;la notion de l'arbitrage ,l,g,d,j ,paris1987

[2]- De Boisseson (M) : « le droit français de l'arbitrage interne et international » ed. GLN JOLY, 1990 p5.

[3]- Charles Jarosson : « la nation de l'arbitrage » .L.G.D.J ? Paris, 1987.

[4]- J.M.Auby : «l'arbitrage en matière administrative » A.J.D.A ,1955, p81.

[5]-.أحمد ماهر زعلول: أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة 1994، ص 225.

المطلب الثاني: صور الاتفاق على التحكيم وأنواعه .

الاتفاق على التحكيم إما أن يكون سابقا على النزاع فيأخذ شكل الشرط، وإما أن يتم هذا الاتفاق بعد نشوب النزاع ويأخذ شكل المشارطة فهذا يعني أنه يمكن إبرام اتفاق التحكيم بأكثر من صورة فقد يبرم في صورة اتفاق مستقل يطلق عليه مشارطة التحكيم وقد يبرم من خلال شرط يشير إليه الأطراف في العقد المبرم بينهم[1] ويكون كالآتي:

الفرع الأول: شرط التحكيم.

قد يرد الاتفاق على التحكيم[2] في صورة شرط. وقد يرد هذا الشرط كبند من بنود العقد المبرم بين طرفين ،وقد يرد في ورقة ملحقة تنص على التجاءهم إلى التحكيم دون القضاء بشأن ما قد ينشب مستقبلا حول العقد المبرم بينهما من منازعات و قد يحيل العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد المادة 10 ،فقرة 3 من قانون التحكيم .و يسمى هذا الاتفاق بصوره الثلاث بشرط التحكيم .فالاتفاق على التحكيم في هذه الأحوال سابق على حدوث أي نزاع بين الأطراف .

و قد يتطلب القانون في بعض الأحيان أن يتم النص على الالتجاء إلى التحكيم في اتفاق خاص مستقل عن العقد الأصلي المبرم بين الطرفين بحيث لا يصح أن يرد كبند في العقد الأصلي وإلا كان الاتفاق على التحكيم باطلا.

[1] - إلى جانب هاتين الصورتين ، هناك صورة أخرى و هي شرط التحكيم بالإحالة أو بالإشارة ، و قد ورد النص على هذه الصورة في المادة 10 فقرة 3 من ق.ت.م .

[2] - عرفت المادة 07 الفقرة 06-01(الخيار الأول) من القانون النموذجي من التحكيم بعد تعديله في عام 2006 ، اتفاق التحكيم و صوره بأنه الاتفاق بين طرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم غير عقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند التحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل . و تشكل الاشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا اتفاق تحكيم مكتوب ، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءا من العقد.

و يجوز أن يكون شرط التحكيم معلقا على شرط جائز قانونا، كاشتراط دفع ثمن البضاعة مقدما، ففي هذه الحالة لا يجوز للطرف الذي لم يقم بهذا الشرط أن يتمسك بشرط التحكيم.

وشرط التحكيم لا يرد في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين ،و إنما يكتفي الطرفين في العقد المبرم بينهما بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم .فتعتبر الإحالة اتفاقا على التحكيم ،طالما كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي المبرم بين الطرفين[1].

إذن شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يتفق على عرض ما ينشأ بينهم من منازعات على محكم أو أكثر يختارونه للحكم فيها بدلا من المحكمة المختصة.[2]

الفرع الثاني: مشارطه التحكيم

هي اتفاق على اللجوء إلى التحكيم تبرم بصورة مستقلة عن العقد الأصلي وقد تبرم هذه المشارطة قبل قيام النزاع، لكن الغالب أن تبرم بعد أن يكون هناك نزاع. قد نشأ بين الخصوم وفي مثل هذه الحالة تكون المشارطة تفصيلية، حيث يحتوى على موضوع النزاع وتسمية المحكمين وغير ذلك من المعلومات التي قد لا تتوافر في حال ما إذا أبرمت المشارطة قبل إثارة النزاع.[3]

ومشارطة التحكيم كأي اتفاق آخر شرط فيه تطابق إرادتا الأطراف، إيجاد وقبول على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم أي خلاف وعلى جميع المسائل

[1] - المادة 7 فقرة 6 من القانون النموذجي للتحكيم .المعدل عام 2006.

[2] - د. أشرف عبد العالي الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، ص 223.

[3] – **د.أبو العلا النمر**، تكوين هيئات التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،ص33.

الأخرى، كنوع التحكيم وتشكيل الهيئة ومكان التحكيم ، القانون الواجب التطبيق ، لغة التحكيم وغيرها من كل النقاط الهامة الأساسية لقيام التحكيم.

فقد يتم هذا الاتفاق بعد وقوع النزاع ويسمى الاتفاق في هذه الحالة بمشارطة التحكيم، فالاتفاق على التحكيم السابق على حدوث أي نزاع يسمى بشرط التحكيم، فإن كان لاحقا عليه سمي بمشارطة التحكيم ، ويجوز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم ولو بعد عرض موضوع النزاع على القضاء[1] طالما أنه لم يصدر حكم نهائي.[2]

يكمن الفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في الوقت الذي يبرم فيه كل منهما، يبرم شرط التحكيم قبل إثارة النزاع ويكون ضمن العقد أما مشارطة التحكيم يمكن أن تحرر قبل إثارة النزاع أو بعد نشوبه.[3]

وقد تعرضت بعض النصوص التشريعية لتعريف التحكيم:

من ذلك مثلا التشريع الفرنسي، الذي لم يتطرق لتعريف التحكيم بل لاتفاق التحكيم ومشارطه التحكيم و حتى المشرع المصري.

فقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من تقنين المرافعات المدنية المعدل بمقتضي المرسوم الصادر في 14 مايو بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم ".

---

[1] قانون التحكيم، المادة 10 فقرة 02.

[2] –د.فتحي والي قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 103.

[3] **د.بلال عبد المطلب بدوي**: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير 2006 العدد الأول للسنة الثامنة و الأربعون.

و عرف مشارطة التحكيم في المادة 1447 من نفس التقنين بأنها "عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى المحكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه " [1].

و بعض النصوص تعرضت في أحكامها و نصوصها لاتفاق التحكيم مثلا المادة العاشرة من القانون الصادر في ابريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية في مصر .

حيث تنص في فقرتها الأولى على أنه "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "[2].

و كذلك المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم حيث تنص الفقرة الأولى منها على أن[3] " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم ،جميع أو بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

[1]– ترجمة نصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسي المتعلقة بالتحكيم "موسوعة التحكيم "عبد الحميد الأحدب –دار المعارف –1998 الجزء الثاني،ص443 .

[2] - القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية.

[3] - و ثيقة الأمم المتحدة 17/ع أ المرفق الأول ,القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 حزيران /يونيو 1985 .

فيعرفه البعض بأنه نوع من العدالة الخاصة و الذي يتم وفق له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ،ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها[1].

رغم تعدد و تنوع التعاريف فإن جميعها يدور حول جوهر واحد و هو أن التحكيم عبارة عن طريق و أسلوب خاص لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى السلطة القضائية لتسوية النزاع .

و الاتفاق على التحكيم، سواء أخذ شكل شرط أو مشارطه تحكيم ينجم عليه أثريين قانونيين هما:

أولا :سلب اختصاص قضاء الدولة ،الذي كان يتحتم طرح النزاع عليه ،إذا لم يوجد اتفاق التحكيم .فهذا الاتفاق له أثر مانع ،مقتضاه التزام القاضي بعدم نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم ،و تمسك به أحد الأطراف .

ثانيا: قبول الأطراف طواعية، و على نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم أو المحكمين فلا يحق للخاسر رفع دعوى من جديد أمام القضاء لكي يعيد النظر في النزاع، فلحكم المحكمين قوة الشيء المقضي به في خصوص ما فصل فيه وحتى منع الطعن في حكم التحكيم أو طلب البطلان في بعض القوانين بتعيين الأسباب التي دفعت لذلك .

[1] - **د.محسن شفيق** :التحكيم التجاري الدولي ,دراسة في قانون التجارة الدولية ،دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة القاهرة 1973 ،1974 ،ص4 بند رقم 8 .

المبحث الثالث:

الطبيعة القانونية لتحكيم.

يثير موضوع التحكيم جدلا فيما يتعلق بطبيعته القانونية ، فلما كان التحكيم يستند أساسا إلى اتفاق طرفي العلاقة على اللجوء إليه كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهما ،و حيث أنه ينتهي إلى حكم يصدر من المحكمين الذين يختارهم طرفا النزاع ، ويكون هذا الحكم ملزما ،وذا حجية، قابلا للتنفيذ الجبري، فقد ثار التساؤل بين فقهاء التحكيم عن الطبيعة القانونية للتحكيم ،هل يعد عقدا أم اتفاقا أم أنه يعد قضاء، أو هو مزيج بينهما . فمن الفقهاء من قال بأنه ذو طبيعة عقدية و منهم من قال بأنه ذو طبيعة قضائية ، و هناك من قال بأنه ذو طبيعة مختلطة .

ومن هنا سوف نتعرض إلى مختلف النظريات التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في أربع مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم.

المطلب الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.

المطلب الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم.

المطلب الرابع: نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم.

المطلب الأول: نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم.

يرى بعضهم أن للتحكيم طبيعة عقدية، و يستند في ذلك أن التحكيم يقوم على إرادة الأطراف في اختيار قضاتهم ،و أن قرارات التحكيم لا تجد قوتها التنفيذية إلا في اتفاق التحكيم ،وأن هذه القرارات غير قابلة للطعن لأن الأفراد وافقوا عليها مسبقا بإرادتهم الحرة ،وهذه الآثار تبين بوضوح الطبيعة العقدية للتحكيم .

الفرع الأول : الأسانيد.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه ،ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع لأحكام التي يصدرونها المحكمين[1] .

انطلاقا من أن عمل المحكم يتم استنادا إلى عقد التحكيم ،ذهب البعض إلى القول بأن التعاقد هو الذي ينظم التحكيم منذ بدايته وحتى النهاية ،أي أن أطراف هذا الاتفاق يتولون بإرادتهم اختيار النظام الذي يرتضونه لحسم المنازعات التي تثور بينهم و تعيين المحكم و بيان اختصاصه والوقت التي يتم فيه التحكيم و مكانه و الإجراءات التي تحكم سيره و القوة الملزمة لحكم التحكيم .وهذا يعني أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة شرط أم مشارطة وليس من القانون و يعتبر أنصار هذه النظرية التعاقدية بأن الحجر الأساس

1.–د. **محمود مختار أحمد بريري** :التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثالثة 2004 ،ص8 .

للتحكيم هو اتفاق الأطراف وحتى القرار التحكيمي الذي يصدره المحكم للفصل في النزاع فإنه يستند في قوته الملزمة و التنفيذية إلى ذلك الاتفاق[1] .

و يستند القائلين بنظرية إرادية التحكيم لتأييد موقفهم هذا ،إلى ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1986 ،حين قررت صراحة بأن "حكم المحكمين ليس حكما قضائيا "[2].

إذن هذه النظرية تميزها رغبة الأفراد في حل النزاع المثار بينهم بتوكيل شخص ثالث (المحكم) وقبولهم بما يأتي به من قرار، ومن تم تكون غاية التحكيم في حماية المصالح الخاصة للأطراف، بخلاف غاية القضاء التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة [3] .

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 27 جويلية 1937 وقالت بأن "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة و تنسحب عليها صفتها التعاقدية "[4].

و هذه النظرية قد شاعت في بعض الدول منها إيطاليا حيث وجد لها صدى في الفقه و القضاء الإيطالي[5].

[1] - د. **أبو زيد رضوان** :الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي 1981، ص24 .

[2] - د **أحمد مليحي** :تحديد نطاق الولاية القضائية و الاختصاص القضائي ،رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1979 ،ص204 .

[3] - د. **فتحي والي** :الوسيط في قانون القضاء المدني ،مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي 2001 -2002 ،ص40 .

[4] - د. **أسعد فاضل منديل** :أحكام عقد التحكيم و إجراءاته –دراسة مقارنة –منشورات زين الحقوقية 2011 ،ص52 .

[5] - د **وجدي راغب** "هل التحكيم نوع من القضاء "مجلة الحقوق جامعة الكويت السنة 18 العدد الأول و الثاني مارس –جوان 1993 ص133.

الفرع الثاني : آثار النظرية التعاقدية.

تتمثل الآثار في:

أولا: لا يتم الربط بين قرار التحكيم و البلد الذي صدر فيه، فهو لا يشكل جزءا من النظام القضائي لهذا البلد، فعند تنفيذ قرار التحكيم في دولة أخرى لا يتقيد قاضي التنفيذ بقرارات قاضي البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم[1].

ثانيا: فإن ما ينتهي إليه المحكم لا يوصف بحكم التحكيم بل بقرار التحكيم، و بالتالي فلا يكون قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

ثالثا: ترى النظرية التعاقدية أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف و اتفاقهم على الالتجاء إلى التحكيم.

رابعا: ضرورة إطلاق" مبدأ سلطان الإرادة" و ترك الأمر لأطراف النزاع و قضائهم و ارتضوا سلفا الخضوع لما يصدرونه من أحكام، و لا يجوز لدولة أن تتدخل إلا لحسن سير عملية التحكيم.

وأول من أخذ بالنظرية التعاقدية هي محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في عام 1812 فظلت متمسكة بالطابع التعاقدي للتحكيم بالرغم من صدور حكم من محكمة استئناف باريس بتاريخ 1901/12/10 في قضية تركة "**ماري كريستين**" التي أخذت بالنظرية القضائية للتحكيم[2].

[1] - د. **عبد الحميد الأحدب** "تنفيد الأحكام التحكمية الدولية على ضوء قانون التحكيم المصري الجديد "بحث مقدم إلي مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم ،القاهرة 12-13 /1994 .

[2] - **د. أنظر محسن شفيق** "التحكيم التجاري الدولي" المرجع السابق، ص 12.

و لقد ساير هذه النظرية جانب ضئيل من أحكام القضاء المصري بقوله "أن أحكام المحكمين الصالحين لا تقبل الاستئناف بتاتا، لأنها من قبيل العقود، ولا سبيل للطعن فيها إلا بالبطلان في صورة معارضة في المادة 727 من قانون المرافعات....."[1] .

المطلب الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم وإن بدأ بعقد إلا أنه ينتهي بحكم ،كما أنه يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده و لقانون المرافعات من حيث إجراءاته و آثاره و نفاده[2] وبذلك هو ذو طبيعة قضائية .

الفرع الأول: الأسانيد.

يرى أنصار هذا الاتجاه[3] استنادا إلى تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي ،مما يؤدي إلى تماثل الأعمال الصادرة عنهما .كما أن تحديد طبيعة التحكيم ليس هو اتفاق أطراف العلاقة و إنما القانون ذاته، فبدون وجود هذا الأخير لإمكانية الاتفاق على التحكيم لا يكون هناك وجود لشرط أو مشارطة التحكيم .وذلك على سند من القول بأن التعرف على طبيعة التحكيم ،يكون بالنظر إلى المهمة التي تعطى للمحكم و هي مهمة قضائية ، تتمثل في فكرة حسم النزاع.

[1] - **د.خالد فلاح عواد**: التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ،دراسة مقارنة ،الطبعة الثانية 2010 ،الناشر دار النهضة العربية ص45 .

[2] - **د. أحمد خليل** :قواعد التحكيم ،بيروت 2002 ،ص19 ،ص20 .

[3] - فقد **عدل أحمد أبو الوفا** عن رأيه بعد أن كان من أنصار الطبيعة التعاقدية و أصبح من أنصار الطبيعة القضائية حيث قرر أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم .

ففكرة المنازعة و كيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم ،باعتباره قاضيا يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم فهو يفصل في نزاع شأنه شأن القاضي ،فإن وظيفة المحكم وظيفة قضائية و إن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالا قضائية سواء كانت صادرة تطبيقا لقواعد القانون أم وفقا لقواعد العدالة[1].

فإن حكم التحكيم يتميز بعدم قابليته للطعن في معظم التشريعات و الاتفاقيات الدولية[2] إذن أنصار هذا الاتجاه لا ينظر إلى اتفاق التحكيم ،ولكنهم ينظرون إلى طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم ،فهي مهمة قضائية ،هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم ،باعتباره قاضيا يختاروه الخصوم و الحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه و كما يقول الدكتور أبو زيد رضوان "إذا كان التحكيم يبتدئ في مرحلته الأولى بعمل إرادي (اتفاق التحكيم)فإن هذا العمل لا يعدو أن يكون مجرد "فتيل" لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليه طبيعته القضائية ،وشأن هذا العمل الإرادي في اختيار الخصوم لحسم منازعاتهم شأن ذلك العمل الإرادي للخصوم في اللجوء للقضاء ،بمعنى أنه إذا كان اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع يتم بعمل إرادي من جانب الطرفين ،فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب إحداهما .كما حظي هذا الاتجاه بالتطبيق لدى القضاء الفرنسي.

[1] - **د. محمد سامي الشواء**: التحكيم التجاري الدولي ،أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ،المؤتمر السنوي السادس عشر لمركز الإمارات دراسات و البحوث الإستراتيجية الإمارات في الفترة الممتدة من 27-30 أبريل 2008 م،ص19 .

[2] - **د.محمود مختار أحمد بريري** ،التحكيم التجاري الدولي ،الناشر دار النهضة العربية ،الطبعة الثالثة 2004 ،ص7.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم ،حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قاضي سماه الخصوم ،وقد تأكد هذا القضاء فيما تلاه من أحكام حيث أكدت في حكم لاحق أن المفهوم الحقيقي لعملية التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف إلى منح المحكم سلطة قضائية [1].

وذهب رأي إلى ان الاتجاه الحديث يضفي الصيغة القضائية على التحكيم وبصفة خاصة على حكم التحكيم أو يطلق عليه القانون الفرنسي قرار التحكيم ،ذلك لأنه يتمتع بحجية الشيء المحكوم عنه أولا و يصدر إلا بعد مداولة المحكمين، ويجب ان يكون مبينا حسب الأصل كما يخضع للاستئناف[2].

و يترتب علي الطبيعة القضائية للتحكيم ما يلي :

1-أن حكم التحكيم يتضمن كأي حكم قضائي فهو يفصل في النزاع القائم بين الخصوم شأنه شأن القاضي ،و يحوز حكمه حجية الأمر المقضي ،بل يتميز حكم التحكيم بعدم قابليته للطعن فيه وهذا في ظل معظم التشريعات و الاتفاقيات الدولية ويصدر بعد مداولة و تكون له نفس الآثار التي ينتجها الحكم. كما يكتسب الحكم قوة تنفيذية ،بحيث حكم المحكم في النزاع يطبق [3] .

2-أن حكم القاضي قابل للطعن فيه و يمكن طرح موضوع النزاع أمام محاكم الدرجة الثانية

[1]- **د.غسان علي علي** ، الإستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها .

[2]- **د.المرحوم أبو زيد رضوان**: في مؤلفه "الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي" دار الفكر العربي،1981،ص34.

[3]- **د.محمد سامي الشواء**: التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ،المؤتمر السنوي السادس عشر لمركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية ،الإمارات ،في الفترة الممتدة من 28-30 أبريل 2008 م،ص19 .

3-التسليم بحق الدولة في التدخل ،لأن القضاء أصلا منوط بالسلطة القضائية ،و يأتي التحكيم استثنائي يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي ،فلهذه الأسباب و من أجلها و لضمان سلامة إجراءات التحكيم ،و سلامة الحكم ،فلا بد أن تراقب الدولة و تتدخل بقواعد آمرة تضمن سلامة إجراءات التحكيم ،و سلامة الحكم ،و تسمح بالطعن فيه أمام القضاء[1].

4-تنظيم القواعد و الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم .

الفرع الثاني :الحجج

وقد أستند أنصار هذا الاتجاه على الحجج التالية :

1-أن الدولة تعترف بالتحكيم كنوع من أنواع القضاء و الفصل في بعض المنازعات، لاعترافها لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة و التي تكون في صورة تحكيم[2].

2-إن جوهر الأعمال القضائية هو الفصل في نزاع معروض و تطبيق حكم القانون عليه، و يمكن أن تكون عن طريق القضاء ،وعن طريق التحكيم أيضا[3].

3-الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم، رغم وجود بعض الفوارق بينه و بين القضاء ،و تميز كل واحد منهما ببعض القواعد الخاصة .

[1] - **د.محمود مختار أحمد بريري** :التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق ،ص7 .

[2] - **د.فتحي والي** :الوسيط في قانون القضاء المدني ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1976 م،ص41 .

[3] - **د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح** :اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ،رسالة أكمل.....ص79 .

4-إن القرار الصادر في التحكيم و الفاصل في النزاع، يحوز حجية الأمر المقضي به ،وهذه الأخيرة لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية[1].

استقر معظم الفقه القانوني على اعتبار الطبيعة القضائية هي المسيطرة و الغالبة في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم ،وكان لها تأثير على التشريعات الوطنية التي تنظم التحكيم ،وترتب عليها تطبيق قواعد قانون المرافعات المنظمة للنشاط القضائي للمحكم وآثاره على خصومة التحكيم وأحكام المحكمين [2]و إن كان الرأي السائد في الفقه قد رجح الطبيعة القضائية للتحكيم ،إلا أن هناك رأي ثالث يرى أن التحكيم يتمتع بطبيعة مختلطة تجمع بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية .

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة أو المزدوجة.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن للتحكيم طبيعة خاصة تجمع بين العقد و القضاء ،مما يحتم أن ينظر إليه نظرة مستقلة تتبع من خصوصيته التي تظهر بسمات بارزة ، في أنه يقوم أساسا على العنصر التعاقدي إذ لولا اتفاق الأطراف في اللجوء إليه لما خرجت القضية عن نطاق المحكمة.

الفرع الأول: الأسانيد.

ذهب البعض بالقول أن التحكيم له طبيعة مختلطة فهو ذا طبيعة تعاقدية باعتباره يجسد مبدأ سلطان الإرادة ، ،وهو ذا طبيعة قضائية باعتبار أن العمل الذي يقوم به المحكم هو في جوهره ذات العمل الذي يطلع به القاضي

[1] - **د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح** : اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، المرجع السابق ،ص80 .

[2] – **د.وجدي راغب فهمي**: مفهوم التحكيم و طبيعته، مقال منشور في الدورة التدريبية للتحكيم، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 1993 م، ص4 وما بعدها حتى ص20.

،فالتحكيم بهذا الوضع ليس اتفاقا محضا و لا قضاء محضا ،و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة ،فهو في أوله اتفاق ،و في وسطه إجراء ،وفي آخره حكم ،و ينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق[1].

فالتحكيم وفقا لأنصار هذا الاتجاه هو نوع من القضاء الخاص ذي مصدر اتفاقي، أو هو نظام لتسوية المنازعات يقوم فيه شخص ثالث بالفصل في نزاع بين طرفين أو أكثر وهو يمارس مهمة القضاء التي عهد بها إليه هؤلاء الأطراف [2] .

اذن أنصار هذه النظرية تتعقب عليه صفتان، الأولى هي الصفة التعاقدية التي يجسدها اتفاق التحكيم و الثانية هي الصفة القضائية التي تجسدها وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه[3].

و يترتب على هذه النظرية نتائج أهمها فيما يتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم، فقرارات التحكيم تعتبر عقدا قبل صدور الأمر بتنفيذها، و بالتالي تخضع للقواعد العامة للعقود و تعتبر بمثابة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بتنفيذها و بالتالي تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية[4].

[1] – **د.محسن شفيق**: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة 1997 ص96.

[2] – **د.مجدي عبد الحميد شعيب** :التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة1998 ،ص25 .

[3] – **د.سامية راشد** :التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة –الكتاب الأول–اتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية ،1984 ،ص70 و ما بعدها .

[4] – **د.أبو زيد رضوان**: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،دار الفكر العربي 1981 ، ،ص33 .

و على هذا الأساس ،فإن الصفة العقدية و الصفة القضائية للتحكيم صاحبان لا يفترقان في كل مراحل عملية التحكيم [1] ،و تظهر الصفة العقدية في الجانب الإرادي الذي يتمتع به الأطراف و المتمثل في اتفاقهم على حل النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم ،بينما تتمثل الصفة القضائية في الطابع القضائي لوظيفة المحكم و الحكم الصادر عنه[2].

و يذهب الرأي إلى أن التحكيم يظل محتفظا بصفته العقدية حتى صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة، فيصبح عمل المحكمين حكما بعد أن كان قرارا[3] فهو يتفق معه في الاستناد إلى قانون يحيل إليه وإجراءات تتبع بصدده ،ويختلف معه في أنه يبدأ بعقد و يقوم على إرادة الأطراف من حيث اختيار القضاة [4].

الفرع الثاني :النقد.

1 –هذه النظرية لا تأتي بجديد في تحديد طبيعة التحكيم، ذلك أنها اعتمدت على ما استند إليه النظرية العقدية و النظرية القضائية للتحكيم[5] .

2 – ان أصحاب هذا الاتجاه اختاروا أسهل الحلول و لم يتصدوا لجوهر المشكلة ،بل إنه استبدل المشكلة الرئيسية بمشكلة أخرى ،و هي كيفية تحديد العناصر التي يمكن وصفها بأنها تعاقدية ،و تلك التي يمكن و صفها بأنها قضائية ،بالإضافة إلى أن الأخذ به يمكن أن يؤدي إلى حلول متعارضة نظرا لاختلاف الدور الذي

[1] – **د.مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال** :التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ،الجزء الأول ،الطبعة الأولى ،دون ذكر الناشر 1998 ،ص23 .

[2] – **د.وليد محمد عباس**: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية –دراسة مقارنة–الناشر– دار الجامعة الجديد ة 2010 ،ص47 .

[3] – **د.وليد محمد عباس**: المرجع السابق ،ص48 .

[4] – **د.أحمد خليل** : قواعد التحكيم ،بيروت ،2002 ،ص20 .

[5] – **د.على سالم إبراهيم**: مقال، ص84 و85 و86.

تلعبه إرادة الخصوم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي ،حيث يتسع دور إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الدولي بصورة كبيرة ،نظرا لعدم وجود قضاء دولي على غرار القضاء الوطني في كل دولة[1].

3- فهو إما أن يكون ذا طبيعة تعاقدية أو ذا طبيعة قضائية، من الصعب التسليم بأن يكون للشيء طبيعتنا مختلفتان في مراحله الزمنية المختلفة[2].

4-كذلك وجهت انتقادات ،فيما يخص حكم التحكيم لا يعد عملا قضائيا ،و بالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي به ،إلا بعد صدور أمرا بتنفيذه من القضاء العام في الدولة ،فالمشرع قد قصد من أمر التنفيذ مجرد مراقبة عمل هيئة التحكيم على أساس أن عملها يستمد من الاتفاق عليه ،لذا فقد أوجب قبل تنفيذ الحكم أن يخضع لإشراف السلطة العامة في الدولة و المتمثلة في السلطة القضائية للتحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على اتفاق تحكيم ، و أن هيئة التحكيم قد راعت الشكل الذي يتطلبه القانون[3].

و إزاء الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة ،ظهر اتجاه في الفقه يرى أن التحكيم ليس ذو طبيعة عقدية ،و لا ذو طبيعة قضائية و لا حتى ذو طبيعة مختلطة يجمع بين الجانب العقدي و الجانب القضائي ،و إنما هو ذو طبيعة مستقلة وهو ما سوف نتناوله في المطلب التالي .

[1] - **د.على بركات** :خصومة التحكيم في القانون المصري و القانون المقارن ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1996م،ص37 .

[2] - **د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح**: اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص88 .

[3] - **د.محمود السيد عمر التحيوي**: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ،منشأة المعارف بالإسكندرية 2003، ص339 .

المطلب الرابع: نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم

إن التحكيم عند أنصار هذا الاتجاه لا ينبثق من القضاء ولا يختلط معه وإنما هو نظام يسير معه بصفة متوازنة بمعنى أنه يوجد قضاءان يسيران بصفة متوازنة، قضاء الدولة وقضاء التحكيم[1].

الفرع الأول: الأسانيد

يرى أنصار هذا الاتجاه [2] أنه من غير المعقول إضفاء صبغة دون الأخرى عليه ،فالتحكيم له طبيعة خاصة ،يعد وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيدا عن الالتجاء إلى طريق القضاء العام للدولة بإجراءاته و تعقيداته التي لا تتناسب و متطلبات التجارة الدولية [3] .

فالتحكيم يختلف اختلافا تاما عن القضاء، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة باشرها القاضي و تكون غايته حماية الحقوق و المراكز القانونية للأفراد و الجماعات داخل الدولة, بينما التحكيم يرمي إلي تحقيق وظيفة اجتماعية و اقتصادية، فضلا عن العدل. كما أن المحكمين لا يعينون دائما باتفاق الأطراف و إنما يتم أحيانا تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة أو بواسطة مراكز التحكيم[4].

و على هذا الأساس، يعد التحكيم –وفقا لرؤية أنصار هذا الاتجاه–شيء و القضاء شيء آخر ،ذلك أن التحكيم سابق في نشأته عن القضاء مما بنفي

[1] - **د.أبو زيد رضوان**: المرجع السابق، ص 28.

[2] -M .EL GOHARY ,L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme ,thése,Renne 1982 .p.208 .

[3] - **وليد محمد عباس** :التحكيم في منازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية –دراسة مقارنة–الناشر دار الجامعة الجديدة2010 ،ص50.

[4] - **وجدي راغب فهمي**،مرجع سابقص 10.

خضوعه لقواعده ،و لا يختلط معه وإنما يسير معه بصفة متوازنة ،قضاء الدولة و قضاء التحكيم [1] .

و يترتب على الأخذ بمنطق الطبيعة الاستقلالية للتحكيم انتفاء الوحدة بين مهام المحكم و مهام القاضي ،فالمحكم لا يعتبر قاضيا و لا يشغل وظيفة عامة ، و لا يملك السلطات التي يتمتع بها القاضي الوطني ،كما يفتقر حكمه إلى الخصائص التي تتميز بها الأحكام القضائية[2].

إن أنصار هذا الاتجاه يقولون بأن التحكيم ليس نظاما تعاقديا و لا نظاما مختلفا ،و لا يعد نوعا من القضاء .و إنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية و مستقلة يختلف في وظيفته و طبيعته و غايته وبنائه الداخلي عن القضاء و يرجح ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي .

و كما عرفه في مصر أحد دكاترتها بأن التحكيم له طبيعته الخاصة و ذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود و كذلك عن أحكام القضاء، فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات له جانب اتفاقي والثاني قضائي و فيه ما يميزه عنهما. و ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أن الطبيعة المستقلة للتحكيم هي التي تتناسب مع متطلبات التجارة الدولية و تعطي القدرة على تطور قواعده و أحكامه [3].

[1] - **د.أبو زيد رضوان** :المرجع السابق ،ص28 .

[2] -**د.وليد محمد عباس** :التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية –دراسة مقارنة–الناشر دار الجامعة الجديد 2010 ،ص51.

[3] –Jacqueline Devichi,op .cit .,p. 365.« Pour permettre à l'arbitrage de connaitre le développement qu'il mérite, tout en le maintenant dans de justes limites ,il faut admettre ,croyons –nous, que sa nature n'est ni contractuelle ,ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome »

الفرع الثاني :النقد.

إن هذه النظرية قد ربطت بطريقة غير صحيحة بين القضاء العام في الدولة و بين تطبيق القانون من جهة ،و بين التحكيم و تطبيق الأعراف أو العدالة من جهة أخرى ،فنصوص القانون ليست سوى مصدرا من مصادر القانون إلى جانب العرف ،و مبادئ الشريعة الإسلامية ،ومبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة و للقاضي السلطة التقديرية عند عدم وجود نص ،في الاستناد إلى أحد هذه المبادئ على حسب الموضع المطروح أمامه :

-يمكن أن يكون التحكيم أجنبيا، ويستلزم تنفيذه في دولة وطنية، مراعاة النظام العام في تلك الدولة والتحكيم.

-والتحكيم لا يماثل القضاء في كل شيء ،نظرا لأن التحكيم قضاء خاص ،له بعض الخصوصية التي تستلزمها اعتبارات التحكيم .

ولقد وجه نقد إلى الاتجاه القائل بأن وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية و اقتصادية غايتها تحقيق التعايش السلمي بين الأفراد ،و هذا لا ينطبق عندما يكون المحكم ملتزما بتطبيق قواعد القانون الموضوعي ،و بالتالي قد يصدر حكما لا يرضي أحد الخصوم أو كلاهما معا [1].

[1]-د. **على سالم إبراهيم** :ولاية القضاء على التحكيم ،دار النهضة العربية ،1997 ،ص104 .

الفصل الثاني:

تمييز التحكيم، أنواعه

و مزاياه.

الفصل الثاني:

تمييز التحكيم ، أنواعه و مزاياه.

إذا كان التحكيم يعد وسيلة ودية للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد، فاللجوء إلى القضاء يميزه عن بعض النظم القانونية الأخرى عدة نتائج هامة، إذ يخضع كل نظام لقواعد قانونية مختلفة[1].

وأهم الوسائل القانونية الأخرى لتسوية النزاعات بغير الطريق القضائي و التي قد تتشابه أو تختلف عن التحكيم هي الصلح و التوفيق و الخبرة[2].

و من هنا نقسم الدراسة في هدا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

المبحث الثاني : أنواع التحكيم.

المبحث الثالث: مزايا و عيوب التحكيم.

1- **د.مصطفى محمد جمال عكاشة محمد عبد العال** ،الرجع السابق ،ص24 .

[2] - **د.شريف يوسف خاطر**: التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ضوابطه، المرجع السابق،ص101.

المبحث الأول

تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له

هناك العديد من الوسائل التي قد يتم اللجوء إليها لإنهاء المنازعات بعيدا عن القضاء، وهي إن كانت تتفق مع التحكيم في كونها تنبثق عن عمل إرادي، إلا أنها تختلف عنه .

المطلب الأول: التحكيم و الصلح.

يعتبر كل من التحكيم و الصلح وسيلتين لفض المنازعات الإدارية، بدلا من القضاء و رغم أن الصلح إجراء يقرره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إلا أن تصدي المشرع لموضوع الصلح بموجب النص الجديد بحيث يأخذ طابعا إجرائيا ،في حين أن الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي ،عرفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري عقد الصلح بأنه" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا" ،وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه باستثناء ما تعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام .و المحضر الذي تتوج به عملية الصلح يعتبر سندا تنفيذيا دون الحاجة لصدور حكم يصادق عليه .

أما التحكيم هو الطريق الثالث لحل النزاعات أدرج مع الصلح و الوساطة ،و يتم التحكيم خارج مرفق القضاء و دون تدخل من القاضي ،شريطة أن

يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع [1]،فالصلح هو عقد وضع لرفع النزاع و قطع الخصومة بين المتصالحين برضاهما[2]،وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعاءاته[3].

إذن فالصلح يفترض هنا وجود نزاع قائم بالفعل أو مستقبلي، ويهدف الصلح إلى إنهاء النزاع بين الطرفين بنزول كل طرف عن جزء من إدعاءاته .و يترتب على اعتبار عقد الصلح بأنه عقد من عقود التراضي أن يجيز لأطراف النزاع الاتفاق بأي طريقة من الطرق على تسوية النزاع بينهما صلحا، و لكن لا يجوز إثبات الصلح إلا بالكتابة و بمحضر رسمي[4].

فنستطيع القول أن الصلح هو عقد من عقود التراضي الملزمة لجانبين و بمقتضاها يتم حل النزاع وديا بين الطرفين سواء أبرم بواسطة طرفي الخصوم المتصالحين أو من ينوب عنهما ،فإن المصالح يكون على بينة من أمره بشأن الحق الذي سيتنازل عنه أو بعضه إذا كان الصلح بغير مقابل ،و ما سيعود عليه من الحق إذا كان الصلح بمقابل .

و يجوز اللجوء إلى الصلح ،باعتباره وسيلة لإنهاء النزاع بين المتنازعين ،سواء كانت المنازعة بين الأفراد أو بينهم و بين الدولة أم بين الأشخاص المعنوية العامة ،وسواء كانت المنازعة مدنية أم تجارية أم إدارية[5].

---

[1] - **د.أحمد محمد حشيش** ،طبيعة المهمة التحكيمية ،دار الكتب القانونية مصر ،2001،ص22.

[2] - **د.إسماعيل الأسطل** :التحكيم في الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ،ص22 .

[3] - المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي .

[4] - **شريف يوسف خاطر** :التحكيم في منازعات العقود الإدارية و ضوابطه ،مرجع سابق،ص102 .

[5] - **يسري محمد العصار** :التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير العقدية ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،2001 ،ص42.

الصلح لا يخرج عن كونه تسوية ودية للنزاع تتضمن تنازلات متبادلة ،أو التقريب فيما بينهم فهو عبارة إذن عن عقد يشترط أن يتم الكتابة، وفقا لما تقتضي به المادة 2044 من تقنين القانون المدني الفرنسي ،يضع نهاية لنزاع قائم أو يتوقى نزاعا قد يحدث في المستقبل[1] .

الفرع الأول: أوجه الشبه.

الصلح و التحكيم يتسقان في كونهما طريقا من طرق حسم المنازعات البديلة للقضاء، وكل منهما رضائي يستند إلى إرادة الطرفين .و غالبا ما يؤدي التحكيم شأن الصلح إلى التصالح بين المتخاصمين و عودة الوئام بينهما .

و يجمع بين التحكيم و الصلح ،أن كلا منهما يعتبر عقدا رضائي ،و أنهما يؤديان إلى إنهاء النزاع ،و غالبا ما يؤدي التحكيم شأن الصلح ،إلى التصالح بين المتخاصمين و عودة المودة و الوئام بينهما ،مما يؤدي بدوره إلى إشاعة السلم الاجتماعي ،و استقرار التعامل بين الأفراد .

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

الصلح يتضمن النزول عن بعض الحق، و التحكيم لا يتضمن نزولا عن الحق أو بعضه فهو يرمي إلى إيصال الحق إلى مستحقه و بحكم ملزم.

يختلف التحكيم عن الصلح، في أن التحكيم عقد الأصل فيه عدم اللزوم فلكل من طرفيه فسخه بالرجوع عنه ما لم يصدر المحكم حكمه ،فإذا حكم امتنع

[1] - L'article2044 dispose que : «La transaction est contrat par lequel Les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naitre .Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

على أي منهما الرجوع عنه، وأصبح لازما ،أما عقد الصلح ،فهو عقد لازم ،إذا ما انعقد لازما ،إذا ما انعقد صحيحا مستوفيا لشروطه، لا يكون لأي من طرفيه الرجوع عنه إلا بتراضيهما معا[1].

عقد الصلح سواء أبرم بواسطة طرفي الخصومة المتصالحين أو من ينوب عنهم ،فإن المصالح يكون على بينة من أمره بشأن الحق الذي سيتنازل عنه أو بعضه ،وما سيعود عليه إذا كانوا متفقين على مقابل ،فحين أن المحتكم لا يعلم أيقضي له أم عليه .

يختلف عن التحكيم في كونه يتم بحوار مباشر بين أطراف النزاع أو ممثليهم ،فهم لا يختارون حكما يفصل في الخلاف القائم بينهم ،بل يتولون تسويته من خلال التفاوض الذي ينتهي بكتابة عقد الصلح ينهي النزاع [2].

على خلاف التحكيم ،لا يتصور أن يتم إبرام هذا الاتفاق إلا من خلال تنازلات متبادلة من أطراف المنازعة ،أما في التحكيم فقد يتم إجابة كافة طلبات أحد الأطراف .كما يجب أن يصدر حكم يقر الصلح لكي يمكن تنفيذه في حين أن التحكيم ينهي النزاع بقرار حاسم يتم تنفيذه مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه و هذا يعني أن سلطة قاضي التنفيذ لا يمكن أن تمتد للنظر في الموضوع [3] .

[1] - **د.إسماعيل الأسطل**:التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص23 .

[2] -Jean-Marie Auby ,op .cit ,p.81. « Dans L'arbitrage ,Le règlement du litige st le fait d'un tiers alors que dans la transaction il est l'œuvre des parties elles-mêmes » .

[3] - **د.محمود مختار أحمد بريري** ،التحكيم التجاري الدولي ،المرجع السابق.ص17 و18.

المطلب الثاني: التحكيم و التوفيق أو الوساطة:

الاتفاق على الالتجاء الاختياري للتحكيم ،يعني قبول الأطراف لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع .فالتحكيم اختيار نهائي لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء ،و لذلك لا يعد اتفاق تحكيم، باحتفاظهم بحق اللجوء للقضاء .فالعبرة بحقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف لا بما استخدموه من ألفاظ.

و أن الأطراف عندما يتفقون على التحكيم لا يعهدون للمحكم بمحاولة الوساطة أو التوفيق مع بقاء الحق في طرح النزاع على القضاء إذا لم تنجح[1]:

التوفيق هو عبارة عن إجراء غير رسمي يحاول من خلاله الموفق أو المصلح دراسة وقائع النزاع والوقوف على وجهات النظر المتعارضة و محاولة التقريب بينها من خلال تقديم مقترحات تتعلق بتسوية النزاع و هذه قد تلقى قبولا من جانب الأطراف و قد لا تحظى بقبولهم[2].

التوفيق هو طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف عن طريقه يقوم الخصوم بأنفسهم أو بواسطة شخص من الغير للوصول إلى حل ينهي النزاع و يرضي الأطراف و إذا وصلوا إلى حل، يحرر محضر و يوقع عليه الخصوم و الشخص الذي قام بالتوفيق .

[1] - **د.حمود مختار أحمد بريري** ، نفس المرجع .ص19.

[2] – **د.مجدي عبد الحميد شعيب** :التحكيم في العقود الإدارية –دراسة مقارنة –الطبعة 1998 ،ص27 .

الموفق لا يتمتع بأية سلطات في مواجهة أطراف النزاع ويقتصر دوره على محاولة إيجاد تسوية ودية للنزاع ،و هو أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بطريقة ودية، فيستطيع الأطراف المتنازعة بأنفسها أو بمساعدة شخص آخر للتشاور و للوصول إلى حل نهائي للمنازعة، ويحررون محضر رسميا موقعا مع الشخص المختار للتوفيق.

الفرع الأول: أوجه الشبه.

إن الأطراف عندما يتفقون على التحكيم لا يعهدون للمحكم بمحاولة الوساطة أو التوفيق مع بقاء الحق في طرح النزاع على القضاء، فالتوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموافق الذي يقع عليه اختيار الأطراف.

و يتولى الموفق تحديد مواضيع النزاع و يقدم مقترحاته سواء كانت مقبولة ،أو مرفوضة فهي ليست بقرارات و إنما مقترحات إذا لم تلقى قبولا لدى المتخاصمين كان باب التقاضي متاحا[1] .

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف .

- التحكيم يمنع القضاء من إعادة بحث النزاع كما أن الحكم الصادر منه يكون ملزم للأطراف و يتمتع بقوة الشيء المقضي به، على خلاف التوفيق لا تمنع المتخاصمين أو أحد الأطراف من اللجوء إلى القضاء لأنه صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات.

[1]- حكم المحكمة الدستورية ألعليا/1999/12 حيث ورد"أن التحكيم يخرج عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها بعضا،إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي بل يكون معلقا نفادها على قبول أطرافها ،فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية لها ".

– التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له آثار الأحكام القضائية قابل للتنفيذ الجبري بشروط خاصة ملزم للخصوم له آثار محددة و يعتبر سند تنفيذي أما الوسيط فلا ينتهي عمله بحكم ،بل باقتراح لتقريب وجهات النظر ،و المحضر الذي يحرره الموفق لا تكون له آثار أو حجية الأحكام القضائية[1].

–كما يرى البعض[2] أن معيار القوة الملزمة لقرار الغير هو الفيصل في التمييز بين التوفيق و التحكيم فإذا كان قرار الغير ملزم كان الأمر تحكيم و العكس .

المطلب الثالث: التحكيم و الخبرة.

يقصد بالخبرة، الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي إلى شخص بمهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها و بدون إلزام القاضي بها. كما يقتصر عمل الخبير على تقديم رأى فني يستعين به ذوي الشأن وهم بصدد البحث عن حل لنزاع قائم ،و لا يكون هذا الرأي ملزما لهم ،فيحق للأطراف عدم الاعتداء به و طلب إعداد تقرير من خبير آخر ،فالخبير لا يعد حكما ،و لا يصدر قرارا ينهى الخصومة و إنما يعد تقريرا فنيا يتعلق بتفسير أمرا معينا يحتاج لشخص متخصص[3] و على العكس من ذلك فإن المحكم يفصل في النزاع بقرار بحسم النزاع .

[1] – **د.نبيل إسماعيل عمر**:التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، الناشر دار الجامعة الجديد، الطبعة الأولى 2004، ص8 .

[2]– **د.على بركات** :الرقابة على دستورية نصوص التحكيم ،دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم ،دار النهضة العربية ،2003 ، ص40، 45،46،47.

[3]– **د.محسن شفيق**:التحكيم التجاري الدولي، الطبعة1997 ،ص15 .

الفرع الأول: أوجه الشبه.

تتشابه الخبرة مع التحكيم في أن كل منهما يقوم على اتفاق الأطراف اللجوء إليهما، كما أن من يكلف بإبداء الرأي الفني شخصا من الغير. كما ان اللجوء إلى الخبرة أو التحكيم لا يكون إلا بمناسبة و جود نزاع بين طرفين.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

– الخبير يقوم بإعداد تقريره معتمدا على خبرته و معلوماته الشخصية دون الرجوع إلى أطراف النزاع على عكس المحكم الذي يلتزم بأن يأخذ في اعتباره المستندات و الوثائق التي يقدمه إليه الأطراف [1].

– الخبير لما يختاره الأطراف، ليس له سوى إبداء الرأي في المسألة المطلوبة على عكس المحكم الذي يقوم بإصدار حكما حاسما للنزاع ،و ليس رأيا أو تقديرا .

– الخبير يفحص مسألة واقعية ذات تخصص فني ،أما موضوع التحكيم فهو فحص ادعاءات قانونية و تحقيقها طبقا لقواعد إجرائية محددة من أجل الوصول إلى حكم القانون[2].

التفرقة بين القواعد الحاكمة للخبرة و التحكيم من حيث ضيق المسائل القابلة للتحكيم و اتساع هذه المسائل في الخبرة.

[1] Antoine Adeline ;La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Les petites affiches,20 Janvier 1997,no9,p.4 »En Angleterre, si le tribunal l'ordonne,(c'est généralement le cas),chaque parties doit communiquer à l'adversaire l'ensemble des pièces en sa possession, qu'elle lui soient favorables ou non .En France, la communication des pièces est laissée, en principe, à l'entière discrétion des parties ».

[2] - **د. أحمد عبد الكريم سلامة**:قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظير و تطبيق،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية 65 .

التحكيم يختلف عن الخبرة في هدفه و في النظام القانوني الذي يحكمه ،فالتحكيم نظام خاص للتقاضي يقوم المحكم من خلاله بحسم النزاع بقرار ملزم للأطراف ،أما الخبرة فهي وسيلة للحصول على رأي شخص من الغير حول مسألة تقنية و هو غير ملزم للقضاء :

– التمييز بين التحكيم و الخبرة ،يكمن في تحليل إرادة الخصوم لفهم طبيعة قصدهم ،هل قصدوا الالتجاء إلى رأي الغير أم لا ،و بالتالي نكون بصدد تحكيم إذا أرادوا أو العكس .

– ضرورة الاستناد على معيار إرادة الخصوم في تفرقة بينهم.

لا يكون رأي الخبير ملزم للقاضي أو المحكم ،لأنه لا يفصل في النزاع و إنما يعاون من يفصل فيه على استجلاء جانب غامض منه ،ذلك فإن الخبير ليس محكما .ومع ذلك فإن القانون لا يشترط أن يكون المحكم من المتخصصين أو من ذوى الخبرة في مجال النشاط الذي يتصل بالنزاع ،لذلك قد يلجأ الخصوم إلى الخبير ليكون محكما و خبيرا في الوقت نفسه قاصدين أن يفصل في النزاع مستعينا بخبرته [1].

المطلب الرابع: التحكيم و القضاء.

التحكيم عمل قضائي يحسم مركزا قانونيا متنازع بشأنه تطبيق حكم القانون في إطارات إجراءات قضائية تكفل للأطراف الضمانات القانونية .

[1] – **د.محمود مختار أحمد بريري** : المرجع السابق، ص10.

الفرع الأول: أوجه الاختلاف.

إن قاضي الدولة معين بشكل مباشر و مستمر من قبل الدولة، و عليه فهو لا يحتاج إلى تعيين جديد بالنسبة لكل قضية على حدة .بحيث مهمة القاضي تكمن في تحقيق القانون.

بينما المحكم يصدر حكمه وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف كما هي في حالة التحكيم والصلح.

كما أنهما يختلفان في الحجية و القوة التنفيذية.

يختلف التحكيم عن القضاء، في أن اللجوء إليه يقتضي و جود اتفاق بين الخصوم ،أو نص خاص في القانون ،بينما الالتجاء إلى القضاء حق عام يستعمله الخصم تلقائيا ،دون حاجة إلى موافقة الخصم الآخر أو الاستناد إلى نص خاص [1].

المطلب الخامس: التحكيم و الوكالة .

الوكالة هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز و معلوم يملكه و قابل للنيابة[2].

[1] – **د.محسن شفيق**:التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص15 .

[2] – **د.إسماعيل الأسطل** :التحكيم في الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق ،ص21.

الفرع الأول: أوجه الشبه.

تتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلا منهما يعتبر نوعا من الولاية ،و لا يملك الوكيل بمباشرة العمل الموكول به إلا بإذن الموكل و رضاه ،وفي حدود ما وضع له من قيود ،و المحكم ،لا تنعقد له ولاية نظر النزاع إلا برضى المحتكمين إليه ،و من حيث النطاق الذي رسم له سواء من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان .

و الوكالة من شأن التحكيم من العقود الرضائية ،وغير اللازمة لكلا طرفيه ، الموكل أو الوكيل، فيملك أحدهما إنهاء الوكالة قبل تمام الفعل الموكل به و بإرادته المنفردة ،كما يملك المحتكم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم .

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف .

الوكيل لا يتصرف إلا بما هو في مصلحة الموكل ،فالوكيل بالبيع بثمن معين لا يملك البيع بثمن أقل ،و إن كان له أن يبيع بأكثر من الثمن المحدد في عقد الوكالة لما في ذلك من مصلحة الموكل ، والوكيل بالشراء بثمن معين لا يملك الشراء بثمن أكثر ،و إن كان له الشراء بثمن أقل ،لما فيه من الخير للموكل.

المطلب السادس: التحكيم و المفاوضات.

التفاوض هو علم قائم بذاته و ضرورة حتمية سواء بين الأفراد أو بين الدول و يكون التفاوض في موقف تعبيري و حركي قائم بين طرفي استخدام كافة الأساليب الإقناع للحفاظ على الفائدة أو الحصول على منفعة جديدة بإجبار

الخصم على القيام بعمل معين أو الإقلاع عن العمل، فالعملية التفاوضية تقوم على أربعة عناصر هي الموقف التفاوضي ، أطراف التفاوض ، القضية التفاوضية، الهدف التفاوضي.

الفرع الأول: أوجه الاختلاف.

و يختلف التحكيم عن التفاوض حيث الأول يعتمد على عناصر ثلاث الأطراف، و اتفاق التحكيم و المحكم أو الهيئة التحكيمية ، فقواعد التحكيم تحتوي على كثير من المرونة و في الاتفاق على المحكم أو أكثر و الاتفاق على مكان التحكيم و الاتفاق على القواعد التي تسري على التحكيم سواء كانت قواعد اتفاقية دولية أو قواعد قانونية، و يتم التفاوض بين الطرفين و قد يتسع أكثر و ذلك حسب تشابك المصالح و تعارضها بين الأطراف التفاوضية و بين الأطراف [1] .

إذن هناك أطراف مباشرة في العملية التفويضية و هي الأطراف التي بيدها القرار و تشكل قوى ضاغطة و مؤثرة في مجريات القضية المطروحة و التحكيم رخصة يمنحها الأطراف لاختيار شخص يتولى فض نزاعهم القائم أو المحتمل بعيدا عن إجراءات التفاوض المعقدة.

[1] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري أو الاجباري، ط2001، الصفحة 15 .

حيث أن التفاوض قد يتم بشكل مباشر بجلوس الأطراف على الطاولة الحوار و المفاوضات علما ان هناك أطراف يتحكمون في القضية خفية و يتحكمون في مجريات القضية المطروحة و لهم القرار الفاصل و يلقنون الأطراف الحالية في مائدة التشاور الخطوات التي يمكن أن يرتكزون عليها للجدل و التفاهم.

بينما التحكيم يوجد فيه شخص أو أشخاص يقومون بالفصل في النزاع و قد يتم اختيارهم سلفا من أطراف الخصومة و لا يوجد ضغط عليهم بشكل مباشر و لهم الحرية الكاملة في مجريات القضية .

و أصبح التحكيم مشروطا في غالب الأحيان بضرورة اللجوء مسبقا إلى الوساطة أو التفاوض أو التوفيق

المطلب السابع: التحكيم و القضاء الاستعجالي.

يتميز القضاء الاستعجالي و إن كان يدخل في إطار القضاء بشكل عام عن التحكيم ، أن الاستعجال و إن كان يدخل هو الآخر في إطار اختصاص قاضي الأمور المستعجلة رهينا بتحقيق ظروف الاستعجال وإذا كان نظام التحكيم هو وسيلة الفصل في المنازعات بين الأفراد و المجمعات أو نظاما خاصا

للتقاضي في منازعات معينة بموجبه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين أو هيئات غير قضائية [1] ليست لهم سلطة القضاء العام.

فإن نظام القضاء الاستعجالي من الأنظمة الأكثر اهتماما من طرف التشريعات و القضاء و الفقه على حد سواء.

و بالنسبة لانقضاء القرار المستعجل سواء الصادر عن الهيئة التحكيمية أو قاضي الأمور المستعجلة في النزاع المعروض على التحكيم.

عدم رفع دعوى أمام السلطات القضائية في الدولة فيما يتعلق بالقرارات المستعجلة أو الوقتية في النزاعات التي تم الاتفاق على إحالتها إلى التحكيم خلال ثمانية أيام تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور القرار المستعجل ، و عدم اتخاذ طرفي التحكيم باتخاذ إجراء يفتح به خصومة التحكيم خلال ثمانية أيام يسقط قرار قاضي الأمور المستعجلة و لم ينص صراحة.

[1] د. محمود السيد عمر التحيوي ، ص62

المبحث الثاني :

أنواع التحكيم .

للتحكيم أنواع متعددة تختلف بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها ،فمن حيث ارتباطه بدولة معينة ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي، وتحكيم دولي وتحكيم أجنبي، ومن حيث الجهة التي تتولى تسييره ينقسم إلى تحكيم مؤسسي وتحكيم خاص ،ومن حيث مدى الالتزام باللجوء إليه ينقسم إلى تحكيم اختياري و تحكيم إجباري ،ومن حيث مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون ينقسم التحكيم إلى تحكيم بالقانون و تحكيم مع التفويض بالصلح، وهذا يكون كمطلب أول أما المطلب الثاني ،سوف نتطرق إلى مزايا وعيوب التحكيم، فالتحكيم له مزايا ساعدت على انتشاره وكأي نظام قانوني لا يخلو من العيوب والمثالية.

المطلب الأول: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

المطلب الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق.

المطلب الثالث: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري.

المطلب الرابع: التحكيم الحر والمؤسسي.

المطلب الأول: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

بعد ازدهار التجارة وتوثر اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تثور بين المتعاملين، وجدت الدول نفسها أمام خصومات ونزاعات لا تتحد عناصرها، وبالتالي تبتعد هذه القوانين التي تحكم هذه الخصومات فظهرت مشكلة التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي. [1]

وللتفرقة بين التحكيم المحلي أو الوطني والتحكيم الدولي بحيث هذه التفرقة لها أهمية بالغة في الواقع العملي، سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو تحديد نطاق سلطة المتحكمين في إدارة العملية التحكيمية.[2]كذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم

الفرع الأول: التحكيم الداخلي (الوطني).

يكون التحكيم وطنيا أو داخليا إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة ،وسواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا[3]أيا كان المكان الذي تبدأ أو تتم فيه إجراءات التحكيم ،فمكان صدور حكم التحكيم هو الذي يحدد ما إذا كان التحكيم داخليا أم خارجيا .فإن صدر داخل البلاد فهو تحكيم داخلي، و إن صدر خارجها فهو تحكيم خارجي .و المقصود بصدور الحكم في دولة معينة أن تكون هذه الدولة قد انعقدت فيها جلسات التحكيم ،و هي عادة الدولة التي اتفق الأطراف على إجراء التحكيم فيها .

[1] **د.علي رمضان بركات:** خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1996، ص 18.

[2] E.Charles « L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des états ».Rev.arb.1967.p68.

[3] – **د.فتحي والي:** قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ،طبعة 2008 منشأة المعارف ،ص41 .

فالأمر يتوقف إذن على إرادة الخصوم ،إن اختاروا إجراءات التحكيم في دولة معينة ،و بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون هذه الدولة فالتحكيم وطني .

ووفقا للمادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 17 لسنة 1994 تسري أحكام هذا القانون إذا كان التحكيم يجري في مصر ،و المقصود هو صدور حكم التحكيم في مصر ،أيا كان المكان الذي تبدأ أو تتم فيه هذه الإجراءات سواء في مصر أو في الخارج ما دام حكم التحكيم قد صدر في مصر ،فمكان صدور حكم التحكيم هو الذي يحدد ما إذا كان التحكيم داخليا أم خارجيا.

الفرع الثاني: التحكيم الدولي.

يوصف التحكيم بأنه دولي إذا كان المحكم من جنسية تختلف عن جنسية الخصوم أو إذا كان الخصوم من جنسيات مختلفة. كذلك إرادة الخصوم في تحديد دولية التحكيم، فقيام الأطراف بإجراء التحكيم في دولة معينة وبتطبيق قانون هذه الدولة يصبح التحكيم داخليا، كما إن إذا اجتمعت عدة عناصر داخل دولة واحدة من بينها جنبيه أطراف النزاع أو المحكمين أو مراكز أعمال الأطراف.

ويكون دوليا إذا طبق قانون غير الدولة التي يكون النزاع مطروح فيها في التحكيم دوليا.[1]

[1] – **د.عبد الحميد المنشاوي**" التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ص38.

كذلك نستطيع أن نلتمس دولية التحكيم من خلال إدارة الأطراف فقيام الأطراف بإجراء التحكيم واختيار قانون إجرائي آخر أجنبي بعد التحكيم دوليا.[1]

ونستطيع القول إن التحكيم دوليا إذا كان اختلاف إذا كان اختلاف في جنسية الأطراف النزاع أو المحكمين أو اختلاف مراكز أعمال لأطراف أو اللجوء لمنظمة تحكيم دولية.[2]

إذن التحكيم يكون دوليا إذا كان موضوع النزاع متعلقا بمصالح التجارة الدولية، وسار المشرع الفرنسي على هذا المنوال في المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي "يكون دوليا التحكيم الذي يتضح في الاعتبار مصالح التجارة الدولية"

arbitrage qui met en cause des intérêts du 'Est international l"
"commerce international

فالتحكيم الدولي يرتبط ارتباطا وثيقا بمنازعات التجارة الدولية وما وجد إلا من اجلها كما أن المشرع المصري سار على هذا المنوال وأيده.

الفرع الثالث: التحكيم الأجنبي.

أي غير وطني ،ولكنه ليس تحكيما دوليا ،إما لعدم ارتباطه بالتجارة الدولية ولعدم توافر معيار الدولية الذي يتضمنه تشريع الدولة بشأن التحكيم التجاري الدولي .

[1] – **د.عصمت الشيخ**:"التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"،دار النهضة العربية 2000،ص33،34.

[2] – foustoucos " l arbitrage interne et international en droit prive hellénique"thèse. paris 11.1973.p188.

و التحكيم الأجنبي لا يكون مرادفا للتحكيم الدولي ،فليس كل تحكيم أجنبي يكون دوليا فالتحكيم يعد أجنبيا إذا أجرى خارج الدولة .و التحكيم الذي يكون موضوعه حسم نزاع مشتمل على عنصر أجنبي [1].

فالتحكيم الدولي هو الذي يمس أكثر من دولة [2].

نرى أن كل تحكيم أجنبي قد يكون مرادفا للتحكيم الدولي حيث إن التحكيم المذكور يتعدى في إجراءاته و أثره و القانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة .لكن ليس كل تحكيم دولي مرادفا للتحكيم الأجنبي ،ذلك لأنه قد تكون طبيعة النزاع دولية ،و يجري التحكيم في دولة واحدة و ينتمي إليها أطراف النزاع و يطبق قانون تلك الدولة .بالنسبة للإجراءات و الموضوع و مع ذلك فهو تحكيم دولي[3].

الفرع الرابع: التفرقة بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي .

أثارت التفرقة بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي جدلا فقهيا و قضائيا كبيرا لوضع معيار لهذه التفرقة مثل اختلاف جنسية الخصوم ،أو اختلاف جنسية المحكمين عن جنسية الخصوم أو ما إذا كان التحكيم يجري في دولة غير الدولة التي ينتمي إليها أطراف النزاع ،أو ما إذا كان التحكيم يجري وفق إجراءات ينظمها قانون أجنبي، تكمل في ما إذا كان التحكيم وفقا لاتفاقية دولية تبين في نطاقها معنى الدولية ،فنأخذ بما تنص عليه هذه الاتفاقية ،أما إذا كان القانون

[1] – **د.أحمد عبد الكريم سلامة** :التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية ،الطبعة الأولى 2006،ص97 .

[2] – **د فتحي والي**:الوسيط في قانون القضاء المدني ،طبعة 2001 ،ص97 .

[3] – **د فوزي سامي**: التحكيم التجاري الدولي ،بغداد سنة 1992 ،ص104 .

الوطني يتكفل بوضع معايير دولية التحكيم ،والفقه الحديث بدأ يأخذ بمعيار جغرافي و ليس قانونيا ،إذ يكفي في نظره اشتمال النزاع أو التحكيم على عنصر يخرجه عن النطاق الوطني، كاختلاف جنسية الخصوم، أو المحكمين، أو القانون الواجب التطبيق ،على إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع [1].

المطلب الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق.

وينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكمين في الفصل في النزاع إلى تحكيم طبقا لقواعد القانون arbitrage de droit وتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف arbitrage d'équité.

والتحكيم وفقا لقواعد القانون هو التحكيم الذي يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع المطروح عليهم، والأصل في التحكيم انه تحكيم طبقا لقواعد القانون.[2]

والتحكيم البسيط هو التحكيم الذي يستند المحكم في إصداره حكمه إلى قواعد القانون أي جميع القواعد القانونية مكتوبة أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف أما التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف[3] هو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع حيث يمكنهم الفصل في النزاع المعروض عليهم استنادا إلى قواعد العدالة ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبه التطبيق.[4]

[1] – **د .محسن شفيق** :التحكيم التجاري الدولي ،المرجع السابق ،ص25 .

[2] – **د.عصمت عبد الله الشيخ**: "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، مرجع سابق،ص38.

[3] – **د.عصمت عبد الله الشيخ** :" المرجع السابق،ص38

[4] – جرى الفقه في مصر على استخدام اصطلاح التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، أو اصطلاح التحكيم العادي والتحكيم مع التفويض والتحكيم، طبقا لقواعد القانون، والتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف.

والأصل في التحكيم انه تحكيم عادي أي تحكيم بالقضاء ولا ينصرف إلى التحكيم بالصلح إلا إذا نص على ذلك فلا يصح اعتبار التحكيم بالصلح إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحا تاما صريحا وكانت ترمي إلى هذا.[1] بينما التحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف هو الاستثناء أي يجب أن يكون منصوص عليه في الاتفاق صراحة وفي النوعين يتقيدون بالمبادئ الأساسية للتقاضي كضرورة احترام حقوق الدفاع وتمكين الخصوم من تقديم طلباتهم .

كما أن التحكيم وفقا لمبادئ العدالة يمكن اعتباره إذا ما اختاره الأطراف تنازلا عن الاستئناف، كقانون المرافعات الفرنسي الجديد إذ تنص المادة1482 على "الحكم التحكيمي يقبل الاستئناف ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن هذه الطريقة من طرق الطعن في الاتفاق التحكيمي، والحكم التحكيمي الصادر عن التحكيم بالصلح لا يكون قابلا الاستئناف إلا إذا احتفظ الأطراف بحق الاستئناف في العقد التحكيمي" وقد أخذ المشرع المصري بكلا النوعيين في القانون رقم 27 لسنة 1994 إذ نص في الفقرة الأولى والثانية من المادة39 على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى هيئة التحكيم انه أكثر اتصالا بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع. ونص في الفقرة 4 الرابعة من نفس المادة على انه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"

وقانون أصول المحاكمات الجزائري الصادر سنة 1966 م 451 فقرة 2

[1]- **احمد أبو ألوفا** –التحكيم الاختياري- منشاة المعارف الإسكندرية، الطبعة 4، 2000،ص40.

المكان الذي توجد به المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، لولا وجود اتفاق التحكيم، فإذا كان التحكيم يجري في غير الدولة التي توجد بها هذه المحكمة كان التحكيم دوليا[1].

يعد التحكيم الدولي وسيلة لفض المنازعات المتصلة بالتجارة الدولية ،بغض النظر عن مكان إجراء التحكيم ،إذ قد يعد التحكيم دوليا بالنسبة لذات الدولة التي يجرى فيها التحكيم ،متى كان يتعلق بالتجارة الدولية أو تتوفر فيه معيار دولية التحكيم طبقا لتشريعها التحكيمي .

إن منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تشتمل دائما على عنصر خارجي، فالتحكيم في هذه المنازعات يعتبر دائما تحكيما دوليا.

التحكيم قد يكون دوليا بالرغم من أنه أجرى في ذات الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم .ويعد التحكيم أجنبيا إذا أجرى خارج الدولة [2].

إن التحكيم الدولي يرتبط بطبيعة النزاع ،ولو كان يجري داخل الدولة ذاتها ،وقد يجمع التحكيم بين الصفة الدولية و الصفة الأجنبية . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن ضابط الدولية يتمثل أساسا في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .إذا كان القانون غير قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم ،فكان التحكيم دوليا حتى إذا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون وطني[3].

[1] – **د.أبو زيد رضوان** "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي "القاهرة ،دار الفكر العربي ،1981 ،ص50 .

[2] – **د.محسن شفيق**: التحكيم التجاري الدولي ،محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1974 وقد أعادت دار النهضة العربية طبعه سنة 1997،وهو تعريف للأستاذ روبرت.

[3] – **د.محسن شفيق** :التحكيم التجاري الدولى ،سبق ذكره ،ص23 .

المطلب الثالث: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري.

الفرع الأول: التحكيم الإجباري.

هذا النوع من التحكيم يمكن أن نجده على نوعين فقد يكتفي الشارع بفرض التحكيم ويترك الخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي الشارع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم، فلا يكون لإدارة الخصوم أي دور في التحكيم[1] ويقع إذا أوجبته اتفاقية دولية أو شروط عامة إتباعها إجباريا فقد يوجب في مجال البيوع الدولية الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن البيع، فإذا كان إتباع الشروط العامة إجباريا، سار التحكيم إجباريا.[2]

وهو التحكيم المنصوص عليه في القانونين رقم 95/1983 لسنة 1992.

إذن هذا النوع من التحكيم تنعدم إرادة أطراف النزاع سواء فيما يتعلق باللجوء إليه فيما يتعلق باختيار الجهة المختصة، كما ذهب رأي في الفقه إلى أن العبرة في اعتبار التحكيم إجباري أو اختياري يكون بالنظر فقط إلى حرية أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، فإذا كان لأطراف النزاع حرية اللجوء إلى التحكيم أو القضاء فان التحكيم يكون اختياريا، أما حرية الأطراف في تحديد الجهة أو الهيئة التي تتولى إجراءات التحكيم، فلا يعد معيار للتفرقة بين التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري وانه حتى في الحالات التي يكون فيها أطراف النزاع الحرية الكاملة في تحديد الهيئة أو الجهة التي تنظر النزاع، قد يحدث إن

[1] – **د.عصمت عبد الله الشيخ**:التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،دار النهضة العربية،2000،ص30.

[2] – **د.محسن شفيق**:دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، مرجع سابق.

يفرض المحكمين على هؤلاء الأطراف إذا مرت المدة التي حددها القانون رقم 27 لسنة 1994 دون أن يختاروا محكمهم.[1]

تعد تلك الأحكام من النظام العام ولا يجوز الأطراف الاتفاق على مخالفتها، فلا يجوز لأطراف النزاع في المنازعات التي تخضع لهذا النوع من التحكيم الاتفاق على عدم اللجوء إليه، كما لا يستطيع الاتفاق على هيئة أخرى بخلاف المنصوص عليه في أي من هذين القانونيين لنظر النزاع.

الفرع الثاني: التحكيم الاختياري.

وهو ما اتفق عليه الخصوم من تلقاء أنفسهم فيختارون المحكمين ويعينون مكان التحكيم وينظمون إجراءاته ويتفقون على القانون الواجب التطبيق فيكون التحكيم بهذا مستمدا من سلطان الإدارة[2] وتوجد في غالبية التشريعات الوطنية نصوص لتنظيم التحكيم الاختياري، ومثال ذلك قانون التحكيم المصري الجديد.[3]

والأمثل في التحكيم أن يكون اختياريا بحيث يستند في قيامه إلى إدارة أطراف النزاع في اتفاق يختارون فيه المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم، وهذا يعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع، أو عرض النزاع على القضاء أو اللجوء إلى الطريق آخر لحل نزاعاتهم[4] ويختص هذا النوع من التحكيم بنظر كافة المنازعات فيما عدا المنازعات المنصوص عليها في القانونيين رقمي 97 لسنة1983، 95 لسنة1992.

---

[1]- **أستاذنا الدكتور وجدي راغب** :وقد قدمه سيادته أثناء مناقشتنا الشفوية معه وقت قيامنا بدوره لمعرفة خفايا هذا النظام.

[2]- **د.ناريمان عبد القادر** :-اتفاق التحكيم-،دار النهضة العربية،الطبعة الأولى،1996،ص48،47.

[3]- قانون المرافعات المصريث1967 الملغى كان ينظم التحكيم الاختياري في المواد 501-513.

[4]- **د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة**: التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية،الطبعة2006،ص28.

إذن ينصرف لفظ التحكيم إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كان الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفيين منظمة أو مركز دائم لتحكيم أو لم يكن كذلك".[1]

ومؤدي هذه المادة أن التحكيم الذي سرى عليه أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 هو التحكيم الاختياري أي التحكيم الذي يتم اللجوء إليه باتفاق الأطراف ويتم تحديد الجهة أو الهيئة التي تتولى إجراءات التحكيم باتفاق الأطراف، فالتحكيم يكون اختياريا سواء من حيث اللجوء إليه أو من حيث تحديد الجهة أو الهيئة التي تنظر النزاع.

المطلب الرابع: التحكيم الحر والمؤسسي.

فينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى تحكيم حر أو طليق وتحكيم مؤسسي أو المنظم .

- يقصد بالتحكيم الحر وهو الأصل في التحكيم، حرية الخصوم في اختيار من يشاءوا من المحكيين، مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم.....، فهو تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم، أي انه تحكيم طليق حر من أي قالب تحكيمي فهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم.[2]
- أما التحكيم المؤسسي يقصد به التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو المؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية تقوم بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تنضمها لوائحها ومعروفة سلفا، وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات السمعة الدولية، فيختارون الأطراف من بينهم، ونظرا لازدهار التجارة الدولية وحسم المنازعات التي تثور بلغ عدد المؤسسات

[1]- القانون رقم 27 لسنة 1994 في المادة 4 فقرة 1.

[2]- **د.احمد السيد صاوي** :- الوجيز في التحكيم- الطبعة الثالثة 2010،ص35.

الخاصة بالتحكيم في العالم نحو أربعة ألاف مؤسسة تحت سيمات مختلفة مثلا غرفة، محكمة، جمعية، مركز منظمة. لجنة[1] ومن أشهر هذه المؤسسات التحكمية وأقدمها جمعية ليفربول للقطن التي أنشئت سنة1841، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي(LCIA)ومقرها لندن، غرفة التجارة الدولية بباريس(ICC)التي أنشئت 1923 وتعتبر من أهم الهيئات التحكمية في العالم ومقرها باريس، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارICSTD ومقرها واشنطن ويتبع البنك الدولي ومركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية WIPO ومقره جنيف وقد حاولت الدول النامية بعد الحصول على استقلالها أن يكون لها في ميدان التحكيم دفاعا عن مصالحها الوطنية فبدأت تنتشر بها مراكز التحكيم ومؤسساته ومن أمثلتها في الدول العربية مركز دبي للتحكيم الدولي ومركز ابوظبي للتحكيم ومركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي بالبحريين أو مركز البحريين للتحكيم الدولي ومركز تحكيم تونس ومركز التحكيم اللبناني.

أما مصر تمكنت بعد التفاوض من إبرام اتفاقية دولية مع اللجنة القانونية الاستشارية الافروآسيوية أسفرت عن إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم 1978 والذي تمكن هذا الأخير أن يكون مركز جذب للمنطقة العربية والإفريقية والآسيوية، وتستمد قواعد العمل به من UNCITRAL.

[1] - **د.علي رمضان بركات** :خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن،رسالة،القاهرة،ص16.

المبحث الثالث:

مزايا التحكيم وعيوبه.

إن انتشار التحكيم وازدهاره في حل المنازعات، ينشأ أو يكسب الكثير من المحاسن ومزايا في اللجوء إلى هذا الطريق لفض المنازعات كما يظهر له عيوب كثيرة شأنه في ذلك شأن أي نظام لا يخلو من المزايا والعيوب. ولنتطرق لهذه النقطة سوف نقسمه إلى فرعين متتالين كالآتي:

المطلب الأول :مزايا التحكيم.

المطلب الثاني: عيوب التحكيم.

المطلب الأول: مزايا التحكيم.

يمكن إرجاع سبب قبول المنازعين على هذا النظام نظرا للامتيازات التي يمتاز بها عن غيره والتي تتمثل في الآتي:

الفرع الأول: المرونة وبساطة الإجراءات.

يجوز أن يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات بسيطة، حيث أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي.[1]

- رغبة الأطراف في عدالة مرنة تتفهم متطلباتهم وتراعي تعاملاتهم سواء السابقة منها على النزاع أو اللاحقة فيفضلون المتنازعين اللجوء إلى التحكيم ليعدوا ما يريحهم ويساعدهم.

الفرع الثاني: حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة.

يوفر لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريق مباشرة أو غير مباشرة، الأمر الذي يحقق الأمان والطمأنينة لدى أطراف النزاع وعادة ما يكون اختيار هيئة التحكيم من ذوي الخبرة في مجال النزاع.[2]

---

[1]- **د.حمزة حداد**.دور التحكيم في تسوية المنازعات- بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم العدد 05 يونيو 2000،ص18.

[2]- **د.مختار بريري**:التحكيم التجاري الدولي،مرجع سابق، ص10.

ففي تعقد النزاعات في مختلف المجالات، والمعاملات التجارية فنظام التحكيم الذي يتمثل في هيئة التحكيم تكون مستوعبة أكثر للنزاع المطروح أمامها. على خلاف القضاء الذي يستعين بخبير يستغرق وقت كبير في توفير ما يسمح به لفض النزاع.[1]

الفرع الثالث: سرعة التصدي للمنازعات ووضع حد لها.

فالمحكم يكون عادة خبير في موضوع النزاع ومتفرغا للفصل فيه وهذا ما يساعده على حسم موضوعه في اقل وقت ممكن، علما بان تحديد جلسات التحكيم تكون وفقا لرزنامة الخصوم كما أن هيئة التحكيم تكون ملزمة بحسم النزاع خلال المدة المخصصة لتحكيم[2] كما نصت على ذلك الغرفة التجارية بباريس من وجوب صدور الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ توقيع الوثائق، كما أن المادة السابعة من لائحة مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري تنص على انه يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ استلام المهمة ما لم يتفق، الطرفان على مدة أطول.[3] وعلى حد قول الفقهاء "فعلاقات التجارة الدولية لا تتحمل بما تقضيه من سرعة ومرونة بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي. أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة، ويعتبر عامل السرعة من

[1] - **د.عبد الباسط الواسع الضراسي**- النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية،طبعة أولى،ص53.

[2] - **د.أمال الفزايري** :دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم-دراسة تاصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري السعودي، الفرنسي والايطالي،منشاة المعارف بالإسكندرية،1993،ص7.

[3] - **ألن باكشون**- التحكيم في مجال التامين، دراسة تطبيقية مقارنة عن دولة الإمارات والمملكة المتحدة ورقة عمل مقدمة الى مركز أبو ظبي في 1995/05/23.

العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار المواد والصرف"[1].

الفرع الرابع: المحافظة على أسرار الخصوم والعلاقات بينهم.

إن من أهم ما ينتج عن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعة الموجودة بين الأطراف هو بقاء الأطراف على علاقة طيبة فيما بينهم ويرتضون بما سوف ينتج من حكم من هيئة التحكيم. لان الأطراف هم من اختارهم لفض النزاع. لذا قبل أن الأطراف يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام[2]،كذلك أمر أخر ومهم هو السرية من أهم مزايا التحكيم رغم انه لم يحظ بتنظيم تشريعي متكامل.

الفرع الخامس: يعتبر التحكيم بمثابة تامين ضد التغيرات التشريعية المتغيرة.

بالنسبة للشركات التجارية التي تعمل في مشاريع عملاقة معمرة كالتنقيب عن البترول وتسخيرها لإمكانيات ضخمة وأموال طائلة. فالاتفاق على التحكيم أو النص على بند التحكيم يعتبر السند الذي تتكِلُ عليه هذه الشركات .في تنفيذها للاتفاقيات.

[1]- **د.احمد شرف الدين**- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية 1993،ص23.

[2]- **د.كمال إبراهيم**: التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي1991،ص68.

الفرع السادس: يعتبر وسيلة لتفادي المنازعات قبل حدوثها.

نظرا للخطوات السريعة التي يمر بها عالم التحكيم يعتبر هذا الأخير وسيلة علاجية لفض المنازعات بعد نشأتها وحتى تفادي قيامها ونشأتها.

المطلب الثاني: عيوب التحكيم.

وهناك العديد من المزايا التي يحققها هذا النظام الذي يستند عليه معظم رجال الأعمال والمستثمرين، وإلى جانب هذه الفوائد التي يقدمها نظام التحكيم فهناك مساوئ كذلك ومن بينها:

الفرع الأول: التحكيم باهظ التكلفة.

إن نفقات التحكيم تتجاوز في غالب الأحيان المعقول، خاصة فيما يتعلق بالمنازعات الدولية وما تتطلبه من مصاريف باهظة تتمثل في أتعاب المحكمين والمحاميين والخبراء والمستشارين القانونيين.

الفرع الثاني: التحكيم والصلح.

يعتبر التحكيم أشد خطرا من الصلح لأن الصلح يكون على علم مقدما بقيمة ما هو متنازل عنه أما التحكيم يستند الخصوم إلى المحكمين التصرف في حقوقهم.[1]

[1]- **د.احمد قمحة وعبد الفتاح السيد**- التنفيذ علما وعملا ،ص637.

الفرع الثالث: حرمان الخصوم من جانب كبير من الضمانات القضائية التي جاء ونص عليها المشرع:

غالبا ما يكون المحكم من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوعات معينة وخبرته القانونية تكون ضئيلة مقارنة بالموضوع المطروح عليه لا يجاد حلول له ترضى الطرفيين.[1]

الفرع الرابع: عدم وضع حد للمنازعة من قبل هيئة التحكيم.

قد لا توافق الأطراف المتنازعة في تحقيق ما تتبعه وتجد نفسها مضطرة إلى العودة مرة أخرى إلى القضاء.[2]

[1] - **د.عاشور مبروك:**- النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية1998،مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة،ص24.

[2] - A. pouillé le pouvoir judiciaire et les tribunaux op.cit.p143.

الباب الثاني

مدى قابلية خضوع

منازعات العقود الإدارية

للتحكيم

الباب الثاني

مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم

إن قابلية حسم منازعة ما عن طريق التحكيم l'arbitrage[1] إما أن تكون ذاتية أو شخصية، وإما أن تكون موضوعية، فالقابلية الذاتية هي التي تكون متعلقة بصفة الأطراف، أي بالنظر إلى الأشخاص الذين يجوز أو لا يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم دون وضع طبيعة المنازعة في الاعتبار أما القابلية الموضوعية فهي التي تكون متعلقة بموضوع النزاع ومدى قابليته للخضوع للتحكيم.[2]

هذا و سوف نتناول في هذا الباب، اتجاهات القانون الوضعي للدول محل الدراسة بشأن إشكالية خضوع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لمجال التحكيم الداخلي، ووضع هذه المسألة بالنسبة للتحكيم الدولي وذلك في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.
الفصل الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

[1]- P. level, l'arbilité, REV.ARB, 1992, p p213, 214, 215, 216, 234.

[2]- **د.وليد محمد عباس**: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2010، ص 107.

الفصل الأول

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

الفصل الأول :

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.

المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، ولكن هذا المبدأ يرد عليه عدة استثناءات تتعلق بوجود نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود[1] ففي الفترة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة1994 لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في عقودها الإدارية مما أثار خلافا في الفقه والقضاء.

وحتى أواخر القرن العشرين، ظل تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد المشرع قانون خاص به إلا في عام 1994 وذلك بموجب قانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بمقتضي القانون رقم 9 لسنة 1997 الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مع مراعاة بعض الضوابط والإجراءات. ومن هذا المنطلق سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: وضع المسالة في فرنسا .
المبحث الثاني: وضع المسالة في مصر .
المبحث الثالث: وضع المسالة في الجزائر.

[1]- Y- Gaudet :traite de droit administratif. Tome1 droit Administratif General،16eme editor L .G.D.G delta 2001 .p:372.

المبحث الأول:

مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا.

من خلال العديد من الكتابات التي تعرضت لموضوع التحكيم[1] يمكن تعريف التحكيم الإداري بأنه هو الوسيلة القانونية التي تلجا إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها و أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختياريا أو إجباريا[2] فقد اقر المشرع الفرنسي – ومنذ زمن بعيد –التحكيم كوسيلة لحل المنازعات واعتبره الوسيلة الأكثر معقولية لحل المنازعات بين المواطنين ،فمن المسلم به في الدول التي تعرف قضاء إداريا مستقلا عن القضاء المدني، ان الاختصاص النوعي ينعقد للمحاكم الإدارية بشأن منازعات العقود الإدارية وأصبحت المحاكم الإدارية الفرنسية صاحبة الولاية العامة للبث في سائر المنازعات الإدارية سواء تعلقت بدعاوى الإلغاء أو بدعاوي القضاء الشامل، وفي المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانونية العامة طرفا فيها مثلا منازعات العقود الإدارية، أخذ بالمبدأ الذي أسسه القضاء

[1] -Y-Gaudmet : traité de droit administratif .**ibid**, p 372.

[2] – جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص13.

وهو عدم جواز التحكيم في تلك المنازعات إلا في الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح.

وتعتبر فرنسا مهد القانون الإداري[1] نشأ فيها لظروف تاريخية في أواخر القرن التاسع عشر وهو قانون غير مقنن.

ونظرية العقد الإداري باعتبارها إحدى نظريات القانون الإداري، تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء بما في ذلك عملية إبرام العقود الإدارية عبر وسائل وإجراءات محددة.

فالموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وعرض الأشخاص العامة لمنازعاتها على النيابة العامة، فتدخل المشرع الفرنسي أكثر من مرة للحد من نطاق هذا الحظر.

فسوف تكون دراستنا في هذا المبحث بالتطرق إلى نقطتين رئيسيتين وهما:

المطلب الأول: دراسة المبدأ العام وهو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ.

[1]-**د.جابر جاد نصار**: التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الأول: مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية.

حتما ما لم يوجد نص قانوني، أو اتفاق، دولي يجيز اللجوء إلى التحكيم فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية[1] ويتجسد هذا المبدأ ويجد أساسه التشريعي في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام 1856 والمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 5 يوليو عام 1972 المعدل في 9 يوليو عام 1975،كما يعتبر هذا المبدأ من المبادئ القانونية العامة التي استنبطها القضاء الإداري في فرنسا والتي تعتبر مصدر من مصادر المشروعية التي تلتزم الجهات الإدارية باحترامها في الأعمال الصادرة عنها ،وقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفا متشددا في تطبيقه لمبدأ حظر لجوء الأشخاص القانون العام للتحكيم. فمبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية من المبادئ القديمة في النظام الفرنسي حيث أقام المشرع الفرنسي هذا المبدأ من خلال وبواسطة المادتين التي ذكرت سابقا.

[1] – **د.شريف يوسف خاطر** :التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه المرجع السابق ،ص133.

ونعتقد أن هاتين المادتين لم تنص على هذا الحظر بشكل صريح ومباشر، وإنما يستنتج هذا الحظر من مزج المادتين وترتيب اثر إحداهما على الأخرى، حيث أن المادة 1004 كانت تحظر الاتفاق على التصالح أو التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة بشأنها أو التي يتعين إبلاغ النيابة بها.

أما المادة 83 فإنها تحدد القضايا التي يتطلب الأمر فيها إخطار النيابة العامة، وهي التي تخص الدولة والأملاك العامة والمدن والمؤسسات أو الهيئات العامة[1] وقد تبقى الحال على حاله في تطبيق هاتين المادتين إلى أن أعاد المشرع التأكيد على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية بشكل صريح في القانون المدني والصادر بموجب القانون 626 لسنة 1976 والذي ألغى المادتين 1004-83 وأول محلها المادة 2060 التي تنص على أنه "لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي، وكذلك في شأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام".

[1] – **د.نجلاء احمد الغيص**:مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية"دراسة مقارنة،رسالة لاستكمال متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون،جامعة الكويت،كلية الدراسات العليا،ص 43.

ولقد ثار خلاف في الفقه.

في مجمله يؤيد إمكان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للنظر و الفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية وكمثال على ذلك الأستاذ دو مينيك فوسار Dominique Foussard.

فيما يتعلق بمعرفة من أين استخلصت هذه القاعدة التي قررها أحكام مجلس الدولة، فبعض الأحكام كانت ترجعها وتربطها في الواقع بخصوص معين والبعض الآخر كانت تفصلها عن هذه النصوص.

« On a pu hésiter a une certaine époque quant ou point de savoir d'ou la règle était extraite. Certains arrêts la rattachaient en effet à des textes. Alors que d'autres l'en détachaient sans que le lecteur puisse clairement y déceler l'existence d'un principe » [1].

كما لا يجوز الاستناد إلى النصوص التي تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، فان الفقه في مجموعة يسلخ أو يفصل المبدأ عن سنده الاحتمالي الذي يعتمد على النص.

[1] -voir Dominique froussard .l'arbitrage en droit Administratif revue de. l'arbitrage 1990.p9.

بالقـــول أن مجلـــس الدولـــة يطبـــق مبـــدأ الحظـــر دون نـــص[1] وحـــتى المـــادة 2060مـــن القـــانون المـــدني الجديـــد فإنهـــا تعتـــبر امتـــداد لمبـــدأ التحـــريم القـــديم ومرتبطـــة به[2].

كمـا ذهـب بعـض الفقـه الفرنسـي إلى القـول بأن الأشـخاص المعنويـة العامـة لـيس لهـا الحـق في اللجـوء إلى التحكـيم لفـض المنازعـات الناشـئة عـن عقودهـا الإداريـة، وذلـك اسـتنادا إلى وجـود قضـاء وطـني مخـتص وهـو قضـاء مجلـس الدولـة، حيـث مـن غـير المنطقـي أن تقـوم الأشـخاص المعنويـة العامـة بمـنح هيئـة التحكـيم سـلطة الفصـل في المنازعـات الإداريـة في حـين أن المحـاكم العاديـة لا يجـوز لهـا النظـر في هذه المنازعات[3] .

كـذلك إذا ابـرم عقـد إداري بـين أحـد أشـخاص القـانون العـام و أحـد أشـخاص القـانون الخـاص أو العـام، فـلا يجـوز اللجـوء إلى التحكـيم لفـض النـزاع الناشـئ عـن هـذا العقـد، وإنمـا يجـب اللجـوء إلى القاضـي الإداري المخـتص بالنظـر في قـانون النزاع[4].

[1] -Voir Charles DEBBA SCH .contentieux administratif DALLOZ .3e ed.1981.p296.

[2] -ch. JARROSSON ;OP ;cit.p16.et S .

[3] -julien ANTOINE ,L'ARBITRAGE en droit administratif L.P.A :6Aout 2003 ne 156.p4.

[4] - Romieu. concl. sur .C.E.17 mars 1893.société des chemins de fer du Nord de l EST et autres .s/1894.///.p119.

ولكن الرأي الراجع في الفقه اعترف بمشروعية اللجوء للتحكيم من اجل حسم بعض صور من المنازعات الادارية أهمها الناشئة عن العقود الادارية، كما أيد موقف الفقه العديد من أحكام المجلس الدولي الفرنسي التي تؤكد دائما على حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في عقودها الإدارية، فقد اتخذ موقفا متشددا في تطبيقه لمبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، وهذا من خلال العديد من القضايا التي فصل فيها.

و في عام 1986 أصدرت فتوى كان مضمونها رفضه لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بواسطة التحكيم، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ حظر لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام إلى التحكيم من اجل حسن المنازعات التي تكون طرفا فيها، يعتبر من المبادئ العامة للقانون التي يطبقها القضاء الإداري. ففرنسا باعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية التي يتعين على جهة الإدارة احترامها والالتزام بها [1] وأساس هذا المبدأ هو الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية ويقضي في مضمونه بوجود جهة قضائية تتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية وهي مجلس الدولة.

[1]-.**باتريكيوس**: التحكيم في المسائل الإدارية، دار النشر،L.G.D،1997،ص 27، 28، 29.....

وكذلك المنازعات الناشئة عن الروابط القانونية التي تكون الدولة وغيرها من الأشخاص القانونية العامة طرفا فيها، لا يجوز حسم هذا النوع من المنازعات عن طريق التحكيم فلا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ومن ناحية أخرى فان مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم يقوم على عدم أهلية هذه الأشخاص لإبرام اتفاق التحكيم[1].

فبالنسبة للقضاء الإداري كان هذا الأخير يرفض شكل قاطع إمكان اتفاق أشخاص القانون العام على اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع ينشأ عن عقد إداري تكون طرف فيه، ثم سمح باستثناء وهو وجود نص يرخص للشخص العام بالاتفاق على التحكيم في مسألة محددة بالذات. ثم اصدر مجلس الدولة رأيا مشهورا في 6مارس 1986 بخصوص التحكيم الدولي ويكون مضمونه كالآتي: أنه لا يجوز للأشخاص الاعتبارية الفرنسية العامة أن تلجأ إلى التحكيم الدولي إلا بشرط أن يرخص لها بذلك اتفاق دولي أو قانون تشريعي، وأن مجلس الدولة بهذا الرأي لا يغلق الطريق أمام تطوير محتمل لموقفه[2].

[1]- **د.يسري محمد العصار**: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت،ص10.

[2]-Gerard TEBOUL. Arbitrage international et personnes morales de droit public. Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif droit et pratique du commerce international état commerçant 1996.vol22 .NO2 :p200.

وهنـــاك تقـــدير لمجلـــس الدولـــة يقـــترح فيـــه تعمـــيم التحكـــيم علـــى كـــل العقـــود العامة, خاصة بالنسبة للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية[1].

امـــا بالنســـبة للقضـــاء منـــذ القـــرن التاســـع كـــان الحـــق لأشـــخاص القـــانون العـــام في الرجـــوع إلى التحكـــيم وقبـــل المـــادتين 73و1004 مـــن تقنيـــين المرافعـــات المدنيـــة، ليست سوى واجهة تشريعية لأحد المبادئ

العامـــة للقـــانون، إذ يشـــكل تحـــريم التحكـــيم عنصـــرا مـــن عناصـــر مركـــز الشـــخص المعنوي العام[2].

وبتعـــديل المـــادة 2060 مـــن التقنـــين المـــدني الـــذي صـــدر 5 يوليـــو عـــام 1976 فحظـــر التحكـــيم بالنســـبة للمنازعـــات المتعلقـــة بالوحـــدات المحليـــة والمؤسســـات العامـــة مـــع اســـتثناء بعـــض فئـــات المؤسســـات العامـــة الصـــناعية والتجاريـــة الـــتي يمكـــن أن يصـــح لها بمرسوم بأن ترجع إلى التحكيم[3].

[1] - Regler autrement les conflit. Conciliation. Transaction arbitrage en matière administrative la documentation françaises.1993.p90etp94.

[2]- concl.gazier scvs c.e13 décembre 1957 "société nationale de vente des sur plus"D1958.p517.

[3]- هذا الاستثناء مضاف بتعديل 9يوليو عام 1975 –ماجد راغب – العقود الإدارية والتحكيم –دار الجامعة الجديدة ,طبعة2004 ,ص176.

وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية للدولة وللمؤسسات العامة الفرنسية بإمكانية التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية.

ففيما يتعلق بالأساس التشريعي لمبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية ،فهي تتعارض مع معاهدات دولية انضمت إليها الحكومة الفرنسية من بينها اتفاقية جنيف 20 افريل 1961 واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين دولة ورعاياها التي كانت في 17 مارس 1965.

وفي هذا الشأن تنص المادة 55 من الدستور الفرنسي الحالي 1957 على أن المعاهدات الدولية تسمو على التشريعات الداخلية وواصل مجلس الدولة تمسكه بمبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم واعتبر هذا المبدأ سمو حتى على الاتفاقيات الدولية وبقي مجلس الدولة متشددا في تطبيقية لمبدأ حظر لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام للتحكيم بعدم مشروعيتهم سواء تعلق الأمر بعقد من العقود الإدارية أم بعقد من العقود العادية التي تبرمها جهة الإدارة.

واستند على ذلك في المواد 1004،1073 من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 2060 من التقنين المدني .ويترتب على عدم مشروعية لجوء الإدارة للتحكيم في نزاع إداري معين، أن هذا النزاع يظل من اختصاص القضاء الإداري.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على بطلان أي اتفاق تلتزم بمقتضاه الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم بطلانا مطلقا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه كما يجوز لأطراف النزاع إثارته من أي مرحلة.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية.

لقد جاء المشرع الفرنسي بعدة استثناءات على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية.

وتكون هذه الاستثناءات بوجود نص قانوني يجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود الإدارية. وإما أن يتدخل المشرع وينص صراحة على جواز لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم .وإما أن يكون في اتفاق

دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي.

فوجدت عدة استثناءات منها اللجوء إلى التحكيم في بعض منازعات العقود الإدارية الوطنية وكذلك لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم وكذا اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الدولية فدفعت الضرورات العملية والرغبة في إيجاد حل سريع للمنازعات إلى صدور العديد من التشريعات التي أجاز بواسطتها المشرع للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء لحسم المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها.

فصدر قانون في 17 ابريل 1956 وجاء النص في المادة 69 على جواز التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد وفي التعديل الجديد جاءت المادة

132 من تقنين الأشغال العامة[1].

[1] – l'article 132 du nouveaux ou code des marchés publics dispose que "conformément a l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l exercice 1906/ l état les collectivité territoriales ou les établissement publics locaux peuvent pour la liquidation de leurs dépenses des travaux et de fournitures .recourir a l'arbitrage tel qu' il est réglé par le livre 17 du nouveaux code de procédure civile. Pour l état ce recours doit être autorise par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie "Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marches publics. J.O .n°6du 8janvier 2004.p37003.

ويقتصر تطبيق المادة 69 من القانون القديم على عقود الأشغال العامة وعقود التوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والبلديات واستبعد تماما المشروعات العامة[1] واشترط القانون لأعماله أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة تحكيم compromis أي بعد نشوء النزاع فلا يكون في العقد وإنما يتم ذلك بعد حدوث النزاع وإقرار القانون لمشارطه التحكيم دون شرط التحكيم وتقييد نطاق تطبيق هذا القانون بنوع معين من المنازعات.

وفيما يتعلق بعقود الأشغال العامة أو التوريد الخاص بالدولة فإن موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزير المختص.

أما إذا تعلق العقد بالمديريات départements يجب ان يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص، وإذا تعلق بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدي ويترتب على مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[2].

فيتضح لنا من خلال قانون 17 ابريل1956 قد تأثر بالاتجاهات السائدة في قضاء مجلس الدولة والتي تقرر عدم قبول التحكيم في المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية، فجاء بعد ذلك مرسوم 25 يوليو 1965

[1]- **د.شريف خاطر**: التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطه- مرجع سابق ، ص123.

[2]- **د. جابر جاد نصار**- التحكيم في العقود الإدارية- مرجع سابق ص20 .

بتوسيع نطاق تطبيق القانون 17 أبريل 1956 ،ليشمل البلديات ،النقابات ،قطاعات البلديات، المؤسسات العامة الإقليمية والبلدية.

وهذا الأخير أي المرسوم أعطاها صلاحية اللجوء إلى التحكيم لكن وفق شروط وان يكون لجوئها إلى التحكيم عبر مشارطة تحكيم[1].

وقد وسع المشرع بعد ذلك من مجال تطبيق القانون الصادر بتاريخ 17 ابريل 1956،حيث جاز بمقتضى هذا القانون اللجوء للتحكيم لتصفية النفقات الناشئة عن عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها البلديات ، نقابات البلديات والمؤسسات العامة بصفة عامة وفي 9 يوليو 1975 صدر قانون يجيز اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات الخاصة ببعض طوائف المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، وفي 15 يوليو 1982 أجاز تسوية المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ عقود البحث العلمي المبرمة بين الحكومة الفرنسية والهيئات الأجنبية بواسطة التحكيم،

[1]- **جابر جاد نصار** :المرجع السابق، ص 102.

وكذا القانون الصادر 30 ديسمبر 1982 الذي سمح لشركة السكك الحديدية اللجوء إلى التحكيم والقانون الصادر 19 أغسطس 1986 وسع المشرع من نطاق التحكيم بحيث أصبح يشمل جميع أنواع العقود التي تبرمها الدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو المؤسسات العامة مع الشركات الأجنبية[1] .

كما أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية. وكدى القانون الصادر بتاريخ 12 يوليو 1999 الذي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في مرفق التعليم العالي اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الأول: قانون 19 أغسطس 1986 .

06مارس 1986 اصدر مجلس الدولة الفرنسي فتوى وتكون في عدم جواز تطبيق أسلوب التحكيم دون وجود نص قانوني صريح ويكون في نزاع قائم بالفعل.

وفي 19 أغسطس 1986 في المادة 9 انه "بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة في العقود المبرمة بالاشتراك فيما بينهم مع الشركات الأجنبية من اجل تحقيق عمليات تتعلق

[1] – **د.يسرى محمد العصار** :التحكيم في منازعات العقود الادارية في مصر وفرنسا والكويت، المرجع السابق، ص15.

بالمصلحة القومية بان تندرج في شرط تحكيم إذا اقتضت الضرورة" لتسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود،

فاشترط المشرع الفرنسي لضرورة تطبيقها توافر شرطان أساسيان:

1. أن يكون موضوع العقد يتعلق بمصلحة قومية .

2. أن تكون الدولة أو احد الجماعات الإقليمية و احد المؤسسات العامة معا بالاشتراك طرفا في العقد المراد إدراجه شرط التحكيم به مع شركة أجنبية كطرف آخر فلا يجوز لأحد الأطراف المحددين في نص هذه المادة القيام بمفردهم بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات أجنبية[1].

فنص المادة جاء محدود للغاية والتي صدر بمناسبة إنشاء مدينة ملاهي على غرار مدينة والت-ديزني الأمريكية وتمكن أهمية المادة 9 من قانون 19 أغسطس لعام 1986 في انها الوحيدة والأولى التي توضع في القانون الفرنسي لتقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم عبر شرط تحكيم وليس بموجب مشارطة تحكيم ويكون العقد خاص بالتجارة الدولية والشركة الطرف في العلاقة[2] التعاقدية تكون من جنسية أجنبية.

[1] - **د.محمد طه سيدا حمد** :ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية الطبعة 2012،ص54.

[2] -Gaudemer traité de droit administratif Z .G.D.J 2001 16ed J.I P 312.

وكـــدى القـــانون رقـــم 82-610 الصـــادر بتـــاريخ 15 يوليـــو ســـنة 1982 الخـــاص بالمؤسســـات العامـــة ذات الطـــابع العلمـــي والتكنولـــوجي، فقـــد نصـــت المـــادة 19 منـــه علـــى الســـماح لهـــذه المؤسســـات باللجـــوء إلى التحكـــيم بخصـــوص المنازعـــات الناشئة عن تنفيذ عقود الأبحاث المبرمة مع الهيئات الأجنبية.

والقـــانون رقـــم 90-568 الصـــادر بتـــاريخ 2 يوليـــو ســـنة 1990 الخـــاص بمؤسســـة البريد والاتصالات فقد أعطى له حق اللجوء إلى التحكيم[1].

والمرســـوم 2000-764 الـــذي أباح للمؤسســـات العامـــة المكلفـــة بمهـــام التعلـــيم العـــالي اللجـــوء إلى التحكـــيم بخصـــوص المنازعـــات الناشـــئة عـــن تنفيـــذ عقودهـــا المبرمة مع الهيئات الأجنبية[2].

صـــادقت فرنســـا علـــى اتفاقيـــة جنيـــف للتحكـــيم التجـــاري الـــدولي المبرمـــة في 21 ابريـــل 1961 والـــتي تجيـــز في المـــادة الثانيـــة للتحكـــيم بالنســـبة للأشـــخاص المعنويـــة العامـــة ولكـــن عـــدم تصـــديق الـــولايات المتحـــدة الأمريكيـــة علـــى هـــذه الاتفاقيـــة، منـــع

[1] - FOUCHARD "PH"une nouvelle extension de l arbitrage en droit public،la faculté de comprometrade de la poste et France telecom. REW :arb .1990.p954.

[2] - foussard "D"le décret 42000-764.du 1 aout 2000 fiscant les condition dans les quelles les établissements public d'enseignement super peuvent transiger et recourir a l arbitage.REV :ARB 2000.p665-667.

من وضع شروط التحكيم في العقود المبرمة بين المشروعات الأمريكية وأشخاص القانون العام الفرنسي[1].

كما اخذ مجلس الدولة الفرنسي خروج منازعات القرارات الإدارية عن نطاق التحكيم، فيخص القاضي وحده بالفصل في دعاوى الإلغاء الموجهة للقرارات القابلة للانفصال عن العقد، أو الأوامر التنفيذية[2].

وأحكام التحكيم تقبل الطعن بالاستئناف في فرنسا سواء أكان التحكيم إجباريا أم اختياريا.

[1]- **د.ماجد راجب الحلو**:العقود الادارية والتحكيم الطبعة 2004،دار الجامعة الجديدة،ص180.

[2]- **د.ماجد راغب الحلو**:العقود الادارية والتحكيم نفس المرجع،ص180.

المبحث الثاني:

مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في مصر.

المشرع المصري نظم قواعد التحكيم في المواد 756 إلى 767 من قانون الإجراءات المدنية الصادر في 13 نوفمبر 1773 .وفي سنة 1949 تمت إعادة تنظيم التحكيم في المواد من 717 إلى 750 من قانون الإجراءات المدنية، ثم المواد 501 إلى 513 من قانون الإجراءات المدنية، الصادرة عام 1967 فلم يكن للتحكيم قانونا خاصا حتى سنة 1994 وعدل في 1997 يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

ولهذا سوف نسلط الضوء على تباين الآراء بين الفقه والقضاء حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟

علما أنه بقي الخلاف قائما بعد صدور قانون التحكيم 1994 وهذا لان المشرع لم ينص صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية. وفي سنة 1997 عدل قانون التحكيم ونص فيه صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

فسوف نقسم هذه الجزيئية من الموضوع التي تتناول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في مصر إلى ثلاث مطالب:

- **1**: سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية.
- **2**: صدور القانون رقم27 لسنة1994 والخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية.
- **3**: خضوع العقود الإدارية للتحكيم في القانون 9لسنة 1998

المطلب الأول: سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية.

جاءت المادة 501 من قانون المرافعات المدنية الصادر سنة 1968 ونصت على انه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين....."

والمقصود بجميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين أي يكون عقدا مدنيا أم إداريا.

وكانت الإدارة تقبل شرط التحكيم إذا كنا بصدد أشغال عامة وعقود الاستغلال، وعند حدوث نزاع تلجا للقضاء تستنجد به زاعمه بان التحكيم لا

يجوز في العقود الإدارية رغم وجود شرط التحكيم منذ البداية في العقد وقبلت به ورغم هذا بقي المشرع مكتوف الأيدي دون اتخاذ موقف من هذا الإجراء.

المطلب الثاني: صدور القانون رقم27 لسنة1994 والخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية.

ظهر اتجاهات في القضاء والفقه بشأن مدى جواز اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فكانت المواد من 501الى 513 من القانون رقم 13 لسنة1968،الخاص بالمرافعات المدنية والتجارية التي لم تتضمن نصا صريح، تجيز بمقتضاه اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية،

بالمقابل كانت هناك المادة 10 من القانون 47 لسنة 1972 المنظم لمجلس الدولة النظر بالمنازعات الإدارية والمتعلقة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو عقد إداري آخر وجاء فيما بعد قانون رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم في المواد المدنية والتجارية. وكانت هناك اتجاهين سيؤديان هذه الحقبة من الزمن وهي.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

يستند هذا الرأي إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم في العقود الإدارية.

المادة 501 من قانون المرافعات تنص "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين..... ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة، ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح، وإلا كان التحكيم باطلا، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف في حقوقه".

وبهذا يكون النص 501 حظر التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، فليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح في منازعات العقود الإدارية شرط ألا يمس مسائل تتعلق بالنظام العام[1].

[1]- **د.جابر جاد نصار** :التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية،ص68.

فالتحكيم يعتبر طريقا استثنائيا لفض المنازعات ومن ثم فان إقراره لابد وان يكون بنص صريح[1] والمادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1971 من انه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين.....بغير استفتاء الإدارة المختصة بمجلس الدولة، أما المادة 10 من قانون مجلس الدولة فيما يخص اختصاص محاكم المجلس دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية فلا يعني حظر التحكيم واستبعاده كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وإنما قصد المشرع استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي من نظر هذه المنازعات الإدارية، وهذا كله لتوفير الجهد والوقت والمال خصوصا في المنازعات التي فيها طرف أجنبي وخاص بعقد إداري[2].

ويرى الفقه المصري إن المواد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية تجيز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية[3].

وهناك اتجاه آخر يحث على ضرورة التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في عقود الدولة التي تبرمها ،وأنه لا يجوز تضمين عقود الدولة الداخلية

[1]- **د.محمد كمال منير** :مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية –مجلة العلوم الإدارية العدد الأول 1991،ص329وماتليها.

[2]- **د.عزيزة الشريف**: التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية1993،ص 109.

[3]- **د.زكي محمد النجار** :الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية،1993،ص 343.

شرط التحكيم عكس التحكيم الدولي لا مانع من تضمين العقود شرط التحكيم وذلك في المسائل الاقتصادية والتجارية، فانضمام مصر للاتفاقيات التي تجيز التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين لم يقيم أي تفرقة بين الدولة والأفراد ولا مجال لإيجاد هذه التفرقة في المعاهدات الدولية[1].

وبناء على ذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا 17 يناير 1994 اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في حكمها الصادر في 18 يناير 1994 وهذا قبل صدور قانون التحكيم 1994.

كما هو واضح إن قانون رقم 27 لسنة 1994 يجيز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في أية علاقة قانونية مهما كانت طبيعتها، بمجرد أن تكون المسألة التي يتم الاتفاق على التحكيم بشأنها من المسائل التي تقبل التصرف فيها والتصالح بشأنها إذن جواز اللجوء إلى التحكيم في أية منازعات إدارية حول مسألة تقبل الصلح والتنازل ومن أهم المجالات التي ينطبق عليها هذا المعيار مجال العقود الإدارية، باعتبار أنها تولد مراكز قانونية شخصية وذاتية وتنطبق نصوص

[1]- **د.محمد ماجد محمود** :العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي،مجلة العلوم الإدارية السنة35،العدد الثاني،ديسمبر 1993،ص 149.

قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 [1].على كل تحكيم يفصل في منازعات المعاملات المالية وقد تكون مدنية أو تجارية أو إدارية[2].

كما أن نصوص أحكام قانون التحكيم ،ذات قابلية عامة للتطبيق أمام هيئات التحكيم أيا كان شكلها القانوني .سواء كان مركز تحكيم دائم أو منتظم تبعا للنصوص ،كما أن نصوص قانون التحكيم لا ينطبق إلا على التحكيم الاختياري أيا كانت الجهة التي تتولاه وفقا لنص المادة 4 فقرة1.

إذن نستطيع القول في الأخير نص المادة 1 فقرة 1 من قانون التحكيم بأنه يسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، وينطبق للنطاق النوعي على أي معاملة أو منازعة مدنية أو تجارية أو إدارية أي كل تحكيم في منازعات العقود الإدارية، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .

[1]- جاءت نص المادة الأولى في فقرتها الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994،غير إن الخلاف بشان مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ،احتد بين الفقه واحتدم وتباين موقف القضاء بشان جواز أو عدم جواز التحكيم في تلك المنازعات.

[2]- **د.نجلاء حسن سيد**:اعمل المرجع،ص85 وما بعدها.

ينطبق قانون التحكيم المصري على كل تحكيم يجري في مصر وفقا لنص المادة 1 وان يكون جائز تسويته عن طريق التحكيم بحسب عبارة "أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع" وينطبق على كل تحكيم خالي من أي عنصر أجنبي أم كان تحكيما دوليا خاص تتخذ إجراءاته في مصر، ويخضع لقانون التحكيم المصري[1] كما ينطبق قانون التحكيم أيضا على التحكيم الذي يجري في الخارج إذا اتفق الأفراد على ذلك شرط ان يكون تحكيم دولي وان يتفق المحتكمين على إخضاع للتحكيم المصري وهذا ما يتوافق بشأن إرادة الأطراف فيما يخص التحكيم.

كذلك بالنسبة للاتفاقيات الدولية، عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية.....

الفرع الثاني: الاتجاه الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

هناك جانب من الفقه المصري يؤكد على انه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لان اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعة يكون بمقتضى المادة 10 من قانون 47 الصادر 1972 كما استند كذلك على نص المادة 172 من الدستور الصادر 11 سبتمبر 1971 "بأن مجلس الدولة هيئة

[1] – **د.محمد طه سيدا حمد** :ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، نفس المرجع، ص 25.

قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعوى التأديبية....."،إن مجلس الدولة في النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ولا يجوز تعديل هذا الاختصاص بإرادة الأطراف، بل يجب تدخل السلطة التشريعية بإمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في عقودها الإدارية[1].

كما استند هذا الجانب من الفقه على فكرة النظام العام كأساس لحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وان العقود الإدارية تختلف بطبيعتها عن العقود المدنية مثلا سلطة التعديل من جانب واحد، وسلطة توقيع على المتعاقد وسلطة فسخ العقد لاعتبارات المصلحة العامة ،إذن لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا بنص خاص وصريح من جانب المشرع[2].

وفي المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 تنص على اختصاص المجلس بالفصل في منازعات العقود الإدارية وهنا لم يقصد استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما مجرد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي للفصل في تلك المنازعات[3].

[1]- **د.شريف يوسف خاطر**: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، مرجع سابق، ص30.

[2]- **د.عصمت عبد الله الشيخ** :التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ،ص163،162.....الخ.

[3]- **د.جورج شفيق ساري**:التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه المنازعات في مجال العقود الإدارية 1999،دار النهضة العربية،ص 194.

إذن مشروعية التحكيم قبل قانون 1994 ثار خلاف حولها، فقد أنكر اتجاه جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية لأنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والعقود الإدارية تستهدف تحقيق الصالح العام وهو قوام فكرة النظام العام، كما إن قواعد اختصاص مجلس الدولة تعد من النظام العام، وقد نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة على اختصاصه بنظر منازعات.

العقود الإدارية لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص إلا إذا صدر قانون يجيز ذلك[1] وعبر عنه الأستاذ ادوارد لا فريير قائلا "لا يمكن للدولة أن تتفق على تسوية منازعاتها بطريق التحكيم بسبب النتائج السلبية غير المتوقعة التي قد تترتب عليه"

وكذلك قوله "كيف يمكننا تصور إمكانية أن تلجا الدولة لمحكم خارجي لحسم منازعات في الوقت الذي تنكر إمكانية لجوءها إلى القاضي العادي للفصل في ذات النزاع"[2].

[1]- د.ماجد راغب الحلو :العقود الإدارية والتحكيم ،المرجع السابق ،ص182،183 .....

[2]- Edouard la ferrière:traite de la juridictions administrative et des recours contentieux. Paris 1888 tome 2p 145et 146.152.

ولم يتغير هذا الموقف الرافض لمبدأ التحكيم والذي أرسى معالمه القضاء الإداري منذ وقت طويل رغم تغير الظروف ولقد استند الاتجاه المعارض للأخذ بالتحكيم في منازعات القانون العام العديد من الحجج التي تسمد من المبادئ العامة للقانون وهي تدور حول تعارضه، مع سيادة الدولة وعلى حد قول الفقهاء الألمان "الدولة هي التي تحدد اختصاصاتها" وهي التي تملك السلطة والتحكيم يعني اتفاق أطراف علاقة ما على إنشاء قضاء خاص يختارون أعضاءه يتولى الفصل في المنازعات القائمة أو التي تنشأ بينهم في المستقبل ويكون ذلك بقرار ملزم يفرض على الطرفين، فإن ذلك يمثل اعتداءا على سيادة الدولة.

كذلك أن التحكيم يفترض إمكانية تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة على النزاع أمر يتعارض مع سيادة الدولة وهكذا يحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها مع الغير باعتبار أن السيادة التي تتمتع بها تقضي عدم جواز مقاضاتها إلا أمام القضاء الرسمي التي أنشأته[1].

- وكذلك نقطة أخرى في كونه يمثل اعتداء على الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية.

[1]- **د. مجدي عبد الحميد شعيب**: التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة 1998،ص34.

إن التسليم بإمكانية حسم منازعات أشخاص القانون العام عن طريق التحكيم يعني عدم احترام توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية.

والتحكيم يمثل نظاما قضائيا مستقلا عن القضاء الإداري والقضاء العادي.

ويذهب معارضو الأخذ بالتحكيم إلى أن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل في المنازعات وان لجوء أيه جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي.

إذن مبدأ حظر التحكيم في مجال القانون العام يعد مظهرا أساسيا لاحترام مبدأ الفصل بين السلطات كذلك مبدأ النظام العام.

إن التسليم بإمكانية اللجوء إلى هذه الوسيلة لحل منازعات الإدارة يمثل انتهاكا للنظام العام باعتبار أن السلطة العامة هي الأمينة على تحقيق المنفعة العامة.

وبالتالي إن اللجوء لمحكم خارجي بعيدا عن القضاء المتخصص في فض منازعات الإدارة يعني إهدار لهذه المنفعة ويمثل خروجا على مقتضيات النظام العام باعتبار هذا الأخير يتشكل من مجموع مفاهيم اجتماعية سائدة بين أفراد المجتمع[1].

[1] -Jema Rôlet p/22." L arbitarge, droit interne, droit international privie. Dalloz". Paris.1993.p22.

إذن ضرورة اقتصار الحظر على المنازعات التي تصرف فيها الإدارة بوصفها سلطة عامة.

المطلب الثالث: خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون 9لسنة 1998.

بعد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع بعدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، جاء تعديل القانون رقم 9 لسنة 1888 ونصت المادة 1 من هذا القانون على انه يضاف إلى المادة 1 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

ولهذا اشتمل نص القانون 9لسنة 1998 شرطان .

الشرط الأول: موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

الشرط الثاني: عدم جواز التفويض في ذلك.

الفرع الأول: موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة..

- وفقا لهذا الشرط لا يجوز لأي جهة حكومية أن تضمن العقد شرطا أو مشارطة تحكيم إلا بموافقة الوزير المختص وهذا الأخير يراجع مشروع العقد قبل إبرامه ثم يعطي اتفاقه إلى اللجوء للتحكيم. وبالنسبة لاشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافيا بالنسبة لبعض العقود الإدارية وليس كافيا بالنسبة للبعض الآخر والتي تتصل باستغلال مواد الدولة الطبيعية، أو عقود الامتياز المتصلة وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا[1].

الفرع الثاني: عدم جواز التفويض في ذلك.

- لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية حيث حظر القانون رقم 9 لسنة 1998 على الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أن يفوض غيره في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية سواء كان في شرط أو مشارطة التحكيم وعدم التفويض في مثل هذا الاختصاص نظرا لأهمية

[1]- **د.جابر جاد نصار**: المرجع السابق، ص108.

العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم وضمانة لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية وذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني والالتجاء إلى هيئة تحكيم عوضا من اللجوء إلى قضاء دولة مختصة[1].

كذلك عدم التفويض في مثل هذا الاختصاص يعني حصر المسؤولية عن تضمين العقد شرط أو مشارطة التحكيم وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة.

وهناك شرط آخر يتمثل في أنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة[2] وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1976 كذلك لمبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية في شأن المناقصات والمزايدات حيث تنص المادة 42 منه على انه: "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

[1] - **د.محمد سعيد حسين أمين**: خصومه التحكيم في منازعات العقود الإدارية،الطبعة2008، دار النهضة العربية،ص62،63.....

[2] - إدارة الفتوى المختصة.

المبحث الثالث:

مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في الجزائر.

يقوم التحكيم على سند تعاقدي في اتفاقيه تبرم قبل نشوب كل نزاع أو حتى بعد نشوبه، متى نشأ النزاع تنطلق الخصومة التحكمية بتشكيل هيئة تحكيم تتولى تسيير الإجراءات وفق جملة من المبادئ الأساسية والقواعد التفصيلية متمتعة في ذلك بالحرية[1].

فعرفت الدول المغاربية ظاهرة التشريع المكتوب مؤخرا وفي حقب مختلفة، وفي بدايات القرن الواحد والعشرين أصبح لكل واحدة من دول المغرب العربي قانونها الداخلي فالجزائر اختارت إدراج الأحكام المتصلة بالتحكيم في قوانينها المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية. فاستوحت تشريعاتها المتصلة بالتحكيم من مصادر مادية مختلفة كالشريعة الإسلامية والمبادئ العامة للمحاكمة المدنية والقانون الفرنسي كما نلاحظ أن الجزائر جددت تشريعاتها المعلقة بالتحكيم في العشرية الأخيرة حيث انه بتاريخ 25ابريل صدر المرسوم التشريعي رقم93-9المؤرخ المعدل والمتمم للأمر رقم66-154 المؤرخ في 8جوان1966 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والمعدل .

كما يتميز التشريع الجزائري بأنه استوحى من نظم الدول الاشتراكية نظام التحكيم الإلزامي حيث يوجب على المؤسسات الاقتصادية العمومية اللجوء إلى التحكيم في كل نزاع ينشأ بينها، وهو لا تجد له نظير في التشريعات للبلدان الأخرى.

[1]- **د.أحمد الو رفلي**: الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجديد،ص01.

كما أن القانون لسنة1993المتعلق بالتحكيم لم يقع استوحاءه من القانون النموذجي لليونسترال، بل تم استلهام توجهاته الأساسية من القانون الفرنسي1981[1] وفي 23 جويلية 1990ابرمت الدول المغربية بالجزائر اتفاقية تتعلق بتشجيع وضمان الاستثمار بينها ،وقد جاء الفصل الخامس منها بأحكام "الضمانات القضائية وتسوية النزاعات "حيث تم اعتماد التحكيم كأحد الحلول الممكنة لفض النزاعات التي يمكن أن تنشب بين الدول المتعاقدة والمستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

المطلب الأول: التحكيم الدولي.

إن التشريع الجزائري والفرنسي والمصري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ويختص التحكيم الدولي بأحكام متميزة عن التحكيم الداخلي وهذا بالتزام اغلب دول العالم باتفاقية نيويورك[2] يتجلى انفتاح الجزائر على التحكيم الدولي في النصوص القانونية منها ما نص عليه المشرع في قانون الإجراءات المدنية [3]

بحيث عدلت العديد من القوانين بحيث فكت قيود المتعاملين الاقتصاديين الى اللجوء الى التحكيم منها القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية وقانون النقط والقرض وغيرها من القوانين التي أقرت مبدأ اللجوء الى التحكيم او على الأقل لم تمانع بذلك ،وكذلك الانضمام الى الاتفاقيات الدولية

[1]- **د.احمد الو رفلي** :ملتقى التحكيم العربي في آفاق القرن الواحد والعشرين مداخلة حول الاتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم،ص6.

[2]- اتفاقية نيويورك عام 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية.

[3]. المادة 422 من الأمر رقم 145/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،طبعة 2001.

حتى تؤكد الجزائر استعدادها للدخول في النظام التحكيمي فانضمت الى العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف مثل قانون الاتفاقي الجديد للتحكيم الدولي ،كما أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف أهمها نظام التحكيم الجزائري الفرنسي 1983،جاء هذا النظام الخاص كملحق لتبادل الرسائل كان في 1983/03/27 والتي لم تكن محل للمصادقة او النشر لا في الجزائر ولا في فرنسا [1] .

كذلك الاتفاقية الجزائرية الأمريكية 17 أكتوبر1990 لتشجيع الاستثمارات وقعت في واشنطن في 02 جوان 1990 و الاتفاقية الجزائرية البلجيكية في ليكسمبورغ وقعت الجزائر على هذه الاتفاقية في 1991/04/24 المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة في الاستثمار والاتفاقية الجزائرية الإيطالية وقعت هذه الاتفاقية في 08 مايو 1991 وتتعلق بالترقية المتبادلة للاستثمارات واتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي انضمت اليها الجزائر سنة 1988 وتشمل جميع القرارات سواء من محكميين معنيين لحالات خاصة او التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة كما تطبق على القرارات التحكيمية غير الوطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول هذا الاتحاد واتفاقية الرياض وعمان المتعلقة بالتعاون القضائي دخلتا حيز التنفيذ في 30 أكتوبر 1983، واتفاقية إنشاء الوكالة الوطنية الجزائرية لضمان الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ومنح ضمانات للمستثمرين الأجانب لإقامة وسائل للمصالحة والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات حيث كرت دخول الجزائر فمرة

[1]. د. نور الدين الكلي، اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996، ص 54.

اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمارات الأجنبية ودخولها اليها وتم تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المرسوم التشريعي 09/93 [1] وأدرج التعديل ضمن الباب الرابع من الكتاب الثامن من الامر 154/66 بعنوان الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وتتقارب احكامه مع القانون الفيدرالي السويسري 1978.

وهذا كله حتى يدخل نوع من الطمأنينة وعدم التردد لدى الأجانب المستثمرين، وإن انضمام الجزائر الى اتفاقيات متعددة دولية وعربية يؤكد الانفتاح على التحكيم الدولي في التشريع الجزائري وهذا ما كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 [2]

وخصص قانون الإجراءات الجزائري الجديد الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي في الفصل السادس من المواد 1039 إلى 1061.وعرف التحكيم الدولي على انه "يعد التحكيم دولياً، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[3].

ويعرف قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التحكيم الدولي في المادة 1492 بأنه التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية." l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

[1]. القانون الجزائري رقم 09/93 المؤرخ في 03 ذو القعدة 1413 هـ الموافق لـ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08م

[2]. قانون رقم 08/09 المؤرخ في 8 صفر 1429 هـ الموافق لـ 2008/02/25م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3]- المادة1039من قانون التحكيم الدولي للقانون الجزائري الجديد.

أما قانون التحكيم المصري[1] يعرف التحكيم الدولي على انه هو التحكيم الذي يكون موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية.

1- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام التحكيم وفي حالة تعدد مراكز الأعمال تكون العبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم.

2- إذا اتفق طرفا للتحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها.

3- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

أ. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

ج. "المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع."

فنلاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري لقانون التحكيم لم يتطرق للتحكيم التجاري بل اكتفى بالإشارة إلى المصالح الاقتصادية.

إذن متى يكون التحكيم دوليا؟ ومتى يكون داخليا في قانون التحكيم الجزائري الجديد ؟.

اعتمد قانون إجراءات المدنية والإدارية الجديد معيار واحد يجمع بين المعياريين.[2]

[1]- قانون التحكيم المصري لسنة1994.المادة3.

[2]- المادة1039من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

"يعد التحكيم دوليا، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"

ويختص التحكيم الدولي بأحكام متميزة مختلفة عن التحكيم الداخلي فالتزام معظم دول العالم باتفاقية نيويورك1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية. ومقتضيات التعاون بين مختلف الدول في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.

فالقانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خص المواد1039الى 1061 الخاصة بالتحكيم الدولي. بحيث نرى فراغ فيما يخص أشخاص القانون الخاص كالشركات أو الأفراد التابعين لدول مختلفة.....الخ لهذا نكتفي بورود مصطلح المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، تعتبر كذلك مصالح لدولهم التي يتمتعون بجنسيتها.

كذلك القانون الجزائري الجديد لم يضع تعريفا محددا للتحكيم التجاري.

المطلب الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية.

أ- تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر بمجرد صدور حكم التحكيم في الجزائر يطلب من كان لمصلحته هذا الحكم تنفيذه. وذلك بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.[1]

كما يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور قرار الرفض[2]ولا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم أي طعن[3].

[1]- المادة1035 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

[2]- المادة 1035 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

[3]- المادة1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

فالملاحظ انه إذا أحال قانون التحكيم الدولي الجزائري الجديد على قانون التحكيم الداخلي في تنفيذ الأحكام التحكمية الأجنبية التي تعلو على القوانين لان الجزائر انضمت إليها. فتنفيذ أحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية هي التي ترعى تنفيذ الأحكام التحكمية الأجنبية.

أما بالنسبة للاستئناف كما سبقنا واشرنا إليه. في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر. يجيز القانون الجديد كقاعدة عامة الطعن في أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر بطريق الاستئناف في اجل شهر واحد من تاريخ النطق بها. وهذا ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم[1] وتكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض.[2]

فقد جاء استبعاد استئناف أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر، لان إعادة طرح النزاع الذي تم الفصل فيه عن طريق التحكيم على محكمة استئنافية يذهب بفائدة التحكيم ولو كان التحكيم داخليا، لذلك تأخذ اغلب تشريعات التحكيم باستبعاد استئناف أحكام التحكيم جميعا.[3]

إذن الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الإبطال ولكن القرار القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به أو يعطي صيغة التنفيذ قرار دوليا صدر خارج الجزائر هذا القرار القضائي يقبل الاستئناف.

هذا الأمر القضائي يرفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر و يقبل الاستئناف. وهذا الأخير غير محصور بأسباب حصر أما الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ حكما تحكميا دوليا

[1]- المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

[2]- المادة1033من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

[3]- **د.اكثم أمين الخولي** : تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد.مجلة التحكيم العدد5 السنة2010،ص101.

صادر خارج الجزائر أو الاعتراف به فهو يقبل الاستئناف ضمن أسباب الاستئناف الستة المحددة حصرا وهي:

السبب الأول: إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

السبب الثاني: إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

السبب الثالث: إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

السبب الرابع: إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

السبب الخامس: إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

السبب السادس: إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

الملاحظ أن القانون الجديد اعتمد فكرة النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر أو الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر كذلك أن أسباب الإبطال الستة لاستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر هي على سبيل الحصر بالنسبة للأمر القضائي بإعطاء صيغة تنفيذ والاعتراف بينما هي ليس على سبيل الحصر بالنسبة للأسباب الستة لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر .

كما نص القانون الجديد على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية.[1]

1- المادة1056من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

كما جاء نص المادة[1] لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات السابقة الذكر الستة بينما جاءت المادة[2]"لا يقبل الأمر الذي يقضي تنفيذ حكم التحكيم الدولي أي الصادر في الجزائر أي طعن أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الجزائر يعتبر محصنا من أية مراجعة قضائية لإبطال الحكم التحكيمي الدولي.

الفرع الأول: الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر:

الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر قابل للإبطال ضمن شروط الإبطال الستة أو يكون بقوة القانون في أمر التنفيذ ويحول دون إعطائه صيغة التنفيذ لحين بتطلب الإبطال[3]وتنحصر أسباب الإبطال في ستة أسباب.[4]

وهي لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أو لاستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ أو بالاعتراف[5]بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر ومحددة[6].

جواز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر أمام القضاء الجزائري.

و القانون الجديد يسمح لمن يصدر ضده حكم تحكيم دولي في الجزائر وقبل الشروع في تنفيذه بالطعن في الحكم بالبطلان.[7]

1- المادة1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

2- 1058 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائر الجديد.

3- المادة1058 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

4- المادة1056من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

5- المادة1058 فقرة ثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

6- مجلة التحكيم اسنة2009،العدد الثاني،ص143.

7- المادة1058و1059من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

"يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة1056،ولا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه".

المادة1059"يرفع الطعن بالبطلان في الحكم التحكيم المنصوص عليه في المادة1058 أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، ولا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ"

وهناك مسائل يجب التطرق لها في هذا المجال هو:

- عدم جواز التنازل مقدما وقبل صدور حكم التحكيم عن الحق في الطعن فيه بالبطلان.[1]
- لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بالبطلان إلا لأحد الأسباب الواردة على سبيل الحصر.[2]

1- عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضاء المدة المحددة فيه.

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

3- خروج المحكمين عن حدود المهمة المسندة إليهم .

4- عدم مراعاة مبدأ الوجاهة.

5- عدم تسبيب حكم التحكيم أو وجود تناقض في أسبابه.

6- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

1- **د.اكثم أمين الخولي** :تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد ،بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد في 16مارس2009.

2- المادة1056 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

الطعن ببطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر مقصورا على هذه الأسباب لرفض الاعتراف بحكم التحكيم المراد تنفيذه في الجزائر كما وردت في اتفاقية نيويورك.[1]

إذن الطعن هي الأحكام سواء كانت قضائية أو أحكام التحكيم، هي الإجراءات التي يتيحها القانون للخصوم في الدعوى من اجل مواجهة الحكم القضائي أو حكم التحكيم. بهدف إلغائه أو تعديله وهي حق لكل الخصوم.[2]

فان نص المادة1056 تميز بوضوح بين الطعن ببطلان حكم التحكيم واستئنافه.

كما جاءت المادة[3]"يوقف تقديم الطعون واجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055و1056و1058تنفيد أحكام التحكيم".

إذا حكم قضاء دولة مكان التحكيم ببطلان حكم التحكيم كانت لهذا البطلان حجية دولية عامة فلا يجوز تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى موقعة على اتفاقية نيويورك كما أن قيام دعوى لإبطال الحكم في بلد صدوره يوقف أية مطالبة في دول أخرى بتنفيذ ذلك الحكم إلى أن يفصل في دعوى البطلان بحكم نهائي هذا هو حكم اتفاقية نيويورك[4].

1- **د.اكثم أمين الخولي** :تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد،مجلة التحكيم العدد5،لسنة2010،ص102.

2- **المستشار قويدري محمد**:طرق الطعن في أحكام التحكيم ،ص01.

3- المادة1060من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

4- **اكثم أمين الخولي**: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد،مجلة التحكيم العدد5،لسنة2010،ص105.

الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر.

إذا كان حكم التحكيم الدولي قد صدر خارج الجزائر ويراد تنفيذه في الجزائر، فان ذلك الحكم يكون حكما أجنبيا لا وطنيا، ويكون دور القاضي الجزائري الذي يطلب منه إصدار أمر بتنفيذ الحكم هو دور قاضي التنفيذ ودور الرقيب على جواز الاعتراف بالحكم وقابلية للتنفيذ. ولا يجوز إبطال الحكم إلا من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها.[1]

إن القاضي الجزائري يرفض إصدار أمر بتنفيذ ذلك الحكم إذا خلص إلى قيام سبب أو أكثر من الأسباب الستة المنصوص عليها[2] في القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد ويكون هذا الحكم قابلا للاستئناف خلال شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة 1057 وتكون المدة في غير التحكيم الدولي. خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض.[3]

لا يجوز استئناف الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلا في حالات محددة كالآتي:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .
2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

1- **د.اكثم أمين الخولي** :تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد ،بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد في 16مارس2009.

2-المادة1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

3- المادة 1035 الفقرة الثالثة،من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي كذلك الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو بالتنفيذ لحكم التحكيم يكون قابلا للاستئناف، والاستئناف لا يخص الحكم التحكيمي ولكن يخص الأمر بالاعتراف أو بالتنفيذ.

م 32 من ق.ا.م.و ا. يكون استئناف أمر القاضي من تاريخ تبليغه بشهر واحد.

أما المادة 1055 و1056 من ق.ا.م.ا. يخص الأحكام والقرارات التحكيمي الصادرة بالخارج[1].

جواز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر أمام القضاء الجزائري.

يجيز القانون الجديد لمن يصدر ضده حكم تحكيمي دولي في الجزائر بالطعن في الحكم بالبطلان[2].

المادة 1058"يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة1056.

ولا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن ،غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه".

1- **السيد قويدري محمد** :مداخلة حول طرق الطعن في أحكام التحكيم ،متلقي التحكيم والقضاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يوم 16مارس2009.

2- المادتان 1058، 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المادة 1059"يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أمام المجلس القضائي، الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. ولا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

أن المادة1056 حددت على سبيل الحصر الأسباب التي يمكن أن يعتد بها في إبطال الحكم، وهي بمثابة ضمانة لمن يصدر ضده الحكم.

وهذا الحكم يميز بوضوح بين الطعن ببطلان حكم التحكيم واستئنافه وان القانون الجديد اكتفى بأهم أسباب رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه كما وردت في اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية.

إذن الطعن ببطلان حكم التحكيم ابتداء من تاريخ النطق بالحكم المطعون فيه ألا تتجاوز المدة شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ[1]،كما تنص المادة[2]على انه "يوقف تقديم الطعون واجل ممارستها في المواد 1055و1056و1058 تنفيذ أحكام التحكيم"

إذا كان حكم التحكيم الدولي قد صدر خارج الجزائر ويراد تنفيذه في الجزائر، فإن ذلك الحكم يكون حكما أجنبيا لا وطنيا ويكون دور القاضي الجزائري الذي يطلب منه إصدار أمر بتنفيذ الحكم هو دور قاضي التنفيذ ودور الرقيب على جواز الاعتراف بهذا الحكم وقابليته للتنفيذ دون أن تمتد هذه الرقابة

1 – المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

2– المادة1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

إلى حد إبطال الحكم[1] ويشمل الاستئناف في الأمر الذي يصدر برفض الاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم.[2]

وحددت الحالات التي يسمح بالاعتراف أو بالتنفيذ لحكم التحكيم[3] وكذا استئناف القرار الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم الدولي.[4]

"على أن يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو يرفض التنفيذ قابلا لاستئناف ويكون الاستئناف موجها ضد هذا الأمر لا ضد الحكم التحكيمي".

ويرفع الاستئناف أمام مجلس القضائي المحض خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

والاستئناف الذي يتعلق بأمر القاضي الاعتراف بالتنفيذ لا يجوز استئناف الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلا في حالات محددة فيما يلي:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها. أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

1- **د.اكثم أمين الخولي**: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد-مجلة التحكيم العدد5 لسنة،2010،ص106.
2-المادة1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
3- المادة1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
4- المادة1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

إذن فالأمر الذي يسمح بالاعتراف أو بالتنفيذ لحكم التحكيم يكون قابلا للاستئناف.[1]

ويكون الاستئناف في اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغ أمر القاضي.[2]

إذن جاءت المادتين 1055و1056 قانون ا.م.و.ا يخص الأحكام والقرارات التحكيمية الصادرة بالخارج و تكون المدة في غير التحكيم الدولي خمس عشر يوما من تاريخ الرفض.[3]

وهذه الأسباب التي ذكرت سابقا يجوز فيها للقاضي الوطني رفض الاعتراف بحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج ورفض الأمر بتنفيذه. وهي نفس الأسباب التي تجيز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف بحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج والأمر بتنفيذه[4].

وإذا نصت المادة 1056 من القانون الجديد فهي في مجملها تتشابه مع ما ورد في اتفاقية نيويورك ولكن هناك أسباب أخرى لعدم الاعتراف بحكم التحكيم الدولي ولرفض تنفيذه مثلا.

1- **حالة نقص أهلية احد أطراف التحكيم**: إذ تجيز المعاهدة رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا كان احد أطراف التحكيم ناقص الأهلية لتوقيع اتفاقية التحكيم، ومثال على ذلك. عدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة لتوقيع اتفاق تحكيم[5] في القانون الجديد الجزائري.

1- المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

2- المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

3- المادة1035 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

4- **د.اكثم أمين الخولي** :تنفيذ أحكام التحكيم الدولية ،المرجع السابق،ص107.

5- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وأول فجوة أحدثت في هذا المنع كانت بفعل اتفاق أتى في الشكل المبسط (تبادل، رسائل)بين فرنسا والجزائر في 27 مارس 1983 والذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين فرنسيتين وولايتين جزائريتين هما وهران وقسنطينة الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير مختصتين حينما رفع إليهما النزاع وذلك بحجة وجود اتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة وهذا ما دفع بالوزير الأول بان يبعث تعليمة تأكد على ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية.[1]

وكذلك ذهب بعض القضاة إلى توسيع دائرة المنع ليشمل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي إلى غاية سنة 1988 وهو تاريخ الإصلاحات التي سميت باستقلال المؤسسات.

فانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك وواشنطن حول تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ومنازعات الاستثمار. فجاء في 25 ابريل 1993مرسوم تشريعي عدل قانون الإجراءات المدنية عن طريق إدراج أحكام متعلقة بالتحكيم الدولي[2] كما انه عدل المادة 442 فقرة 1 بأن أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم بصورة استثنائية في علاقتها التجارية[3].

جاءت المادة 1006 المتعلقة بالقابلة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث ابقي على المنع كأصل عام بالنسبة للقضايا التي تكون فيها الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري طرفا فيها في المادة 975.

1- **د.تواري ثاني مصطفى**: التحكيم في المنازعات الإدارية ،ملتقى التحكيم والقضاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المحكمة العليا يوم 16 مارس 2009،ص02.

2- المادة458 مكرر من المرسوم التشريعي 25 افريل 1993.

3- **د.تواري ثاني مصطفى**: المرجع نفسه،ص02.

في الوقت الذي نصت فيه المادة 1006 على إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام في علاقتهم الاقتصادية الدولية وفيما يخص الصفقات العمومية دون تمييز بين الصفقات الوطنية والصفقات التي تبرم مع متعاملين أجانب.

2- حالة أحكام التحكيم غير الملزمة أو الموقوفة أو المحكوم ببطلانها:

تجيز المعاهدة رفض تنفيذ أحكام التحكيم التي لم تصبح بعد ملزمة للطرفين. وللبطلان حجية دولية عامة في كافة الدول الموقعة على المعاهدة.[1]

3- حالة عدم القابلية للتحكيم:

تجيز معاهدة نيويورك رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم طبقا لقانون الدولة المراد تنفيذه فيها ورغم عدم نص القانون الجزائري الجديد، على هذه الحالة فان المحاكم الجزائرية ترفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولية في الجزائر إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم.[2]

1- **د.اكثم الخولي**:المرجع السابق،ص25.

2- **د.اكثم الخولي**:المرجع نفسه،ص26.

الفصل الثاني

التحكيم في العقود الإدارية الدولية

أو الخارجية

الفصل الثاني:

التحكيم في العقود الإدارية الدولية أو الخارجية.

رغبة من المشرع في جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، و تفرق اغلب التشريعات الحديثة ومنها التشريح الجزائري والفرنسي والمصري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويختص التحكيم الدولي، بأحكام متميزة مختلفة عن التحكيم الداخلي من عدة نواح ومن بينها التزام أغلب دول العالم حاليا باتفاقية نيويورك التي أبرمت في عام1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية، كما نظمت كذلك كيفية التعاون بين مختلف الدول . وهذا ما ارتأينا دراسته في هذا الفصل بحيث تقسم إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: العقد الإداري دو الطابع الدولي.

المبحث الثاني: معايير اكتساب العقد الصفة الدولية .

المبحث الثالث: نماذج لعقود إدارية ذات طابع دولي.

المبحث الرابع: الوضع في الاتفاقيات الدولية.

المبحث الأول:

العقد الإداري ذو الطابع الدولي

لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أهمية بالغة مرجعها ما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وتميز الأحكام ومنازعاتها ،بالنظر لخصوصية العقود الإدارية بصفة عامة فإن إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود فسيجعلها تكتسب طابعا خاصا وهو ما أدى لاختلاف الفقه في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما يترتب على ذلك من آثار.

العقد الإداري ذو الطابع الدولي هو عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب ،وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروط غير مألوفة في العقود الداخلية ويخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام وفي البعض الآخر للقانون الخاص.

ليس كل عقد متعلق باستغلال الموارد الطبيعية يمكن أن يبرم مع متعاقد أجنبي ومثال ذلك استغلال مقالع الحجارة [1] والمرامل لا يمكن أن يخصص إلا للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، كون هذه الأخيرة تتم عن طريق المزايدة

وحسب القانون المتضمن قانون الصفقات العمومية تمنح الصفقة للمتعهد الذي يقدم أول ثمن للمؤسسات الجزائرية [2]، فعرف من قبل العديد من الفقهاء كما تطرقنا له سابقا إذن على حسب قول الدكتور عبد الحميد مصطفى بأنها عقود تبرم بين دولة من ناحية أو من يعمل لحسابها وبمشروع خاص أجنبي، فيكون موضوعا إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل.

كذلك عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة القانونية مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد.

كما ان تلك الاتفاقيات التي بواسطتها تتفق السلطات العامة مع الشركات الخاصة في إطار اقتصاديات متضافرة من أجل الحصول على مساعدتها في التخطيط أو مهام أخرى للسياسة الاقتصادية .

[1]. المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 188/08 المؤرخ في 1 يوليو 2008 المتضمن كيفيات منح رخصة استغلال مقالع الحجارة والمرامل وتعليقها وسحبها ج.ر عدد 37

[2] أستاذة بودلال فطومة ، إبرام الصفقات العمومية في الجزائر – دار الفكر والقانون 2012 ،ص 20

المطلب الأول: الشروط اللازم توافرها ليكتسب العقد الصفة الإدارية

يجب توافر مجموعة من الشروط الشكلية و الموضوعية ، لأن هذا الأخير سيؤدي لسلب الاختصاص من قضاء الدولة و جعل القضاء الخاص المتمثل في قضاء التحكيم ، هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ و تكون متعلقة بهذا العقد و تتمثل هذه الشروط في الكتابة و التي تعد أهم هذه الشروط، فبوجوده يوجد اتفاق التحكيم ، و تبرر هذه الحاجة للكتابة لقرينة الإثبات و يجسد إرادة كلا الطرفين في التحكيم إلى جانب هذا الشرط توجد جملة أخرى من الشروط متعلقة بكل من الرضا ، المحل و الأهلية.

و لدراسة الشروط الواجب توافرها ليكتسب العقد الصفة الإدارية ،لابد من دراستها في نقطتين أو شرطين و تكون كالآتي:

الفرع الأول: الشروط الشكلية .

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

الفرع الأول : الشروط الشكلية..

وهي أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام [1] سواء كان هذا الشخص العام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية (الولاية ،البلدية) والأشخاص المصلحية او المرفقية كالمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري وأشخاص عامة مهنية [2] ،كالنقابات والاتحادات المهنية والتي اعترف لها بالشخصية المعنوية.

الدولة كطرف في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

الدولة بوصفها أحد أشخاص القانون الدولي العام ،تظهر الصعوبة إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة و إنما هو جهاز تابع لها .

- **الاتجاه الأول:** حسب رأي هذا الاتجاه هو أن عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي لكن إذا تمت هذه العقود من قبل أجهزتها فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي [3]

[1] Nadine poulet –gibot leclerc droit administratif 5 sources moyenscontrôles-m Br2ql. Paris 3e;e ED/2007 m P130

[2]. د.عصمت عبد الله الشيخ ،ص 91

[3]حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ط2007 ،ص37

- **الاتجـــاه الثـــاني:** عقـــود الدولـــة [1] هـــي كـــل العقـــود الـــتي تبرمهـــا هـــي بنفســـها والتي تقوم بإبرامها كذلك أجهزتها التابعة لها. [2]

تحديـــد المقصـــود بالأجهـــزة التابعـــة لدولـــة في العقـــود الإداريـــة ذات الطـــابع الـــدولي وهـــذا بتعـــدد المعـــايير الـــتي اســـتند إليهـــا عنـــد إبـــرام الأجهـــزة التابعـــة للدولـــة ،عقـــود دوليـــة ومـــن ثم يكـــون العقـــد الـــذي يـــبرم يأخـــذ وصـــف العقـــد الإداري ذو الطـــابع الدولي.

و هنـــاك عـــدة معـــايير ظهـــرت ،و نتجـــت عنهـــا أحكـــام قضـــائية و أراء فقهـــاء ، فتكـــون مـــن خـــلال تـــوافر مجموعـــة مـــن العناصـــر الـــتي يـــتم اســـتقراؤها مـــن النظـــام الأساســـي أو القـــانون الـــتي أنشـــأ الجهـــاز المتعاقـــد مـــع الطـــرف الأجنـــبي و الأنظمـــة القانونيـــة الحاكمـــة لتصـــرفاته ووســـائل تمويلهـــا ،و تكمـــن تبعيـــة و يكـــون الجهـــاز التابع للدولة قد تصرف بناء على توجيهات الدولة و لحسابها

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية .

تتمثـــل هـــده الشـــروط في تعلـــق العقـــد بتســـيير مرفـــق عـــام و تضـــمن العقـــد شـــروط غـــير مألوفـــة ، إلا أن خضـــوع العقـــد لقـــانون الصـــفقات العموميـــة لا يعتـــبر بمثابـــة عقـــد إداري

[1]. نفسه ،ص 38

[2]. المادة 35 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار.

المطلب الثاني :اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي.

هناك اختلاف في المجمع بين الفقه و القضاء في المعايير القانونية .

إن العقود الإدارية تقوم على عدة شروط تحددها نظرية العقد الإداري كما هو الوضع في مصر وفرنسا وهي:

- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.
- أن يتصل العقد بمرفق عام.
- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد.

في مصر:

سيلتزم ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة أي أن تكون الإدارة طرفا في العقد، وأن يتصل العقد بمرفق عام وأن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد، حتى يكتسب العقد الصفة الإدارية.

في فرنسا:

يستلزم ضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد كشرط لازم وضروري، أما الشرطين الآخرين أن يتصل بمرفق عام، وان يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد فهذا الشرطين لا يستلزم توافرها معا فيكفي أن يتصل بمرفق عام وان يتضمن شروط استثنائية.

ولهذا سوف تقسم الدراسة إلى ثلاثة مطالب:

الفرع الأول: الإدارة طرفا في العقد.

الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام.

الفرع الثالث: تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

و سنتناولهم بالتفصيل على النحو التالي:

الفرع الأول: الإدارة طرفا في العقد.

والمقصود بأن تكون الإدارة [1] طرفا في العقد أي أن يكون احد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام.

وينقسم أشخاص القانون العام إلى:

أ. **أشخاص إقليمية** :وهي التي يتم تحديدها على أساس إقليمي كالدولة والمحافظات والمديريات والمدن والقرى.

ب. **أشخاص عامة مرفقيه**: وهي التي يتم تحديدها على أساس نوع النشاط المحدد لها. كالهيئات العامة.

ج. **أشخاص عامة مهنية**: والتي استقر القضاء الإداري. اكسباها الشخصية المعنوية في كل من مصر وفرنسا.

[1] – **د.عبد الفتاح صبري أبو الليل** :أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر 1994، ص32.

كما يجوز أن يبرم العقد الإداري بين أفراد يتصرف احدهم باسمه ولمصلحة جهة الإدارة، وبالنسبة للعقد الذي تبرمه الهيئة أو المؤسسة الخاصة التي تتولى إدارة المرفق العام لا يعتبر عقدا إداريا ،بل من عقود القانون الخاص لكن يمكن لذلك العقد أن يكتسب الصفة الإدارية.

إذا ما تعاقدت هذه المؤسسة أو الهيئة باسم شخص من أشخاص القانون العام[1].

اكتساب العقد الصفة الإدارية.

إذا كانت شروط التي تضمنها العقد المبرم بين الإدارة وأحد الأطراف وطنية كان أو أجنبيا يستلزم لكي يكون عقدا إداريا يضاف لتعلقه بتسيير مرفق عام أن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة. في عقود الأفراد وتضفي على العقد الصفة الإدارية. من كانت الإدارة طرفا فيه وتعلق بتسيير مرفق عام.

الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام.

فالمرفق العام هو منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءا من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجات عامة[2]وهو كذلك كل نشاط تباشر سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام[3].

[1]- **د.عصمتعبد الله الشيخ** :التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية 2008، ص94.

[2]- **د.عمرحلمي**:معيار تمييز العقد الإداري،دار النهضة العربية،1993،ص110.

[3]- **د.علاء محي الدين مصطفى أبو احمد** :التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،دار الجامعة الجديدة،ص64.

ولا يشترط أن يتصل العقد بالمرفق العام على صورة معينة، وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية العليا. "أن مناط العقد الإداري .أن تكون الإدارة احد أطرافه وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بخدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة أوجه المصلحة العامة".[1]

فتعددت تعاريف الفقهاء للمرفق العام فركز بعضها على عنصر السلطة العامة، بينما ركز الجانب الأخر على عنصر الخدمة.

إذن المرفق العام هو الجهاز الإداري الذي يدير نشاطا عاما معينا أو بأنه نشاط تديره الإدارة لتحقيق الصالح العام[2] وتعلق العقد بمرفق عام يعتبر شرطا ضروريا لاكتساب العقد الصفة الإدارية، وأيدت ذلك المحكمة الدستورية العليا حيث قضت بأنه" يتعين لاعتبار العقد إداريا أن يكون احد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفة سلطة عامة وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه.

فالبعض ذهب فقط للقول بأنه يكفي أن يتصل العقد بالمرفق العام.

[1] - **د.علاء محي الدين مصطفى أبو احمد**:المرجعنفسه،ص65.

[2] - **د.عصمت عبد الله الشيخ**:مبادئ الأساسية في العقود الإدارية،دار النهضة العربية،1997،ص30.

وهناك ثلاث نظريات حول اتصال العقد بالمرفق العام.

* نظرية الهدف المباشر.
* نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.
* نظرية الأوضاع الخاصة للتسيير.

1- نظرية الهدف المباشر:

ويرى أصحاب هذه النظرية إن العقد يكون إداريا إذا كان موضوعه تحقيق غرض المرفق العام حالا ومباشرا أما العقود التي لا تحقق غرض المرفق العام بصورة حالة ومباشرة فإنها تكون عقودا مدنية أو تجارية.[1]

2- نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:

ومختصر هذه النظرية أن العقود التي تتضمن مشاركة عارضة أو مؤقتة من قبل المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام تعتبر عقودا مدنية والعقود التي تتضمن مشاركة دائمة من قبل المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام تعتبر عقودا إدارية.[2]

[1] - **د.علاء محي الدين مصطفى أبو احمد** :التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،مرجع السابق،ص66.

[2] - **د.ثورية لعيوني**:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،ص67.

3- نظرية الأوضاع الخاصة للتسيير:

وهي أن هناك بعض المرافق العامة ينظمها القانون بطريقة تضفي على عقودها الصفة الإدارية، مثلا التطوع في الجيش.[1]

إلى أن القضاء الفرنسي ظل مترددا بين معيار المرفق العام وفكرة الشروط الاستثنائية وذلك حتى صدر حكم الزوجين Bertin في 20 ابريل 1956 وحكم

société de transports gondant frères في 11 مايو 1960.[2]

استنادا لمبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم يقتصر على العقود الداخلية أو الوطنية، ولا يسري على العقود ذات الطابع الدولي التي تبرمها الأشخاص المعنوية العام. كما أصدرت كذلك محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام تؤكد فيها أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام والشركات الأجنبية يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم.[3]

ولقد أيد جانب الفقه الفرنسي هذا الاتجاه القضائي حيث أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي .[4]

---

[1]– **د.علاء محي الدين مصطفى أبو احمد**:التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ،المرجع السابق،ص67.

[2]-Rêne chapes،droit administratif général.T .I .4ed،paris،Montchrestien، 1988.p366.

[3]– **د.الشريف يوسف خاطر**:التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه،مرجع سابق،ص131.

[4] - H .Motulsky. note sous C A de paris.1er ch.10 avril1957.société M yrtoon stem chip .c.ministre de la Marine marchande. J C P 1957 :II :N°10077 .

واصدر مجلس الدولة رأيه الشهير في 6 مارس 1986 برفض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقد المبرم بين الدولة والشركة الأمريكية استنادا إلى أن العقد المبرم بينهما عقد إداري يختص بنظر النزاع بشأنه القاضي الإداري، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية إلا وجد نص خاص يجيز ذلك. وأمام هذا المرفق الرافض من جانب مجلس الدولة تدخل المشرع الفرنسي واصدر القانون 972/86. في أغسطس 1986 أجاز المشرع في المادة 9 اللجوء إلى التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي.[1]

ويشمل كل أنواع العقود التي تبرمها الدولة ويشترط كذلك أن يكون العقد مبرما بين احد أشخاص القانون العام وشركة أجنبية من اجل تحقيق مشروع ذات نفع عام.

بينما يذهب القضاء المصري إلى ضرورة تعلق العقد بمرفق عام أيا كانت درجة العلاقة.

[1]-AUX termes de l article 9 de la loi n°86-972du 19 aout 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales": par dérogation al article 2060 du code civil،l état، les collectivités territoriales et les établissements public sont autorises ،dans les contrats qu' ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d opérationsd intérêt national ،a souscrire des clauses compromis - sosies en vue du règlement ، le cas échéant définitif ،de litiges lies a l applications et l interprétation de ces contrats"

الفرع الثالث: تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد .

يقصد بالشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تؤدي إلى عدم المساواة بين المتعاقدين فتعطي للشخص العام وضعا متميزا في مواجهة المتعاقدين معها"[1] أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي يعتبره شرطا تخييريا بينه وبين شرط اتصال العقد بمرفق عام اتصالا وثيقا، ولهذا إن معيار السلطة العامة هو المعيار الحقيقي في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد.

كما ذهب Waline إلى أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا نجدها عادة في عقود الأفراد لأنها ستكون باطلة بسبب مخالفتها للنظام العام، لأنها أدرجت في العقد من قبل السلطة الإدارية لاعتبارات المصالح العامة التي هي غريبة عن الأشخاص الخاصة عند إبرام عقودها.[2]

إذن الفقه الفرنسي يكتفي باحتواء العقد على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون وتكون العقود إدارية متى كان موضوعها اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام .

أما بالنسبة للفقه والقضاء المصري يعتبر شرط تضمين العقد شروطا استثنائية شرطا ضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

[1]- rêne chapus ": unit droit administratif général "4e éd ، T .I .Paris. Montchrestien، 1988 ، p361.

[2] -M.Walime".traité du droit administratif . 1963 . P572.

كما حاول الفقه المصري كذلك وضع تعريف للشروط الاستثنائية منها دكتور .مصطفى و الدكتور أبو زيد، شروط لو وضعت في عقد مدني لقضي القانون ببطلانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائما كذلك بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الإنسان أن يراها في عقود القانون الخاص.[1]

فتحرص المحكمة الإدارية العليا على الجمع بين الضوابط الثلاثة، العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[2]

[1] – **د.مصطفى أبو زيد فهمي**:"القضاء الإداري ومجلس الدولة"الطبعة الرابعة،1976،ص133.

[2] – حكم المحكمة الإدارية العليا 30 ديسمبر1967 المجموعة 13،ص359.

المبحث الثاني:

معايير اكتساب العقد الصفة الدولية

إن العقد الإداري سواء كان ذا طابع دولي أو وطني يخضع لأحكام ومبادئ القانون الإداري الداخلي، بينما العقد الدولي يخضع لأكثر من نظام قانوني.

وهناك العديد من المعايير التي يكتسب بها العقد أو يصبح العقد دوليا فهناك المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وكذلك هناك المعيار المختلط.

فبالنسبة للمعيار الواجب الإتباع لتحديد دولية العقد في مجال القانون الدولي الخاص.

فيذهب جانب من الفقه الايطالي إلى التفريق بين العقد الدولي والعقد الوطني على أساس القانون الذي يخضع له العقد، فإذا كان العقد يخضع للقانون الداخلي فهو عقد وطني، وإذا يخضع لقانون آخر فهو عقد دولي[1].

فيستخلص الصفة الدولية للعقد من مجرد اختيار المتعاقد للقانون الذي يحكم العقد.

[1]- pommier)jeam Christophe :« principe d autonomieet loi du contrat en droit international privé conventionnel »، thèse paris ، 1992.p133.

المطلب الأول: المعيار القانوني.

يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية وهي أن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بدولة أو أكثر أي اتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.[1]

إذ لابد من اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني واحد للقول بدوليته، وإذا اتصل بنظام قانوني واحد فيعد في هذه الحالة عقدا وطنيا.

وهنا مزيج من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي فيطلب توفر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية.

فالمعيار القانوني يحدد الطابع الدولي للرابطة العقدية، فاعتبر الفقه الحديث أن عنصر محل التنفيذ وعنصر اختلاف موطن المتعاقدين تعد من العناصر الأساسية والمؤثرة في اكتساب العقد الصفة الدولية .[2]

إذن المعيار القانوني هو اتصال الرابطة العقدية بنظام قانوني أجنبي[3] .

[1] - **د.عصمت عبد اله الشيخ**- التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مرجع سابق ،ص104.

[2] -**د.هشام علي صادق** – عقود التجارة الدولية ،دار المعارف،1995،ص61.

[3] - **د.محمد العزيزبكر**،العقد الإداري عبر الحدود،ص61.

المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي.

يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار، إذا كان يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي إذا كان ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة فيترتب عليه تبادل الأموال والخدمات عبر الحدود.[1]

ونستنتج دولية العقد حسب المعيار الاقتصادي في عدة نقاط .

أ. إذا استنتج العقد عملية التبادل بين الدول من أموال وخدمات.

ب. إذا اتصل العقد بمصالح التجارة الدولية.

ج. كذلك يعد العقد دوليا إذا تعدى حدود الدولة وخرج عنها .

وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار في حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية وهو" أن العقد يعتبر دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية، ولو كان خاليا من العنصر الأجنبي، ويعتبر العقد داخليا إذا لم يترتب عليه مدفوعات داخلية."[2]

[1] – **د.عصمت عبد الله الشيخ** ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،المرجع السابق،ص106.

[2] – **د.احمد عبد الكريم سلامة:**"العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية" بدون دار نشر ،1984،ص14.

المطلب الثالث: المعيار المختلط .

لا تقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى صناعية، تجارية وأوضاع اتصال العقد بالمرفق العام متعددة حية بحيث.....إن معيار المميز لهذه العقود الإدارية ....في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسيير أو إدارية أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه.....؟

كما أضافت المحكمة الإدارية العليا صفة المرفق العام على المشروعات الجديدة[1]،حيث تؤكد فيه أن تنظم المهن الحرة عارض والمحاماة والهندسة هي مرافق عامة مما يدخل أصلا في صميم اختصاص الدولة، مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم .

المطلب الرابع: معيار اتباع وسائل القانون العام.

إن للمتعاقدين حرية اختيار أساليب التعاقد فإما أن يتعبوا أسلوب القانون الخاص، فيكون العقد عقدا مدنيا، أو يتبعوا أسلوب القانون العام فيكون العقد عقدا إداريا[2].

وهنا مزيج من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي فيطلب توفر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها في نفس الوقت بمصالح التجارة الدولية.

[1]- حكم المحكمة الإدارية العليا في 12 افريل 1958.

[2]-**د.إبراهيم محمد علي/د.جمال عثمان جبريل**:العقود الإدارية 1996/1995.

ولكي يعتبر العقد عقدا إداريا يجب أن يتضمن أساليب القانون العام والتي تتمثل في الشروط الاستثنائية[1] وان كانت هذه الأخيرة لا تعتبر عنصرا ضروريا من عناصر العقد الإداري. في القضاء الفرنسي إلا في حالة عدم اتصال العقد اتصالا وثيقا بمرفق عام[2] وتعتمد الدولة في إبرامها وتنفيذها على أساليب القانون العام ووسائله وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه العقود واردة في العقد ذاته أو مقررة بمقتضى القوانين أو اللوائح.

وللإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة وحق تعديل شروطه بإرادتها المنفردة[3].ذلك وعرفت محكمة النقض الفرنسية ومحكمة التنازع ومجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط التي لن توجد عادة في القانون الخاص.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف الشروط الاستثنائية[4]"هي تلك الشروط التي تمنح طرفي العقد حقوقا أو تضع على عاتقها التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للأفراد العاديين الاتفاق عليها في إطار القوانين المدنية والتجارية"[5].

واحتواء العقد على شروط استثنائية تكون خارقة للشريعة العامة وهي تلك التي تمنح امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص للإدارة مثلا حق الإدارة في فرض شروط بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها أو جزاءات.

---

[1] – **د.شريف يوسف خاطر**:التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه،مرجع سابق،ص40.

[2] – **د.جابر جاد نصار**:الوجيز في العقود الإدارية،دار النهضة العربية ،طبعة2000،ص100وما بعدها.

[3] – **المستشار وائل عز الدين يوسف**:التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ،دار النهضة العربية،2010،ص09.

[4] – حكم صادر في 15 فبراير 1935م عن مجلس الدولة الفرنسي .

[5] – société français de construction mecanique.rec.p201.

ويحاول الفقه تأصيل الشروط الاستثنائية بالقول بأنها شروط لو وجدت في عقد مدني لاعتبرت باطلة ،أو أنها شروط مستحيلة.

أولا يفكر فيها المتعاقدان في إطار القانون المدني، أو أنها شروط غير معتادة في العقود المدنية.[1]

ولقد حاول مجلس الدولة المصري وضع تعريف للشروط الاستثنائية أو الغير مألوفة في القانون الخاص فقضى بان "علاقة العقد بلا مرفق إذا كانت ضرورية لكي يعبر العقد ادريا فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتبارا قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ انه مع اتصال العقد العام فان الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها .في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فيتبع بشأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن تم فان المعيار المميز للعقود الإدارية عما غيرها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليست هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور: مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد"[2].

إذن يوجد اختلاف بين الفقه الفرنسي والمصري جول تعريف الشروط الاستثنائية أو غير مألوفة في القانون الخاص.

[1]- **د.سعادالشرقاوي**:العقودالإدارية،دار النهضة العربية،2008،ص16.

[2]- محكمة القضاء الإداري :16 ديسمبر1956،دعوى رقم 223 لسنة10ق.

المبحث الثالث:

نماذج لعقود إدارية ذات طابع دولي

هنـــاك العديـــد مـــن العقـــود الـــتي يصـــنفها الـــبعض في خانـــة العقـــود التجاريـــة الدوليـــة نظـــرا للتشـــابه الموجـــود بينهـــا وبـــين عقـــود التجـــارة الدوليـــة وظهـــرت هـــذه العقـــود من جراء التقدم المتزايد بين الإدارة والأشخاص أو الشركات الأجنبية.

التحكيم في العقد الإداري الدولي:

تـــبرز أهميـــة التحكـــيم في العقـــد الإداري الـــدولي في أن المحكـــم الـــدولي ســـوف يتطرق ويطبق قانونا مغايرا عن العقد الإداري

وتعـــرض مجلـــس الدولـــة الفرنســـي في قضـــية ديـــزني لانـــد بـــين شـــركة ديـــزني الأمريكيـــة والدولـــة الفرنســـية ، لأن الشـــركة الأمريكيـــة أرادت أن يتضـــمن العقـــد بنـــدا تحكيميـــا يضـــمن لهـــا كطـــرف ، و إن القضـــاء الأمريكـــي لا يختلـــف كثـــيرا عـــن نظامهـــا القضائي فنظام القضاء الإداري ليس معروفا في الدول الأنجلو أمريكية [1].

1. د.هاني محمود حمزة ،النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية ، (مرجع سابق ،ص 54.

وهنـــاك بعـــض الـــدول العربيـــة محطـــات مهمـــة في حســـم مســـألة التحكـــيم في العقد الإداري الدولي مثلا القانون المصري.

تـــبرم الدولـــة ثـــلاث أنـــواع مـــن العقـــود وهـــي العقـــود الخاصـــة والعقـــود الإداريـــة الداخلية والعقود الإدارية الدولية [1] و تعتبر صـور من العقـد الإداري الدولـي:

تتعـــدد النمـــاذج القانونيـــة للعقـــود الإداريـــة الدوليـــة فهـــي عقـــود تتطـــور بســـرعة كبيرة ومن هذه العقود مثلا:

المطلب الأول: عقـود الأشغـال العامـة الدوليـة.

المطلب الثاني: عقد الامتياز.

المطلب الثالث: عقد البوت.

1.د. سامي منصور ،جواز التحكيم في عقود الإدارة ،المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ،العدد ال21 ،بيروت ،2002 ،ص7

المطلب الأول :عقـود الأشغـال العامـة الدوليـة.

تعتـبر مـن أهـم العقـود الإداريـة ولا يوجـد تعريـف تشـريعي للأشـغال العامـة وإنمـا هـو فقـط بعـض التشـريعات الخاصـة الـتي يوصـف فيهـا المشـرع بعـض الأشـغال بأنها أشغال عامة[1].

وهـذه الأخـيرة دائمـة التطـور، والمشـرع الفرنسـي جعـل المنازعـات المتعلقـة بالأشـغال العامـة مـن اختصـاص القاضـي الإداري وذلـك بموجـب المـادة الرابعـة مـن قانون 28ماي للسنة الثامنة للثورة الفرنسية [2].

وذلـك لأن عقـود الأشـغال العامـة مـن أوائـل العقـود الإداريـة بتحديـد القانون وهي ذات الوقت عقود إدارية بطبيعتها.

الفرع الأول: الطبيعـة القانونية لعقـود الأشغـال العامة الدولية.

أنكـر بعـض الفقـه الصـفة الإداريـة عـن عقـد الأشـغال العامـة الدوليـة لأنهـا تتضـمن شـرط الثبـات التشـريعي[3] وشـرط ثبـات العقـد يـؤدي بـدوره إلى تقلـيص السـلطات الاسـتثنائية الممنوحـة لجهـة الإدارة في عقودهـا الإداريـة والـتي تكـون في

[1]. Jean Marie Anby- Piene Bon- droit administratif des biens – Domaines travaux publics –Expiration Precis DALLOZ 2ED 1993- P200

[2]. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالةدكتوراه، جامعة عين شمس، مصر1979، ص 8

[3]. عصمت عبد الله الشيخ (المرجع السابق)، ص 119

خضوع العقد للمتغيرات التشريعية في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الأعمال بجانب خضوعه للشروط الاستثنائية الأخرى غير المألوفة في عقود القانون الخاص.

الفرع الثاني: عقد الأشغال الدولي.

يعتبر هذا العقد من العقود الإدارية الدولية ،حيث هو توافق إرادتين جهة الإدارة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام وتحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء شخص معين.

وله نفس الإشكالات القانونية التي تتعرض لها عقود الدولة عموما ،القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع. وهذا النوع من العقود يخضع لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة [1].

أورد الفقه العربي والفرنسي الكثير من تعاريف عقد الأشغال العامة ويتفق معظمها على عناصر تكييف القضاء للأشغال بأنها عامة.

فالفقيه الفرنسي Delaubadere عرفه بأنه ذلك العقد الإداري الذي تكلف الإدارة بموجبه شخص بتنفيذي أشغال عامة مقابل ثمن [2].

1. د. محمد عبد المجيد إسماعيل ،عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت 2003 ،ص32

2.Andre de laubadere–traite Elémentaire de droit administratif – 5ED 1970- P 267

وهو عقد يبرم بواسطة أشخاص القانون العام ولحسابها بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار يخضع لنظام قانوني خاص ،ليس مغايرا لعقود القانون الخاص بل ولنظام العقود الإدارية الأخرى [1].

ويجب توافر ثلاثة عناصر أساسية في العقد حتى يوصف بعقد الأشغال العامة وتتمثل هذه العناصر في:

- أن يكون موضوع الأشغال عقارا فتعتبر عقود أشغال عامة تلك الاتفاقات التي يكون موضوعها منصبا على عقار بالطبيعة أو بالتخصيص. مثلا عملية الحفر، البناء، الترميم، مد الخطوط الكهربائية ...الخ وهذه العقود أضفى عليها مجلس الدولة صفة عقود الأشغال العامة بالمفهوم الواسع.
- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام كون عقد الأشغال العامة ذو طبيعة إدارية يعني أحد طرفيه على الأقل شخصا معنويا عاما وإلا لما أطلق عليه وصف العقد الإداري ويكون من العقود المحددة طبيعتها

[1] د. وليد فاروق جمعة حماية المقاول من البطن في إطار عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2000، ص386.

الإدارية من قبل المشرع أو وفقا للمعايير المستخلصة من اجتهادات القضاء [1].

- أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق نفع عام وهذا الأخير يؤسس تكييفه للأشغال العامة على طريقة تنفيذ الأشغال أو على من تؤول إليه الأشغال.

يمكننا الوصول إلى نتيجة مفادها أن تتطلب انتقال مستلزمات الإنشاء من معدات ومواد وخدمات والأموال [2] من دولة لأخرى فهي تكتسب الطابع الدولي ولا يمكن إدراجها ضمن عقود القانون الخاص لأنها تتسم بذاتية خاصة تميزها عن بقية العقود المدنية الداخلية أو العقود الدولية الأخرى [3].

كما أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تحمل في طياتها شروطا جديدة دخيلة على مفهوم العقد الإداري والتقليدي كشرط اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات التي تنشأ أو نشأت كما أن الأشخاص الأجنبية التي تمارس نشاط البناء والتشييد يفضلون تسوية منازعاتهم تسوية داخلية وهذا لأن هناك أشخاص مؤهلين لهذه الأمور وعلى دراية بها ،ويستعين الأطراف عادة بشروط تصدر عن هيئات متخصصة في هذا المجال مثلا الاتحاد الدولي للمقاولين

[1]. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء احكام القضاء الفرنسي والمصري، دارالنهضة، العربية، 1995.،ص69

[2]. د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية، القاهرة الطبعة الثالثة ،2005، ص5

[3]. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالثة أفريل، ص7

الأوروبيين للمباني والأشغال العامة، وقد لاقت شروط الاتحاد اسم شروط **الفيديكFIDIC** قبولا دوليا في معظم دول العالم[1].

وإن استدعت طبيعة النزاع ولم تحل الإشكالات والنزاعات عن طريق الصلح فيلجئون إلى التحكيم مع مراعاة النظام التي يجري من خلاله التحكيم لخصائص صناعة البناء والتحكيم اعتبرته نماذج عقود **الفيديك** في طباعتها الخطوة الأخيرة لحل أو تسوية منازعاتها [2].

فالدولة المتعاقدة إذا لم تضع الاتفاقية بشكل صحيح مما يجعل قانون دولة أجنبية هو الواجب التطبيق والذي لا يتناسب مع طبيعة هذا النوع من العقود فلهذا يجب أن تكون صياغة واضحة بعيدة عن الغموض خصوصا نقطة القانون الواجب التطبيق التي تشكل فجوة كبيرة في وجه الدول المتعاقدة كذلك على هذه الأخيرة وحفاظا على المال العام التحقق من مدى توافر الاعتماد المالي اللازم للإنفاق على المشروع قبل الإعلان عن المناقصة لكي لا يقعون في التأخر في إنجاز المشاريع وكذلك لجوء المتعاقد مع الدولة للتحكيم للمطالبة بالتعويض

1.
2. د أحمد شرف الدين (المرجع السابق)، ص 56

المطلب الثاني : تعريف عقد امتياز المرافق العامة:

عقد الامتياز يعتبر من أبرز العقود الإدارية الدولية على الأخص امتياز البترول

هي من أهم العقود الإدارية التقليدية ويعرف هذا الأخير بأنه عقد إداري يتولى شخص من أشخاص القانون الخاص ويسمى الملتزم بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلال مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ،ومع خضوعه لإشراف الدولة من ناحية الالتزام"[1].

ففي مصر وضع قانون رقم 129 سنة 1947 حدا أقصى لعقود الامتياز هو ثلاثون عاما ويختلف عن الترخيص باستغلال جزء من المال العام الذي هو مؤقت بطبيعته ويمنح لآجال قصيرة وغير قابل للتجديد ،ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه في أي وقت طبقا لنصوصها .

ومنح امتياز يتسم بطابع مؤقت وعبر وتملك السلطة العامة فسحة في الوقت التي تشاء إذا قدرت ان المصلحة العامة تفرض هذا [2].وتعتبر عقود الامتياز عقودا إدارية من نوع خاص ،وغن هذه العقود منحت الاستثمار المرافق العامة ،حيث لا يمكن وصفها بانها عقود بالكامل ،بل هي أعمال مختلطة تتضمن

1.د. هاني محمود حمزة ،النظام القانوني الواجب الإكمال على العقود الإدارية الدولية ،أمام المحكم الدولي ،منشورات العلي الحقوقية ،بيروت،ص44
2.نفس المرجع ،ص 40

أحكاما عقدية وتنظيمية معا لان الإدارة تحتفظ بسلطاتها في تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز[1]

وكذا عقد امتياز البترول من أبرز عقود الامتياز في التجارة الدولية.

الفرع الأول: عقد امتياز البترول:

هو عقد الذي تمنح بواسطته الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا وقاصرا على البحث في اقليمها عن البترول واستخدامه و استغلاله في خلال مدة زمنية محددة[2].

وهي من أهم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية نظرا لأنها كانت مسرحا لكثير من النزاعات وطرحت العديد من الإشكالات والنزاعات التي لا حل لها وكان التحكمين السبيل الوحيد لذلك بين الدول المنتجة للبترول وشركات الاستغلال الأجنبية.

المطلب الثالث: عقود البوت.

مشاريع البوت هي شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه الدولة ما مستثمر او مجموعة من المستثمرين امتيازا لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم

1. د. سامي منصور ،نظرة في التحكيم الدولي ،المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ،العدد 17 ،2001 ،ص5
2.د. حفيظة الحداد، محاضرات ألقيت على طلبة ديبلوم القانون الخاص في جامعة بيروت 2001

تشغيله واستغلاله تجاريا لمدة زمنية وهي من طرف الإدارة غير المباشرة للمرافق العامة الصناعية والتجارية تتشابه وتختلف في الكثير من النقاط مع عقود أخرى تعرفها الإدارة

وإن الغاية من اعتماد أسلوب BOT هي الإفادة من موارد القطاع لأغراض إنشاء البني التحتية دون الحاجة لتحميل ميزانية الدولة هذه الأعباء المالية ودون حاجة للدين العام ،وإن اللجوء إلى أسلوب البوت يساعد على اجتذاب الأموال الأجنبية للإفادة من فرص استثمارية ،مما يساعد الدولة المضيفة للاستثمار على الوصول إلى تكنولوجيات ومهارات غير متوافرة [1].

مصطلح البوت كلمة انجليزية وهي اختصار لثلاث كلمات البناءbuild التشغيل operate ونقل الملكية transfer وجدت العديد من التعريفات الفقهية لعقود البوت فعرفت بأنها " تلك المشاريع التي تمنحها الدولة بواسطة الامتياز الى القطاع الخاص بهدف إقامة البناء وتشغيل المشروع العائد للبنية التحتية وذلك لحساب القطاع العام وإدارته ضمن مدة محددة بعدها تنتقل ملكية المشروع الى شخص من القانون العام[2]

[1]. موقع الإنترنت : عقود البوت وطبيعتها القانونية WWW.DAMASCUSLAR.ORG

[2]. عصمت أحمد البهجي ، عقود البوت bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطية ، ط 2008 ،ص 13.

وهي تعهد من الحكومة او إحدى الوزارات او الهيئات التابعة لها مؤسسة خاصة محلية او أجنبية او مشتركة بإتباع وسائل معينة لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة كالطرق والمطارات والموانئ ومحطات الطاقة وغيرها على حساب المؤسسة ثم تقوم هذه المؤسسة بإدارة المرفق وتؤدي الخدمة بشرط محدد تحت إشراف الجهة المتعاقدة ورقابتها وكان هناك اختلاف في الطبيعة القانونية لعقود البوت بين قائل بأنها عقود إدارية وقائل بأنها عقود من عقود القانون الخاص .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد البوت.

هناك جدل بخصوص الطبيعة القانونية ،لعقود البوت بحيث البعض يرى ان هذه العقود هي عقود التزام مرفق عام وبالتالي تحكمها المبادئ العامة للعقود الادارية بينما يرى البعض الآخر ان عقود البوت هي عقود دولية، فاجتهاد القضاء الإداري في فرنسا قضى باعتبار ان المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته يبقى معيارا كافيا بحد ذاته لاعتبار العقد إداريا ويدخل في اختصاص القضاء الإداري وكذا مجلس الشورى الفرنسي.

إن منح التحكيم في العقود الإدارية هو مبدأ يتعلق بالنظام العام ويقضي إثارته عفويا.

والواقع العملي لعقود البوت في الجزائر تتميز هذه الأخيرة بنظام قانوني خاص ،يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني للعقود المدنية او عقود القانون الخاص.

والسبب في ذلك أن العقود الإدارية تستهدف خدمة المرافق العامة فتطبق عليه بعض الأحكام، فتتمتع الإدارة بسلطات واسعة أثناء التنفيذ ويترتب عن ذلك التزامات تقابلها حقوق للمتعاقد مع الإدارة.

المبحث الرابع:

الوضع في الاتفاقيات الدولية.

عدد من الدول صادقت على الاتفاقيات الدولية التي زادت من فرص لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في المجال الدولي، لأن التحكيم في العقود، الإدارية الدولية يكسب شرعيته ومجاله في التطبيق الداخلي، بحيث تعد تلك الاتفاقيات بمثابة قانون داخلي تلتزم به الدولة الموقعة على الاتفاقيات.

ولقد اهتمت الاتفاقيات الدولية منذ وقت مبكر بموضوع التحكيم التجاري الدولي، فمع مطلع القرن العشرين بدأ الاهتمام بانعقاد هذه الاتفاقيات، وكانت البداية مع اتفاقيتي جنيف 1923-1927 فهي أول خطوة للاعتراف الدولي بأهمية التحكيم في مجال التجارة الدولية.[1]

إن هاتين الاتفاقيتين لم تتعرض لمسالة أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم.

جاءت اتفاقية نيويورك1958 وتعرضت بطريقة غير مباشرة لمسالة أهلية الأشخاص العامة للتحكيم. وبعدها تناولت الاتفاقية جنيف وواشنطن مسألة

[1]- B .Hanotiau " l'arbitrabilité " Rec. des cours de droit inter national , tom 296 - 2002 p49,50.

أهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم[1] وذلك عن طريق السماح للأشخاص العامة التابعة للدول المتعاقدة بإبرام اتفاق التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات.

فسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نتناول فيهما الاتفاقيات.

المطلب الأول: اتفاقية جنيف المبرمة 21 ابريل 1961 .

تم وضع الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 بعد ست سنوات من العمل الدائم للجنة الاقتصادية الأوربية للأمم المتحدة وكان مع 22 دولة[2]تهدف هذه الاتفاقية إلى السماح إلى أشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية.

فأصبح الشخص العام في الدول المتعاقدة يتمتع بالأهلية التي تمكنه من اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات التي يكون طرفا فيها. كما يستطيع الأشخاص الطبيعيين الذين يتوافر لهم محل إقامة في دولة متعاقدة اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التي يكونون طرفا فيها،[3]والمتفحص لنصوص الاتفاقية فيظهر جليا تضييق اللجوء إلى التحكيم وقصره فقط بين

[1] – **د.رجب محمد السيد الكحلاوي**:حدود الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات العقود الإدارية،دار النهضة العربية2010،ص175.

[2]–L. kopelmanas.la place de la convention européenne sur l arbitarage commercial international du 21 avril 1961 dans l évolution du droit international de l arbitrage. AFDI :1961 ;P331 /332/333/334.

[3] – **د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة**،التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية الطبعة الاولى2006،ص147.

الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بشرط أن يكون لهم محل إقامة أو مقر في دولة متعاقدة ومختلفة، ولقد انضم إليها عدد من الدول غير الأوربية ككوريا والأردن وباكستان و سلفادور وقد نصت بعض المواد من هذه الاتفاقية على سريان أحكامها على اتفاقات التحكيم المبرمة من أجل تسوية النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية لهم في لحظة إبرام الاتفاقية، محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في دول متعاقدة أخرى ونصت المادة 2 على أنه:

1"- في الحالات المحددة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الاتفاقية فان الأشخاص المعنوية التي تعد وفقا للقانون المطبق عليها من الأشخاص المعنوية العامة، لهم القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة .

2-في لحظة التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية يمكن لكل دولة أن تصرح بتحديدها لهذه القدرة وهي قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم ضمن الشروط المحددة في التصريح"

ويشير الفقيه Patrikios إلى أن فرنسا لم يصدر عنها أي تحفظ بالنسبة لقدرة الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم[1] كما أن أحكام هذه

[1]- A patrikios.op.cit/p121.note86.

الاتفاقية لا تسري على المعاملات الداخلية، وأن تكون المنازعة متعلقة بعمليات التجارة الدولية.

المطلب الثاني: اتفاقية واشنطن 18 مارس 1965.

إن البنك الدولي لإنشاء والتعمير.B.I.R.D[1] على إيجاد أداة فعالة لتسوية هذه المنازعات بعيدا عن الإجراءات القانونية الوطنية. فتم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطن الدول الأخرى.

C.I.R.D.I[2]وهذا بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة 18 مارس 1965 وفي المادة 25 منها تنص المنازعات الناشئة عن مباشرة أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين احد مواطن دولة أخرى متعاقدة وانضمت إليها العديد من الدول.

فنصت المادة 25 فقرة 1 على انه "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات القانونية التي تنشأ عن مباشرة احد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو احد الجماعات العامة أو احد الهيئات التي تعينها الدولة وبين احد مواطني دولة

[1] - B.I.R.D la banque internationale pour la reconstruction etdéveloppement.

[2]-C.I.R.D.I : le centre international pour le règlement des différents relatifs oux investissements.

أخرى متعاقدة، ويلتزم أن يوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز وعندما يعطي الطرفان موافقتهما، لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة"

إذن تنص هذه المادة انه يلزم توافر عدة شروط لجعل الاختصاص معقودا للمركز الدولي لتسوية المنازعات ويقسم هذه الشروط إلى نوعين ذاتية وموضوعية[1].

إذن بواسطة هذه الاتفاقية أصبح مسموحا للأشخاص المعنوية العامة التابعين لدولة متعاقدة بالدخول طرفا في اتفاق تحكيم لتسوية منازعة متعلقة بالاستثمار فكذلك وفقا لنص المادة 54 من الاتفاقية فان الدول المنضمة إليها تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

حيث تضمن الدولة تنفيذ الالتزامات المالية الناشئة عن تلك الأحكام باعتبار هذه الأحكام وكأنها صادرة عن المحاكم القضائية الوطنية.

وتتصف أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالنهائية، بحيث لا يجوز الطعن فيها أمام أية محكمة تابعة للدولة المنضمة للاتفاقية.[2]

[1] - **د.وليدمحمد عباس**:التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية،دار الجامعة الجديدة،2010،ص367.

[2] - **د.احمد عبد المجيد عشوش**.التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار،دار النهضة العربية 1990،ص138.

هـــذه الاتفاقيـــة حققـــت الفائـــدة للمســـتثمر الأجنـــبي في الـــدول الناميـــة ذات التشـــريعات كثـــيرة التغـــير حيـــث أصـــبحت تلـــك الـــدول ملزمـــة باللجـــوء للتحكـــيم لتسوية المنازعات التي تثور مع المستثمر الأجنبي كنتيجة لانضمامها للاتفاقية.[1]

فالمشـــرع المصـــري أجـــاز تســـوية المنازعـــات المتعلقـــة بالاســـتثمار وفقـــا للنظـــام الـــذي نصـــت عليـــه اتفاقيـــة واشـــنطن أمـــر ينطبـــق علـــى جميـــع المنازعـــات المتعلقـــة بالاســـتثمار بغـــض النظـــر عـــن طبيعتهـــا القانونيـــة أو الوضـــع القـــانوني لأطرافهـــا إذ تكـــون المنازعـــة ذات طبيعـــة مدنيـــة أو تجاريـــة أو إداريـــة[2] ويجـــب ان يتصـــل بحـــق مـــالي يقبل الصلح والتصرف.

المطلب الثالث: اتفاقية نيويورك 1958

هـــذه الاتفاقيـــة أعـــدتها اللجنـــة المختصـــة بشـــؤون التحكـــيم التجـــاري الـــدولي لـــدى غرفـــة التجـــارة الدوليـــة 13 مـــارس 1953 كمشـــرع معاهـــدة قـــدم للمجلـــس الاجتماعي والاقتصادي للأمم المتحددة.

وأســـاس التفرقـــة بـــين قـــرار التحكـــيم الـــوطني والأجنـــبي وفقـــا لهـــذه الاتفاقيـــة هـــو مكـــان صـــدور القـــرار وعلـــى الـــرغم مـــن أن هـــدف الاتفاقيـــة هـــو تنشـــيط التحكـــيم في

[1] – **د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة**:المرجع السابق،ص149.

[2] – **د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة** :الأسس العامة للعقود الإدارية منشاة المعارف بالإسكندرية،2004،ص.....

مجال التجارة الدولية إلا أنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجاريا، فأحكام الاتفاقية تسري على كافة المنازعات ومنها منازعات العقود الإدارية فوفقا لما جاءت به المادة الأولى من الاتفاقية أنها تتعلق بقرار التحكيم. و المقصود بقرار التحكيم هو قرار التحكيم الأجنبي باعتبارها اتفاقية دولية تتجاوز نطاق المحلية.

أما المادة الثانية من الاتفاقية فان الدول الأعضاء لا تلتزم فقط بالاعتراف باتفاق التحكيم والمادة 2/55 الاعتراف بحكم التحكيم وفقا للقانون الوطني، والمادة 25 فقرة 3 من ضرورة الاعتراف باتفاق التحكيم فإنه إذا أقيمت دعوى أمام محكمة دولية متعاقدة بالاتفاقية موضوعها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فانه يجب عليها إحالة النزاع بناء على طلب احد الأطراف إلى هيئة التحكيم وإذا لم يطلب احد أطراف النزاع تلك الإحالة فلا تكون المحكمة ملزمة بإحالته للتحكيم.

وقد وجدت هذه الاتفاقية مجالها في التطبيق من جانب القضاء المصري كما ان المعاهدات في هذه الأخيرة لها قوة القانون العادي.

الخاتمة

الخاتمة

إن مسألة التحكيم في العقود الإدارية من المسائل الشائكة في النظام القانوني لعدم اتفاق التحكيم مع طبيعة العقد الإداري، وتبين لنا أن التحكيم في العقود الإدارية في ظل النظام الفرنسي ظل متأرجحا بين الجواز. و المنع دون النص صراحة على جواز التحكيم في العقود و بين القضاء الفرنسي بين التحكيم في العقود الإدارية و حظره و التحكيم في العقود الدولية فأجازه.

و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه، بأن حظر التحكيم في مثل تلك العقود ، لا يتعلق بالنظام العام الدولي، و لكنه يتصل بالنظام الداخلي.

بل لم تحسم هذه المسألة حتى في ظل التعديل التشريعي الأخير . الصادر بالقانون رقم 500 لسنة 1986 الذي أجاز شرط التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا، و تبرمها الدول أو أحد هيئاتها أو مؤسساتها العامة حيث وضع عدة شروط من بينها وجود عنصر أجنبي.

بينما التحكيم في العقود الإدارية في ظل النظام القانوني المصري قد تأثر بمرحلتين الأولى مرحلة ما قبل صدور القانون 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، حيث كان الاتجاه الغالب للقضاء الإداري هو حظر التحكيم في المنازعات المتصلة بالعقود بينما الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع لمجلس الدولة أقرت بجواز التحكيم في العقود الإدارية لكن رغم هذا بقي تضارب في الفقه و القضاء و حول جواز التحكيم في العقود الإدارية فجاء

القانون 9 لسنة 1997 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية بشرط النص الصريح عليه في العقد و بموافقة الوزير المختص[1] أما ما يخص القانون الجزائري الجديد. و موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية إذ لم يستقر القضاء في الجزائر على موقف ثابت من مسألة أهلية الدولة و المؤسسة العمومية لطلب التحكيم في العقود الإدارية فيما ذهب مجلس قضاء الجزائر في أحكام أخرى إلى جوازه.

أما التحكيم في العقود الإدارية الدولية تدخل المشرع بتعديل قانون جديد أجاز فيه التحكيم في هذا النوع من العقود و حتى القضاء الجزائري ساير هذا الموقف ، و هذا من الأسباب التي أدت النوع من العقود و حتى القضاء الجزائري ساير هذا الموقف ، و هذا من الأسباب التي أدت الجزائر إلى قبول اللجوء إلى التحكيم الدولي فكان هناك تفتح في التشريعات الجزائرية المعاصرة على التحكيم الدولي و الظروف الاقتصادية و المرحلة الانتقالية المتمثلة في تحرير الاقتصاد و أثاره على التحكيم الدولي و تفتح اقتصادها على جلب الاستثمار الخارجي.

و فيما يخص التوصيات التي استنبطت من أحكام القانون إجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد.

- وضع تعريف محدد لمعنى تجارية موضوع التحكيم الدولي.
- إلغاء النص على جواز الاستئناف في أحكام التحكيم الداخلية.
- النص على عدم جواز التنازل قبل صدور حكم التحكيم.
- إضافة الحالات المنصوص عليها في معاهدة نيويورك.

[1]- أنور أحمد رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية مقالة منشورة في مجلة الأمن و القانون رقم 200، ص220.

أما كون التحكيم أصبح ضرورة في زماننا المعاصر في حسم المنازعات فبات من الضروري تنظيم التحكيم في قوانين خاصة يراعى فيها توسيع نطاق التحكيم الداخلي باعتباره عملا قضائيا خاصا ذو حجية ذاتية في التنفيذ.

- توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.
- توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.
- توسيع نطاق التحكيم و تعزيز دوره من خلال إنشاء مجلس تحكيم في التجمعات التجارية لتخفيف العبء على كاهل القضاء و سرعة في حسم المنازعات.
- تنظيم التحكيم الداخلي و الخارجي في الجزائر و عدم حصر هذا التنظيم في قانون الإجراءات المدنية.
- تطوير التحكيم من خلال اعتماد و تعزيز التحكيم الإلكتروني هذا لمزاياه المتعددة.....إلخ

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا : باللغة العربية.

أ. المصادر

- د. القرآن الكريم
- د. إسماعيل الأسطل ،التحكيم في الشريعة الإسلامية ،الناشر مكتبة النهضة العربية .
- د. إدارة الفتوى المختصة.
- د. قحطان عبد الرحمان الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .
- د. المدخل الفقهي العام لفضيلة الأستاذ د. مصطفى الزرقا ،بند 685.
- د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقرنا بالقانون الوضعي –الجزء الأول، مؤسسة الرسالة بيروت ،ط 11 ،سنة 1992 .

ب. المراجع العامة:

- د. علي البدوي :أبحاث التاريخ العام للقانون ،الجزء الأول ،مطبعة الاعتماد الكبرى ،سنة 1947 .
- د. عمر ممدوح مصطفى :الموجز في القانون الروماني ،الجزء الأول ،مطبعة دار النشر الثقافية بالإسكندرية ،طبعة سنة 1953 .
- د. شفيق شحاتة :نظرية الالتزامات في القانون الروماني ،طبعة سنة 1956 ،بدون ناشر .
- د. فتحي والي :الوسيط في قانون القضاء المدني ،مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي 2001 -2002 .

- د. غسان علي : الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها .
- د. فتحي والي :الوسيط في قانون القضاء المدني ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1976 م .
- د. بد الباسط الواسع الضراسي- النظام القانوني لاتفاق التحكيم ،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، طبعة أولى.
- د. أمال الفزايري :دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم-دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري السعودي، الفرنسي والايطالي، منشاة المعارف بالإسكندرية،1993.
- د. عاشور مبروك:- النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية1998،مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة.
- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ،دار النهضة العربية 1996.
- د. عبد الفتاح صبري أبو الليل :أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر 1994،.
- د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشاة المعارف الإسكندرية،1995.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي: "القضاء الإداري ومجلس الدولة" الطبعة الرابعة،1976.
- د. هشام علي صادق – عقود التجارة الدولية ،دار المعارف،1995.
- د. محمد العزيز بكر، العقد الإداري عبر الحدود.
- د. احمد عبد الكريم سلامة: "العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية" بدون دار نشر ،1984.
- د. احمد عبد المجيد عشوش. التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دار النهضة العربية 1990.

- د. محمد بن ناصربن محمد اليجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية .
- د. سليمان الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة2005ن،دار الفكر العربي.
- د. فؤاد مهنا: القانون الإداري، دار المعارف،القاهرة،1981.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة :الأسس العامة للعقود الإدارية منشاة المعارف بالإسكندرية،2004
- د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية دار النهضة العربية ، مصر سنة 2007.
- أستاذة بودلال فطومة ، إبرام الصفقات العمومية في الجزائر – دار الفكر والقانون 2012
- د. ألن باكشون- التحكيم في مجال التامين، دراسة تطبيقية مقارنة عن دولة الإمارات والمملكة المتحدة ورقة عمل مقدمة الى مركز أبو ظبي في 1995/05/23.
- د. هاني محمود حمزة ،النظام القانوني الواجب الإكمال على العقود الإدارية الدولية ،أمام المحكم الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت
- د. ناصر لباد : الوجيز في القانون الإداري ، مطابع حسناوي الجزائر الطبعة الثانية،2007..
- د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في الدول العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالثة أفريل
- د. محمود محمد هاشم: "النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم، 1990، دار الفكر العربي.
- د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء احكام القضاء الفرنسي والمصري، دارالنهضة، العربية، 1995.
- د. عصمت أحمد البهجي ، عقود البوت bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطية ، ط 2008 .

- د. عزيـــــزة الشـــــريف: التحكـــــيم الإداري في القـــــانون المصـــــري، دار النهضـــــة العربية1993.
- د. ســـامي منصـــور ،جـــواز التحكـــيم في عقـــود الإدارة ،المجلـــة اللبنانيـــة للتحكـــيم العـــربي والدولي ،العدد 21 ،بيروت ،2002
- د. حفيظـــة الســـيد الحـــداد ،العقـــود المبرمـــة بـــين الـــدول والأشـــخاص الأجانـــب – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ط2007
- د. أحمـــد مـــاهر زعلـــول: أصـــول التنفيـــذ وفقـــا لمجموعـــة المرافعـــات المدنيـــة والتجاريـــة والتشريعات المرتبطة بها"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة 1994.
- د. أحمـــد شـــرف الـــدين، تســـوية منازعـــات عقـــود الإنشـــاءات الدوليـــة، القـــاهرة الطبعـــة الثالثة ،2005
- د. إبراهيم محمد علي/د. جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية 1996/1995.

ج. المراجع الخاصة:

- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري أو الاجباري، ط2001.
- د. حســـين شـــحاتة الحســـين: التحكـــيم في العقـــود الإداريـــة دراســـة في القـــانون الســـوري المجلد الأول ابريل2008.
- د. أحمـــد عبـــد الكـــريم ســـلامة :قـــانون التحكـــيم التجـــاري الـــدولي و الـــداخلي ،تنظـــير و تطبيق مقارن ، طبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،بدون سنة نشر.
- د. أحمـــد عبـــد الكـــريم ســـلامة: قـــانون التحكـــيم التجـــاري الـــدولي و الـــداخلي، مطبعـــة دار النهضة العربية، الطبعة الأولي، سنة 2004 .
- د. شـــريف يوســـف خـــاطر–التحكـــيم في منازعـــات العقـــود الإداريـــة وضـــوابطه ،دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى،،2011.
- د. عصـــمت عبـــد الله الشـــيخ :التحكـــيم في العقـــود الإداريـــة ذات الطـــابع الـــدولي، دار النهضة العربية 2008
- د. ثورية لعيوني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

- د. رجب محمد السيد الكحلاوي: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية2010.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية الطبعة الاولى2006.
- د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2010
- د. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد :التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة.
- د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية1997.
- د. عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ الأساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية،1997.
- د. عمر حلمي: معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية،1993،.
- د. محمد سعيد حسين أمين: خصومه التحكيم في منازعات العقود الإدارية،الطبعة2008، دار النهضة العربية
- د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية،2000.
- د. زكي محمد النجار :الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية،1993.
- د. محمد طه سيدا حمد :ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية الطبعة 2012.
- د. جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال منازعات العقود الإدارية 1999،دار النهضة العربية.
- د. ماجد راجب الحلو: العقود الادارية والتحكيم الطبعة 2004،دار الجامعة الجديدة.

- د. مجدي عبد الحميد شعيب: التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة 1998.
- د. جابر جاد نصار :التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية.
- د. جابر جاد نصار: الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2000.
- باتريكيوس: التحكيم في المسائل الإدارية، دار النشر،D.G.L،1997.
- د. يسري محمد العصار: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر وفرنسا والكويت.
- د. ماجد راجب الحلو: العقود الادارية والتحكيم الطبعة 2004،دار الجامعة الجديدة.
- د. احمد أبو الوفاء –التحكيم الاختياري- منشاة المعارف الإسكندرية، الطبعة 4، 2000.
- د. محمود مختار أحمد بريري :التحكيم التجاري الدولي ،الطبعة الثالثة 2004 ،الناشر دار النهضة العربية .
- د. احمد شرف الدين- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية 1993.
- د. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي1991.
- د. أحمد الورفلي: الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجديد.
- د. ناريمان عبد القادر :-اتفاق التحكيم-،دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،1996.
- د. احمد السيد صاوي :- الوجيز في التحكيم- الطبعة الثالثة 2010.
- د. أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية

- د. أشـــرف عبـــد العـــالي الرفـــاعي: اتفـــاق التحكـــيم والمشـــكلات العمليـــة والقانونيـــة في العلاقـــات الخاصـــة الدوليـــة، دراســـة فقهيـــة قضـــائية مقارنـــة، دار الفكـــر الجـــامعي، ســـنة 2003.
- د. أحمـــد عبـــد الكـــريم ســـلامة :التحكـــيم في المعـــاملات الماليـــة الداخليـــة و الدوليـــة ،الطبعة الأولى 2006 .
- د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة 1997 .
- د. فتحـــي والي: قـــانون التحكـــيم في النظريـــة و التطبيـــق ،طبعـــة 2008 منشـــأة المعارف .
- د. أبـــو زيـــد رضـــوان "الأســـس العامـــة في التحكـــيم التجـــاري الـــدولي "القـــاهرة ،دار الفكر العربي ،1981 .
- د. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي ،بغداد سنة 1992 .
- د. يســـري محمـــد العصـــار :التحكـــيم في المنازعـــات الإداريـــة العقديـــة والغـــير العقديـــة ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،2001 .
- د. نبيـــل إسماعيـــل عمـــر: التحكـــيم في المـــواد المدنيـــة و التجاريـــة الوطنيـــة و الدوليـــة، الناشر دار الجامعة الجديد، الطبعة الأولى 2004 .
- د. علـــى رمضـــان بركـــات :الرقابـــة علـــى دســـتورية نصـــوص التحكـــيم ،دار النهضـــة العربية ،2003 .
- د. على سالم إبراهيم :ولاية القضاء على التحكيم ،دار النهضة العربية ،1997 .
- د. أحمـــد محمـــد حشـــيش ،طبيعـــة المهمـــة التحكيميـــة ،دار الكتـــب القانونيـــة مصر،2001.
- د. ســـامية راشـــد :التحكـــيم في العلاقـــات الدوليـــة الخاصـــة –الكتـــاب الأول–اتفـــاق التحكيم ،دار النهضة العربية ،1984 .
- د. أبـــو زيـــد رضـــوان "الأســـس العامـــة في التحكـــيم التجـــاري الـــدولي "القـــاهرة ،دار الفكر العربي ،1981 .

- د. مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال :التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ،الجزء الأول ،الطبعة الأولى ،دون ذكر الناشر 1998.
- د. أحمد خليل : قواعد التحكيم ،بيروت ،2002 .
- د. محمود السيد عمر التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ،منشأة المعارف بالإسكندرية 2003 .
- د. أسعد فاضل منديل :أحكام عقد التحكيم و إجراءاته –دراسة مقارنة – منشورات زين الحقوقية –دار نيبور الطبعة الأولى 2011.
- د. خالد فلاح عواد: التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ،دراسة مقارنة ،الطبعة الثانية 2010 ،الناشر دار النهضة العربية .
- د. سيد أحمد محمود –التحكيم العادي-الطبعة الأولى.
- د. محمد عبد المجيد إسماعيل ،عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت 2003
- د. عبد الحميد المنشاوي" التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.
- د. المستثار وائل عز الدين يوسف: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ،دار النهضة العربية،2010.

د. الرسائل و المذكرات:

- د. جمال عمران أغنية : تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية ،رسالة ماجستير الجامعة الأردنية ،كلية الدراسات العليا ،2004 م .
- د. احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، القاهرة. دار النهضة العربية. 1973.
- د. أحمد الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ،كلية الحقوق ،1998 م.

- د. نجلاء احمد الغيص: مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية" دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الكويت، كلية الدراسات العليا.
- د. علي رمضان بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1996.
- د. ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ،رسالة دكتوراه .
- د. إبراهيم محمد العناني: اللجوء إلي التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1973، الناشر: دار الفكر العربي، سنة 1973، طبعة أولى
- د. أحمد مليحي :تحديد نطاق الولاية القضائية و الاختصاص القضائي ،رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1979 .
- د. هارون عبد العزيز الجمل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر1979
- د. نور الدين الكلي: اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996
- د. وليد فاروق جمعة: حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2000.
- د. جمال عمران أغنية : تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية ،رسالة ماجستير الجامعة الأردنية ،كلية الدراسات العليا ،2004 م .

هـ. المجلات (بحوث ، مقالات و محاضرات):

- د. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير 2006 العدد الأول للسنة الثامنة و الأربعون.

- د. محمد ماجد محمود :العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية السنة35،العدد الثاني، ديسمبر 1993
- د. أحمد القشري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد21،سنة 1965.
- د. محمد أبو العينين :نظرة حديثة على منهج الحسم السلمي للمنازعات في الشريعة الإسلامية مجلة التحكيم العربي العدد الثاني يناير 2000
- د. أنور أحمد رسلان : التحكيم في منازعات العقود الإدارية – مجلة الأمن و القانون رقم 220،
- د. اكثم أمين الخولي : تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد. مجلة التحكيم العدد5 السنة2010.
- د. محمد كمال منير :مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية –مجلة العلوم الإدارية العدد الأول 1991.
- د. عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية1993.
- د. وجدي راغب "هل التحكيم نوع من القضاء "مجلة الحقوق جامعة الكويت السنة 18 العدد الأول و الثاني مارس –جوان 1993 .
- د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي ،محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1974
- د. نزار الطبقجلي :تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بحث منشور في مجلة القضاء العددان الثالث والرابع، السنة الرابعة والأربعون،1989.
- د. حمزة حداد. دور التحكيم في تسوية المنازعات- بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم العدد 05 يونيو 2000.
- د. فايز عبد الله الكندري: مفهوم شرط التحكيم و قوته الملزمة بالنسبة للغير " مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق"

- د. وجـــدي راغـــب فهمـــي: مفهـــوم التحكـــيم و طبيعتـــه، مقـــال منشـــور في الـــدورة التدريبية للتحكيم، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 1993 م.
- د. عبـــد الحميـــد الأحـــدب "تنفيـــد الأحكـــام التحكميـــة الدوليـــة علـــى ضـــوء قـــانون التحكـــيم المصـــري الجديـــد "بحـــث مقـــدم إلى مـــؤتمر القـــانون المصـــري الجديـــد للتحكـــيم ،القاهرة 12-13 /1994 .
- د. محمـــد ماجـــد محمـــود :العقـــد الإداري وشـــرط التحكـــيم الـــدولي، مجلـــة العلـــوم الإدارية السنة35،العدد الثاني، ديسمبر 1993.
- د. محمـــد أبـــو العينـــين :نظـــرة حديثـــة علـــى مـــنهج الحســـم الســـلمي للمنازعـــات في الشريعة الإسلامية مجلة التحكيم العربي العدد الثاني يناير 2000
- د. ســـامي منصـــور ،نظـــرة في التحكـــيم الـــدولي ،المجلـــة اللبنانيـــة للتحكـــيم العـــربي والدولي ،العدد 17 ،2001 ،

و. قوانين:

- شـــرح قـــانون الإجـــراءات المدنيـــة و الإداريـــة (قـــانون رقـــم 08 -09 مـــؤرخ في 23 /02 /2008 ،طبعة أولى 2009 .
- القانون رقم 27 لسنة 1994 شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية.
- القـــانون النمـــوذجي للتحكـــيم التجـــاري الـــدولي للجنـــة الأمـــم المتحـــدة للقـــانون التجـــاري الـــدولي بصـــيغته الـــتي اعتمـــدتها لجنـــة الأمـــم المتحـــدة للقـــانون التجـــاري في 21 حزيـــران /يونيو 1985، و ثيقة الأمم المتحدة 17/ ع أ المرفق الأول.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.
- قانون التحكيم المصري لسنة1994.
- الأمـــــر رقـــــم 145/66 المتضـــــمن قـــــانون الإجـــــراءات المدنيـــــة المـــــؤرخ في 1966/06/08، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،طبعة 2001.
- اتفاقية نيويورك عام 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الدولية.
- قانون المرافعات المصري1967 الملغى كان ينظم التحكيم الاختياري .
- القانون المدني الفرنسي.

- قانون المرافعات الفرنسي.
- أحكام المحكمة الإدارية العليا .

ز. ملتقايات:

- د. المستشار قويدري محمد :مداخلة حول طرق الطعن في أحكام التحكيم ،ملتقي التحكيم والقضاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يوم 16مارس2009.
- د. احمد الورفلي :ملتقى التحكيم العربي في آفاق القرن الواحد والعشرين مداخلة حول الاتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم.
- د. اكثم أمين الخولي :تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد ،بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد في 16مارس2009.
- د. محمد سامي الشواء: التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ،المؤتمر السنوي السادس عشر لمركز الإمارات للدراسات و البحوث الاستراتيجية ،الإمارات ،في الفترة الممتدة من أبريل 2008 م .
- د. حفيظة السيد الحداد، محاضرات ألقيت على طلبة ديبلوم القانون الخاص في جامعة بيروت 2001
- د. تراري ثاني مصطفى: التحكيم في المنازعات الإدارية ،ملتقى التحكيم والقضاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المحكمة العليا يوم 16 مارس 2009،.

ح. القواميس:

- تهذيب اللغة :لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ،تحقيق عبد الكيم الغرباوي ،مراجعة الأستاذ محمد على النجار الناشر الدار المصرية للتأليف و الترجمة.
- معجم لسان العرب لابن منظور: ج 15 ،المؤسسة المصرية العامة لتأليف و النشر ،القاهرة ،بدون سنة نشر .

- المعجم الوجيز ،مجمع اللغة العربية ،طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم ،1418 -1997 م .
- المعجم الوسيط .
- ابن فرحون .
- ابن قدامه.
- ترجمة نصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسي المتعلقة بالتحكيم "موسوعة التحكيم "عبد الحميد الأحدب –دار المعارف -1998 الجزء الثاني .

ثانيا: المراجع بالفرنسية.

1-Ouvrages généraux

- Auby(J .M) : «l'arbitrage en matière administrative » A.J.D.A ,1955
- p.level,l'arbilité,REV .ARB, 1992
- sociétés entreprise peyrot .T.C .8juillet n1963.Rec.
- Societiés francaise de constructions mécanique ,Rec,CE ,15 février 1935 .
- McNair.»The general principales 246of law.recognized .by civilized nations"y. B.I.1957 .
- E.Charles « L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des états ».Rev.arb.1967 .
- Antoine Adeline : La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Les petites affiches, 20 Janvier 1997.
- Y- Gaudet:traite de droit administratif. Tome1 droit Administratif General،16eme editor L .G.D.G delta 2001 .
- Chales DEBBA SCH ,contentieux administratif , DALLOZ. 3°ed ,1981
- ch. JARROSSON , « Arbitrage commercial, droit international »credec,2012
- pouillé, le pouvoir judiciaire et les tribunaux
- Romieu.concl.sur.C.E.17 mars 1893.société des chemins de fer du Nord de l EST et autres/1894.

- Gerard TEBOUL. Arbitrage international et personnes morales de droit public. 1996.vol22 .NO2

- Edouard la ferrière:traite de la juridictions administrative et des recours contentieux. Paris 1888 tome 2 -
- Transaction arbitrage en matière administrative la documentation françaises.1993.
- Gaudemer traité de droit administratif Z .G.D.J 2001 16ed J.I.
- André pouille « le pouvoir judiciaire et les tribunaux –masson-1985
- concl.gazierscvs c.e13 décembre 1957 "société nationale de vente des sur plus"D1958.
- Foussard D ;l'arbitrage en droit Administratif revue de l'arbitrage1990.
- les établissements public d'enseignement super peuvent transiger et recourir l'arbitage.REV :ARB2000
- Jema Rôlet" L arbitarge, droit interne, droit international privie.Dalloz". Paris.1993 .
- rene chapus « unit droit administratif général « 4éd,T I,paris montchrestien,1988
- M .Walime « traité du droit administratif 1963.
- JeanChristophe « prince dautonomie ,loi du contrat en droit international privé conventionel »thése paris,1992.
- Jean marie anby –droit administrative des biens –domaines travaus publics-DALLOS 2ED 1993
- Andre de laubadére-traite élémentaire de droit administratif -5ED 1970.
- B.hanotio « l'arbitrabilité » Rec ; des cours de droit inter natinal,tom 296-2002 .
- Foussard « D »le décret 42000-764.du 1 aout 2000 fiscant les condition dans les quelles

2-**Ouvrages spéciaux** :

- FOUCHARD "PH"une nouvelle extension de l arbitrage en droit public،la faculté de comprometrade de la poste et France telecom.REW :arb .1990..
- Charles Jarosson : « la nation de l'arbitrage » .L.G.D.J ? Paris, 1987.

- René David « l'arbitrage dans le commerce internationale, paris , Economica, 1982 .

- société française de constructions mécaniques ,février 1935 Rec.

- De Boisseson (M) : « le droit français de l'arbitrage interne et international » ed.GLN JOLY, 1990.

- Dominique froussard .l'arbitrage en droit Administratif revue de. l'arbitrage 1990

- julien ANTOINE ,L'ARBITRAGE en droit administratif L.P.A :6 Aout 2003 n^{e} 156.
- Jema Rolet « l'arebitrage ,droit interne,droit international privie .Dalloz,paris ;1993
- Nadine poulet-gibot leclerc,droit adeministratif ,paris 2010 .
- Rene chapes,droit administratif général TI 4ed,paris,Montchrestien,1988.
- H.Motulsky ,société Myrtoon stem chip ,minister de la marine marchande ,J ;C /P 1957 .
- L. Kopelmanas . la place de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droitinternational de l'arbitrage .AFDI :1961 .
- A patrikios.op.cit.

3-thèses :

- S .BADOUI .le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien .th .pars. LGDJ.1954
- Jacqueline **Devichi** « la nature de l'arbitrage ,thèse de doctorat droit ,lyon 1964 ,l,g,d,j ;1965.
- foustoucos"l arbitrage interne et international en droit prive hellénique"thèse. paris 11.1973.
- M .EL GOHARY ,L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme ,thése,Renne 1982.

.

4-article et loi :

- Loi n86 -972 du 19 AOUT 1986 du code civil français .
- nouveaux code de procédure civile en France .
- code des marchés publics , l'article 69 de la loi du 17 avril 1906.
- Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marches publics.J.O .n°6du 8janvier 2004.

ثالثا: مواقع الأنترنت

- [1] . موقع الإنترنت : عقود البوت وطبيعتها القانونية WWW.DAMASCUSLAR.ORG

الملاحق

ملحق رقم 01

قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام1429

الموافق ل25 فبراير 2008

يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت.

المادة 996 : لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة (3) أشهر.

ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم.

المادة 997 : تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.

عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

المادة 998 : يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيه الشروط الآتية :

1 – ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية،

2 – أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه،

3 – أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادة 999 : يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي:

1 – موافقة الخصوم،

2 – تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة.

المادة 1000 : بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط.

يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة.

المادة 1001 : يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك، ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته.

المادة 1002 : يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة، بطلب من الوسيط أو من الخصوم.

يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائيا، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها.

وفي جميع الحالات، ترجع القضية إلى الجلسة، ويستدعى الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط.

المادة 1003 : عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم.

ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا.

المادة 1004 : يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا.

المادة 1005 : يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير.

الباب الثاني
في التحكيم

الفصل الأول
في اتفاقيات التحكيم

المادة 1006 : يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

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

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

القسم الأول
في شرط التحكيم

المادة 1007 : شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

المادة 1008 : يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم.

المادة 1009 : إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين.

المادة 1010 : يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمه التعجيل.

القسم الثاني
في اتفاق التحكيم

المادة 1011 : اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.

المادة 1012 : يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم.

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

المادة 1013 : يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية.

القسم الثالث
أحكام مشتركة

المادة 1014 : 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.

المادة 1015 : لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.

إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم.

المادة 1016 : يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

1 – عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

2 – عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

3 – عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

المادة 1017 : تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

المادة 1018 : يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف.

الفصل الثاني
في الخصومة التحكيمية

المادة 1019 : تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

المادة 1020 : تنجز أعمال التحقيق و المحاضر من قبل جميع المحكمين، إلا إذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها.

المادة 1021 : لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم.

إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.

المادة 1022 : يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل.

المادة 1023 : يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.

المادة 1024 : ينتهي التحكيم :

1 – بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه،

2 – بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر،

3 – بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه،

4 – بوفاة أحد أطراف العقد.

الفصل الثالث
في أحكام التحكيم

المادة 1025 : تكون مداولات المحكمين سرية.

المادة 1026 : تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات.

المادة 1027 : يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم.

يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة.

المادة 1028 : يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية :

1 – اسم ولقب المحكم أو المحكمين،

2 – تاريخ صدور الحكم،

3 – مكان إصداره،

4 – أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي،

5 – أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء.

المادة 1029 : توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

المادة 1030 : يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.

المادة 1031 : تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.

الفصل الرابع
طرق الطعن في أحكام التحكيم

المادة 1032 : أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة.

يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.

المادة 1033 : يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

المادة 1034 : تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

الفصل الخامس
في تنفيذ أحكام التحكيم

المادة 1035 : يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.

يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.

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

المادة 1036 : يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

المادة 1037 : تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل.

المادة 1038 : لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير.

الفصل السادس
في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي

القسم الأول
أحكام عامة

المادة 1039 : يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

المادة 1040 : تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

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

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

القسم الثاني
تنظيم التحكيم الدولي

الفرع الأول
في تعيين المحكمين

المادة 1041 : يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

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

المادة 1042 : إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

الفرع الثاني
في الخصومة التحكيمية

المادة 1043 : يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

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

المادة 1044 : تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

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

المادة 1045 : يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف.

المادة 1046 : يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.

المادة 1047 : تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة.

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

المادة 1049 : يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

المادة 1050 : تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

القسم الثالث

في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها

الفرع الأول

في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي

المادة 1051 : يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

المادة 1052 : يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها.

المادة 1053 : تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.

الفرع الثاني

في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

المادة 1054 : تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه ، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

الفرع الثالث

في طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

المادة 1055 : يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف.

المادة 1056 : لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

1 – إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

2 – إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،

3 – إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

4 – إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،

5 – إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،

6 – إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

المادة 1057 : يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

المادة 1058 : يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه .

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه.

المادة 1059 : يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

المادة 1060 : يوقف تقديم الطّعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058، تنفيذ أحكام التحكيم.

المادة 1061 : تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض.

أحكام انتقالية وختامية

المادة 1062 : يسري مفعول هذا القانون، بعد سنة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

المادة 1063 : تبقى قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي المنصوص عليها في المادة 40 (3 و4) من هذا القانون، سارية المفعول إلى حين تنصيب الأقطاب المتخصصة.

المادة 1064 : تلغى، بمجرد سريان مفعول هذا القانون، أحكام الأمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم.

المادة 1065 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008.

عبد العزيز بوتفليقة

المطبعة الرسميّة، حي البساتين، بئر مراد رايس، ص.ب 376 – الجزائر – محطة

ملحق رقم 02

المشروع التمهيدي

لقانون التحكيم في المواد الإدارية الفرنسية

• **Article 1er :** Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de service peut, par clause compromissoire ou par compromis, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants.

• **Article 2 :** Le litige soumis à arbitrage est jugé selon les règles qui lui sont applicables en vertu de la loi française, sous réserve des cas où celle-ci autorise les parties à déterminer le droit applicable.

• **Article 3 :** La clause compromissoire ou le compromis est conclu par l'autorité compétente pour passer le contrat.

• **Article 4 :** Lorsque la conclusion d'un contrat requiert l'autorisation d'un organe délibérant, la clause compromissoire fait l'objet d'une délibération distincte.

• **Article 5 :** modifications CGCT – éventuellement Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié:

I- Le 16° de l'article L. 2122-22 est remplacé par les dispositions suivantes:

« 16° Dans les cas définis par le conseil municipal, d'intenter au nom de la commune les actions en justice ou de défendre la commune dans les actions intentées contre elle, ainsi que de prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage;»

II- Au 4° de l'article L. 2131-2, au 4° de l'article L.3131-2 et au 3° de l'article L. 4141-2, les mots « et les contrats de partenariat; » sont remplacés par les mots, « les contrats de partenariat et toute convention d'arbitrage; ».

III- Le dernier alinéa de l'article L. 3221-10 est complété par une phrase ainsi rédigé : «Il peut également,

dans les cas définis par le conseil général, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convetion d'arbitrage››.

IV- Il est ajouté au premier alinéa de l'article L. 4231-7 la phrase suivante : ‹‹Il peut également, dans les cas définis par le conseil régional, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage››

• **Article 6 :** Lorsqu'un contrat est conclu à l'issue d'une procédure donnant lieu à la présentation d'offres concurrentes et qu'une clause compromissoire est envisagée, celle-ci n'est pas soumise à la consultation des candidats mais est négociée avec l'attributaire du contrat.

• **Article 7 :** Le 1) de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 est remplacé par les dispositions suivants :

‹‹ 1) Aux modalités de prévention et de règlement non juridictionnel des litiges ››.

• **Article 8 :** Lorsque le litige relève de la compétence de la juridiction administrative, la procédure arbitrale est régie par les articles L. 5 et L. 8 à L. 10 du Code justice administrative ainsi que par les règles fixée par décret en Conseil d'Etat.

À l'issue de l'instruction, l'instance arbitrale donne lieu à une audience publique.

• **Article 9 :** L'article L. 821-2 du Code justice administrative est complété par un alinéa ainsi rédigé :

‹‹ Les disposition du présent article ne s'appliquent pas lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre une sentence arbitrale. Toutefois, sur la demande motivée d'une partie, le Conseil d'Etat peut régler l'affaire au fond après cassation ››.

• **Article 10 :** Sous réserve des mentions couvertes par un secret protégé par la loi, la personne morale de droit public partie à un litige ayant donné lieu à une sentence arbitrale communique celle-ci aux personne qui en font la demande dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

• **Article 11 :** L'article L. 311-6 du Code de justice administrative est remplacé par les dispositions suivantes:

‹‹ Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par la loi n°.... du... relative à... et dans les cas prévus par :

1° Le second alinéa de l'article 2060 du Code civil;

2° L'article L. 112-24 du Code du patrimoine;

3° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs;

4° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la post et des télécommunications;

5° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire ›› .

• **Article 12 :** sont abrogés :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906;

2° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses aux collectivités locales.

• **Article 13 :** I- Au septième alinéa de l'article L.711-1 du Code de l'éducation, les mots « Ils peuvent recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrat passés avec des organismes étrangers. » sont supprimés.

II- Au premier alinéa de l'article L. 321-4 du Code de la recherche, les mots « et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers » sont supprimés.

• **Article 14 :** Les dispositions de l'article 8 de la présente loi ne s'appliquent pas aux instances arbitrales en cours à la date de publication du décret prise pour leur application.

Les dispositions des articles 5 et 6 ne s'appliquent qu'aux contrats pour lesquels la procédure de passation est engagée postérieurement à la publication de la présente loi.

ملحق رقم03

نماذج لأحكام و عقود التحكيم

أ- نموذج حكم التحكيم

بالجلسة المنعقدة بمركز العاصي للتحكيم التجاري الدولي بمحافظة الإسماعيلية ج م ع

في يوم .....الموافق / /

برئاسة السيد الأستاذ/ ..... (رئيسا)

وبحضور السيد الأستاذ/ ..... (محكم عن المحتكم)

والسيد الأستاذ / ..... (محكم عن المحتكم ضده)

وبسكرتارية السيد / ..... (أمين السر)

في القضية التحكيمية المرفوعة من-:

السيد/...../ صفته ..... جنسيته ..... ديانته..... وعنوانه..... (محتكم)

ضد السيد/ ...../ صفته..... جنسيته..... ديانته..... عنوانه ..... (محتكم ضده)

وبناء على عقد التحكيم المحرر بين الطرفين والمؤرخ / / والمرفق طي هذا الحكم والذي بموجبه وكل إلى الهيئة المذكورة بعالية الفصل في مواد النزاع الموضحة بالعقد المذكور وبعد الإطلاع على المستندات الآتية-:

1 - أصل عقد الاتفاق على التحكيم المرفق طيه والوقوف على مواد الخلاف المطلوب الفصل فيها.

2 - المستندات المقدمة لنا من الطرف الأول وهى عبارة عن .....(يتم ذكر المستندات تفصيليا).

3 - المستندات المقدمة لنا من الطرف الثاني وهى عبارة عن (.....) يتم ذكر المستندات تفصيليا.

4 - المذكرات التحريرية المقدمة من.... بتاريخ / / و...../ /

وبعد سماع المرافعات الشفوية ومناقشة الأطراف على النحو الثابت بمحاضر الجلسات، وحيث أن نقاط الخلاف الموكول لنا الفصل فيها هي (..... تذكر بالتفصيل).

وحيث أنه وفقا لما تقدم وكان الثابت لدينا..... (تكتب أسباب الحكم ومبرراته وسنده من الأوراق والواقع والقانون) وهو ما نرى معه الحكم بالكيفية الآتية ،.....

وحيث أنه عن المصاريف..... (تقديرها وما يخص كل محكم منها وأجمالي المصروفات والأتعاب هي..... والملزم بها هو (.....)

فلهـــذه الأسبـــــاب

حكمت الهيئة / بـــــ.....

مع إلزام الطرف (.....) بالمصروفات والأتعاب التي قدرناها بمبلغ..... أو مناصفة بينهما.

أمين السر المحكمين (توقيعات)

ب- نموذج اتفاق تحكيم جزائري صيني

اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة

جمهورية الصين الشعبية

حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات

إنّ حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية، المشار إليهما فيما يلي بالطرفين المتعاقدين، رغبة منهما في خلق الظروف الملائمة لاستثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين علي إقليم الطرف المتعاقد الآخر، اعترافا منهما بأن التشجيع والترقين والحماية لهذه الاستثمارات ستؤدي إلى تحفيز مبادرات الأعمال للمستمثرين وزيادة الرفاهية في كلا الدولتين.

ورغبة منهما في تكثيف التعاون الاقتصادي في كلا الدولتين على أساس الفائدة المتبادلة، اتفقتا على ما يلي:

المادة الأولى/ لتطبيق هذا الاتفاق:

1 - تشير عبارة "استثمار" إلى كل نوع من الأصول المستثمرة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين وفقا لقوانين ونظم الطرف المتعاقد الآخر في إقليمه ويتضمن على سبيل الخصوص لا الحصر ما يلي:

أ) حقوق الملكية المنقولة والمقارية، كالرهون العقارية والامتيازات والرهون الحيازية والحقوق المماثلة الأخرى.

ب) الاسم والأوراق المالية، وكل شكل من الأشكال الأخرى للمساهمة هي شركات.

ج) الحقوق في كل خدمات ذات قيمة اقتصادية.

د) حقوق الملكية الفكرية والصناعية كبراءات الاختراع والإجازات والعلامات المسجلة وحقوق المؤلف والتصاميم الصناعية المجسمة أو النماذج والمهارة واسالية التكنولوجيا وشهرة المحل.

هـــ) الامتيازات الممنوحة بموجب القانون بما فيما امتيازات التنقيب أو استغلال الثروات الطبيعية.

2 - تشير عبارة "مستثمرون" إلى:

أ) الأشخاص الطبيعيون الذين يتمتعون بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين وفقا لقوانينه.

ب) الوحدات الاقتصادية القائمة أو المنشأة وفقا لقوانين أحد الطرفين المتعاقدين الذين يستثمرون في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

3 - تشير عبارة "مداخيل" إلى المبالغ الناتجة عن الاستثمارات كالأرباح و لأرباح الموزعة والفوائد والإتاوات إلى دخل شرعي آخر.

4 - تتضمن عبارة "إقليم" المناطق البرية البحرية وأعماق البحار التي يمارس عليها كل من الطرفية المتعاقدين السيادة، الحقوق السيادية أو الولاية القضائية، وفقا للقانون الدولي ذات العلاقة.

المادة الثانية:

1 - يشجع كل طرف متعاقد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر للاستثمار في إقليمه ويقبل بهذه الاستثمارات وفقا لقوانينه ونظمه.

2 - يضمن كل طرف متعاقد المساعدة ويقدم التسهيلات للحصول على تأشيرة ورخصة عمل لمواطني الطرف المتعاقد الآخر للتوجه أو في إقليم هذا الأخير تبعا لنشاطات هذه الاستثمارات.

المادة الثالثة:

1 - تضمن للاستثمارات والنشاطات المتعلقة بها مستثمرو كل طرف متعاقد معاملة نزيهة وعادلة وأن تتمتع بحماية في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

2 - لا تقل امتيازا الحماية والمعاملة المنصوص عليهما في الفقرة "1" من هذه المادة عن تلك الممنوحين للاستثمارات والنشاطات المتعلقة بها لصالح استثمارات مستثمري دولة ثالثة.

3 - لا تحظى المعاملة والحماية المذكورة في الفقرة "1"و"2" من هذه المادة بمعاملة امتيازي يخصها الطرف المتعاقد الآخر لصالح استثمارات مستثمري دولة ثالثة بموجب مساهمتة في اتحاد جمركي ومنطقة التبادل الحر وفي وحرة اقتصادية وفي اتفاقية الازدواج الضريبي أو في اتفاقية تسهيل التجارة الحدودية.

المادة الرابعة:

1 - لا يحق لأي طرف متعاقد نزع الملكية التأميم أو أخذ تدابير مماثلة (المشار اليها بنزع الملكية) ضد استثمارات مستثمري الطرف الآخر إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

أ) للمنفعة العامة

ب) أن تتخذ التدابير بناء على إجراء قانوني وطني

ج) بدون تمييز

د) مقابل تعويض

2 - يكون التعويض المنصوص عليه في الفقرة 1(د) من هذه المادة مساويا لقيمة الاستثمارات المنزوعة وقت الإعلان عن نزع الملكية ويكن قابل للتحويل ويحول بحرية. يدفع التعويض في مدة معقولة.

المادة الخامسة:

يستفيد مستثمرو أحد الطرفين المتعاقدين اللذين لحقت باستثماراتهما خسائر ناجمة عن حرب "نزاع مسلح" ثورة حالة طوارئ وطنية "تمرد" عصيان مدني أو أحداث مماثلة أخرى على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة من قبل الطرف المتعاقد الأخر فيما يخص الاسترجاع والتعويض، لا تقل امتيازا عن تلك الممنوحة لمستثمري دولة ثالثة.

المادة سادسة:

1 - يضمن كل طرف متعاقد وفقا لتشريعاته ونظمه لك التحولات المتعلقة بأحد الاستثمارات، وتتمثل هذه التحويلات على سبيل الخصوص فيما يلي:

أ) الأرباح والأرباح الموزعة والفوائد ودخل شرعي آخر،

ب) المبالغ المتحصل عليها من التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمارات،

ج) المدفوعات التي تتم تسديدا لاتفاق قرض يتعلق بالاستثمار،

د) الإتاوات المشار إليها في الفقرة "د" من المادة "1"،

هـ) مدفوعات مقابل المساعدة التقنية أو عمولة الخدمات التقنية والتسييرية،

و) مدفوعات متعلقة بمشاريع بصدد التعاقد بشأنها،

ز) مدخرات مواطني الطرف المتعاقد الذين يشتغلون في إطار استثمار يتم في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

2 - تتم التحويلات المشار إليهما أعلاه، بسعر الصرف القائم بتاريخ التحويل وذلك بعملة قابلة للتحويل يوافق عليها المستثمرون أو بالعملة التي أنجز بها الاستثمار.

المادة السابعة:

إذا قام أحد الطرفين المتعاقدين أو هيئته بدفع تعويضات لأحد مستثمر على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بموجب ضمان الاستثمار فعلى الطرف المتعاقد الأخر أن يعترف بانتقال أي حق المستثمر إلى هذا الطرف المتعاقد أو هيئته ويعترف حلول محل الآخر هذا الطرف المتعاقد في حدود الحقوق الأصلية المنقولة له.

المادة الثامنة:

1 - يسوع أي خلاف بين الطرفين المتعاقدين حول التفسير أو تطبيق هذا الاتفاق إذا أمكن بالطرق الدبلوماسية.

2 - إذا لم يسو الخلاف في مدة ستة أشهر فإنه يحال بطلب من أحدهما إلى محكمة تحكيمية خاصة.

3 - تتشكل هذه المحكمة من ثلاث حكام، في مدة شهرين من تاريخ إشعار أحد الطرفين المتعاقدين كتابيا الطرف المتعاقد الآخر عن نيته في إحالة النـــزاع على التحكيم، ويختار هذان الحكمان سويا في مدة شهرين مواطنا من دولة ثالثة والتي لها علاقات دبلوماسية مع كلا الطرفية المتعاقدين ليعين كرئيس المحكمة التحكيمية من قبل الطرفين المتعاقدين.

4 - في حالة عدم تشكيل محكمة تحكيمة في مدة أربعة أشهر ابتداء من تاريخ استلام إشعار كتابي لإحالة النـــزاع إلى التحكيم، وفي غياب أي اتفاق آخر، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بتعيية حاكم أو حكام الذي أو الذين لم يعينوا بعد.

إذا كان الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، يطلب من عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدمية والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيين أو التعيينات اللازمة.

5 – تحدد المحكمة قواعدها الإجرائية. وتصدر قرارها وفقا لأحكام هذا الاتفاق ومبادئ القانون الدولي المعترف بها من قبل الطرفين المتعاقدين.

6 – تصدر المحكمة قراراها بأغلبية الأصوات يكون هذا القرار نهائيا وملزما للطرفين المتعاقدين وتفسر أسباب أصدر قرارها بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين.

7 – يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف الحاكم المعين من قبله ومصاريف تمثيله في إجراءات التحكيم. يتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس والمحكمة.

المادة التاسعة:

1 - يسوى أي نزاع بين مستثمر أحد الطريفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي ويتم ذلك عن طريق عقد مفاوضات مع الطرفين المتنازعين.

2 - إذا تعذر تسوية النزاع عن طريق المفاوضات في مدة ستة أشهر فيمكن لكل طرف في النـــزاع أن يرفعه إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أقيم على إقليمه الاستثمار.

3 - إذا تعذر تسوية النـــزاع حول مبلغ التعويض عن نزع في مدة ستة أشهر عن طريق اللجوء إلى المفاوضات المشار إليها في الفقرة "1" من هذه المادة فإنه من الممكن رفع النـــزاع إلى محكمة تحكيمة خاصة بطلب من الطرف

المادة العاشرة:

إذا ما كانت المعاملة التي يمنحها أحد الطرفين المتعاقدين وفقا لقوانينه وتنظيماته بالاستثمار أو نشاطات استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد المتعاقد الآخر أفضل من المعاملة المنصوص عليها في هذه الاتفاقية تطبق المعاملة الأكثر تفضيلا.

المادة الحادية عشر:

يطبق هذا الاتفاق قبل أو عقب دخوله حيز التنفيذ على الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين لقوانين وتنظيمات الطرف المتعاقد الآخر في إقليم هذا الأخير.

المادة الثانية عشر:

1 - يعقد ممثلو الطرفين المتعاقين لقاءات من وقت إلى آخر بغرض:

أ) مراجعة تنفيذ هذا الاتفاق،

ب) تبادل المعلومات القانونية وفرض الاستثمار،

ج) تسوية النـــزاعات الناتجة عن الاستثمارات،

د) تقديم اقتراحات لترقية الاستثمار،

هـــ) دراسة مسائل أخرى متعلقة بالاستثمارات،

2 - عندما يطلب أحد الطرفين المتعاقدين التشاور حول أي موضوع ما الفقرة "1" من هذه المادة، فعلى الطرف المتعاقد الآخر تقديم رد عاجل وتعقد جلسات التشاور بالتناوب في بكين وفي الجزائر.

المادة الثالثة عشر:

1 - يدخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ بعد شهر واحد من تاريخ إشعار الطرفين المتعاقدين بعضهما البعض كتابيا بإتمام الإجراءات القانونية ويبقى ساري المفعول لمدة عشرة سنوات.

المتعاقد الآخر ولا يمكن تطبيق أحكام هذه الفقرة إذا لجأ لمستثمر المعني بالأمر إلى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة "2" من هذه المادة.

4 - تتشكل هذه المحكمة التحكيمية لكل حالة خاصة بالطريقة الآتية:

يعين كل طرف في النـــزاع حكما ويختار الحكمان سويا أحد رعايا دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع الطرفين المتقدين كرئيس. ويجب أن يعين الحكمان الأولين في مدة شهرين ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي عن نية أحد الطرفين في اللجوء إلى التحكيم ويختار الرئيس في مدة أربعة أشهر. في حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في النـــزاع الطلب من الأمين العام للمركز الدولي لحل النـــزاعات المتعلقة بالاستثمارات القيام بالتعيينات اللازمة.

5 - تحدد المحكمة قواعدها الإجرائية ويمكن في هذا الصدد اللجوء إلى قواعد التحكيم للمركز الدولي لحل النـــزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

6 - تصدر المحكمة قراراها بأغلبية الأصوات. يكون هذا القرار نهائيا وملزما على الطرفين المتعاقدين واللذان يمنحان لهذا القرار القوة القانونية والتنفيذية وفقا لقوانينهما.

7 - تصدر المحكمة قرارها وفقا لقانون الطرف المتعاقد المعني بالنـــزاع الذي أقيم على إقليمه الاستثمار المتضمن أيضا قواعد تنازع القوانين وأحكام هذا الاتفاق وكذا مبادئ القانون الدولي المعترف بها عامة من الطرفين المتعاقدين.

8 - يتحمل كل طرف في النـــزاع مصاريف عضو المحكمة المعين من قبله ومصاريف تمثيله في التحكيم. ويتحمل الطرفان في النـــزاع بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس والمصاريف الأخرى.

2 - يبقى هذا الاتفاق ساري المفعول إذا لم يتوصل أحد الطرفين المتعاقدين من إشعار كتابي الطرف المتعاقد الآخر لإنهاء هذا الاتفاق بسنة قبل إنهاء المدة المشار إليها في الفقرة "1" من هذه المادة.

3 - عقب نهاية مدة عشر سنوات الأولي يمكن في أي وقت أن يشعر أحد الطرفين المتعاقدين كتابيا الطرف المتعاقد الآخر بنهاية مدة صلاحية هذا الاتفاق على الأقل سنة من قبل.

4 - في ما يخص الاستثمارات المنجزة قبل تاريخ نهاية مدة صلاحية هذا الاتفاق أحكام المادة من "1" إلى "12" سارية المفعول عشرة سنوات إضافية من تاريخ انتهاء هذه المدة.

تأكيد على ما سبق، فإن الممثلين المخولين من قبل حكومتيهما، قد وقعا على هذا الاتفاق.

حرر ببكين يوم في نسختين أصليتين باللغات العربية والصينية والإنجليزية، والنصوص كلها لها نفس القوة القانونية غير أنه في حالة اختلاف في التفسير يرجع النص بالإنجليزي.

اختلاف في التفسير يرجع النص بالإنجليزي.

عن حكومة	عن حكومة
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	جمهورية الصين الشعبية

ملحق رقم 04

قانون التحكيم المصري

"قانون بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية"

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانوني الآتي نصه وقد أصدرناه:

(**المادة لأولى**): يعمل بأحكام القانون المرافق على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو أستند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون.

(**المادة الثانية**): يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون ويضع قوائم المحكمين الذين يجرى الاختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة (17) من هذا القانون.

(**المادة الثالثة**): تلغى المواد من 501 إلى 513 من القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون.

(**المادة الرابعة**): نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها.

(حسنى مبارك)

صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذي القعدة سنة 1414هـ

الموافق 18أبريل سنة 1994م

قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية

ملحق رقم 05

نموذج عقد تحكيم

<u>نموذج عقد تحكيم</u>

تم تحرير هذه الوثيقة في يوم ---------- بتاريخ ---------- الموافق ---------- بمدينة-- ---------- بين كل من:

المحتكم الأول :---------- ،----------الجنسية يحمل إقامة/ بطاقة أحوال رقم -- ----------صادرة مدينة----------

ويمثله المحامي ----------بموجب الوكالة الشرعية المرفق صورتها بهذه الوثيقة وعنوانه--- ----------هاتف----------

فاكس رقم----------

ويشار إليه بالطرف الأول

المحتكم الثاني:---------- ،----------الجنسية يحمل إقامة/ بطاقة أحوال رقم --- ----------صادرة مدينة----------

ويمثله المحامي ----------بموجب الوكالة الشرعية المرفق صورتها بهذه الوثيقة وعنوانه--- ----------هاتف----------

فاكس رقم----------

ويشار إليه بالطرف الثاني

المادة الأولى: نص مشارطة التحكيم

المادة الثانية: الاتفاق على التحكيم:
وافق الطرفان بموجب هذه الوثيقة على الآتي:

1- إحالة موضوع النزاع القائم بينهما والمبين بالمادة (----) من هذه الوثيقة إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/46) تاريخ1403/07/12هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم(2012/7/م) بتاريخ 1405/09/08هـ.

2- يجوز لأطراف النزاع الاعتراض على حكم هيئة التحكيم وفقا لأحكام المادة 18 من نظام التحكيم السعودي.

المادة الثالثة: موضوع النزاع
موضوع النزاع بالنسبة للطرف الأول:

طلبات الطرف الأول:

1- ----------

2- ----------

3- ----------

موضوع النزاع بالنسبة للطرف الثاني:

1- ----------

2- ----------

طلبات الطرف الثاني:

1- ----------

2- ----------

3- ----------

المادة الرابعة تعيين المحكمين:

1- عين الطرف الأول الأستاذ/---------- يحمل جنسية ---------- محكما له في موضوع النزاع وعنوانه ---------- هاتف رقم---------- جوال رقم----- فاكس رقم----------

2- عين الطرف الثاني الأستاذ/---------- يحمل جنسية ---------- محكما له في موضوع النزاع وعنوانه ---------- هاتف رقم---------- جوال رقم----- فاكس رقم----------

3- وافق الطرفان على تعين الأستاذ/----------محكما مر جحا في الدعوى وعنوانه ------- ---------- هاتف رقم---------- جوال رقم---- -- فاكس رقم----------

4- بالتوقيع على هذه الوثيقة يعلن المحكمون المعينون قبولهم للتعيين ويلتزمون بالقيام بالمهمة المسندة إليهم وفقا لنصوص هذه الوثيقة وأحكام نظام التحكيم السعودي.

المادة الخامسة أتعاب المحكمين ونفقاتهم:
بعد أن يتفق الأطراف والمحكمين على أتعاب ونفقات التحكيم وطريقة دفعها اتفق الأطراف على الآتي:

1- يتحمل كل طرف أتعاب المحكم المعين من قبله . ويتحمل الطرفان مناصفة أتعاب المحكم المرجح .

2- يتحمل الطرف الخاسر مصاريف التحكيم مع استثناء الجواز لهيئة التحكيم أن توزع المصاريف بين الأطراف إذا رأت إن ذلك مناسبا.

3- يجوز لهيئة التحكيم أن تلزم الأطراف أن يودعوا مبالغ متساوية كدفعة مقدمة لمصاريف التحكيم.

المادة السادسة: القانون الذي يتعين تطبيقه على وقائع النزاع:
يسري غلى موضوع الدعوى قواعد الشريعة الإسلامية والأنظمة المطبقة في المملكة العربية السعودية والاتفاقيات التجارية المعتمدة والعقود المبرمة بين الأطراف وقواعد العرف التجاري وتطبق الهيئة نظام التحكيم التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/46) وتاريخ1403/07/12هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم(2012/7/م) بتاريخ 1405/09/08هـ.

المادة السابعة: مكان التحكيم:
اتفق الأطراف على أن تعقد الجلسات واجتماعات هيئة التحكيم بمقر أمانة سر الغرفة التجارية الصناعية بمدينة ---------- .

المادة الثامنة: المصاريف:
يتحمل أطراف النزاع أتعاب أمين سر التحكيم مناصفة بينهما والخبراء (أن وجدوا) وأي مصاريف إدارية أخرى تقررها هيئة التحكيم ، وللهيئة وحسب تقديرها المحض إصدار قرارها حول الطرف الذي يتحمل هذه المصاريف عند الفصل في الدعوى.

المادة التاسعة: مدة التحكيم:
تصدر الهيئة حكمها خلال ستة أشهر من تاريخ اعتماد وثيقة التحكيم ، وللهيئة تمديد المدة حسب ما تقتضيه ظروف القضية.

المادة العاشرة : نسخ الوثيقة:
حررت هذه الوثيقة من (ستة) نسخ أصلية يحتفظ كل طرف بنسخة واحدة وتسلم نسخة لكل محكم وتودع نسخة عند الائرة ---------- بالمحكمة الإدارية بمنطقة ---------- .

أطراف النزاع
الطرف الاول الطرف الثاني

الاسم: الاسم:

التوقيع: التوقيع:

هيئة التحكيم
محكم الطرف الاول محكم الطرف الثاني

الاسم: الاسم:

التوقيع: التوقيع:

المحكم المرجح

الاسم :

التوقيع:

ملحق رقم 06

نموذج طلب تحكيم

طلب تحكيم
Arbitration Request

مركز التحكيم التجاري
لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
(دار القرار)

Dispute No. ..... رقم المنازعة:

Receipt No. ..... رقم الوصل:

Claimant Information — بيانات طالب التحكيم

Name ..... الاسم

Capacity ..... بصفته

Main Office ..... الموطن الرئيسي CR No ..... رقم السجل التجاري

Fax ..... فاكس Mobile ..... نقال Tel ..... هـاتف

Email ..... البريد الإلكتروني

Respondent Information — بيانات الأطراف المطلوب التحكيم ضدهم

1- First Respondent — 1- طرف أول

Name ..... الاسم

Address ..... العنوان

.....

Fax ..... فاكس Mobile ..... نقال Tel ..... هـاتف

Email ..... البريد الإلكتروني

2- Second Respondent — 2- طرف ثاني

Name ..... الاسم

Address ..... العنوان

.....

Fax ..... فاكس Mobile ..... نقال Tel ..... هـاتف

Email ..... البريد الإلكتروني

Brief Statement of Dispute, its facts & Evidence — ملخص بيان النزاع و وقائعه وأدلته المستندية

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tel: +973-17278000 Fax: +973-17825580 email: case@gcccac.org www.gcccac.org

Followed Dispute ..... يتبع رقم المنازعة

Dispute Amount and Specified Claims **قيمة المنازعة وتحديد الطلبات**

.....

.....

.....

.....

Attach the following documents **أرفق المستندات اللازمة لصحة السيرفي إجراءات التحكيم**

☐ Arbitration Agreement made by the parties in writing referencing Centre's rules prior to dispute (arbitration clause) or thereafter (arbitration stipulation) ☐ إتفاق الأطراف كتابة على الإلتجاء للتحكيم وفق أحكام المركز سواء قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم) أو بعده (مشارطة التحكيم)

☐ Documents relating to the dispute ☐ الوثائق المتعلقة بالنزاع

☐ Power of Attorney or right to represent the claimant ☐ التوكيل أو التفويض بتمثيل طالب التحكيم

أقر أن الموقع أدناه بأهليتي في تسجيل طلب التحكيم، وأن جميع البيانات والإتفاقات والمشار طات المقدمة للتحكيم صحيحة.
I declare in my capacity to file an arbitration request, and confirm agreement and stipulations stated above are accurate to the best of my knowledge.

اسم مقدم الطلب	التاريخ	الختم / التوقيع
Represented by	Date	Stamp / Signature
.....	.....	.....

For Centre Use Only للاستخدام الرسمي من قبل المركز

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ملحق رقم 07

نموذج مشارطة التحكيم

اتفاق تحكيم (مشارطة)

أنه في يوم ..... الموافق .....، تم الإتفاق والتراضي بين كل من :

1. شركة .....(طرف أول)
سجل تجاري رقم :
العنوان :
الوكيل القانوني :
عنوانه :
بموجب توكيل رقم ..... إدارة التوثيق / وزارة العدل بتاريخ .....

2. شركة .....(طرف ثاني)
سجل تجاري رقم
العنوان :
الوكيل القانوني :
عنوانه :
بموجب توكيل رقم ..... إدارة التوثيق/ وزارة العدل بتاريخ .....

تمهيد

حيث أن الطرفين قد وقعا عقد لتنفيذ ..... بتاريخ ..... بقيمة .....
.....
.....
.....
.....
.....

ونظراً لنشؤ نزاع بين الطرفين ناتج عن تنفيذ هذا العقد تعذر حله ودياً، يتلخصهذا النزاع في أن الطرف الأول يدعي أنه يستحق
.....
.....
.....

وقطعاً للخلاف وللمحافظة على العلاقة الطيبة يرغب الطرفين في الفصل في هذا النزاع بواسطة التحكيم، فقد تم الإتفاق بينهما على التالي :

1. يعتبر هذا التمهيد جزء لا يتجزأ من المشارطة، ولا يترتب على هذه المشارطة سقوط حق أي من الطرفين في أي دفع شكلي أو موضوعي كان يمكن إبداؤه قبل الإتفاق على التحكيم.

2. اتفق الطرفان على إحالة هذا الخلاف إلى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومقره مملكة البحرين للفصل فيه حسب نظامه ولوائحه.

3. تشكل هيئة التحكيم من .....

4. تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع بين الطرفين حول المطالبات التي تقدم بها الطرف الأول ضد الطرف الثاني وهي (.....)، والمطالبات التي تقدم بها الطرف الثاني ضد الطرف الأول وهي (.....)، ويعتبر توقيعهما على هذه المشارطة بمثابة قبول ورضاء بالقيام بالمهمة وفق الشروط والإجراءات المقررة في هذه المشارطة المستندة إلى لوائح وأنظمة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

5.يقوم الطرفان بالوفاء بإيداع الرسم الإداري للمركز وأتعاب هيئة التحكيم مناصفةً في خزانة المركز وفقاً لإنظمة المركز المالية بناء على أحكام لائحة تنظيم نفقات التحكيم المطبقة إعتباراً من 1 يناير 2012، على أن يتم الإيداع قبل البدء في تعيين هيئة التحكيم.

6. يجري التحكيم أمام المركز وفقاً لقواعده (النظام واللائحة) واتفق الطرفان على تحديد الإجراءات الواجب إتباعها لممارسة التحكيم على النحو التالي :

أولاً : نطاق الحقوق المتنازع عليها والمسائل الخلافية:

جميع العناصر الأساسية وجميع المسائل المتعلقة بطلب الشراء رقم ..... المؤرخ في .....المبرم بين الطرفين سواء كانت الطلبات المقدمة من الطرف الأول ضد الطرف الثاني أو الطلبات المتقابلة المقدمة من الطرف الثاني ضد الطرف الأول.

ثانياً : مكان التحكيم إجرائياً:

تعقد جلسات التحكيم بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بمملكة البحرين، وبإمكان هيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أي مكان آخر بعد اعلان أطراف الدعوى.

ثالثاً : لغة التحكيم :

لغة التحكيم هي اللغة .....، على أنه ليس هناك ما يمنع من تقديم الوثائق والمراسلات بلغتها الأصلية مع إرفاق ترجمة لها باللغة.....

رابعاً : مدة التحكيم :

على هيئة التحكيم إصدار حكمها في النزاع خلال مدة .....من تاريخ إحالة ملف النزاع إلى الهيئة، ويمكن تمديد هذه المدة إلى .....أخرى مباشرة ولمرة واحدة .

خامساً : الحكم التحكيمي :

يصدر الحكم ويحرر باللغة ..... مع التسبيب، على أن يكون نهائياً وملزماً للطرفين وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

سادساً : القانون الواجب التطبيق على النزاع:

قوانين .....هي الواجب تطبيقها على عناصر النزاع.

سابعاً: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات (مقر التحكيم إجرائياً):

قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (النظام واللائحة).

سابعاً :عنوان الطرفين :

يعتبر العنوان المبين والمصرح به من الطرفين في صدر هذه المشارطة التحكيمية محلاً قانونياً لكل طرف، وأي تغيير في العنوان يجب إخطار هيئة التحكيم به.

حررت هذه المشارطة من أربع نسخ بيد كل طرف نسخة، والنسخة الثالثة تودع لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والرابعة لدى هيئة التحكيم.

الطرف الأول **الطرف الثاني**

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري.....10

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري.....11

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية.....12

الفرع الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا.....12

الفرع الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر.....14

المطلب الثاني : تعريف العقد الإداري:.....16

المطلب الثالث: معيار تمييز العقد الإداري:.....18

المعيار الأول: أن تكون الإدارة طرفا في العقد:.....18

المعيار الثاني: أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم مرفق عام:.....21

المعيار الثالث: اتباع وسائل القانون العام 23

المبحث الثاني: ماهية العقد الدولي.....26

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية الدولية.....27

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياريين.....29

المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية.....30

الباب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم.....35

الفصل الأول :التنظيم القانوني لتحكيم ومفهومه.....36

المبحث الأول: التنظيم القانوني لتحكيم و تطوره.....37
المطلب الأول :الإغريق اليونان.....38
المطلب الثاني: التحكيم عند الرومان.....38
المطلب الثالث: التحكيم عند السوماريين.....40
المطلب الرابع: التحكيم في القرون الوسطى.....40
المطلب الخامس : التحكيم في العصر الحديث.....44
المبحث الثاني: مفهوم التحكيم.....46
المطلب الأول : تعريف التحكيم 46
الفرع الأول: التحكيم لغتا.....47
الفرع الثاني :التحكيم شرعا 48
الفرع الثالث: التعريف الوضعي.....51
المطلب الثاني: صور الاتفاق على التحكيم وأنواعه 52
الفرع الأول: شرط التحكيم.....52
الفرع الثاني: مشارطه التحكيم.....53
تعرضت بعض النصوص التشريعية لتعريف التحكيم.....54
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لتحكيم.....57
المطلب الأول: نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم.....58
الفرع الأول : الأسانيد.....58

الفرع الثاني : آثار النظرية التعاقدية.....60
المطلب الثاني: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم. 61
الفرع الأول: الأسانيد.....61
الفرع الثاني :الحجج.....64
المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة أو المزدوجة.....65
الفرع الأول: الأسانيد. 65
الفرع الثاني: النقد.....67
المطلب الرابع: نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم.....69
الفرع الأول: الأسانيد. 69
الفرع الثاني: النقد.....71
الفصل الثاني: تمييز التحكيم ، أنواعه و مزاياه.....72
المبحث الأول: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة له.....73
المطلب الأول: التحكيم و الصلح.....73
الفرع الأول: أوجه الشبه.....75
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....75
المطلب الثاني: التحكيم و التوفيق أو الوساطة.....77
الفرع الأول: أوجه الشبه.....78
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف 78

المطلب الثالث: التحكيم و الخبرة. 79
الفرع الأول: أوجه الشبه.....80
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....80
المطلب الرابع: التحكيم و القضاء.....81
الفرع الأول: أوجه الاختلاف.....82
المطلب الخامس: التحكيم و الوكالة 82
الفرع الأول: أوجه الشبه.....83
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف 83
المطلب السادس: التحكيم و المفاوضات.....83
الفرع الأول: أوجه الاختلاف.....84
المطلب السابع: التحكيم و القضاء الاستعجالي.....85
المبحث الثاني :أنواع التحكيم 87
المطلب الأول: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.....88
الفرع الأول: التحكيم الداخلي (الوطني).....88
الفرع الثاني: التحكيم الدولي.....89
الفرع الثالث: التحكيم الأجنبي.....90
الفرع الرابع: التفرقة بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي 91
المطلب الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق.....92

المطلب الثالث: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري.....95
الفرع الأول: التحكيم الإجباري.....95
الفرع الثاني: التحكيم الاختياري.....96
المطلب الرابع: التحكيم الحر والمؤسسي.....97
المبحث الثالث: مزايا التحكيم وعيوبه.....99
المطلب الأول: مزايا التحكيم.....100
الفرع الأول: المرونة وبساطة الإجراءات.....100
الفرع الثاني: حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة.....100
الفرع الثالث: سرعة التصدي للمنازعات ووضع حد لها.....101
الفرع الرابع: المحافظة على أسرار الخصوم والعلاقات بينهم.....102
الفرع الخامس: يعتبر التحكيم بمثابة تامين ضد التغيرات التشريعية المتغيرة.....102
الفرع السادس: يعتبر وسيلة لتفادي المنازعات قبل حدوثها.....103
المطلب الثاني: عيوب التحكيم.....103
الفرع الأول: التحكيم باهظ التكلفة.....103
الفرع الثاني: التحكيم والصلح.....103
الفرع الثالث: حرمان الخصوم من جانب كبير من الضمانات القضائية التي جاء ونص عليها المشرع.....104
الفرع الرابع: عدم وضع حد للمنازعة من قبل هيئة التحكيم.....104

الباب الثاني: مدى قابلية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم.....105

الفصل الأول : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية.....106

المبحث الأول: مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا.....107

المطلب الأول: مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية.....109

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية.....117

الفرع الأول: قانون 19 أغسطس 1986.....121

المبحث الثاني: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في مصر.....125

المطلب الأول: سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية.....126

المطلب الثاني: صدور القانون رقم27 لسنة1994 والخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية.....127

الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.....128

الفرع الثاني: الاتجاه الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.....132

المطلب الثالث: خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون 9لسنة 1998.....137

الفرع الأول: موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.....138

الفرع الثاني: عدم جواز التفويض في ذلك.....138

المبحث الثالث: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في الجزائر.....140

المطلب الأول: التحكيم الدولي.....141

المطلب الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية.....145

الفرع الأول: الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.....148

الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر.....151

1- حالة نقص أهلية احد أطراف التحكيم.....155
2- حالة أحكام التحكيم غير الملزمة أو الموقوفة أو المحكوم ببطلانها.....157
3- حالة عدم القابلية للتحكيم 157

الفصل الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية أو الخارجية.....158

المبحث الأول: العقد الإداري ذو الطابع الدولي.....159

المطلب الأول: الشروط اللازم توافرها ليكتسب العقد الصفة الإدارية.....161

الفرع الأول :الشروط الشكلية الواجب توافرها لاكتساب العقد الصفة الإدارية 162

الدولة كطرف في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.....162

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية 163

المطلب الثاني :اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي.....164

الفرع الأول: الإدارة طرفا في العقد.....165
اكتساب العقد الصفة الإدارية.....166
الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام.....166
1- نظرية الهدف المباشر: 168
2- نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:.....168
3- نظرية الأوضاع الخاصة للتسيير:.....169

الفرع الثالث: تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد 171

المبحث الثاني: معايير اكتساب العقد الصفة الدولية.....173

المطلب الأول: المعيار القانوني.....174
المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي.....175
المطلب الثالث: المعيار المختلط 176
المطلب الرابع: معيار اتباع وسائل القانون العام.....176
المبحث الثالث: نماذج لعقود إدارية ذات طابع دولي.....179
التحكيم في العقد الإداري الدولي:.....179
المطلب الأول :عقـود الأشغـال العامـة الدوليـة.....181
الفرع الأول: الطبيعـة القانونية لعقـود الأشغـال العامة الدولية. 181
الفرع الثاني: عقد الأشغال الدولي. 182
المطلب الثاني : تعريف عقـد امتيـاز المرافـق العامـة:.....186
الفرع الأول: عقد امتياز البترول:.....187
المطلب الثالث: عقود البوت.....187
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد البوت.....189
المبحث الرابع: الوضع في الاتفاقيات الدولية.....191
المطلب الأول: اتفاقية جنيف المبرمة 21 ابريل 1961 192
المطلب الثاني: اتفاقية واشنطن 18 مارس 1965.....194
المطلب الثالث: اتفاقية نيويورك 1958.....196
الخاتمة.....198

الملاحق.....201

ملحق رقم 01.....201

ملحق رقم 02.....207

ملحق رقم 03.....211

ملحق رقم 04.....222

ملحق رقم 05.....224

ملحق رقم 06.....229

ملحق رقم 07.....231

قائمة المصادر و المراجع 234

الفهرس.....249